ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

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. Dr. h.c. 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

1/2023 S. 1–195
16. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Viel Neues im BGB – Verträge über digitale Produkte und neues Kaufrecht
Teil 4: Kaufverträge über Waren mit digitalen Elementen

Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld 1

Das Problem des „doppelten Anspruchs“ – Neues zur Geschäftsführung ohne Auftrag

Stud. iur. Lasse Scherer 3

Rechtsgeschichte

Grundzüge der deutschen Privatrechtsgeschichte

Stud. iur. Christoph Ruholl 11

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Der Gewahrsam im Zwangsvollstreckungsrecht: Alles klar dank BGH!

Prof. Dr. Dr. Hanjo Hamann, JSM (Stanford), Wiesbaden 29

Öffentliches Recht

Die Horizontalwirkung der Grundrechte – Dogmatik, Kritik und Beispielsfälle

PD Dr. Andreas Kulick LL.M. (NYU), Tübingen/Greifswald, Wiss. Mitarbeiterin Sabine Schäufler, Tübingen 35

Öffentliche Warnungen in der Fallbearbeitung am Beispiel der BSI-Warnung vor Kaspersky

Rechtsanwalt Christian Heinelt, Düsseldorf 58

© 2008–2023 ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

Strafrecht

Der reformierte Geldwäschetatbestand – Teil 3
Umgang mit einer verfassungsrechtlich zweifelhaften Norm in der Fallprüfung

PD Dr. Laura Neumann, München/Frankfurt (Oder) 74

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Fortgeschrittenenhausarbeit: See What's Next

Wiss. Mit. Paulina Meichelbeck, Wiss. Mit. Tim Sprenger, Erlangen 80

Übungsfall zu Verträgen über digitale Produkte: Ach du grüne Neune!

Wiss. Mitarbeiterin Julia Pielsticker, Stud. iur. Julia Buschmann, Bielefeld 98

Anfängerklausur: Ein E-Bike mit lauter Mängeln

Wiss. Mitarbeiter Julian Stein, LL.M. (Glasgow), Mainz 108

Öffentliches Recht

Schwerpunktbereichsklausur: Migrationsrecht

PD Dr. Ibrahim Kanalan, Berlin 121

Fortgeschrittenenklausur: Zwei Bescheide und ein Führerschein

Wiss. Mitarbeiter Dr. Lucas Hartmann, Freiburg im Breisgau 129

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Zivilrecht

KG, Beschl. v. 31.10.2022 – 10 W 13/20
(Bestandsdatenauskunft/Rechtswidrigkeit abwertender Äußerungen gegen Politikerin)

(Wiss. Mitarbeiter Julian Kanert, Chemnitz) 148

BGH, Urt. v. 27.9.2022 – VI ZR 336/21
(Eigentumsverletzung durch Gebrauchsbeeinträchtigung)

(Dipl.-Jur. Richard Zimmer, Halle [Saale]) 154

© 2008–2023 ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21
(Konkurrenz von Berufung und Revision)

(Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster) 162

BGH, Beschl. v. 28.6.2022 – 6 StR 68/21
(Zur Abgrenzung zwischen Suizidbeihilfe und Tötung auf Verlangen)

(Wiss. Mitarbeiterin Hannah Ofterdinger/Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Hamburg) 170

BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21
(Zum Gefährdungs- und Schädigungsvorsatz sowie dem Schutzzweckzusammenhang bei einem tödlich endenden Alleinrasen nach § 315d Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, Abs. 5 StGB)

(Wiss. Mitarbeiter Hao-Hao Wu, München) 177

BUCHREZENSIONEN

Öffentliches Recht

Ruthig, Josef/Storr, Stefan: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020

(Ref. iur. Pascal Bayer, Stadecken-Elsheim) 191

Strafrecht

Brettel, Hauke/Schneider, Hendrik: Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2021

(VorsRiLG Dr. Alexander Schäfer, Kaiserslautern) 194

Schriftleitung
Prof. Dr. Markus Wagner

Webmaster
Prof. Dr. Markus Wagner

Internetauftritt
René Grellert

ISSN
1865-6331

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

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung
Irina Isabel Pommerenke

© 2008–2023 ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

Viel Neues im BGB – Verträge über digitale Produkte und neues Kaufrecht
Teil 4: Kaufverträge über Waren mit digitalen Elementen

*Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld**

Die Regelungen der §§ 327 ff. BGB orientieren sich grundsätzlich an dem digitalen Produkt als Gegenstand des Vertrags und nicht an dem jeweiligen Vertragstyp. Insofern liegen die neuen Vorschriften quer zum herkömmlichen Prinzip des Allgemeinen und Besonderen Schuldrechts, das sich zum einen an der Art der Leistungsstörung und zum anderen an der Rechtsposition orientiert, die der Gläubiger an dem Vertragsgegenstand erwerben möchte.

Zu dieser neuen Systematik gibt es allerdings eine Ausnahme. Für Kaufverträge über Waren mit digitalen Elementen ordnet das neue Recht die Anwendung besonderer kaufrechtlicher Vorschriften an. Ausgangspunkt der Prüfung ist dann § 327a Abs. 3 BGB. Während im Allgemeinen für Verbraucherverträge über Sachen, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, nach § 327a Abs. 2 BGB eine partielle Anwendung der §§ 327 ff. BGB vorzunehmen ist, bestimmt § 327a Abs. 3 S. 1 BGB die Geltung des Kaufrechts in einer besonderen Konstellation. Liegt ein Kaufvertrag über Waren, also bewegliche Sachen (§ 241a BGB), vor, bei dem die Ware mit digitalen Elementen in der Weise verbunden ist, dass sie ihre Funktionen ohne die Ware nicht erfüllen kann, so gilt für diesen Kaufvertrag im Ganzen das kaufrechtliche Reglement und nicht die §§ 327 ff. BGB. Es kommt somit in diesem Ausnahmefall nicht zu einer Aufspaltung des Vertrags, sondern zu einer einheitlichen Beurteilung nach den Regeln des Verbrauchsgüterkaufrechts. Leistungsstörungen betreffend die digitalen Elemente, die in der Kaufsache enthalten sind, führen daher zur Mangelhaftigkeit der Kaufsache als solcher.

Hinsichtlich der Scharniernorm aus § 327a Abs. 3 BGB herrscht keine Einigkeit zu der Frage, ob es sich bei den Funktionen der Ware, für die die digitalen Elemente benötigt werden, um grundlegende Funktionen der Ware handeln muss, oder sämtliche Funktionen relevant sind. Kommt man bei der Prüfung der anwendbaren Vorschriften in § 327a Abs. 3 S. 1 BGB zu dem Ergebnis, dass das kaufrechtliche Reglement anzuwenden ist, so gelten folgende Besonderheiten.

Neben den allgemeinen Regelungen zum Sachmangel aus § 434 BGB ordnet § 475b BGB einige Besonderheiten zum Sachmangel bei Kaufverträgen über Waren mit digitalen Elementen an. Dass die allgemeinen Vorschriften zum Sachmangel auch für solche Verbrauchsgüterkaufverträge gelten, ergibt sich aus § 475b Abs. 2 BGB i.V.m. § 475b Abs. 3 Nr. 1 BGB (subjektive Anforderungen), § 475b Abs. 4 Nr. 1 BGB (objektive Anforderungen) und § 475b Abs. 6 Nr. 1 BGB (Montageanforderungen). Hier sind keine Besonderheiten zu beachten, insbesondere wird schlicht auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs abgestellt.

Die ergänzenden Vorschriften betreffen die Aktualisierung der digitalen Elemente der Ware. Diesbezüglich bestimmt § 475b Abs. 2 BGB, dass für Mängel, die im Zusammenhang mit der Pflicht zur Aktualisierung auftreten, nicht der Zeitpunkt des Gefahrübergangs, sondern der Aktualisierungszeitraum Maß gibt. Dieser Zeitraum wiederum wird entweder nach objektiven Kriterien bestimmt, wobei die Charakteristika der Ware und die objektivierte Erwartungshaltung des Verbrauchers zu beachten

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

sind (§ 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB) oder im Vertrag vereinbart (§ 475b Abs. 3 Nr. 2 BGB). Erfolgt eine notwendige oder vereinbarte Aktualisierung in dem zunächst zu bestimmenden maßgeblichen Zeitraum nicht, so führt dies zu einem Sachmangel der Ware mit digitalen Elementen und löst das Entstehen der allgemeinen kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte aus § 437 BGB aus. Gleiches gilt für den Fall, dass die Aktualisierung zwar erfolgt, infolgedessen aber Funktionsstörungen an der Ware eintreten. Die Besonderheit der Regelung liegt darin, dass sich das Gesetz von der alleinigen Orientierung am Zeitpunkt des Gefahrübergangs für die Feststellung eines Sachmangels löst und den Aktualisierungszeitraum, sei er objektiv zu bestimmen oder vereinbart, für maßgeblich erklärt. Waren mit digitalen Elementen können daher auch später noch mangelhaft werden, obwohl sie im Zeitpunkt des Gefahrübergangs makellos waren.

Eine Ausnahme gilt für den Fall, dass der informierte Verbraucher seiner Mitwirkungsobliegenheit hinsichtlich der Aktualisierung nicht nachkommt, § 475b Abs. 5 BGB. Die aus dem allgemeinen Kaufrecht bekannten Montageanforderungen werden in § 475b Abs. 6 BGB durch spezifische Installationsanforderungen ergänzt.

Handelt es sich bei den mit der Ware verbundenen digitalen Elementen um solche, die dauerhaft bereitgestellt werden, so erstreckt sich der Gewährleitungszeitraum nach Maßgabe von § 475c Abs. 2 BGB auf den gesamten Bereitstellungszeitraum.

Die dargestellten besonderen Regelungen verlören ihre Effektivität, wenn der Unternehmer dem Verbraucher die Einrede der Verjährung, orientiert am Zeitpunkt des Gefahrübergangs, § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB, entgegenhalten könnte. Daher enthält § 475e BGB besondere Anordnungen zum Eintritt der Verjährung in solchen Fällen. Abs. 1 bestimmt, dass Ansprüche wegen Mängeln an dauerhaft bereitgestellten digitalen Elementen erst zwölf Monate nach dem Ende des Bereitstellungszeitraums verjähren. Ganz ähnlich bestimmt Abs. 2 hinsichtlich der Aktualisierung, dass Ansprüche, die sich aus der Verletzung der Aktualisierungspflicht ergeben, ebenfalls nicht vor dem Ablauf von zwölf Monaten nach dem Ende des Aktualisierungszeitraums verjähren.

Das Problem des „doppelten Anspruchs“ – Neues zur Geschäftsführung ohne Auftrag

Stud. iur. Lasse Scherer[*]

Das gesetzlich nicht geregelte Institut des auch-fremden Geschäfts ist Zentrum der meisten aktuellen Diskussionen, die sich auf die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) beziehen. Die diskutierten Fragen drehen sich dabei inzwischen weniger um die Anerkennung des Instituts als vielmehr um die Frage, ob die Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens auch in solchen Fällen greift. Dieser Beitrag möchte den Blickwinkel auf ein von dieser Hauptdiskussion unabhängiges, bisher nicht diskutiertes dogmatisches Problem des auch-fremden Geschäfts lenken – der „doppelte Anspruch“ – und erste Lösungsmöglichkeiten herausarbeiten. Dazu sollen kurz die Grundzüge der GoA aufgezeigt (I.), als Schwerpunkt des Beitrags das Problem dargestellt, (II.) anschließend Lösungsansätze betrachtet (III.) und abschließend die Ergebnisse zusammengefasst werden (IV.).

I. Einführung 3
II. Problemdarstellung 4
1. Der bestehende Diskurs 4
2. Das Problem – Der „doppelte Anspruch“ 5
III. Lösungsansätze 8
1. Gesetzgeberischer Wille 8
2. Teilungsmechanismus auf Rechtsfolgenseite 8
IV. Fazit 9

I. Einführung

Die GoA ist, neben dem Bereicherungsrecht und dem Recht der unerlaubten Handlungen, eines der drei zentralen gesetzlichen Schuldverhältnisse des BGB. Genauso wie bei den beiden anderen Instituten soll eine Regelung für Bereiche gefunden werden, in denen das Zustandekommen eines Vertrags nicht zu erwarten ist und die Notwendigkeit für einen Ausgleich von Interessen besteht.[1] Während die Regelungsziele der §§ 812 ff. BGB (Abschöpfung eines ungerechtfertigten „Zuviel“) und §§ 823 ff. BGB (Ausgleich eines „Zuwenig“)[2] intuitiv einleuchten, ist der zugrundeliegende Rechtsgedanke der GoA unklar. Teilweise werden altruistische Grundgedanken benannt,[3] teilweise wird die Möglichkeit, einen eindeutigen Grundgedanken zu benennen, abgelehnt und vertreten, dass in den

* Der *Verf.* ist Student der Rechtswissenschaften und Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht (Prof. *Dr. Jörg Gundel*) an der Universität Bayreuth.

[1] Vgl. *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2007, S. 1.

[2] Ausführlicher zur Abgrenzung: *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 9 Rn. 3.

[3] *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, Einf. v. § 677 Rn. 2 f.; sowie grundlegend, allerdings vor Inkrafttreten des BGB: *Kohler*, JherJb 25 (1887), 1 (42 ff.).

§§ 677 ff. BGB vielmehr besondere Ausgleichsfunktionen geregelt werden.[4] Am besten verdeutlichen kann man das Erfordernis der GoA daher mit einem Beispiel, bei dem die präzise, wörtliche Bestimmung des zugrundeliegenden Rechtsgedankens umgangen wird:

Beispiel 1: A hilft B, indem er während Bs Abwesenheit sein, in dieser Zeit, zerstörtes Hausdach deckt, um einen Schutz vor kurzfristig bevorstehender Witterung zu gewährleisten. In diesem Fall erscheint es sachgerecht, dass A seine dadurch entstehenden Aufwendungen (Nägel, Holz usw.) ersetzt bekommt.

Unterschieden werden in den §§ 677 ff. BGB vier Formen der GoA. Die echte, berechtigte GoA, die echte, unberechtigte GoA, die irrtümliche GoA sowie die angemaßte Eigengeschäftsführung. Die beiden Formen der echten GoA unterscheiden sich dabei nach h.M.[5] nach der Willensrichtung, d.h. danach, ob der Geschäftsführer (der das Geschäft Ausführende) mit oder im Widerspruch zu dem Willen des Geschäftsherrn handelt. Die unechte grenzt sich dadurch zur echten GoA ab, dass sie mit Eigengeschäftsführungswillen vorgenommen wird. Innerhalb dieser Kategorie der unechten GoA wird erneut danach differenziert, ob der Geschäftsführer wusste, dass er das Geschäft eines anderen führte, vgl. die §§ 687 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Allen Kategorien gemeinsam ist, dass ein Geschäft besorgt wird (1.), das für den Geschäftsführer fremd ist (2.)[6] und dass dazu keine rechtsgeschäftliche oder sonstige Berechtigung vorliegt (3.).[7] Je nach Rechtsfolge kommen noch andere Voraussetzungen hinzu. Für den zentralen Aufwendungsersatzanspruch nach § 683 S. 1 BGB sind dies noch die beiden obigen Differenzierungskriterien, also der Fremdgeschäftsführungswille (Abgrenzung zur unechten GoA) und die willensgemäße Ausübung (Abgrenzung zur echten, unberechtigten GoA). Die weiteren möglichen Ansprüche und damit zusammenhängenden Tatbestandsmerkmale erschließen sich zum einen gut durch den Gesetzestext und sind zum anderen nicht zentraler Gegenstand der vorliegenden Untersuchung, sollen hier also nicht vertieft werden. Eingegangen werden soll im Folgenden lediglich auf die Fremdheit des Geschäftes und den Fremdgeschäftsführungswillen.[8]

II. Problemdarstellung

1. Der bestehende Diskurs

Fremd ist das Geschäft dann, wenn es in den Rechts- und Interessenkreis eines anderen fällt.[9] Der einfache Fall ist dabei das objektiv-fremde Geschäft, also ein solches, das nur die Interessen eines anderen betrifft. So wie in *Beispiel 1*: Das offene Dach berührt weder den Rechtskreis des A noch dessen (rechtlich bedeutsame) Interessen. Ein Spezialfall hingegen ist das sog. auch-fremde Geschäft. Bei diesem gibt es eine Interessenüberschneidung. Es werden sowohl eigene als auch fremde Inte-

[4] *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 2 Rn. 4; a. A. wohl *Bergmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, Vorb. zu §§ 677 ff. Rn. 9 ff.

[5] Vgl. *Sprau*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, Einf. v. § 677 Rn. 4.

[6] Dieses Merkmal ergibt sich zwar nicht wörtlich aus § 677 BGB, jedoch aus dem Zusammenhang und der Notwendigkeit, zwischen Geschäftsherr und Geschäftsführer zu differenzieren, vgl. *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 43 Rn. 3.

[7] Zu den drei Grundvoraussetzungen: *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 43 Rn. 1.

[8] Der Vollständigkeitshalber sei noch darauf hingewiesen, dass die Geschäftsbesorgung jedes rechtliche oder tatsächliche Handeln umfasst und sehr weit auszulegen ist, vgl. nur BGHZ 43, 188 = NJW 1965, 1271, in dem bereits das Anhalten und Hinweisen auf fehlende Beleuchtung als Geschäftsbesorgung angesehen wurde.

[9] Siehe *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 4 Rn. 5.

ressen mit der Geschäftsführung verfolgt. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH genügt das bereits für die Anwendung der §§ 677 ff. BGB. Auch in der Literatur besteht kaum Kritik an der Bejahung der Fremdheit des Geschäfts in diesen Fällen.[10] Die eigentlichen Diskussionen erstrecken sich vielmehr auf den Fremdgeschäftsführungswillen.[11] Dieser ist subjektiv und daher seiner Natur nach schwer beweisbar.[12] Deswegen behilft sich die Rechtsprechung mit Vermutungsregeln. Diese führen in bestimmten Fallgruppen zu einer Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens. Beim objektiv-fremden Geschäft wird dabei einheitlich von einer Vermutungsregel ausgegangen.[13] Beim auch-fremden Geschäft vermuten „nur noch“ der BGH und ein großer Teil des Schrifttums den Fremdgeschäftsführungswillen.[14] Gestützt wird das weiterhin auf die Fremdheit des Geschäfts. Dagegen wird angeführt, dass derjenige, der rechtlich verpflichtet oder interessengebunden ist, grundsätzlich allein den Zweck verfolgt, seinen eigenen Pflichten nachzukommen. Der Anwendungsbereich der GoA müsse vielmehr verengt werden und die dafür tatsächlich zuständigen Institute, etwa des Bereicherungsrechts, herangezogen werden.[15] Soweit der die GoA beherrschende Diskurs. Eine Stellungnahme dazu soll hier nicht erfolgen und ist auch nicht nötig. Unabhängig von der Vermutungsregel können nämlich auch andere Indizien zu einer Bejahung des Fremdgeschäftsführungswillens führen.[16]

2. Das Problem – Der „doppelte Anspruch“

Unbeachtet bleibt nämlich ein gänzlich anderes Problem. Das auch-fremde Geschäft ist davon geprägt, dass sich zwei Interessenlagen überschneiden. Zwei sich überschneidende Interessenlagen bedeuten aber auch zwei mögliche Anspruchssteller.

Beispiel 2:[17] Der Mieter M entdeckt, dass das Haus seines Vermieters V, in dem er (M) wohnt und in dem sich seine Wertsachen befinden, brennt. M erstickt den Brand mit seinem Anzug (dem einzig möglichen Mittel), um seine Wertsachen und zugleich das Haus des V zu retten. Dabei wird der teure Anzug zerstört. M verlangt Aufwendungsersatz.

Auf den ersten Blick ein klassisches Lehrbuchbeispiel. Denkbar ist der Fall jedoch genauso gut umgekehrt.

[10] Umfassender Überblick über Rechtsprechung und Literatur bei: *Bergmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, Vorb. zu §§ 677 ff. Rn. 139; wohl als einziger gänzlich abweichend möchte *Schubert*, AcP 178 (1978), 425 (435 ff.) unabhängig von der sogleich aufgeworfenen Frage des Fremdgeschäftsführungswillens in Fällen eigener Pflichten die Anwendung der GoA-Regeln gänzlich ausschließen, um Wertungen nach reinen Billigkeitsgesichtspunkten zu verhindern.

[11] Auch dazu umfassend: *Bergmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, Vorb. zu §§ 677 ff. Rn. 140 f.

[12] Vgl. *Emmerich*, Schuldrecht Besonderer Teil, 16. Aufl. 2022, § 13 Rn. 5.

[13] Vgl. nur BGHZ 181, 188 (195, Tz 18) = NJW 2009, 2590 (2591 Rn. 18) und *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 43 Rn. 8.

[14] Dafür BGHZ 138, 281 (286) = VIZ 1998, 401 (403); *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 43 Rn. 10; a.A. *Emmerich*, Schuldrecht Besonderer Teil, 16. Aufl. 2022, § 13 Rn. 8.

[15] *Emmerich*, Schuldrecht Besonderer Teil, 16. Aufl. 2022, § 13 Rn. 7 ff. m.w.N.

[16] Was auch die der Vermutungsregel gegenüber ablehnende Rspr. fordert, um einen solchen Willen zu bejahen, vgl. etwa OLG Hamm MDR 1999, 1230; OLG Saarbrücken NJW 1998, 828.

[17] Nach *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 4 Rn. 13.

Beispiel 3: Wie *Beispiel 2*, nur diesmal entdeckt V den Brand. Er handelt, um die Wertsachen des M und zugleich sein eigenes Haus zu retten. Dabei wird der teure Anzug des V zerstört. V verlangt Aufwendungsersatz.

Das Problem der dadurch möglicherweise unbilligen Ergebnisse ist nicht gänzlich neu. Bereits *Medicus* sieht es in einem Fall der Straßenverschmutzung:

Beispiel 4:[18] S beutet eine gepachtete Bimsgrube aus. Nach starken Regenfällen werden Bims und Abraum auf eine anliegende Bundesstraße geschwemmt, die dadurch verschmutzt und rutschig wird. Das zuständige Bundesland lässt die Straße säubern und will die dafür anfallenden Kosten von S ersetzt bekommen.

Nach einer kurzen Diskussion des Fremdgeschäftsführungswillens kommt er zu dem Problem, dass theoretisch beide Ersatz ihrer Kosten verlangen können. Da er das Ergebnis für „unsinnig“ hält, sucht er einen Fehler.[19] Den Fehler meint er darin zu sehen, dass hier ein Fall der Überlagerung mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften vorliegt.[20] Bei der Lösungssuche verlagert er die Diskussion dann auch weg von der GoA zu einer Suche nach vorrangigen gesetzlichen Regelungen im öffentlichen Recht. Der Gesetzgeber müsse entscheiden, ob ein Dienst unentgeltlich ist oder ob er durch Gebühren abgegolten werden soll.[21] Wer also die Kosten tragen soll, hängt von der Entscheidung des öffentlichen Rechtes ab und soll nicht durch Anwendung der GoA umgangen werden.[22]

Unbeachtet bleibt, dass das Problem, dass theoretisch beide einen Anspruch stellen können, sich jedoch nicht nur in den Fällen einer Interessenüberschneidung mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften stellt. Nachfolgend soll deswegen der Bereich bestimmt werden, in dem dieses Problem überhaupt auftritt, bevor dann eine Lösung gesucht werden soll. Ausgenommen sind all jene Fallgruppen, in denen eigene Regeln vorliegen oder das Fehlen solcher Regeln abschließende Bedeutung hat. Zu dieser Gruppe gehören vor allem die Fälle mit öffentlich-rechtlichen Regelungsmechanismen: Entweder ist für die Leistung eine Gebühr zu entrichten oder sie ist unentgeltlich und die Anwendung der GoA würde die bestehenden Regelungen unterlaufen. Daneben müssen auch die Fallgruppen ausgeklammert werden, in denen zwar ein auch-fremdes Geschäft vorliegt, die Interessen aber nicht deckungsgleich sind. Dies betrifft z. B. die Fälle, in denen Aufwendungen im Vertrauen auf einen künftigen Vertragsschluss getätigt werden. Insbesondere also die Fälle gewerblicher Erbensucher. Bei diesen ist wegen der negativen Vertragsfreiheit bereits umstritten, ob die GoA überhaupt zur Anwendung kommt.[23] Doch auch bei Bejahung[24] ist in diesem Fall trotz überschneidender Interessenlage keine Gleichheit der Interessen festzustellen. Denn der Erbensucher hat selbst nichts geerbt, d.h. sein Interesse ist ein gänzlich anderes als das des Erben. Die beiden Positionen sind daher nicht einfach austauschbar so wie in den *Beispielen 2* und *3* oder theoretisch auch in *Beispiel 4*. Gleiches trifft

[18] Nach *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2007, S. 175 f., welcher es BGHZ 65, 354 = NJW 1976, 619 nachbildet.

[19] *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2007, S. 176.

[20] *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2007, S. 176 f.

[21] *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2007, S. 177.

[22] *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2007, S. 177.

[23] BGH NJW-RR 2006, 656; BGH NJW 2003, 3046 (3048).

[24] Etwa unter Hinweis darauf, dass die Aufwendungen vor der Möglichkeit zur Ablehnung eines Vertrages bereits angefallen sind und deswegen für eine Ablehnung kein Raum mehr ist, vgl. *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 43 Rn. 12.

auf die Fälle einer sog. eigenen Verpflichtung gegenüber Dritten zu. Bei diesen erfüllt der Geschäftsführer mit seinem Handeln im Interessenkreis des Geschäftsherrn zugleich eine einem Dritten gegenüber bestehende Verpflichtung.

Beispiel 5:[25] Eigentümer E beauftragt die G-GmbH mit der Gebäudeerrichtung. Teile der Arbeiten führt B für G aus. G wird Insolvent und B verlangt Aufwendungsersatz von E für die bereits geleisteten Arbeiten. E meint, dies ist durch das Verhältnis G zu B bereits vollumfänglich geregelt.

Auch hier sind die Interessen nicht gleich und die Parteien nicht austauschbar. Es kann nicht einfach E sein eigenes Haus bauen und dann die Aufwendungen von G ersetzt verlangen.[26] Auch hier kann sich obiges Problem nicht stellen. Ebenso sind die Fälle einer sog. Selbstaufopferung im Straßenverkehr nicht erfasst.

Beispiel 6: [27] Ein 9-jähriger[28] Fahrradfahrer F gerät auf die Fahrbahn eines Autofahrers A, woraufhin A in einem Ausweichmanöver sich selbst verletzt und das eigene Fahrzeug sowie fremde Sachen beschädigt. Die Schäden möchte er über die GoA von F ersetzt verlangen.

Die h.M. verlangt nun für eine Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens, dass der Anspruchssteller nicht haftbar ist, denn sonst sei davon auszugehen, dass das Handeln allein im eigenen (Haftungsvermeidungs-)Interesse erfolgt ist.[29] Dies wirft natürlich Halterhaftungsfragen auf und führt ins ausdifferenzierte System der §§ 7 Abs. 1, Abs. 2, 17 Abs. 3 StVG. Ganz unabhängig davon, dass dies den Diskurs lediglich ins Praktische verschiebt – denn unabhängig von der Vermutungsregel kann es ja noch andere Indizien geben, die zu einer Bejahung des Fremdgeschäftsführungswillen führen –,[30] sind die Parteien nicht austauschbar. Relevant sind deswegen eher folgende Konstellationen:

Beispiel 7: Die Radfahrer A und B biegen in entgegengesetzter Richtung um eine Kurve im Wald und sehen nun plötzlich den jeweils anderen. Um eine Kollision zu verhindern, lenkt A sein Fahrrad vom Waldweg. Das Fahrrad wird vollständig zerstört. A möchte Ersatz über die GoA.

Dieser Fall ist genauso spiegelbildlich möglich. Seine Aufwendungen vollständig ersetzt bekommen würde also der sich jeweils Opfernde. Der Frage nach der Richtigkeit dieses Ergebnisses und welche Lösungsmöglichkeiten dafür ggf. bestehen, soll nachfolgend nachgegangen werden.

[25] Nach BGH NJW-RR 2004, 956.
[26] Vgl. dazu §§ 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1, 275 BGB.
[27] Angelehnt an BGHZ 38, 270 = NJW 1963, 390.
[28] Vgl. § 828 Abs. 2 BGB.
[29] BGHZ 38, 270 (273) = NJW 1963, 390 (391 f.); *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 677 Rn. 68; *Emmerich*, Schuldrecht Besonderer Teil, 16. Aufl. 2022, § 13 Rn. 9.
[30] Dazu schon Fn. 16.

III. Lösungsansätze

1. Gesetzgeberischer Wille

Denkbar ist es, dieses Ergebnis als gesetzgeberisch gewollt zu verstehen. Besonders dann, wenn die GoA unter dem Leitbild des Altruismus[31] betrachtet wird, erscheint dies durchaus richtig. Dann würde man annehmen, dass die Mühen und das Risiko von M bzw. V im *Beispiel 2* bzw. *3* mit einem vollen Aufwendungsersatz belohnt werden. Das gleiche gilt für das Ausweichmanöver in *Beispiel 7*. Die Parteien können dann allerdings nicht nur ihr Eigentum retten bzw. eine eigene Haftung vermeiden, sondern erhalten auch noch die dafür notwendigen Aufwendungen ersetzt. Verschärft wird der Konflikt noch dadurch, dass die Parteien mit unterschiedlichen Aufwendungen arbeiten können. Der arme Mieter etwa ruiniert bei der Rettung seinen 100 €-Anzug, während der reiche Vermieter seinen 10.000 €-Anzug „opfert“ und dann vollständig ersetzt bekommt. Die Aufwendungen würden zwar theoretisch beide ersetzt bekommen, dass Ergebnis wäre jedoch ungleich.[32] Dieses Ergebnis, dass theoretisch beide ihren Anspruch stellen könnten und dafür vollen Ersatz verlangen können, ist auch das, was *Medicus* intuitiv als „unsinnig“ abgetan hat und ihn zu der Überlegung führte, einen Ausgleich anderswo zu suchen.[33] Die Lösung, die Aufgabe auf den Gesetzgeber zu übertragen, besteht aber in diesen Konstellationen nicht. Es ist daher statt von einem gesetzgeberischen Willen schlicht von einer gesetzgeberischen Regelungslücke auszugehen. Eine andere Lösung ist notwendig.

2. Teilungsmechanismus auf Rechtsfolgenseite

Ein Teilungsmechanismus hätte in Fällen einer prinzipiellen Austauschbarkeit der Parteien eine gerechte Aufteilung zur Folge. Zudem passt dieser Ansatz auch gut zum Gedanken, dass in den §§ 677 ff. BGB nicht etwa eine Privilegierung altruistischen Handelns kodifiziert ist, sondern dass es um die Regelung von Ausgleichsmechanismen geht,[34] der Sinn und Zweck also die richtige Zuweisung von Gütern, Lasten und Schadensrisiken ist.[35] Bei kursorischem, rechtsvergleichendem Überblick ist die Lösung zudem derjenigen des Code civil im französischen Recht vergleichbar. Nach Art. 1301-4 Abs. 2 Cc gilt: „Dans ce cas, la charge des engagements, des dépenses et des dommages se répartit à proportion des intérêts de chacun dans l'affaire commune.“ Das bedeutet so viel wie: „In einem Fall des persönlichen Interesses des Geschäftsführers (vgl. Art. 1301-4 Abs. 1 Cc) wird die Last […] im Verhältnis zu den Interessen jedes Einzelnen an der gemeinsamen Sache verteilt.“[36]

Es verbleibt die Frage, über welchen Mechanismus im deutschen Recht diese Lösung herbeigeführt werden kann. Eine solche ausdrückliche Regelung fehlt. Die Rechtsfolge der §§ 683 S. 1, 670 BGB ermöglicht lediglich, über das Merkmal der „Erforderlichkeit“ Wertungen einzubringen. Allerdings ist diese in den vorliegenden Konstellationen unproblematisch zu bejahen. Eine bereits heraus-

---

[31] Vgl. Fn. 3.

[32] Hinter dieser Kritik steht ein Grundproblem der GoA, nämlich, dass mit seiner Akzeptanz Aufwendungen ungewollt aufgedrängt werden können: Vgl. etwa *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 2 Rn. 5.

[33] *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2007, S. 176.

[34] *Auer*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl. 2020, Rn. S 99.

[35] Grundlegend: *Wollschläger*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag: Theorie und Rechtsprechung, 1976, S. 52 ff., 60 ff., 319; vgl. auch: *Auer*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl. 2020, Rn. S 99.

[36] Übersetzung durch *Verf.*; zur GoA im französischen Recht: *Bergmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, Vorb. zu §§ 677 Rn. 77; sowie ausführlicher aber ohne die Reformen von 2016: *Ferid/Sonnenberger*, Das Französische Zivilrecht, 1986, 2 K 301 ff.

gearbeitete Alternative ist es, über § 254 Abs. 1 BGB[37] bzw. den dahinter liegenden Rechtsgedanken[38] (dann natürlich analog) einen Ausgleich zu schaffen. Dieser bietet aber nur in Fällen eines Mitverschuldens eine Aufteilungsmöglichkeit. Liegt ein solches nicht vor, hilft diese Regelung auch nicht weiter. Eine direkte Anwendung von § 426 Abs. 1 BGB scheidet mangels Gesamtschuldnerschaft i.S.v. § 421 S. 1 BGB aus. Es verbleibt aber die Möglichkeit, §§ 426 Abs. 1,[39] 421 S. 1 BGB analog heranzuziehen. Die für eine analoge Anwendung notwendige fehlende gesetzgeberische Regelungslücke liegt nach obigen Ausführungen vor (vgl. unter III. 1.). Die Interessenlagen sind auch vergleichbar, denn in beiden Fällen besteht ein Bedürfnis, eine Ausgleichspflicht zu regeln, d.h. ein Bedürfnis danach, die Schuld unter den (Gesamt-)Schuldnern sachgerecht aufzuteilen.[40]

Ein ähnliches Bedürfnis danach, die Schuld unter den (Gesamt-)Schuldnern sachgerecht aufzuteilen, gibt es beim sog. „Wettlauf der Sicherungsgeber“: Gibt es mehrere Sicherungsgeber, so kommt es im Falle einer Befriedigung des Gläubigers zu dem kraft Gesetzes stattfindenden Forderungsübergang, vgl. §§ 774 Abs. 1 S. 1, 1225 S. 1 und 1143 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Forderung des Gläubigers geht danach auf den befriedigenden Schuldner über. Der Übergang erfolgt allerdings nicht unbegrenzt, sondern im Rahmen einer gesamtschuldnerischen Haftung der Sicherungsgeber, §§ 774 Abs. 2, 1125 S. 2 BGB. Im Fall der Hypothek und für nicht gleichartige Sicherungsgeber fehlt ein solcher Verweis. Dies würde bedeuten, dass der zuerst Zahlende einen vollen Anspruch bekommen würde. Er könnte seine Sicherungssumme demnach komplett ersetzt bekommen, während der Langsamere die vollständige Haftung tragen müsste. Daraus würde allerdings folgen, dass das Rückgriffsrisiko von einem „Wettlauf“ abhängen würde.[41] Die Ergebnisse wären demnach zufallsabhängig und willkürlich, ohne dass ein gewichtiger Unterschied zum Ausgleich zwischen Mitbürgen und Mobiliarpfandrechtsgebern bestünde.[42] Daher nimmt die h.M. auch in diesen Fällen eine analoge Anwendung des § 426 Abs. 1 BGB an.[43]

Zusammenfassend ist also Folgendes festzuhalten: Ist im Rahmen eines Anspruchs der GoA festgestellt worden, dass es sich um ein auch-fremdes Geschäft handelt, so ist auf Rechtsfolgenseite zu überprüfen, ob ein Teilungsmechanismus nach dem Gedanken des § 426 Abs. 1 BGB in Betracht kommt. Dies ist der Fall, wenn (1.) im Rahmen des auch-fremden Geschäfts zwar die Interessen der Parteien sich auf das „gleiche wollen“ beziehen (so wie im *Beispiel 7* oder in den *Beispielen 2* und *3*), es sich aber (2.) um kein Rechtsgebiet mit eigenen Regeln handelt (so wie in den *Beispielen 4*, *5* und *Beispiel 6*) und (3.) kein anderer Ausgleichsmechanismus einschlägig ist.

IV. Fazit

Wird das auch-fremde Geschäft als Institut der GoA akzeptiert, so ergibt sich damit das Problem, dass in bestimmten Fällen einer gleichen Interessenüberschneidung theoretisch zwei Anspruchssteller vorhanden sind. Die sich daraus ergebenden Ergebnisse sind bei reiner Normanwendung ähnlich wie beim Wettlauf der Sicherungsgeber willkürlich und drängen zumindest zu einer Auseinandersetzung

[37] Der BGH diskutiert in NJW-RR 2005, 1426 (1429) etwa ein Mitverschulden wegen verletzter Anzeigepflicht aus § 681 S. 1 BGB, siehe auch *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 43 Rn. 31.

[38] *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 5 Rn. 46 ff.

[39] Zu einer analogen Anwendung würde wohl auch *Bergmann* kommen, vgl. *ders.*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, Vorb. zu §§ 677 ff. Rn. 37.

[40] *Heinemeyer*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 426 Rn. 1.

[41] Dazu *Wellenhofer*, Sachenrecht, 35. Aufl. 2020, § 16 Rn. 34.

[42] BGHZ 108, 179 (181, 183 ff.) = NJW 1989, 2530 (2531); *Rohe*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 774 Rn. 16.

[43] Siehe Fn. 20.

mit dem Problem des „doppelten Anspruchs“. Die Entscheidung darüber wird zur „Gretchenfrage“ über den Regelungszweck der GoA. Betont man den Gedanken des Altruismus, so muss man das Ergebnis als gewollt ansehen, wird der Gedanke der Lastenverteilungsfunktion betont, so ist eine Lösung für das Problem notwendig. Die besten Ergebnisse können in diesem Fall mit einer an bestimmte Voraussetzungen geknüpften analogen Anwendung des § 426 BGB erreicht werden.

Grundzüge der deutschen Privatrechtsgeschichte

*Stud. iur. Christoph Ruholl**

I. Einleitung 11
II. Zu Beginn ein Exkurs: Das römische Recht 12
III. Die Rezeption des römischen Rechts 16
1. Die scholastische Rechtswissenschaft in Italien (mos italicus) 17
2. Die humanistische Rechtswissenschaft in Frankreich (mos gallicus) 18
3. Die Rezeption in Deutschland 19
4. Der usus modernus pandectarum 21
5. Das Natur- bzw. Vernunftrecht 22
6. Savignys Historische Schule und die Pandektenwissenschaft 22
IV. Das kanonische Recht 23
V. Das partikuläre Recht 25
VI. Der Weg zur Kodifikation 26
1. Die Zeit der Vernunftrechtskodifikationen 26
2. Die Kodifikation in Deutschland 27

Die Geschichte des Privatrechts gehört aufgrund ihrer tiefen Verwurzelung bis in die Antike und kontinentaleuropäischen Dimension zur grundlegenden „juristischen Allgemeinbildung" und kann deshalb, auch wenn sie im Studium oftmals vernachlässigt wird[1], in der mündlichen Examensprüfung abgefragt werden.[2] Dieser Beitrag vermittelt Rechtsstudierenden sowie Examenskandidatinnen und -kandidaten einen kompakten Gesamtüberblick bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts und legt auch sein Augenmerk auf den europäischen Kontext. Angemerkt sei noch, dass mit dem Oberbegriff der Privatrechtsgeschichte nachfolgend vor allem die Geschichte des deutschen bürgerlichen Rechts, des BGB, gemeint ist.

I. Einleitung

Man darf sich die Rechtsgeschichte – wie *Karsten Schmidt* formulierte – nicht so vorstellen, dass zunächst Dunkelheit in der Welt herrschte und eines Tages plötzlich das Licht anging und das Recht

* Der *Autor* ist Student an der Bucerius Law School, Stud. Hilfskraft bei Prof. *Dr. Dres. h.c. Holger Fleischer* am Hamburger Max-Planck-Institut und Chefredakteur des Bucerius Law Journals.

[1] Vgl. etwa *Möllers*, AnwBl. 2016, 713; *Wieacker*, Die Bedeutung des Römischen Rechts für die Rechtsausbildung in der Gegenwart, Separata de Romanitas, 1971, S. 201.

[2] Die Prüfungsordnungen der Bundesländer machen geschichtliche Grundlagen ausdrücklich zum Gegenstand der ersten Prüfung (vgl. etwa § 12 Abs. 2 des hamburgischen HmbJAG oder § 18 Abs. 1 der bayerischen JAPO).

geschaffen war.[3] Stattdessen ist das Recht das Produkt einer historischen Evolution. Wie ein lebender Organismus wuchs und veränderte es sich mit der Zeit.[4]

Für die Entwicklung des deutschen Privatrechts bedeutsam sind dabei das römische Recht und dessen „Rezeption" (in einfachen Worten: wissenschaftliche Durchdringung und Übernahme) in Kontinentaleuropa ab dem 11. Jahrhundert, zudem aber auch das „kanonische" Recht (das Recht der römisch-katholischen Kirche) und das „partikuläre" Recht (das örtliche Recht). Diese Stränge werden im Folgenden zunächst einzeln dargestellt (II. bis V.). Sodann wird abschließend aufgezeigt, inwieweit sie Eingang in unser modernes Privatrecht, unser BGB, gefunden haben (VI.).

II. Zu Beginn ein Exkurs: Das römische Recht

Gewissermaßen den Grundstein der deutschen wie kontinentaleuropäischen Privatrechtsentwicklung legt das römische Recht.[5] Deshalb wird hier für das bessere Verständnis ein Exkurs zu diesem und dessen Geschichte vorangestellt.[6]

Das römische Recht ist der Oberbegriff für die Rechtsentfaltung eines ganzen Jahrtausends (bis zum 6. Jahrhundert n. Chr.).[7] In diesem hat sich Rom von einem kleinen landwirtschaftlichen Adels- und Bauernstaat durch Eroberung und Ausbeutung zahlreicher Kolonien zu einer vom Handel geprägten Großmacht entwickelt. Parallel dazu veränderte sich auch dessen Recht grundlegend zu einem abstrakten, auf beliebige andere Gesellschaften und Wirtschaften übertragbaren Gebilde.[8] Dabei wurde das ältere Recht jedoch grundsätzlich nicht durch das neuere ersetzt, sondern existierte meist neben dem neuen Recht weiter. Es entstand somit – gerade im Vergleich zu unserem heutigen BGB – ein nicht unbedingt systematisches Nebeneinander verschiedener rechtlicher Ebenen.[9]

Der Aufzählung dieses Nebeneinanders in den Institutionen des *Gaius* (einem damaligen Anfängerlehrbuch) folgend[10], gab es da zunächst die Gesetze des römischen Volkes. In der Zeit um 450 v. Chr., in der Rom noch ein bäuerlicher Gemeindestaat war, waren dies vor allem die *Zwölftafelgesetze*. Sie waren so bedeutsam, dass Schuljungen sie auswendig zu lernen hatten.[11] Der Name rührte daher, dass die Gesetze auf insgesamt zwölf bronzenen Tafeln öffentlich auf dem Forum ausgestellt wurden. Sie stellten kein geschlossenes Rechtssystem auf, sondern waren nur eine Zusammenstellung verschiedenster Regeln.[12] Ihnen lagen insbesondere die Bedürfnisse einer einfachen Bauerngesellschaft und der tiefe Glaube an eine göttliche Ordnung zugrunde, weshalb die Vorschriften immer wieder starre rituelle Akte verlangten.[13] So konnten weniger wertvolle Gegenstände (z.B. Kleinvieh)

[3] Für Näheres siehe das Kurzinterview mit *Karsten Schmidt* „Wann begann das Recht und woher kommt es?", abrufbar unter https://www.youtube.com/watch?v=ozr4-0B5EJg (30.1.2023).

[4] Diesen romantischen Vergleich des Rechts mit einem lebenden Organismus, einem Baum, hat bereits *Friedrich Carl von Savigny* angestellt in seinem System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, 1840, IX–X.

[5] Für Interessierte vertiefend *Coing*, Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft, Sitzungsberichte der Wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Bd. 6, 1967, S. 149–166; *Zimmermann*, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1990.

[6] Einen guten, lesbaren Überblick bietet *Manthe*, Geschichte des römischen Rechts, 6. Aufl. 2019; generell für rechtsgeschichtlich Interessierte zu empfehlen ist *Wesel*, Geschichte des Rechts, 5. Aufl. 2022.

[7] Eine detaillierte Zeittafel findet sich bei *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, S. 157.

[8] Näher hierzu *Manthe*, Geschichte des römischen Rechts, 6. Aufl. 2019, S. 8 ff.

[9] Vgl. *Boosfeld*, JuS 2017, 490 (491); *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, S. 195.

[10] Diese findet sich unter anderem bei *Manthe*, Gaius Institutionen, 2004, S. 37.

[11] Vgl. *Zimmermann*, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1990, S. 605.

[12] Vgl. *Kaser/Knüther/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, Rn. 1.9, 2.4.

[13] Eingehend zum gesellschaftlichen Denken dieser Zeit *Bürge*, Römisches Privatrecht, 1999, S. 63 ff.

zwar durch einfache Übergabe übereignet werden (sog. traditio). Jedoch war für wertvolle Gegenstände (z.B. Grundstücke, Sklaven, Großvieh) ein besonderer Ritus erforderlich (die sog. mancipatio-Übereignung): Man brauchte mindestens fünf Zeugen, eine Person, die eine Waage hielt, und ein Stück Kupfer. Der Erwerber musste dann den zu übereignenden Gegenstand berühren, eine fest vorgegebene Spruchformel aufsagen, mit dem Stück Kupfer an die Waage schlagen und es dem Veräußerer übergeben. Der Veräußerer hatte dagegen zu schweigen.[14]

Ein Großteil der Zwölftafelgesetze regelte den ebenfalls streng ritualisierten Zivilprozess. Hierbei ist anzumerken, dass es im römischen anders als in unserem modernen Recht keine Trennung zwischen materiellem (BGB) und prozessualem Recht (ZPO) gab: Das Privatrecht wurde stets prozessrechtlich betrachtet und die Frage nach Bestehen des Anspruchs und dessen Durchsetzung vor Gericht waren eins.[15] Als Zivilprozess regelten die Zwölf Tafeln das sog. Legisaktionenverfahren. Der Kläger musste das römische Bürgerrecht innehaben (sog. ius civile). Ihm standen nur für fünf vorgegebene Forderungsarten Klagen zur Verfügung (legis actiones). Bei diesen musste der Kläger stets bestimmte Sprüche exakt und in ritueller Weise aufsagen. Ein kleiner Versprecher bedeutete oft schon die Klageablehnung.[16] Kennzeichnend für dieses Zivilverfahren war zudem seine Zweiteilung: Der höchste Justizbeamte in Rom, der Prätor, prüfte in einem ersten Schritt die korrekte Verfahrensart. Darauf verwies er den Kläger an den Richter mit der Nennung der Rechtsfolge für den Fall der Stattgabe der Klage. Der Richter prüfte sodann im zweiten Schritt nur noch die streitigen Tatsachen des Falls und war an die vorgegebenen Rechtsfolgen des Prätors gebunden.[17]

Im Zuge der teilweisen Emanzipation[18] der römischen Unterschicht, der Plebejer, ab der Zeit der späten Republik (3. Jahrhundert v. Chr.) kam auch den Volksentscheiden insbesondere des consilium plebis große Bedeutung und gesetzesgleicher Charakter zu.[19] Das erste Plebiszit des consiliums war die lex Aquilia (286 v. Chr.). Diese traf wichtige Regelungen für das Delikts- und Schadensersatzrecht und gilt als Vorläufer unseres heutigen Schadensrechts (§ 823 BGB).[20]

Zu dieser Zeit wurde auch deutlich, dass das starr-rituelle (umständliche), nur für wenige Forderungsarten eröffnete (unflexible) und nur unter römischen Bürgern anwendbare (begrenzte) Legisaktionenverfahren den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen nicht mehr gerecht wurde: Rom wurde zunehmend zum Großreich, in dem überregionaler Handel und das Zusammenleben rechtliche Anpassungen verlangten.[21] Dem kamen die Prätoren nach, wie erwähnt die höchsten Justizbeamten. Ihr Amtsrecht bildete zunehmend einen zentralen Pfeiler und Motor der römi-

[14] Die Originalbeschreibung der Manzipation findet sich in den Institutionen des *Gaius*, I.119, bei *Manthe*, Gaius Institutionen, 2004, S. 79. Eingehend zur traditio und mancipatio *Manthe*, Geschichte des römischen Rechts, 6. Aufl. 2019, S. 20 ff., 43 ff.

[15] Vgl. *Bürge*, Römisches Privatrecht, 1999, S. 1 ff.

[16] Ein Beispiel hierzu bei *Manthe*, Geschichte des römischen Rechts, 6. Aufl. 2019, S. 59.

[17] Zum römischen Zivilprozess näher *Bürge*, Römisches Privatrecht, 1999, S. 63 ff.; *Manthe*, Geschichte des römischen Rechts, 6. Aufl. 2019, S. 61 ff.

[18] Dieses heute oft im Sinne von Befreiung, Selbstständigkeit und Gleichstellung benutzte Wort hat seinen Ursprung passenderweise auch im römischen Recht: Es leitet sich von emancipatio („Entlassung des Sohnes aus der väterlichen Gewalt“) ab und spielt auf die römisch-rechtliche Möglichkeit an, den Sohn durch dreimalige Übereignung an einen Dritten aus der einschneidenden väterlichen Hausgewalt (der patria potestas) zu entlassen, also zu e-manzipieren (deutliche Parallele zur bereits erwähnten mancipatio; Näheres bei *Manthe*, Geschichte des römischen Rechts, 6. Aufl. 2019, S. 49).

[19] Zur Geschichte des consilium plebis und den Ständekämpfen *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte, 13. Aufl. 2001, S. 27 ff.

[20] Zur lex Aquilia ausführlich bei *Kaser/Knüther/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, S. 366 ff.; *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, S. 182 ff.

[21] Vertiefend zu den Hintergründen dieses zivilprozessrechtlichen Wandels *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte, 13. Aufl. 2001, S. 110 ff.

schen Rechtsfortbildung (sog. ius honorarium). Die Prätoren entwickelten nämlich neue Klagearten und ergänzten das nur für römische Bürger geltende ius civile um Klagearten auch für und gegen Nicht-Römer (sog. ius gentium).[22] Damit wurde ein umfassenderer Rechtsschutz gewährt und ein zeitgemäßeres, flexibleres Recht geschaffen. Ihre Klageschöpfungen pflegten die Prätoren zu Beginn ihres Amtsjahres als sog. Edikte zu veröffentlichen, wobei sie die von ihren Vorgängern entwickelten Klagearten meist übernahmen. Die Liste der Klagearten wuchs hierdurch immer weiter bis sie schließlich um 130 n. Chr. unter Kaiser *Hadrian* als edictum perpetuum („ewiges Edikt") endgültig festgeschrieben wurde.[23] Im Zuge dieser Ausdehnung der Klagemöglichkeiten durch die Prätoren entwickelte sich um 300 v. Chr. auch ein anderer Zivilprozess, das sog. Formularverfahren[24], welches das Legisaktionenverfahren allmählich verdrängte. Es war ebenfalls zweigeteilt, jedoch weniger ritualisiert, flexibler und präziser als das vorhergehende Legisaktionenverfahren.[25]

Zu Zeiten der Republik (ab dem 6. Jahrhundert v. Chr.) kam auch den Beschlüssen des Senats eine Bedeutung zu. Sie hatten zwar keine bindende Rechtswirkung, aufgrund der Autorität des Senats wurden sie aber meist befolgt.[26] Grundlegende Veränderung brachte jedoch das von *Caesars* Adoptivsohn *Octavian* alias *Augustus* („dem Erhabenen") herbeigeführte Ende der Republik. *Augustus* verwandelte das römische Reich ab 27 v. Chr. in ein als Republik getarntes Kaiser-Imperium.[27] Die künftigen römischen Kaiser nannten sich nur princeps („erste Bürger"). Sie ließen den Senat formell bestehen, nahmen ihm aber die eigenständige politische Macht und degradierten ihn zu einer bloßen Marionette.[28] Auch die Volksversammlung wurde faktisch entmachtet. Die Entscheidungen des Kaisers traten nun mit gesetzesgleicher Wirkung als weitere Rechtsschicht hinzu.[29] Aus diesem Kaiserrecht ging etwa ein neuer Zivilprozess hervor, das Kognitionsverfahren. Dieses trat zunächst neben das den Anforderungen der Zeit mittlerweile nicht mehr genügende Formularverfahren und löste es schließlich ab.[30] Das Kognitionsverfahren war nicht mehr zweiteilig, bedurfte also nicht in einem ersten Schritt der Gewährung einer konkreten Klageart durch den Prätor. Stattdessen konnte der Kaiser nach Belieben neue Klagen zulassen, wodurch das Recht flexibler wurde.[31]

Der Kaiser gestaltete das Recht aber keineswegs allein: Große Juristen standen ihm zur Seite. Sie werden oft als die mächtigsten Akteure im römischen Recht gesehen[32] und ihre Werke bilden eine bedeutende weitere Rechtsschicht: das Juristenrecht. Bereits zur Zeit der Republik wurde angesehenen Juristen eine hohe Autorität beigemessen und man folgte ihren Rechtsansichten in Gerichtsverfahren und Gesetzesberatungen grundsätzlich.[33] In der Kaiserzeit hatten die Juristen schließlich ihre Blütezeit. Sie wurden (neben dem Kaiser) als oberste Hüter der Freiheit und des Staates betrach-

[22] Vgl. *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 1, 1988, S. 429 ff.

[23] Vgl. zur Entstehung und Entwicklung des ius honorarium *Manthe*, Geschichte des römischen Rechts, 6. Aufl. 2019, S. 67 f.

[24] Dieses sah etwa die vindicatio als Eigentumsherausgabeklage und Vorläufer des heutigen § 985 BGB oder die actio Publiciana als Herausgabeklage des berechtigten Besitzers und Vorläufer des heutigen § 1007 BGB vor.

[25] Vgl. *Boosfeld*, JuS 2017, 490 (492); *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 1, 1988, S. 447 ff.

[26] Vgl. *Boosfeld*, JuS 2017, 490 (493).

[27] Eine anschauliche Darstellung des Aufstiegs von *Augustus* und Niedergangs der Republik bei *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 97 ff.; kompakt bei *Manthe*, Geschichte des römischen Rechts, 6. Aufl. 2019, S. 86.

[28] *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, 10. Aufl. 2005, S. 154 ff.

[29] Ausführlich zum Kaiserrecht *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 102 ff.

[30] *Boosfeld*, JuS 2017, 490 (493).

[31] Näher *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 299.

[32] Vgl. *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte, 13. Aufl. 2001, S. 163.

[33] Vgl. *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 1, 1988, S. 519 ff.

tet[34] und mit hohen Ämtern zunehmend in den kaiserlichen Staatsapparat eingebunden. Die Rechtswissenschaft produzierte in dieser Zeit eine Vielzahl an Literatur, wobei es ihr jedoch weniger um Systematisierung als um die Lösung von Einzelfällen ging.[35] Schließlich wurde den Rechtsgutachten einiger hervorragender Juristen von den Kaisern Gesetzeskraft zugesprochen (sog. ius respondendi)[36]. Später wurden die Ansichten der fünf „Zitierjuristen" *Gaius*, *Papinian*, *Ulpian*, *Paulus* und *Modestinus* sogar als alleinverbindlich für alle Gerichte erklärt.[37] Um Mitte des 3. Jahrhunderts n. Chr. setzte jedoch das sog. Dominat ein. Der Kaiser nannte sich nun Dominus („Herrscher") und ließ sein Machtmonopol offener zutage treten. Die Zeit der großen rechtswissenschaftlichen Schaffenskraft fand hier ihr Ende. Die enge Verbindung mit den Kaisern wurde den Juristen nun zum Verhängnis, da ihnen weniger rechtlicher Gestaltungsspielraum gelassen wurde.[38] Es trat eine Vulgarisierung, also übermäßige Vereinfachung des Rechts ein: Die Tätigkeit der Juristen beschränkte sich meist nur noch darauf, die alten Werke ihrer großen Vorgänger zu erfassen und zu vereinfachen. Kaum ein Jurist wagte noch die eigene schöpferische Tätigkeit.[39]

Bei alldem darf schließlich nicht vergessen werden, dass das ältere Recht grundsätzlich neben dem neuen weitergalt.[40] Wie *Gaius*[41] es aufzählt, setzte sich das römische Recht somit im Wesentlichen aus einem Nebeneinander folgender Schichten zusammen, die sich – wie aufgezeigt – über die Zeit entwickelt haben: Gesetze, Volksentscheide, Edikte der Prätoren, Senatsbeschlüsse, kaiserliche Entscheidungen und Rechtsgutachten der großen Juristen.

Im Jahr 395 n. Chr. wurde das Imperium Romanum in eine westliche Hälfte und eine östliche Hälfte geteilt.[42] Während das sog. Westrom rechtswissenschaftlich verfiel, konnte Ostrom das juristische Niveau einigermaßen halten.[43] Erst der oströmische Kaiser *Justinian* konnte das Reich im 6. Jahrhundert n. Chr. ein letztes Mal (teilweise) einen. In diesem Zuge stieß er eine groß angelegte Rechtsreform und Kodifikation des Sammelsuriums des römischen Rechts an. Das Ergebnis dieser umfangreichen Arbeiten war eine vierteilige Zusammenstellung und teilweise Anpassung des römischen Rechts, die erst rund tausend Jahre später den Namen[44] erhielt, für den sie heute berühmt ist: das Corpus iuris civilis[45] (im Folgenden meist nur Corpus genannt). Der erste Teil sind die Institutionen, welche im Kern das damals gängige Anfängerlehrbuch des *Gaius* wiedergeben. Der zweite Teil die Digesten, griechisch auch Pandekten. Sie stellen gewissermaßen das Herzstück des Corpus dar, in dem wesentliche Teile der Werke und Weisheiten der großen römischen Juristen konserviert sind. Teil drei und vier bilden schließlich der Codex und die Novellen, jeweils Sammlungen kaiserlicher Entscheidungen.[46]

---

[34] Anschaulich hierzu *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 105 ff.

[35] Vgl. *Boosfeld*, JuS 2017, 490 (494).

[36] Näher *Manthe*, Geschichte des römischen Rechts, 6. Aufl. 2019, S. 89 ff.

[37] Vertiefend zum sog. Zitiergesetz *Liebs*, Römisches Recht, 6. Aufl. 2004, S. 88 ff.

[38] Eingehend *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, 10. Aufl. 2005, S. 209 f., 230 ff.

[39] Vgl. *Kaser/Knüther/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, S. 7 f.

[40] Vgl. *Boosfeld*, JuS 2017, 490 (491); *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, S. 195.

[41] Vgl. *Manthe*, Gaius Institutionen, 2004, S. 37.

[42] Eine hilfreiche Karte hierzu findet sich bei *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, 10. Aufl. 2005, letzte Seite.

[43] Vgl. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 34.

[44] Der Name wurde *Justinians* Gesetzen erstmals im 16. Jahrhundert gegeben und hat sich seitdem allgemein durchgesetzt.

[45] Zum Inhalt und der Entstehungsgeschichte des Corpus iuris civilis *Liebs*, Römisches Recht, 6. Aufl. 2004, S. 96 ff.

[46] Vgl. *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, Rn. 129.

Justinian war naturgemäß stolz auf seine Sammlung und Reform des alten Rechts – so stolz, dass er dem Corpus nicht nur Gesetzeskraft beimaß, sondern aus Angst vor Änderungen zukünftig auch jegliche Vergleiche mit den Originaltexten, Verkürzungen und sogar Kommentierungen verbot.[47] Das Corpus sollte das geltende Recht in handlicher Form vorgeben, widerspruchsfrei und ohne überflüssige Zusätze.[48] Dass dies aber wohl mitnichten der Fall war und es eher einen ungeordneten „Erfahrungsschatz juristischen Könnens“[49] darstellte, sollte sich einige Jahrhunderte später während der „Rezeption“ des römischen Rechts zeigen (dazu sogleich). Nichtsdestotrotz leistete das Corpus der kontinentaleuropäischen Rechtsentwicklung einen erheblichen Dienst und ist bis heute die wichtigste Quelle des nach Schätzungen nur zu rund 10 % (und davon größtenteils im Corpus) überlieferten römischen Rechts.[50] Ein Recht, das sich auszeichnet durch seine hohe Präzision, Abstraktion, Praxiserprobung und weitgehende Freiheit von zeitlich bedingten Anschauungen (letztes natürlich mit Einschränkungen). Wie sich zeigen wird, ist es daher weit über die zeitlichen Grenzen des römischen Reichs hinaus von Interesse.[51]

III. Die Rezeption des römischen Rechts

Während *Justinians* Corpus im oströmischen Reich bis zum Fall Konstantinopels galt (1453)[52], verfiel es im Westen mit dem Niedergang des Westreichs und der Eroberung Italiens durch die Langobarden (568) in einen weitgehenden Dornröschenschlaf.[53] Insbesondere die Digesten waren bald verschollen. Das römische Recht lebte allenfalls als Gewohnheit weiter, vulgarisiert und seiner „Reinheit“ beraubt.[54] Erst ein halbes Jahrtausend später (zwischenzeitlich verlief das gesamte Frühmittelalter) geschah – wie so oft durch einen Zufall – die magische Wende[55]: In Pisa fand man um 1060 den „größten Thesaurus spezifisch zivilrechtlicher Erfahrung, den die Weltgeschichte des Rechts kennt“[56], eine bis dahin unbeachtete Abschrift der Digesten, die sog. littera Florentina[57]. Sogleich erwachte Westeuropa, das die ungeheure Bedeutung des Fundes erkannte, und schon zehn Jahre später gelangte eine Abschrift der Florentina an die richtige Adresse: nach Bologna. Es wurde eine Rechtsschule gegründet und damit auch die älteste Universität Europas, vielleicht der Welt.[58] Von hier aus[59] beginnt nun

[47] Dazu und Originalzitate von *Justinian* bei *Zimmermann*, JZ 2007, 1 (7).

[48] Vgl. *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 360.

[49] *Liebs*, Römisches Recht, 6. Aufl. 2004, S. 99.

[50] Siehe etwa *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 22.

[51] Vertiefend *Wieacker*, Die Bedeutung des Römischen Rechts für die Rechtsausbildung in der Gegenwart, Separata de Romanitas, 1971, S. 201, 213 ff.

[52] Vgl. *Kaser/Knüther/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, S. 12.

[53] Differenzierend *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 22 f.; vertiefend *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 27, 33 ff.

[54] Vgl. *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 363; *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl. 2001, S. 32.

[55] Dazu *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl. 2001, S. 35.

[56] *Wieacker*, Die Bedeutung des Römischen Rechts für die Rechtsausbildung in der Gegenwart, Separata de Romanitas, 1971, S. 201, 216.

[57] Das Corpus in Form der littera Florentina ist neben dem sog. Codex Hammurabi aus dem alten Babylon (18. Jahrhundert v. Chr.), dessen Besichtigung im Louvre-Museum in Paris sich übrigens für jede Juristin und jeden Juristen lohnt, die wohl bekannteste bis heute erhaltene historische Rechtsquelle.

[58] Zur nicht ganz exakt datierbaren Gründung der Universität siehe *Rüegg*, Geschichte der Universität in Europa, Bd. 1, 1993.

[59] Wieso Bologna? Dazu *Savigny*, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Bd. 3, 2. Aufl. 1834, S. 84; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 47 ff.

die sich allmählich in Kontinentaleuropa ausbreitende „Rezeption“[60] des römischen Rechts und Geschichte des modernen Privatrechts. Wir verstehen hierunter die wissenschaftliche Durchdringung der bereits vorhandenen Gewohnheits- und Partikularrechte (dazu später V.) durch das römische Recht (und kanonische, aber auch das wird noch zurückgestellt bis IV.). Im Folgenden wird skizziert, wie diese Rezeption bis zur Zeit der modernen Kodifikationen (VI.) verlief:

1. Die scholastische Rechtswissenschaft in Italien (mos italicus)

Der Lehre und Erforschung des Corpus in Bologna nahm sich Anfang des 12. Jahrhunderts mit großem Erfolg der vormalige Rhetorik- und Lateinlehrer *Irnerius* an. Er galt bereits seinerzeit als „Leuchte des Rechts“[61] und brachte die Bologneser Rechtsschule zusammen mit vier seiner Schüler (den sog. quattor doctores) zu europäischer Berühmtheit.[62] Um das umfangreiche und wegen seiner fehlenden Systematisierung nur schwer verständliche Corpus lern- und lehrbar zu machen, schrieben diese Rechtsgelehrten Anmerkungen und Erläuterungen an die Ränder der Abschriften. Diese wurden „Glossen“ (Erklärungen) genannt, weshalb *Irnerius* und seine Nachfolger heute als „Glossatoren“ bekannt sind.[63] Als weitere prägende Glossatoren folgten im 12. und 13. Jahrhundert *Azo*[64] und sein Schüler *Accursius*, der schließlich den äußerlichen Abschluss dieser immensen, 150-jährigen Aufarbeitung durch seine rund 96.940 Glossen umfassende Glossa ordinaria[65] (die Glosse schlechthin) vollzog. Diese erläuterte das gesamte Corpus, sammelte die wesentlichen Teile der Werke seiner Vorgänger und galt nunmehr in ganz Europa als das Standardwerk, das sich bis in das 18. Jahrhundert einer fast heiligen Autorität in der Rechtspraxis erfreute.[66]

Neben der Sinnerfassung des Corpus ist die wichtigste Errungenschaft dieser „Väter der europäischen Jurisprudenz“[67] aber ihre logisch-vergleichende Methode, die sog. Scholastik[68]. Diese prägt auch unseren heutigen Umgang mit Rechtsquellen entscheidend.[69] Mit einem seit der Zeit der großen römischen Juristen unbekannten Scharfsinn verglichen die Glossatoren die verschiedenen Stellen innerhalb des Gesamtwerks, um so die Zusammenhänge und den Gesamtsinn des *justinian*ischen Rechts zu durchdringen.[70] Was die Glossatoren jedoch nicht taten, war, die vorgefundenen Texte zu hinterfragen. Das Corpus wurde als ratio scripta (geschriebene Vernunft) angesehen, als reine und konsistente Rechtswahrheit einer unbedingten Autorität. Das griechische Wort „Pandekten“ hatte bisher die Bibel gemeint.[71] Wurden sich widersprechende Textstellen entdeckt, von denen es natürlich zahlreiche gab, so wurden diese weggedeutet. Es galt der Grundsatz concordantia discordan-

[60] Umfassend hierzu *Kiefner*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 4, 1990, Sp. 970 ff.

[61] So nannte ihn *Odofredus*, zitiert bei *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 824.

[62] Näher zu *Irnerius Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl. 2001, S. 39.

[63] Zu den Glossatoren insgesamt *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 24 ff.

[64] Noch im 15. und 16. Jahrhundert galt unter Studenten der Spruch: Chi non ha Azzo non vada in palazzo. Auf deutsch: „Wer den Azo nicht hat (seine Werke), hat im Palast bzw. vor Gericht nichts zu suchen.“

[65] Zur Entstehung und Bedeutung der Glossa ordinaria *Dilcher*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 1, 1971, Sp. 1710 f.

[66] Vgl. *Kiefner*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 4, 1990, Sp. 972.

[67] *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 69.

[68] Zu dem Begriff und seinem bereits vorherigen Bestehen *Becker*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 4, 1990, Sp. 1478 ff.

[69] Dazu *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 68 ff.

[70] Anschaulich zur scholastischen Methode *Liebs*, Römisches Recht, 6. Aufl. 2004, S. 108 f.

[71] Vgl. *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 839 f.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 56 ff.

tium[72]: Nicht Übereinstimmendes in Übereinstimmung bringen. In einer ratio scripta konnte es keine Widersprüche geben, man hatte sie schlichtweg noch nicht ganz verstanden.[73]

Mit der Glossa ordinaria schien eine grundlegende Durchdringung des Corpus erreicht. Eine neue Generation Rechtsgelehrter (Ende 13. bis Anfang 16. Jahrhundert) ging daher nun von den bisherigen Randbemerkungen (Glossen) dazu über, umfangreiche und der mit zunehmend neuen Rechtsproblemen konfrontierten Welt dienlichere Kommentare zu erstellen. Sie werden demnach heute „Kommentatoren“[74] oder auch „Konsiliatoren“ genannt. Anders als ihre theoretischeren Vorgänger[75] stellten sie auch die Rechtsanwendung in den Vordergrund. Sie unterzogen das Corpus einer freieren, die Rechtsgewohnheiten und Nöte ihrer Zeit berücksichtigenden Auslegung. Zudem verfassten sie zahlreiche Rechtsgutachten für Gerichte und lösten in ihren Vorlesungen (fiktive) Rechtsfälle. Das römische Recht wurde von ihnen bewusst den zeitgenössischen Rechtsbedürfnissen untergeordnet, weshalb sie von *Savigny* später abschätzend zu bloßen „Postglossatoren“ herabgewürdigt wurden.[76] Freilich gaben aber auch sie nicht ihre Textautoritätsgläubigkeit auf. Das Corpus wurde weiterhin als ratio scripta angesehen.[77] Die zwei prominentesten Vertreter der Kommentatorenschule, die die italienische Rechtswissenschaft zum Höhepunkt ihrer Berühmtheit brachten, waren der „erste Jurist seiner Zeit“[78] *Bartolus* (1313–1357) und sein Schüler *Baldus* (1327–1400). *Bartolus* war in der Tat so berühmt, dass die scholastische Methode auch „Bartolismus“ heißt.

Die Werke der herrschenden Glossatoren (allen voran die Glossa ordinaria[79]) und Kommentatoren wurden von den europäischen Juristen einige Jahrhunderte lang vergleichbar dem Corpus als eine fast gesetzesähnliche Autorität angesehen[80]. Sie prägten die moderne Rechtsentwicklung.[81] Der durch sie weitergegebene – scholastische und autoritative – Umgang mit dem Corpus ist es, der in die Rechte vieler europäischer Länder rezipiert wurde.[82] Wir bezeichnen diesen besonderen Umgang heute auch als mos italicus (italienischen Brauch).

2. Die humanistische Rechtswissenschaft in Frankreich (mos gallicus)

Die Gegenbewegung zum mos italicus bildete der im Frankreich des 16. Jahrhunderts seine Blüte erfahrende humanistisch geprägte Umgang mit dem Corpus, der mos gallicus[83] (französischer Brauch). Diese Strömung forderte eine Rückkehr des Corpus zu seiner Urform und seinen antiken

[72] Näher *Zimmermann*, JZ 2007, 1 (8).

[73] Vgl. auch *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte, 13. Aufl. 2001, S. 231.

[74] Instruktiv *Dolezalek*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 3, 1984, Sp. 1842 f.; *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 28 ff.

[75] Dazu differenzierend *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 80 f.

[76] Vgl. *Kaser*, Römische Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 1993, S. 277.

[77] Vgl. *Kiefner*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 4, 1990, Sp. 973.

[78] *Peter*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 1, 1971, Sp. 319.

[79] Eingängig hierzu der Spruch: Quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia. Auf deutsch: „Was die Glossa (ordinaria) nicht anerkennt, erkennt auch das Gericht nicht an.“

[80] Vgl. *Dilcher*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 1, 1971, Sp. 1711.

[81] Vgl. *Kaser*, Römische Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 1993, S. 277; *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 40 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 82, 85, 93 f.

[82] Dazu *Kiefner*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 4, 1990, Sp. 973.

[83] Kompakt hierzu *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 62 f.

Vorbildern[84]: ad fontes – zurück zu den Quellen – war das Motto.[85] Dies lief den Scholastikern des mos italicus heftig zuwider. Ihnen war doch der Text des Corpus selbst die zeitlose Wahrheit. Eine Untersuchung seiner geschichtlichen Grundlagen kam für sie daher nicht in Betracht.[86] Der mos gallicus, zu dessen wichtigsten Vertretern die Franzosen *Jacques Cujas* (1522–1590) und *Hugo Donellus* (1527–1591) zählten, tastete mithin also die Autorität des Corpus und der Werke der Glossatoren und Kommentatoren an. Er versuchte aufzuzeigen, dass *Justinians* Kompilation Widersprüche in sich barg und daher auch kritisch betrachtet und hinterfragt werden konnte.[87] Insgesamt war er jedoch auf ein der damaligen Rechtspraxis wenig nützliches Sammeln des römischen Originalstoffs beschränkt[88] und hatte nur einen überschaubaren Einfluss auf die deutsche Rechtsentwicklung, auch wenn seine historisch-kritische Betrachtungsweise gewisse Parallelen zum hiesigen usus modernus pandectarum aufwies (dazu 4.).[89] Man war hierzulande zu sehr mit der praktischen Aufgabe der Rezeption nach italienischem Vorbild beschäftigt, um dieser Entwicklung im Nachbarland nachhaltige Beachtung zu schenken.[90]

3. Die Rezeption in Deutschland

Die berühmte Rechtsschule von Bologna lockte Studenten (damals waren es allesamt Männer) aus ganz Europa an: Bereits um 1200 gab es dort rund eintausend Jurastudenten, davon die Hälfte Nichtitaliener und 200 Deutsche.[91] Es folgten bald weitere Universitäten in Oberitalien und ganz Europa, so etwa in Oxford, Cambridge und Paris (13. Jahrhundert), Prag, Wien, Heidelberg und Köln (14. Jahrhundert).[92] Die Studenten erlernten dort überall das römische (und kanonische, IV.) Recht nach dem Vorbild des mos italicus und kehrten sodann meist wieder in ihre Heimatländer zurück. In Deutschland wurden sie dabei zunehmend sehnsüchtig von Kaiser und Territorialherren als rational geschulte und vielseitig einsetzbare Beamte erwartet, um (mit guten Gehaltsaussichten gelockt[93]) in die territorialen Staatsapparate eingebunden zu werden. Insbesondere hohe Ämter der Verwaltung und vor allem der Rechtspflege wurden mit ihnen besetzt.[94] Dort wendeten diese Rechtsgelehrten naturgemäß das an, was sie so gründlich in Italien und anderswo gelernt hatten.[95] So verbreiteten die Universitäten und ihre Studenten als „Träger der Rezeption“[96] das römische Recht allmählich in

[84] Vgl. *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 1178 ff.; *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte, 13. Aufl. 2001, S. 237 ff.

[85] So *Schildt*, Jura 2003, 450 (453).

[86] Eindringlich dazu *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 840.

[87] Vgl. *Meder*, Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 2008, S. 191 ff.

[88] So *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 118.

[89] Zusammenfassend siehe *Zimmermann*, JZ 2007, 1 (8).

[90] So *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte, 13. Aufl. 2001, S. 238.

[91] Vgl. *Coing*, Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft, Sitzungsberichte der Wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Bd. 6, 1967, S. 153; *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, S. 307.

[92] Eine Auflistung findet sich bei *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 856; ein Überblick bei *Zimmermann*, JZ 2007, 1 (8).

[93] Dazu *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 829 ff., 832 ff.

[94] *Schildt*, Jura 2003, 450 (451) geht von einer Einbindung von rund 90 % der Juristen des 12. und 13. Jahrhunderts in den deutschen Staatsdienst aus.

[95] Vgl. *Coing*, Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft, Sitzungsberichte der Wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Bd. 6, 1967, S. 155.

[96] *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 82 f.

Deutschland und weiten Teilen Europas.[97] In gewisser Hinsicht begünstigt wurde dies in Deutschland sicherlich auch durch die Vorstellung, das Heilige Römische Reich der deutschen Kaiser sei die kontinuierliche Fortsetzung des Imperiums ihrer römischen Vorgänger[98] (der Idee vom translatio imperii).[99]

Das römische Recht war somit im Deutschland des 13. bis 15. Jahrhundert zwar grundsätzlich noch kein geltendes Recht, es war jedoch den Juristen ein Begriff und wurde bereits als Lückenfüller des geltenden regionalen (Partikular-)Rechts genutzt. Der nächste bedeutende Schritt[100] wurde sodann mit der Reformation einiger Gerichtsordnungen gemacht, allen voran der Reichskammergerichtsordnung (RKGO) von 1495 mit ihrem neu gegründeten Reichskammergericht[101]. Dieses bildete fortan das höchste Gericht des Reichs. Nach der RKGO galt das römische (und kanonische) Recht scheinbar nur subsidiär hinter den territorialen Partikularrechten und Rechtsgewohnheiten. Die Rechtswirklichkeit war jedoch aufgrund einiger entscheidender Feinheiten eine andere, was auch auf viele der obersten Territorialgerichte zutraf[102]: Wollte eine der Parteien die Anwendung partikulärer Rechtsgewohnheiten erreichen, so musste sie sich ausdrücklich auf diese berufen und deren Geltung beweisen. Dies was angesichts oft mangelnder Schriftlichkeit solchen Rechts und zunehmend hoher Beweisanforderungen schwierig. Anderes galt beim römischen (und kanonischen) Recht. Gemäß dem auch heute bestehenden Grundsatz curia novit iura („das Gericht kennt das Recht“) mussten sich die Parteien auf dieses nicht berufen, damit es Anwendung fand. Des Weiteren mussten die Richter von der Vernünftigkeit lokaler Gewohnheiten überzeugt werden. Demgegenüber wurde die Vernünftigkeit des römischen Rechts als ratio scripta unterstellt. Als ob das noch nicht genug gewesen wäre, galt außerdem der Rechtsgrundsatz statuta sunt stricte interpretanda: Die (bewiesenen und vernünftigen) partikulären Rechtssätze waren eng auszulegen.[103]

Ohnehin waren die Richter und prozessierenden Anwälte oft römisch-rechtlich geschult[104] und die Gerichte sandten bei komplexen Verfahren gerne den Juristenfakultäten die Prozessakten zu, um deren – römisch-rechtliche – Gutachten sodann ohne Weiteres als Urteil zu verwenden (sog. Aktenprozesse[105]). Dies alles führte im Ergebnis dazu, dass dem eigentlich subsidiär geltenden römischen Recht tatsächlich eine beachtliche Bedeutung zukam. Das Reichskammergericht und die hohen Landesgerichte setzten es „von oben nach unten“[106] durch. Als Faustregel[107] kann hierbei gelten: Die Rezeption schritt dort in Deutschland besonders voran, wo es an einem nachweisbaren und sachgerechten (vernünftigen) Partikularrecht fehlte.[108] Wo immer das römische Recht ein derart „schwa-

[97] Vertiefend *Coing*, Das Eindringen des Römischen Rechts in das Recht des Hochmittelalters in Deutschland, Referate zum IV. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Paris 1954, 1954, S. 3.

[98] Hierzu differenzierend *Schildt*, Jura 2003, 450 (451).

[99] Früher ging man nach der „Lotharischen Legende“ davon aus, die Rezeption in Deutschland sei maßgeblich darauf zurückzuführen, dass Kaiser *Lothar III.* im 12. Jahrhundert bei einem Feldzug eine Digestenabschrift gefunden und zum Reichsgesetz erklärt habe. Dem wurde jedoch von *Hermann Conring* (1606–1681), dem ersten deutschen Rechtshistoriker, der Boden entzogen (*Conring*, de origine iuris germanici, 1643; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 143 ff.).

[100] Vgl. *Kiefner*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 4, 1990, Sp. 979 ff.

[101] Vertiefend *Laufs*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 4, 1990, Sp. 655 ff.

[102] Vgl. *Kiefner*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 4, 1990, Sp. 979 f.

[103] Zu alldem *Gmür/Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl. 2018, Rn. 296 ff.; *Schildt*, Jura 2003, 450 (451); *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 175 ff.

[104] Mindestens die Hälfte der Richter musste (römisch-kanonisch) rechtsgelehrt sein.

[105] Dazu *Buchda*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 1, 1971, Sp. 84 ff.

[106] *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 176.

[107] Vgl. *Schildt*, Jura 2003, 450 (452); *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 85.

[108] Zu den einzelnen Bundesländern bzw. Territorien siehe *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 91 ff.

ches“ regionales Recht vorfand, gewann es einen „einfachen Triumph“[109]. Die Rezeption nahm so ihren allmählichen Fortgang bis in das 19. und 20. Jahrhundert – nach anfänglichen Protesten des juristisch ungebildeten Volks, das sein Privatrecht nicht mehr verstand.[110]

4. Der usus modernus pandectarum

Ab Mitte des 16. Jahrhunderts war man insbesondere in Deutschland bemüht um einen anderen Umgang mit den römischen Regeln. Es setzte die Erkenntnis ein, dass das römische Recht nie durch einen Gesetzgebungsakt legitimiert wurde, sondern vielmehr die Juristen selbst es schrittweise zu einem Gewohnheitsrecht erhoben haben.[111] Gemäß dem Titel einer Schrift des „damals berühmtesten deutschen Juristen“[112] *Samuel Stryk* (1640–1710) hat diese Strömung den Namen usus modernus pandectarum erhalten.[113] Man kann dies etwas missverständlich übersetzen als „modernen Gebrauch der Pandekten (= Digesten)“, wobei usus auch darauf anspielt, dass die Geltung der römischen Regeln eben bloß auf ihrer fortwährenden Anwendung durch Lehre und Praxis beruhte, bis daraus (Gewohnheits-)Recht entstand.[114]

Wenn nun das römische Recht ebenso wie das örtliche Partikularrecht nichts anderes als Gewohnheitsrecht war, so der neue Gedanke des usus modernus, dann konnte in jedem Einzelfall geprüft werden, welches der beiden Rechte sich in der Vergangenheit stärker gewohnheitsmäßig durchgesetzt hatte. Das römische Recht modifizierte also nicht nur das heimische Recht, sondern das heimische Recht konnte auch das römische modifizieren. Es büßte damit in Abkehr vom mos italicus seinen Status als ratio scripta ein und trat mit dem Partikularrecht in Konkurrenz. Man begab sich auf eine Suche nach der jeweils „richtigen“, sinnvollen und daher anzuwendenden Rechtsquelle. Es galt, das Recht in seinen römischen und germanischen Bestandteilen zu ergründen.[115] Erstmals wendete sich die Rechtswissenschaft auch den heimischen Partikularrechten zu und betrachtete alle Rechtsmaterien, wie wir es noch heute tun.[116] Jedoch ist anzumerken, dass die Juristen des usus modernus grundsätzlich am römischen Recht festhielten, auch wenn sie seine Modifikation zuließen.[117]

Ergebnisse dieser neuen wissenschaftlichen Denkweise waren etwa die Legitimation der Stellvertretung, des Vertrags zugunsten Dritter, der Forderungsabtretung und der allgemeinen Vertragsfreiheit – allesamt Institute, die nach dem bisherigen römischen Recht des mos italicus unzulässig gewesen waren.[118] Der usus modernus erreichte im 18. Jahrhundert seine Blüte und lebte bis in das 19. Jahrhundert fort, hinein in die Zeit des Natur- bzw. Vernunftrechts (dazu nun) und *Savignys* Historischer Schule (6.).

---

[109] *Maitland/Montague*, A Sketch of English Legal History, 1915, S. 40.

[110] Vgl. *Gmür/Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl. 2018, Rn. 300.

[111] Siehe *Gmür/Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl. 2018, Rn. 306; ferner bereits *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 176.

[112] *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, S. 358.

[113] Eine schöne Gesamtdarstellung bietet *Heger*, ZJS 2010, 29.

[114] Gut erklärt wird die Wortschöpfung bei *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, S. 358.

[115] Vgl. *Heger*, ZJS 2010, 29 (30 f.); *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, S. 358 f.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 214.

[116] *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 214 f.

[117] Klarstellend *Hattenhauer*, Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 4. Aufl. 1996, Rn. 28: „Der usus modernus hat das römische Recht nicht beseitigt.“

[118] Eine Darstellung im Einzelnen bei *Heger*, ZJS 2010, 29 (33 f.).

5. Das Natur- bzw. Vernunftrecht

Im 17. und 18. Jahrhundert verlief eine weitere, sich zeitlich mit dem usus modernus überschneidende Strömung: Die Lehre vom Natur- oder auch Vernunftrecht[119] (im Folgenden wird meist letztere Bezeichnung gebraucht). Als die Begründer dieses „Zeitalters des Vernunftrechts“[120] werden klassischerweise *Hugo Grotius* (1583–1645) und *Samuel Pufendorf* (1632–1694) angesehen. Der bereits uralte Begriff wurde verstanden als ein von Zeit, Ort und gesellschaftlicher Legitimation wie Entwicklung unabhängiges und damit auch unhistorisches Recht, das allein der menschlichen Vernunft und der Natur entspringt. Man wandte sich weg von der „historischen Autorität“ hin zu einer „Autorität der Vernunft“[121]. Prägend waren dabei die einsetzende Aufklärung sowie große Denker bis in die Antike hinein (von *Aristoteles* über *Thomas von Aquin* bis zu *Isaac Newton* und *Leibniz*). Als privatrechtliche Beispiele können hier die Vertragstreue (zu pacta sunt servanda aber später noch bei IV.), die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung oder auch die Unverletzlichkeit des Eigentums genannt werden.[122] Diese Institute waren natürlich auch dem geltenden Recht nicht ganz fremd, weshalb viele der Vernunftrechtslehren mit diesem im Einklang standen und es gar rechtfertigten.[123] Kritisch beäugt wurde aber der große Einfluss des rezipierten römischen Rechts. Dieses sollte – so etwa die Forderung des deutschen Professors *Christian Thomasius* (1655–1728), der das Corpus ein „einfältig Büchlein“[124] nannte – zugunsten von Vernunft- und heimischem Partikularrecht zurückgedrängt werden.[125]

Das vernunftrechtliche Gedankengut hatte bedeutenden Einfluss auf die weiteren Rechtsentwicklungen und fand Eingang in zahlreiche der bald folgenden Kodifikationen.

6. Savignys Historische Schule und die Pandektenwissenschaft

Die Lehre vom Vernunftrecht, diese herumphilosophierende und nur „Luftgebäude“ schaffende „bare Träumerei“[126], hatte freilich nicht nur Anhänger. Der bis heute „Säulenheilige der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jh.“[127], *Friedrich Carl von Savigny* (1779–1861), sah in ihnen eine ernste Gefahr für das Reich und sein Recht – das römische. Als Gegenreaktion begründete er daher zu Beginn des 19. Jahrhunderts mit seinem Berliner Kollegen *Karl Friedrich Eichhorn* (1781–1854) im Zuge der allgemeinen Hinwendung zum geschichtlichen Denken die „Historische Schule“.[128]

Diese betrachtete die Gegenwart als Ergebnis und notwendige Konsequenz der Vergangenheit. Wer die Gegenwart und das gegenwärtige Recht erfassen wollte, der musste daher allein die Vergangenheit gründlich studieren. Nach *Savigny* war das (Gewohnheits-)Recht als „natürliches Recht“ (nicht Naturrecht!) im Volk entstanden und entwickelt worden, es entsprang dem Volksgeist. Sodann traten die Juristen hinzu, denen es „als besondere Wissenschaft in die Hände“ gegeben wurde und

---

[119] Zur Methodengeschichte und dem Gegensatz zur Historischen Schule *Pöggeler*, JA 1997, 339.

[120] *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 249.

[121] *Coing*, Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft, Sitzungsberichte der Wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Bd. 6, 1967, S. 158.

[122] Näher *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 145 ff.

[123] Vgl. *Gmür/Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl. 2018, Rn. 309.

[124] Siehe *Gmür/Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl. 2018, Rn. 310.

[125] Zu alldem *Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl. 2019, Rn. 273 ff.

[126] Mit den Worten *v. Rottecks*, Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften, Bd. 1, 2. Aufl. 1840, VIII f.

[127] *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, S. 442.

[128] Zu dieser anschaulich *Pöggeler*, JA 1997, 339 (340 ff.); *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl. 2001, S. 144 ff.

deren Aufgabe es nun war, die Entwicklungen dieses dem Volksgeist entspringenden Rechts zu durchschauen und „frisch zu halten“[129]. Der Jurist musste die historischen Fakten dabei frei von seinen eigenen Vorstellungen nehmen und durfte sich keine „moralisch-politische Beispielsammlung“ herauspicken.[130] Tat er dies, so brachte er „nicht mehr bloße Belege für im Voraus gewusste Wahrheiten“[131] hervor, sondern das tatsächliche gegenwärtige Recht, „die Wahrheit selbst“. Es wird deutlich, dass diese strenge geschichtliche Schule einen scharfen Kontrast zu der völlig „ungeschichtlichen“[132] Schule des Vernunftrechts bildete. Sie lieferte der Rechtswissenschaft nicht nur gründliche und systematische[133] (bis heute wertvolle) Darstellungen der Entwicklungen und Ursprünge des rezipierten römischen Rechts, sondern auch des deutschen Partikularrechts.[134] Zudem radierte sie die gegenseitigen Ergänzungen beider Rechte unter dem usus modernus wieder aus, weshalb dieser „im Schatten“ der Historischen Schule heute gemeinhin ein eher „kärgliches Dasein fristet“[135].

Savignys Schüler und Nachfolger[136] – zu nennen sind etwa *Gustav Hugo* (1764–1844), *G.F. Puchta* (1798–1846), *Bernhard Windscheid* (1817–1892) oder *Rudolf von Jhering* (1818–1892) – führten sein Werk fort. Sie systematisierten ihr „reines“ römisches Recht streng in allgemeine Rechtsbegriffe (wie Rechtsverhältnis, Rechtssubjekt, Rechtsgeschäft, subjektives Recht) und konzipierten ein Privatrechtssystem mit unserer heutigen Gliederung in allgemeinen Teil, Schuldrecht, Sachenrecht, Familienrecht und Erbrecht. Da dieses System im Grunde auf jedes Land der Welt übertragbar war, erlangten sie mit ihrer „Pandektenwissenschaft“ weltweites Ansehen.[137]

IV. Das kanonische Recht

Bevor die Darstellung sich nun der Zeit der großen Kodifikationen – gewissermaßen dem krönenden Abschluss – zuwendet, muss noch ein weiterer Strang der Rechtsgeschichte beleuchtet werden. Das römische Recht war nämlich nicht das einzige, das ab dem 12. Jahrhundert in weiten Teilen Europas rezipiert wurde. Es hatte noch einen Zwilling: das kanonische Recht, also im Kern das Recht der römisch-katholischen Kirche. Dessen Rezeption verlief in vielerlei Hinsicht parallel[138] und es bildete

[129] Vgl. *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, 1840, IX–X, Erstes Kapitel, insbesondere S. 12 ff.

[130] Vgl. *Savigny*, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 1, 1815, S. 3.

[131] *Wilhelm*, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 1958, S. 17 ff.

[132] *Savigny*, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 1, 1815, S. 2.

[133] *Savignys* Hauptwerk, „System des heutigen Römischen Rechts“ (1840–1849), enthält viele Rechtsinstitute, die ein unmittelbares Vorbild unserer heutigen Zivilrechtsdogmatik sind. Insbesondere die Selbstständigkeit des Erfüllungsgeschäfts, unser (international sehr einmaliges) Abstraktionsprinzip, verdanken wir ihm. Kaum beachtet ist dabei, dass *Savigny* hier womöglich ein Interpretationsfehler unterlaufen ist, wie etwa *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, S. 447 meint. Das Abstraktionsprinzip war dem römischen Recht nämlich bis dato fremd (vgl. auch *Manthe*, Geschichte des römischen Rechts, 6. Aufl. 2019, S. 98 f.). Vertiefend zu *Savignys* „Entdeckung“ *Prange*, in: Zivilrechtliche Entdecker, 2001, S. 73 ff.

[134] Zu seiner Methode sagt *Savigny*, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 1, 1815 auf S. 376 selbst: „Sie dringt auf genaue Erkundung des römischen Rechts, weil dieses durch unsere Geschichte ein Stück unsres Rechts geworden ist, aber sie fordert nicht weniger gründliches Studium des ursprünglichen Germanischen Rechts, ja auch der Modificationen, welche Römisches und Germanisches Recht durch Uebung und wissenschaftliche Behandlung vieler Jahrhunderte unter uns erfahren haben.“

[135] So *Heger*, ZJS 2010, 29 (29).

[136] Jedoch spalteten sich von *Savignys* „Romanisten“ auch einige als „Germanisten“ in eine germanistisch-historische Richtung ab (etwa *Eichhorn*, *Beseler* oder *Gierke*), vgl. *Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl. 2019, Rn. 702 ff.

[137] Zu alldem *Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl. 2019, Rn. 706 ff.; *Gmür/Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl. 2018, Rn. 405 ff.

[138] Vgl. *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 16 ff.

zusammen mit dem römischen Recht das (fast ganz Europa) gemeine Recht, das sog. ius commune.[139]

Seit dem Aufstieg des Christentums und der „geistlichen" Macht neben der „weltlichen" etwa ab dem 4. Jahrhundert n. Chr. wurde das europäische Recht „in eineinhalb Jahrtausend staatskirchlicher Erziehungsarbeit bis in seine letzten Winkel christianisiert"[140]. Das christliche, kanonische Recht trat als „zweite juristische Disziplin"[141] neben das weltliche (= römische und partikuläre). Es setzte sich insbesondere aus dem gottgegebenen, durch die Bibel überlieferten und dem menschlichen, von den Päpsten und Bischöfen erlassenen Recht zusammen. Bis zum Ende des 11. Jahrhunderts war es eine zerstreute, aus unzähligen Einzelregeln bestehende Rechtsmasse. Veränderung ging erst um 1140 von der uns bereits bekannten „Wiege der Rechtserneuerung"[142] aus: Bologna. Der Mönch *Gratian*, beeinflusst von der gerade erwachenden römischen Rechtswissenschaft durch seinen Zeitgenossen Irnerius (siehe oben), brachte dort (eigentlich in einer Privatarbeit) die erste große Zusammenstellung des kanonischen Rechts hervor, das sog. Decretum Gratiani. Dies war genau das, was die nach dem gewonnenen „Investiturstreit"[143] nun auf dem Höhepunkt ihrer Macht stehende Kirche brauchte. Ein rationales System, das die Religion beherrschbar machte. Die Kirche nahm das Werk *Gratians* daher dankbar an. Auch wenn es – wie das Corpus iuris civilis – nie eigentliche Gesetzeskraft erlangte, bildete es fortan zusammen mit den päpstlichen Gesetzessammlungen Liber extra, Liber sextus und den Clementinae (13./14. Jahrhundert) die wichtigsten Quellen des kanonischen Rechts. Diese wurden – die Parallele zum Corpus iuris civilis wird nun überdeutlich – als das Corpus iuris canonici bekannt. Das kanonische Recht nach dem Corpus iuris canonici wurde in den folgenden Jahrhunderten wie das römische in großen Teilen Europas rezipiert. Beide Rechte beeinflussten sich wechselseitig.[144] Auch der methodische Umgang deckte sich weitgehend, etwa das Glossieren und Kommentieren.[145] Und ebenfalls waren die Universitäten die Verbreiter. Die Juristen studierten oft beides, römisches und kanonisches Recht. Sie waren „Doktoren beider Rechte". Doch wurde durch die bereits allerorts bestehenden und einflussreichen kirchlichen Gerichte das kanonische Recht deutlich früher in Europa rezipiert.[146] Die gelehrten Juristen, die in die kirchlichen Gerichte ihrer Heimatländer einzogen, konnten das kanonische Recht dort gleich zur Anwendung bringen. Da das kanonische auch vom römischen Recht geprägt war, war es hierdurch dessen Rezeptionsvorläufer. Es bildete gewissermaßen die „Brücke, über welche das römische Recht bequem in Deutschland einziehen konnte."[147] Eine große Neuordnung erfuhr das kanonische Recht erst 1917 und 1983 mit dem Codex iuris canonici.[148] Dieser ist das noch heute innerhalb der katholischen Kirche geltende Gesetz-

[139] Die getrennte Darstellung von römischem und kanonischem Recht erfolgt hier, um das „Geflecht der Geschichte" etwas zu entknoten und so das Verständnis zu erleichtern.

[140] *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 375.

[141] *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, 12. Aufl. 2005, S. 234.

[142] *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 16.

[143] Dazu anschaulich *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 670 ff.

[144] Vgl. *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 1985, S. 102 ff.

[145] Zu alldem *Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl. 2019, Rn. 196 ff.; *Meder*, Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 2008, S. 135 ff.; *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl. 2001, S. 22 ff.; *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, S. 309 f.; *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 16 f.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 74 ff.

[146] Sog. Frührezeption, vgl. *Coing*, Das Eindringen des Römischen Rechts in das Recht des Hochmittelalters in Deutschland, Referate zum IV. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Paris 1954, 1954, S. 10 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 114 ff.

[147] *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, S. 330.

[148] Einen kompakten Gesamtüberblick bietet *Plöchl*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 2, 1978, Sp. 771 ff.

buch.[149]

Zahlreiche unserer heutigen privatrechtlichen Institute sind maßgeblich auf das kanonische Recht zurückzuführen.[150] Während das römische Recht vor allem das Schuld- und Sachenrecht beeinflusste, war es beim kanonischen bereits aufgrund ihrer „rein geistlichen Natur“[151] (causae mere spirituales) die Ehe. So hat die Kirche etwa zur Gleichberechtigung der Ehefrau und zur Treuepflicht als eine gegenseitige Pflicht beigetragen.[152] Dies überrascht weniger, wenn man sich vergegenwärtigt, dass nach altem römischen Recht die Ehefrau ihrem pater familias („Hausherr“) mit seiner patria potestas („Hausgewalt“) und vitae necisque potestas („Macht über Leib und Leben“) noch völlig unterworfen war.[153] Daneben haben die geistlichen Gerichte aber auch aufgrund eines sachlichen Zusammenhangs mit geistlichen Inhalten (causae spiritualibus annexae) über etliche weitere privatrechtliche Fragen entschieden, lange bevor weltliche Gerichte es taten. So wurde die christliche Prägung in alle Ecken des Privatrechts getragen. Im „Kampf gegen die Sünde“[154] wurde etwa gerichtet, dass man für eine Ersitzung den gesamten Ersitzungszeitraum über gutgläubig (bona fides) sein muss (§ 937 Abs. 2 BGB) oder man sich grundsätzlich an seine Versprechen zu halten hat („ein Mann, ein Wort“, was zu unserem heutigen pacta sunt servanda führte[155]). Zudem stellte die Kirche ein Wucherverbot sowie ein Zinsverbot auf, weshalb die Juden lange Zeit das Kreditgeschäft dominierten. Allgemein setzte sie sich für mehr Billigkeit und Gerechtigkeitserwägungen im Privatrecht ein und tat so Vorarbeit für §§ 242, 138 und 826 BGB.[156]

V. Das partikuläre Recht

Bekannt ist nun das gemeine (römisch-kanonische) Recht, das allgemein in Deutschland und Kontinentaleuropa Anwendung fand. Demgegenüber darf die Regelungsvielfalt des partikulären Rechts nicht übersehen werden. Dieses Recht galt – wie bereits angedeutet – nur in Teilgebieten, Regionen, Städten und Orten als geschriebenes Recht oder bloße Gewohnheit. Das Partikularrecht wurde durch die Rezeption des gemeinen Rechts, insbesondere durch die Rechtsprechung des Reichskammergerichts (siehe oben), zwar etwas zurückgedrängt, doch darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass ihm stets eine beträchtliche Bedeutung zukam.[157] In Prozessen beriefen sich die Parteien auch vor dem Reichskammergericht sowohl auf gemeine als auch partikuläre Rechtssätze oder gar auf ein

[149] Das kanonische Recht kann in besonderen Studiengängen auch heute noch studiert und vor speziellen kirchlichen Gerichten angewandt werden.

[150] Beispielsammlungen finden sich etwa bei *Brauneder*, Europäische Privatrechtsgeschichte, 2013, S. 47 f.; *Meder*, Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 2008, S. 139 ff.; *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 17 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 76 ff.

[151] *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 17.

[152] Dazu etwa folgender Auszug aus dem 1. Korintherbrief 7, 4: „Die Frau ist ihres Leibes nicht mächtig, sondern der Mann. Desgleichen ist der Mann seines Leibes nicht mächtig, sondern die Frau.“

[153] Für Interessierte: *Manthe*, Geschichte des römischen Rechts, 6. Aufl. 2019, S. 29 ff., 100 f.

[154] *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 20.

[155] Vgl. zu diesem „Eckpfeiler“ unseres BGB *Dolezalek*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 3, 1984, Sp. 1400 ff.; *Zimmermann*, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1990, S. 542 ff.

[156] Vgl. *Becker*, Spuren des kanonischen Rechts im Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Zimmermann/Knütel/Meincke, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 165.

[157] Als Faustregel kann gelten: Das Partikularrecht wurde dort eher romanisiert, wo es zersplitterter und weniger entwickelt und aufgezeichnet war, was insbesondere in den Territorien und weniger in den großen Städten der Fall war (vgl. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 195 sowie die Schaubilder auf S. 199).

„Mischrecht“[158]. Es herrschte ein Neben- und auch Ineinander der beiden Rechte, ein „kaum vorstellbarer Rechtspluralismus“[159]. Ab dem 15. Jahrhundert nahm die partikuläre Rechtsmasse sogar noch zu, bedingt durch zahlreiche Stadt- und Landrechtsreformationen, „tausendfach“ erlassene Polizeiordnungen[160] (die auch Privatrechtliches regelten[161]) sowie die zunehmende Verschriftlichung und wissenschaftliche Aufarbeitung der altdeutschen Rechte.[162] Denn wie gesehen wandte sich die Rechtswissenschaft dem Partikularrecht verstärkt zu. Zunächst im usus modernus pandectarum (insb. durch *Hermann Conring*), sodann in den Vernunftrechtslehren (insb. durch *Christian Thomasius*) und schließlich im germanistischen Zweig der Historischen Schule (insb. durch *Eichhorn*, *Beseler* und *Gierke*).[163]

Es existierten in Deutschland natürlich viele verschiedene Partikularrechte und es bestand keine wirkliche Einheit.[164] Doch gab es manche Rechtswerke, die weite Verbreitung fanden, allen voran der Sachsenspiegel.[165] Er wurde von dem ansonsten wenig bekannten *Eike von Repgow* bereits um 1220 geschrieben und fasste vor allem das bisherige Recht des Reichs und der Sachsen zusammen. Diese eigentliche Privatarbeit wurde bald von den sächsischen Gerichten wie geltendes Recht angewandt (eine gewisse Parallele zum Werk *Gratians* wird erkennbar) und war ein Vorbild[166] für viele Rechtsbücher anderer Territorien, etwa den Schwabenspiegel.[167]

VI. Der Weg zur Kodifikation

Nachdem die Stränge des historischen Rechts (römisches, kanonisches und partikuläres) und ihre wichtigsten rechtswissenschaftlichen Strömungen dargestellt wurden, soll nun abschließend aufgezeigt werden, wie es zu den heutigen bürgerlichen Gesetzesbüchern kam und wovon diese geprägt wurden.

1. Die Zeit der Vernunftrechtskodifikationen

Den Begriff der „Kodifikation“ als eine abschließende, lückenlose Gesetzgebung prägte der Engländer *Jeremy Bentham*. „Whatever is not in the code of laws, ought not to be law.“[168] Genau dies war bereits die Vision der Vernunftrechtslehren (siehe oben). Die revolutionäre Idee einer Kodifikation der gesamten Rechtsordnung in rein rationalen Rechtssätzen als „Vorentwurf einer besseren Zukunft“[169]. Das passte auch in das Konzept der sich aus dem Reichsverband lösenden, aufgeklärten

[158] *Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl. 2019, S. 122 f.

[159] *Oestmann*, Rechtsvielfalt vor Gericht: Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich, 2002, S. 681.

[160] Umfassend *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 189 ff.

[161] Vgl. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 198 ff.

[162] Vgl. zu der Zitierung und insgesamt *Oestmann*, Rechtsvielfalt vor Gericht: Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich, 2002, S. 681 ff.

[163] Vgl. hierzu bereits III. 4.–6. sowie *Becker*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 3, 1984, Sp. 1524.

[164] Vgl. *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, Rn. 223.

[165] Eine verständliche Darstellung am Beispiel des Erbrechts bietet *Armbrüster*, JuS 2006, 1113.

[166] Ein Schaubild zu den Nachahmungen des Sachsenspiegels zeigt *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 199.

[167] Näher *Gmür/Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl. 2018, Rn. 196 ff.; *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, Rn. 868 ff.; *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, Rn. 220 ff.

[168] *Bentham*, General View of a Complete Code of Laws, 1802, in: The Works of Jeremy Bentham, Bd. 3, 1843, S. 205.

[169] *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 324.

Fürsten und Landesherren, die sich als „allein der Vernunft und dem Gemeinwohl verpflichtet“[170] sahen oder dies zumindest suggerieren wollten. Ihnen diente die vernunftrechtliche Kodifikation als ein Mittel des Umbaus der Gesellschaft und der Sicherung ihrer Macht.[171]

Den ersten Anlauf nahm der bayerische Kurfürst *Maximilian III. Joseph* mit seinem Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756. Dieser Codex folgte jedoch noch mehr dem römischen Recht als dem Vernunftgedanken.[172] Deutlich aufgeklärter, wenngleich absolutistisch geprägt, war das über 20.000 Paragraphen umfassende preußische Allgemeine Landrecht von 1794. Dieses stellte eine „bewundernswürdige Synthese“[173] von Vernunftrecht, gemeinem und partikulärem Recht dar, die sich wegen ihrer leichten Verständlichkeit großer Beliebtheit im Volk erfreute.[174] Einen mit nur 1502 Paragraphen deutlich kompakteren und abstrakteren vernunftrechtlichen „Gleichlauf“[175] bildete das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch Österreichs von 1812.[176]

Ein weiteres Aufklärungswerk, diesmal aber revolutionären Ursprungs, war der von *Napoleon* selbst mitgestaltete französische Code civil von 1804. Dieser bildete wiederum eine Synthese von Vernunft-, Gemein- und Partikularrecht, in seinem Zentrum stand jedoch nun die Freiheit und Gleichheit aller Bürger. Dieses „erfolgreichste Gesetzbuch des Jahrhunderts“[177] war allen vorgenannten Werken an „Präzision, Klarheit und Schärfe überlegen“[178] und fand im Zuge der napoleonischen Kriege Verbreitung in Europa und auch Teilen Deutschlands.[179]

2. Die Kodifikation in Deutschland[180]

Im Lichte dieser Geschehnisse verfasste der Rechtsgelehrte *Anton F.J. Thibaut* 1814 eine berühmte Schrift, in der er dafür plädierte, auch für Gesamtdeutschland sei die Zeit reif für eine einheitliche Kodifikation des Privatrechts. Man sollte an die „höchst lehrreichen Vorarbeiten“ in Preußen, Österreich und Frankreich anknüpfen.[181] Dem widersprach *Savigny* in seiner nicht minder bekannten Gegenschrift noch im selben Jahr scharf. Eine Kodifikation auf der Grundlage des Vernunftrechts war ihm eine „völlig hohle Ansicht“[182]. Der Rechtsstoff musste im Sinne der Historischen Schule zunächst vollständig durchdrungen werden, was noch nicht geschehen war. Bis dahin war eine Kodifikation untauglich und bloßes Ergebnis gesetzgeberischer Willkür, die der historischen Rechtsentwicklung nur geschadet hätte.

In dieser Kontroverse der beiden „führenden Köpfe des deutschen Zivilrechts“[183] sollte *Savigny* sich vorerst durchsetzen. Deutschland war spätestens seit der Niederlegung der Kaiserkrone durch *Franz II.* und der Gründung des Rheinbundes (beides 1806) zersplittert, der bekannte deutsche

[170] *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl. 2001, S. 111.

[171] Vgl. zu alldem *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl. 2001, S. 111 f.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 322 ff.

[172] Vgl. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 326 f.

[173] *Gmür/Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl. 2018, Rn. 315.

[174] Vertiefend *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 327 ff.

[175] *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 335.

[176] Näher *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 163 ff.

[177] *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 344.

[178] *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 342.

[179] Kompakt zu Entstehung, Inhalt und Verbreitung des Code civil *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 161 ff.

[180] Ausführlich zu dieser insgesamt *Fortunato*, ZJS 2009, 327.

[181] *Thibaut*, Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, 1814, S. 34 ff.

[182] *Savigny*, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, 2. Aufl. 1828, S. 18.

[183] *Hattenhauer*, Thibaut und Savigny: Ihre programmatischen Schriften, 1973, S. 9.

„Flickenteppich" aus vielen Territorien. Eine überterritoriale Rechtsvereinheitlichung, die die deutschen Fürsten nur geschwächt hätte, war noch eine Utopie.

Dies sollte sich bis zur Reichsgründung 1871 nicht grundlegend ändern.[184] Nachdem 1873 aber die Reichsgesetzgebungskompetenz für das bürgerliche Recht geschaffen wurde, machte man sich gleich an die Arbeit. Eine erste Kommission und ihre Vorkommission aus Fachleuten sichteten ab 1874 das geltende territoriale (partikuläre) und gemeine Recht. 1887 wurde ein erster Gesetzesentwurf vorgelegt. Aus vielen Ecken kam aber Kritik. Man stellte fest, dass sich fast allein der römischrechtliche Zweig der Historischen Schule, die Pandektistik, durchgesetzt hatte und ein übergenaues, doktrinäres Werk geschaffen wurde. Zudem wurde von *Otto von Gierke* das Fehlen des berühmten „Tropfens sozialistischen Öles" bemängelt.[185] Es wurde daher 1890 eine zweite Kommission beauftragt, diesmal auch mit Nichtjuristen. Verändert wurde an dem romanistisch-akribischen, unsozialen Gesamtcharakter des Entwurfs dennoch nur wenig, sodass der zweite Entwurf, der 1895 dem Bundesrat zur Beratung vorgelegt wurde, dem ersten weitgehend entsprach. Nach Zustimmung des Bundesrats wurde der Gesetzesentwurf Anfang 1896 dem Reichstag vorgelegt, der ihn nach weiteren nur kleinen Änderungen im Juli mit großer Mehrheit (aber gegen die Stimmen der Sozialisten) annahm. Im August 1896 wurde das Gesetz von Kaiser *Wilhelm II.* ausgefertigt und im Reichsgesetzblatt verkündet. In Kraft trat das „Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich" bekanntlich am 1. Januar 1900.[186]

Wer dem Beitrag bis hierhin in seinen Grundzügen folgen konnte, dürfte einen passablen Eindruck unserer Privatrechtsgeschichte bis in das 20. Jahrhundert gewonnen haben, gegen so manche Prüfungsfragen gewappnet sein und hat im besten Falle sogar ein rechtsgeschichtliches Interesse in sich entdeckt. Es sollte sich auch offenbart haben, dass die Privatrechte der kontinentaleuropäischen Länder auf demselben Ursprung und einer fast einheitlichen Entwicklung fußen und der heutige überwiegend nationale Blick auf das Recht als ein Ergebnis der Kodifikationen im 19. Jahrhundert „überraschend jung ist."[187] Die Geschichte endet natürlich nicht hier, doch wird der Fortgang des Privatrechts und des BGB bis in unsere Gegenwart von anderen hervorragend dargestellt.[188]

---

[184] Jedoch konnten nach Gründung des deutschen Zollvereins bereits eine Wechselordnung (1848) und ein Handelsrecht (1861) geschaffen werden.

[185] *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, S. 10.

[186] Zu alldem und dem „Geist" des BGB *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 208 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 468 ff.

[187] *Coing*, Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft, Sitzungsberichte der Wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Bd. 6, 1967, S. 149.

[188] So etwa von *Gmür/Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl. 2018, Rn. 181 ff., 229 ff.; *Laufs*, JuS 2000, 1; *Taupitz/Wille*, JA 2005, 385; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 27, 30; *Wesel*, Geschichte des Rechts, 5. Aufl. 2022, Rn. 285, 294, 304, 306, 320, 322, 342, 344; *Wesel*, Rechtsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, 2019.

Der Gewahrsam im Zwangsvollstreckungsrecht: Alles klar dank BGH!

*Prof. Dr. Dr. Hanjo Hamann, JSM (Stanford), Wiesbaden**

I. Der Gewahrsamsbegriff in Rechtssprache und -geschichte 29
II. Der Gewahrsam im Straf- und Zwangsvollstreckungsrecht 30
III. Gewahrsam: Besitz oder nicht Besitz, das ist hier die Frage 30
IV. Besitz vs. Gewahrsam: Sachen- vs. Vermögensrecht? 31
V. Der BGH klärt auf: Besitz ist Gewahrsam ist Besitz 32
VI. Würdigung und Fazit 34

Der „Gewahrsam" ist ein Grundbegriff nicht nur des Zwangsvollstreckungsrechts. Dennoch herrscht in der juristischen Ausbildung, aber auch in Schrifttum und Rechtsprechung, noch immer Unsicherheit über seine Definition und Abgrenzung zum ungleich vertrauteren „Besitz". In jüngerer Zeit hatte der Bundesgerichtshof Gelegenheit zu Begriffsklärungen, deren didaktische Konsequenzen bislang noch nicht im Zusammenhang dargestellt wurden.

I. Der Gewahrsamsbegriff in Rechtssprache und -geschichte

Der „Gewahrsam" gehört zu den Grundbegriffen des deutschen Rechts.[1] Jurist:innen begegnet er in ganz verschiedenen Rechtsgebieten. Etwa im Straf(prozess)recht (§ 168 Abs. 1 StGB, §§ 94–99, 231 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 StPO), im Polizeirecht (Art. 104 Abs. 2 S. 3 GG, § 39 BPolG, § 57 BKAG), im Kapitalmarktrecht (§§ 6 Abs. 12 S. 4, 107 Abs. 7 S. 5 WpHG, § 18 Abs. 11 S. 4 WpPG), Umweltschutzrecht (§§ 44 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 69 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG) und natürlich im Zwangsvollstreckungsrecht (dazu unten III.).

Selbst dort, wo das Gesetz ihn gar nicht ausdrücklich verwendet (§ 855 BGB, §§ 184 Abs. 1 Nr. 6, 192a, 242 StGB), trägt der Gewahrsamsbegriff zur dogmatischen Systembildung bei. Damit stößt er sogar in Nachbardisziplinen der Rechtswissenschaft auf Interesse, wenn etwa Sprachwissenschaftler:innen gerade dort, wo das Gesetz schweigt, die Verwendung des Gewahrsamsbegriffs mit Methoden der rechtslinguistischen Frame-Semantik untersuchen: Im Strafrecht ebenso wie bei der zivilrechtlichen Besitzdienerschaft.[2]

Etymologisch ist der „Gewahrsam" – das zeigt schon seine germanische Endung[3] – ein sehr alter Begriff. Seit mindestens einem Jahrtausend ist er in der Rechtssprache geläufig: Das Deutsche

---

* Der *Verf.* ist Inhaber der Qualifikationsprofessur für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht in Wiesbaden. Der Beitrag beruht auf seiner Vorlesung „Zwangsvollstreckungsrecht mit Bezügen zum Kreditsicherungsrecht" im Sommersemester 2022.

[1] Bezeichnend etwa seine Aufnahme bei *Werner*, in: Weber, Rechtswörterbuch, Ed. 29, 2022.

[2] Vgl. *Busse/Felden/Wulf*, Bedeutungs- und Begriffswissen im Recht: Frame-Analysen von Rechtsbegriffen im Deutschen, 2018, S. 100–169 zum Strafrecht, S. 231–236 zur Besitzdienerschaft.

[3] Vgl. Gesellschaft für deutsche Sprache, Was bedeutet die Endung -sam und woher kommt sie?, abrufbar unter www.gfds.de/bedeutung-und-herkunft-von-sam-z-b-in-einsam (30.1.2023).

Rechtswörterbuch belegt ihn bereits um das Jahr 1080 im altfriesischen Recht (Ius municipale Frisonum).[4] Er kursierte deshalb unter Jurist:innen schon seit Hunderten von Jahren, bevor er Eingang in die ältesten heute noch geltende Gesetze fand – etwa StPO und ZPO, jeweils von 1877.

Schon das BGB allerdings, das fast 20 Jahre nach der ZPO datiert, verwendet den Begriff des „Gewahrsams" gar nicht mehr. Lediglich § 793 BGB weist mit der Innehabung („Inhaber der Urkunde") noch eine Spur der älteren Gewahrsamsterminologie auf.[5]

II. Der Gewahrsam im Straf- und Zwangsvollstreckungsrecht

Trotz – oder gerade wegen – der lange zurückreichenden Geschichte und weiten Verbreitung des Gewahrsamsbegriffes gilt er als „ein Begriff, der es nicht leicht macht".[6] Deshalb widmete sich vor zehn Jahren eine ausführliche Untersuchung dem Versuch, verschiedene sachenrechtliche Besitzarten und ihre jeweilige Korrespondenz sowohl zum zwangsvollstreckungsrechtlichen als auch zum strafrechtlichen Gewahrsam zu ergründen und zu systematisieren.[7]

Allein die Literatur zum strafrechtlichen Gewahrsam füllt ganze Bibliotheken.[8] Besondere Praxis- und Examensrelevanz erlangte sie zuletzt durch drei Geldautomatenfälle der Jahre 2017, 2019 und 2021, in denen der *2., 3.* und *4. Strafsenat* des BGH die jeweils gleichen Gewahrsamsfragen ganz unterschiedlich beantworteten.[9] Diese Problematik wurde schon andernorts vorgestellt[10] und bedarf hier keiner Vertiefung.

Vergleichsweise stiefmütterlich behandelt wurden dagegen neuere BGH-Entscheidungen der Jahre 2020 und 2021, die im Erbgroßherzoglichen Palais nur einige Räume weiter den *I. Zivilsenat* beschäftigten und ebenso wertvolle Klärungen des Gewahrsamsbegriffes erbracht hatten – wenn auch im Zwangsvollstreckungsrecht. Diese gilt es nun zu erörtern.

III. Gewahrsam: Besitz oder nicht Besitz, das ist hier die Frage

Seit 1877 verwendet die *Civilprozeßordnung*, die wir heute als ZPO abkürzen,[11] den Begriff „Gewahrsam" in drei Vorschriften, die heute als §§ 808, 809, 886 ZPO nummeriert sind. In den Jahren 1957

[4] Vgl. Deutsches Rechtswörterbuch, „Gewahrsam", abrufbar unter drw-www.adw.uni-heidelberg.de/drw-cgi/zeige?index=woerterbtext&term=gewahrsam (30.1.2023).

[5] So *Jüchser*, ZJS 2012, 195 (195 Fn. 12).

[6] *Jüchser*, ZJS 2012, 195.

[7] *Jüchser*, ZJS 2012, 195 (200).

[8] Allein in monographischer Form *Heinsch*, Der Gewahrsamsbegriff beim Diebstahl, 2012; *Werling*, Der Gewahrsam als räumliches Phänomen, 1983; *Schüerhoff*, Der strafrechtliche Gewahrsamsbegriff, 1976; *Bittner*, Der Gewahrsamsbegriff und seine Bedeutung für die Systematik der Vermögensdelikte, 1972; *Figlestahler*, Untersuchungen zum Gewahrsamsbegriff im Strafrecht, 1963; *Milferstedt*, Der Gewahrsamsbegriff im § 242 StGB, 1953; *Schäfer*, Der Gewahrsamsbegriff im modernen Diebstahlstatbestand mit besonderer Rücksicht auf die Entwicklung im 19. Jahrhundert, 1951; *Etterich*, Der Gewahrsamsbegriff bei der Amtsunterschlagung, 1950; *Soltmann*, Der Gewahrsamsbegriff in § 242 StGB, 1934; *Haeger*, Deckt sich der Begriff des unmittelbaren Besitzes des Bürgerlichen Gesetzbuches mit dem Gewahrsamsbegriff der §§ 242, 246 des Strafgesetzbuches?, 1932; *König*, Der Gewahrsamsbegriff des Diebstahlsparagraphen im Reichsstrafgesetzbuch, 1914.

[9] BGH, Beschl. v. 16.11.2017 – 2 StR 154/17; BGH, Beschl. v. 21.3.2019 – 3 StR 333/18; BGH, Beschl. v. 3.3.2021 – 4 StR 338/20.

[10] Beispielsweise *El-Ghazi*, NStZ 2021, 427; *Kudlich*, JA 2021, 519; *Lenk*, NJW 2021, 1547; *Bechtel*, JR 2022, 37; *Zivanic*, NZWiSt 2022, 7.

[11] Formell wurde ihr Name freilich nie geändert, vgl. *Fuchs*, Civilprozeßordnung vom 30. Januar 1877, Historisch-synoptische Edition 1877–2021, abrufbar unter www.lexetius.com/CPO/Titelei (30.1.2023).

und 1990 traten mit § 739 ZPO und § 811c ZPO zwei weitere hinzu, denen sich 1999 Vorschriften über die Vollstreckung gegen „Mitgewahrsamsinhaber" (§ 758a Abs. 3 S. 2, Abs. 4 ZPO) hinzugesellten.

Dass das Gesetz in der zuletzt genannten Vorschrift von einem „Mitgewahrsam an der Wohnung des Schuldners" spricht (§ 758a Abs. 3 S. 1 ZPO), widerlegt bereits die noch vor zehn Jahren vertretene These: „Das Gesetz gibt keine Antwort auf die Frage, ob Gewahrsam auch an Immobilien möglich ist."[12] Vielmehr bejaht § 758a ZPO diese Frage eindeutig. Gleichwohl trifft es zu, dass der Gewahrsam in den anderen fünf genannten Vorschriften des achten Buches der ZPO („Zwangsvollstreckung") vor allem als Schlüsselbegriff der Fahrnisvollstreckung fungiert, also der Vollstreckung in bewegliche Sachen. Wer eine solche Sache „im Gewahrsam" hat, wird dem Zugriff staatlicher Vollstreckungsorgane ausgesetzt – Vollstreckungsschuldner:innen (§§ 808 Abs. 1, 2, 811c Abs. 1 S. 1 ZPO) oder herausgabebereite Dritte (§ 809 ZPO) jeweils der Gerichtsvollzieher:in, andere Gewahrsamsinhaber:innen (§ 886 ZPO) dem Vollstreckungsgericht.

Diese Abgrenzung der Vollstreckungszuständigkeiten (und damit der zulässigen Vollstreckungsmaßnahmen) nach der Inhaber:in des „Gewahrsams" verleiht dem Begriff zentrale Systemrelevanz, obwohl er in nur sechs Vorschriften auftaucht und damit sogar seltener als der „Besitz" im Zwangsvollstreckungsrecht.[13] Dem letztgenannten Begriff kommt eine vergleichbare Systemrelevanz dafür im materiellen Sachenrecht zu, was sich daran ablesen lässt, dass er das dritte Buch des BGB eröffnet – und zig weitere Male im BGB auftaucht.[14]

Wenn also das Zwangsvollstreckungsrecht Gewahrsam und Besitz nebeneinander verwendet – mitunter sogar im selben Satz (§§ 739 Abs. 1, 808 Abs. 1 ZPO)[15] – zugleich aber beide Begriffe je unterschiedlichen Systemzusammenhängen entstammen, fragt sich zwangsläufig: Wie verhalten sich der prozessuale *Gewahrsam* und der materielle *Besitz* zueinander?

IV. Besitz vs. Gewahrsam: Sachen- vs. Vermögensrecht?

Zum Verhältnis von Gewahrsam und Besitz wurden allerlei feinsinnige Unterscheidungen entwickelt.[16] Ein Definitionsversuch, der von Oberlandesgerichten gern zitiert wird,[17] zählt zum „Gewahrsam" eines Schuldners alle Sachen, die „in äußerlich erkennbarer Weise seinem Machtbereich (seiner Herrschaft) unterliegen, durch den sie nach der Verkehrsauffassung als sein Vermögen ausgewiesen sind."[18] Mit dem Definitionsmerkmal des „Vermögens" verlässt diese Begriffsbestimmung das sachenrechtliche Bezugssystem. Denn für das Sachenrecht sind die Grenzen des Vermögens unsichtbar, die Dinge der Welt nur in „Gegenstände" aufgeteilt. Ob jemand diese Gegenstände nach einer anderen Logik zu „Vermögen" zusammenfasst, ist für das Sachenrecht genauso irrelevant wie es umgekehrt die Besitzverhältnisse für den Vermögensschutz nach § 263 StGB sind.

Diese Inkompatibilität der Begriffe verdeutlicht § 1085 BGB, wonach der Nießbrauch – also ein dingliches Nutzungsrecht – an einem „Vermögen" nur dadurch bestellt werden kann, dass jeder vermögenszugehörige „Gegenstand" einzeln mit einem solchen Nutzungsrecht belastet wird. Was

[12] *Jüchser*, ZJS 2012, 195 (199).

[13] Beispielsweise in §§ 727, 754 Abs. 2, 777, 805 Abs. 1, 831, 883 Abs. 2, 885 Abs. 1, 940a Abs. 2 ZPO.

[14] Das Bürgerliche Gesetzbuch verwendet allein den „Besitz" 89-mal, sowie 257-mal in Komposita.

[15] *Jungmann*, WuB 2020, 580 (583) bedauert deshalb, die Zivilprozessordnung sei „terminologisch nicht sonderlich stringent"; zumindest in § 808 ZPO hat die Differenzierung allerdings ihren guten Sinn; dazu am Ende des Beitrags.

[16] Zu ihnen etwa (ablehnend) *Gruber*, in: MüKo-ZPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 808 Rn. 6.

[17] Beispielsweise OLG Stuttgart, Urt. v. 29.11.2011 – 12 U 85/10; OLG Oldenburg, Urt. v. 20.6.2012 – 3 U 97/11.

[18] *Stöber*, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 29. Aufl. 2012, § 808 Rn. 5; zit. etwa in *Jüchser*, ZJS 2012, 195 (197).

schon für den Nießbrauch gilt, der außer an Sachen (§ 1030 BGB) immerhin auch an Rechten (§ 1068 Abs. 1 BGB) und Erbschaften (§ 1089 BGB) bestellt werden kann, gilt erst recht für den Besitz, der überhaupt nur für Sachen definiert ist (§ 854 Abs. 1 BGB). Wenn der Besitz sich nur auf Sachen, also *körperliche* Gegenstände (§ 90 BGB) beziehen kann, werden die anderen Gegenstände des BGB (rechtliche und sonstige, vgl. § 453 Abs 1 S. 1 BGB) für die Besitzzuordnung praktisch unsichtbar. Das lässt sich etwa daran verdeutlichen, dass der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb als Schutzgut nach § 823 Abs. 1 BGB („sonstiges Recht") erst erfunden werden musste – was überflüssig gewesen wäre, wenn ein „Besitz am Unternehmen" sachenrechtlich konstruierbar gewesen wäre.

Eingedenk dieser kategorialen Inkommensurabilität von Vermögens- und Besitzzuordnung liefe die oben zitierte Definition des Gewahrsams also darauf hinaus, vom *sachenrechtlichen* Besitz den *vermögensrechtlichen* Gewahrsam zu scheiden. Wäre der Gewahrsam allerdings Ausdruck der Vermögensverhältnisse, dann müsste er auch an Forderungen und anderen Rechten i.S.v. § 413 BGB sowie an sonstigen Gegenständen i.S.v. § 453 Abs. 1 S. 1 BGB bestehen können. Diese Konsequenz vertritt freilich niemand.[19] Auch ergibt sich aus § 70 Abs. 4 der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher (GVGA), dass in bestimmten Konstellationen „der Gewahrsam allein nicht genügend" ist, sondern „vielmehr auch zu prüfen, ob die Sache zu dem Vermögen gehört, in das zu vollstrecken ist." Wäre die Zugehörigkeit zu einem Vermögen dagegen schon Definitionsmerkmal des Gewahrsams, bedürfte es dieser zusätzlichen Prüfung gar nicht.

Deshalb führt es nicht weiter, den Gewahrsam mit Bezug auf das Vermögen zu definieren. Auch er muss als dinglicher Begriff in Kategorien des Sachenrechts bestimmt werden. Dann aber wird zugleich eine trennscharfe Bestimmung seines Verhältnisses zum „Besitz" nötig und möglich.

V. Der BGH klärt auf: Besitz ist Gewahrsam ist Besitz

Der Bundesgerichtshof rückte den Gewahrsam jahrzehntelang immer wieder in die sprachliche Nähe des Besitzes,[20] betonte aber zugleich, „daß Obhut und Besitz oder Gewahrsam auch vom Wortsinn her nicht ohne weiteres gleichgestellt werden können".[21] Diese Zurückhaltung des Jahres 1978 gab der *I. Zivilsenat* nun auf und lieferte 2020 erstmals eine konkrete Definition des Gewahrsams. Um diese Definition und ihre etwas umständliche Herleitung zu verstehen, sei zunächst der zugrundeliegende *Fall* skizziert:

> *Fall*: Zwei Reihenhauseigentümer:innen wollten die Mieter:innen ihres Hauses nach § 546 BGB räumen lassen. Sie erwirkten beim Amtsgericht Alzey ein Versäumnisurteil gegen die beiden Mieter:innen gesamtschuldnerisch, doch dreieinhalb Monate später verstarb einer der beiden (wohl der Ehemann). Die Gerichtsvollzieherin verweigert daraufhin die Vollstreckung des Urteils, weil nach § 750 Abs. 1 S. 1 ZPO die Zwangsvollstreckung erst beginnen darf, wenn „die Personen, für und gegen die sie stattfinden soll" im Titel bezeichnet sind, was auf die nach § 857 in die Besitz-

[19] Vgl. jüngst BGH, Beschl. v. 21.7.2022 – IX ZB 63/21: „Besitz an solchen Sachen zu erlangen, die sich im Gewahrsam des Schuldners befinden, […] betrifft allein die Herausgabe von beweglichen und unbeweglichen Sachen. Bei der Beschränkung auf Sachen handelt es sich […] um kein Redaktionsversehen."

[20] BGH, Urt. v. 30.1.1961 – III ZR 225/59: „Die Beklagte sei aber Eigentümerin zwar nicht der Grabdenkmäler (§ 95 BGB), wohl aber des Friedhofsgeländes […]; sie erlange insbesondere an den Grabsteinen mit deren Aufstellung unmittelbaren Besitz und an der Grabstätte den alleinigen Gewahrsam"; BGH, Urt. v. 7.2.1966 – VIII ZR 240/63: „daß es für den Begriff der Wiederansichnahme [nach § 5 AbzG, heute vgl. § 508 S. 5 Hs. 1 BGB] nach der Rechtsprechung nicht darauf ankommt, ob der Verkäufer den Besitz oder Gewahrsam wieder erlangt".

[21] BGH, Urt. v. 27.10.1978 – I ZR 114/76.

stellung des Verstorbenen eingerückte Erbengemeinschaft noch nicht zutraf. Der Titel müsse daher zunächst auf die Erbengemeinschaft umgeschrieben werden.

Dem widersprach der BGH und löste das Dilemma in vier Gedankenschritten auf:[22]

1. Gegen wen zu vollstrecken sei im Sinne von § 750 ZPO, bestimme sich für die Räumungsvollstreckung nach § 885 ZPO: Danach richte sich die Vollstreckung gegen „denjenigen, der den tatsächlichen Besitz an den Räumen innehat".
2. Wer tatsächlichen Besitz innehabe, ergebe sich aus einem Umkehrschluss zu § 886 ZPO, der den „Gewahrsam eines Dritten" regelt: Demnach müsse auch „§ 885 ZPO den Besitz in Form des Gewahrsams" im Sinne von § 886 ZPO meinen.
3. Dieser Gewahrsam sei „die von einem entsprechenden Willen getragene tatsächliche Sachherrschaft, die für den Gerichtsvollzieher äußerlich erkennbar sein muss". Das aber „entspricht […] dem unmittelbaren Besitz nach § 854 Abs. 1 BGB", weil „auch der unmittelbare Besitz einer Sache […] nach § 854 Abs. 1 BGB die tatsächliche Gewalt über sie voraus" setze.
4. Der Erbenbesitz nach § 857 BGB sei dagegen kein unmittelbarer Besitz, sondern „nicht tatsächlich ausgeübt, das heißt fiktiv": „Die tatsächliche Sachherrschaft kann nicht gesetzlich für jemanden bestimmt werden, dem sie fehlt. Ein mit Sachherrschaft verbundener Besitz des Erben entsteht erst durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt."

Mit dieser etwas kuriosen Kapriole in Nrn. 1–3 („Besitz ist Gewahrsam ist Besitz") stellt der BGH also den vollstreckungsrechtlichen Gewahrsamsbegriff mit dem sachenrechtlichen Begriff des *unmittelbaren* Besitzes gleich – auch wenn sich seine konkret gewählte Definition (oben Nr. 3) nicht genau deckt mit der für § 854 Abs. 1 BGB üblichen Umschreibung als im Einklang mit der Verkehrsauffassung festzustellende, „von einem natürlichen Besitzwillen getragene tatsächliche [unmittelbare] Machtbeziehung einer Person zu einer Sache"[23].

Diese als „praktisch klar und dogmatisch beifallswert" begrüßte Gleichsetzung,[24] die der *I. Zivilsenat* hier in einem bemerkenswert ausführlichen obiter dictum entwickelte,[25] bestätigte er kurz darauf im entscheidungstragenden Teil einer weiteren Entscheidung von 2021. Deren Tatbestand und Gründe waren weniger originell: Ein die Zwangsvollstreckung betreibender Energieversorger hatte – wiederum per Versäumnisurteil – einen Duldungstitel gegen den Schuldner erwirkt, die Entfernung seines Stromzählers zu dulden. Der Schuldner hatte jedoch nicht einmal einen Schlüssel zum abgeschlossenen Zählerraum, weshalb die Gerichtsvollzieherin die Vollstreckung ebenfalls einstellte. Diesmal gab der BGH ihr recht, weil ein „Gewahrsam des Schuldners im Sinne des unmittelbaren Besitzes nach § 854 Abs. 1 BGB" offenkundig fehlte.[26]

[22] Nachfolgende Zitate aus BGH, Beschl. v. 30.4.2020 – I ZB 61/19.

[23] So *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 854 Rn. 26.

[24] *Würdinger/Herberger*, NJW 2020, 3381.

[25] Vgl. BGH, Beschl. v. 30.4.2020 – I ZB 61/19: „Da das Beschwerdegericht […] nicht vorschriftsmäßig besetzt (§§ 576 Abs. 3, 547 Nr. 1 ZPO) [war, …] ist es unerheblich, ob sich der angefochtene Beschluss aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 577 Abs. 3 ZPO)."

[26] BGH, Beschl. v. 17.6.2021 – I ZB 68/20.

VI. Würdigung und Fazit

Man mag sich durchaus fragen, ob der BGH im Fall von 2020 Besitz und Gewahrsam gleichstellen musste, um die Umschreibung auf Erbenbesitzer:innen zu vermeiden. Denn betrachtet man den Fall aus deren Perspektive, bedeutet die fehlende Anerkennung ihres Gewahrsams den Verlust jeglichen vollstreckungsrechtlichen Rechtsschutzes, obwohl § 857 BGB gerade dazu dient, ihnen materiell dieselben Besitzschutzrechte zuzuweisen wie unmittelbaren Besitzer:innen. Die Entscheidung des BGH stieß deshalb auf bedenkenswerte Kritik:

> „Es hätte also einer an Funktionsweise und Zweck von § 857 BGB orientierten Analyse bedurft, warum Erben im Zwangsvollstreckungsrecht ‚Besitzschutz' erst mit Begründung der Sachherrschaft zukommen soll. Abgesehen vom Erfordernis der äußerlichen Erkennbarkeit werden sich dafür kaum überzeugende Argumente finden lassen."[27]

Im konkreten Fall hätte der BGH sein Ergebnis immerhin auch dadurch erreichen können, dass er (nur) mit Blick auf den konkreten Wortlaut des § 885 ZPO das Tatbestandsmerkmal „tatsächlich" abgelehnt hätte,[28] ohne den Erbenbesitz generell aus dem Gewahrsamsbegriff herauszunehmen.

Wenngleich einzelne Stimmen deshalb dem obiter dictum des BGH die Gefolgschaft verweigern,[29] liegt darin für Ausbildung und Praxis immerhin erstmals eine höchstgerichtliche Definition des vollstreckungsrechtlichen Gewahrsams. Wohlgemerkt bedeutet dessen Gleichsetzung mit dem *unmittelbaren* Besitz nicht, dass man fortan gar nicht mehr zwischen Gewahrsam und *Besitz* unterscheiden müsste. Völlig folgerichtig differenziert etwa § 808 Abs. 1 ZPO zwischen diesen beiden Begriffen, weil Gerichtsvollzieher die Pfändung auch dadurch bewirken können, dass sie die Sache in mittelbaren Besitz nehmen (§ 808 Abs. 2 ZPO), also gerade *nicht* in unmittelbaren Besitz = Gewahrsam.

Die Beschäftigung mit den aktuellen BGH-Entscheidungen schärft also das begriffliche Differenzierungsvermögen mindestens ebenso wie sie ein Bewusstsein dafür weckt, „wie nahe eine methodisch überzeugende Schlussfolgerung und ein Zirkelschluss beieinander liegen können".[30]

---

[27] *Jungmann*, WuB 2020, 580 (584).

[28] Ähnlich *Jungmann*, WuB 2020, 580 (583): „Der Befund, Erbenbesitz sei im Rahmen von § 885 ZPO irrelevant, ist zwar zutreffend – aber nur, weil es im Zwangsvollstreckungsrecht um die Erkennbarkeit für den Gerichtsvollzieher geht".

[29] Insbesondere *Jungmann*, WuB 2020, 580 (584).

[30] So *Jungmann*, WuB 2020, 580 (583 f.).

Die Horizontalwirkung der Grundrechte – Dogmatik, Kritik und Beispielsfälle*

PD Dr. Andreas Kulick LL.M. (NYU), Tübingen/Greifswald,
*Wiss. Mitarbeiterin Sabine Schäufler, Tübingen***

I. Einleitung 36

II. Die Horizontalwirkung der Grundrechte – Grundlagen 37

1. Verantwortung und Anwendung 37
2. Vorzüge der Anwendung – und ihre Grenzen 39
3. Bedeutung für die Prüfung 42

III. Beispielsfälle und Lösungen 44

1. Vertragsrecht 44
   a) Bürgschaftsvertrag 44
      aa) Beispielsfall 1 44
      bb) Lösung Beispielsfall 1 44
   b) Verstöße gegen Verhaltensregeln von sozialen Netzwerken 47
      aa) Beispielsfall 2 47
      bb) Lösung Beispielsfall 2 47
2. Deliktsrecht 50
   a) Beispielsfall 3 50
   b) Lösung Beispielsfall 3 50
3. Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbot in Privatrechtsverhältnissen 51
   a) Sperrung des Nutzerkontos auf einem sozialen Netzwerk 51
      aa) Beispielsfall 4 51
      bb) Lösung Beispielsfall 4 51
   b) Ausschluss aus Restaurant aufgrund 2G-Optionsmodell 53
      aa) Beispielsfall 5 53

* Der hiesige Beitrag greift auf die Veröffentlichungen *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020; *ders.*, AöR 145 (2020), 649; *ders.*/Vasel, Das konservative Gericht, Ein Essay anlässlich des 70. Jubiläums des Bundesverfassungsgerichts, 2021, S. 33 zurück und übernimmt Gedanken und Passagen aus diesen.

** *Andreas Kulick* vertritt im WiSe 2022/23 den Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte, Rechts- und Staatsphilosophie an der Universität Greifswald. *Sabine Schäufler* ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht und Völkerrecht von Prof. *Dr. Martin Nettesheim* an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen.

bb) Lösung Beispielsfall 5 54
4. Mehrpersonenverhältnisse 54
a) Auskunftsrecht des Kindes bei Samenspende 54
aa) Beispielsfall 6 54
bb) Lösung Beispielsfall 6 54
b) Vaterschaftsanfechtung und -feststellung und Auskunftsrecht des biologischen Vaters 56
aa) Beispielsfall 7 56
bb) Lösung Beispielsfall 7 56
IV. Schlussbemerkung 56

I. Einleitung

Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten ist eine zentrale Frage der Grundrechtsdogmatik – und damit ein Klassiker in schriftlichen und mündlichen Prüfungen in Studium und Examen.[1] Wirken die Grundrechte zwischen Privaten, wie wirken sie und welcher Ansatz ist dabei vorzugswürdig? Mit den Entscheidungen „Stadionverbot“[2] und „Egenberger“[3] haben das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) und der Europäische Gerichtshof (EuGH) die spätestens seit dem „Lüth“-Urteil[4] schwelende und immer wieder auflodernde Debatte in Literatur und Rechtsprechung[5] um die „Horizontalwirkung der Grundrechte“[6] erneut angefacht.[7] Es handelt sich also um ein Thema mit erheblicher Relevanz, ebenso für Studienanfänger wie für Examenskandidatinnen. Trotzdem – oder vielleicht gerade

[1] Siehe beispielhaft aus der Lehrbuchliteratur *Hufen*, Staatsrecht II, 9. Aufl. 2021, § 7 Rn. 8 ff.; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 267 ff.; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 478 ff.; *Papier/Krönke*, Grundkurs Öffentliches Recht 2, Grundrechte, 4. Aufl. 2020, § 6 Rn. 120 ff. Zu Beispielen aus der Prüfungsliteratur *Degenhart*, Klausurenkurs im Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, Grundrechte, Verfassungsprozessrecht, 6. Aufl. 2022, Fall 16, Rn. 654 ff.; *Mast/Grafus*, JuS 2021, 153; *Merhof/Giogios*, JA 2015, 519; *Theß*, JuS 2021, 247.

[2] BVerfGE 148, 267 [2018] – Stadionverbot.

[3] EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – C-414/16 (Egenberger).

[4] BVerfGE 7, 198 [1958] – Lüth.

[5] Für eine ausführliche Darstellung siehe *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 43–152.

[6] Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten wird mit vielen Begriffen belegt. Derjenige der „Drittwirkung“ ist der geläufigste. Allerdings ist er unpräzise, missverständlich und nimmt das Ergebnis bereits vorweg, eignet sich also nicht zur allgemeinen Beschreibung des Problemfeldes. Daher verwenden wir in diesem Beitrag den vorzugswürdigen Begriff der „Horizontalwirkung“. Für eine ausführliche Kritik siehe *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich. Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 15 ff.

[7] Auch in den Entscheidungen des BVerfG „Recht auf Vergessen I“ (BVerfGE 152, 152 [2019]) und „Recht auf Vergessen II“ (BVerfGE 152, 216 [2019]) geht es in der Sache um grundrechtliche Horizontalverhältnisse. Die Kernaussage dieser Entscheidungen betrifft jedoch das Verhältnis der Grundrechte des GG zu den Unionsgrundrechten sowie die Prüfungskompetenz des BVerfG. Das BVerfG bestätigt in den Entscheidungen zunächst, was bereits in früheren Entscheidungen festgestellt wurde: Jenseits des unionsrechtlich determinierten Bereichs, insbesondere dort, wo nationale Gestaltungsspielräume bestehen, gelten die nationalen Grundrechte. In unionsrechtlich determinierten Fällen verdrängen dagegen die Unionsgrundrechte die nationalen Grundrechte (BVerfGE 152, 152 [171 ff.]; 152, 216 [233 ff.]). Neu ist, dass sich das BVerfG auch in unionsrechtlich determinierten Fällen eine eigene Prüfungskompetenz zuspricht. Es nimmt also entgegen früheren Entscheidungen für sich in Anspruch, Unionsgrundrechte anzuwenden, dies unter Anerkennung des Auslegungsmonopols des EuGH (BVerfGE 152, 216 [236 ff.] [2019]).

deshalb – bereiten Verständnis und Prüfung der Horizontalwirkung der Grundrechte Studierenden häufig Schwierigkeiten.

Im Folgenden wollen wir zunächst die wesentlichen dogmatischen Probleme und Diskussionen vorstellen und sodann aufzeigen, dass entgegen der vorherrschenden Auffassung ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten als Ansatz grundsätzlich dogmatisch und anwendungspraktisch vorzugswürdig ist (II.). Dazu folgen auf den Grundlagenteil eine Reihe von Beispielen, welche typische dogmatische und praktische Probleme erörtern und die grundrechtliche Spannungslagen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterziehen, und dabei die Unterschiede in der Falllösung zwischen dem vorherrschenden Ansatz in Literatur und Praxis und einer unmittelbaren Grundrechtsgeltung zwischen Privaten aufzeigen (III.). Der Beitrag soll neben Dogmatik und Falllösungstechnik auch veranschaulichen, inwieweit grundlegende Erkenntnisse aus der Rechtstheorie und praktischen Philosophie unmittelbar in die Falllösung einfließen können.

II. Die Horizontalwirkung der Grundrechte – Grundlagen

1. Verantwortung und Anwendung

Was versteht man unter Horizontalwirkung der Grundrechte und wie unterscheidet man die verschiedenen Lösungsansätze? Horizontalwirkung bedeutet zunächst nur, dass Grundrechte im Horizontalverhältnis zwischen Privaten und nicht nur im Vertikalverhältnis zum Staat *irgendwie* eine Rolle spielen. „Wirkung“ zielt auf ein Resultat. Wie sich Wirkung entfaltet, wie sie also rechtsdogmatisch begründet wird, ist damit noch nicht gesagt. Mithin ist es dogmatisch wenig aussagekräftig, beispielsweise zwischen mittelbarer und unmittelbarer *Wirkung* zu unterscheiden. Vielmehr dient eine grundlegende analytische Frage als bestes Unterscheidungskriterium diverser Ansätze der Horizontalwirkung der Grundrechte:[8] Zwischen wem besteht ein unmittelbares grundrechtliches Rechtsverhältnis im Sinne von wechselseitigen Ansprüchen und Pflichten? In einem unmittelbaren Grundrechtsverhältnis der Privaten A-B, beispielsweise, hat A einen grundrechtlichen Anspruch auf die Handlung *h* gegenüber B.[9] Dem korreliert die grundrechtliche Pflicht des B, die Handlung *h* zu Gunsten der A vorzunehmen: Sie ist notwendige Folge des Anspruchs der A, kann also nicht ohne ihn bestehen. Umformuliert lautet demnach die relevante Unterscheidungsfrage: Besteht ein grundrechtliches Rechtsverhältnis zwischen den Privaten A und B oder nur zwischen A und dem Staat sowie zwischen B und dem Staat?[10]

[8] Vgl. grundlegend *Hohfeld*, The Yale Law Journal 23 (1913–1914), 16 (28–44); siehe auch *Hohfelds* Ansatz für das deutsche Recht übernehmend und übersetzend: *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 187 ff. (unter ausdrücklicher Bezugnahme auf *Hohfeld* auf S. 187 und dort in Fn. 96).

[9] Die Handlung kann dabei auch ein Unterlassen sein, etwa das Unterlassen einer die Grundrechte des Anderen beeinträchtigenden Handlung.

[10] Häufig werden die Begriffe „mittelbar“/„unmittelbar“ stattdessen in Bezug auf das einfache Recht verwendet, nämlich dahingehend, ob die Gerichte unmittelbar auf die Grundrechte zurückgreifen oder ob sie die Grundrechte nur mittelbar im Wege der Auslegung des einfachen Rechts zur Wirkung bringen (so offenbar z.B. *Hellgardt*, JZ 2018, 901 f.). Diese letztere Unterscheidung erscheint weniger brauchbar als die hiesige Differenzierung, ob ein direktes grundrechtliches Anspruch-Pflichten-Verhältnis zwischen Privaten besteht. Denn ein Gericht kann auch im Staat-Bürger-Verhältnis einen Rechtsstreit „unmittelbar“ aus den Grundrechten entscheiden. Dass ihm dies in der Regel untersagt ist, ist Folge von grundgesetzlichem Gesetzesvorrang und Gesetzesvorbehalt, hat aber zunächst nichts mit der Horizontalwirkung der Grundrechte zwischen Privaten zu tun. Bei der Horizontalwirkung geht es vielmehr um das Rechtsverhältnis Privater: Ist es ein grundrechtliches oder ist es ein einfachrechtliches, in dessen Rahmen Grundrechte erst staatlich vermittelt Wirkung entfalten?

Entsprechend lässt sich präzise zwischen den zwei wohl prominentesten Ansätzen unterscheiden, die in der Literatur zumeist als „mittelbare" bzw. „unmittelbare (Dritt-)Wirkung" bezeichnet werden.[11] Wir wollen sie hier *Verantwortungs- und Anwendungsansatz* nennen. Bei Lösungsansätzen, die unter die Kategorie der *Verantwortung* fallen, bestehen unmittelbare grundrechtliche Ansprüche und Pflichten nur zwischen dem Staat einer- und Privatpersonen andererseits. Verantwortung sieht den Staat, namentlich die staatlichen Gerichte, in der Pflicht, im Rahmen eines gerichtlichen Privatrechtsstreits den grundrechtlichen Gewährleistungsgehalt der privaten Streitparteien A und B nicht unverhältnismäßig einzuschränken, wenn der Staat über das einfach-rechtliche Anspruch-Pflichten-Verhältnis zwischen A und B entscheidet.[12] Das BVerfG folgt seit dem „Lüth"-Urteil[13] einer Variante dieses *Verantwortungsansatzes*: Bei Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts haben die Gerichte eine grundrechtliche Verantwortung. Sie dürfen einen Privatrechtsstreit nicht so entscheiden, dass dadurch die Grundrechte einer Seite unverhältnismäßig beeinträchtigt werden. Dies erfordert notwendig den Ausgleich widerstreitender grundrechtlicher Interessen der an dem Rechtsstreit beteiligten Privaten.[14] Dabei mag zwar der Bezug auf die „objektive Wertordnung" und deren „Ausstrahlungswirkung" auf das einfache Recht als Argument bekannter sein.[15] Im „Lüth"-Urteil nimmt das BVerfG jedoch zunächst und vorwiegend auf Art. 1 Abs. 3 GG Bezug und betont dabei „die Bindung […] des Zivilrichters an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG)", wonach diesem die Verantwortung übertragen sei, das Privatrecht grundrechtskonform auszulegen.[16]

Ein großer Teil der Literatur stellt, *Claus-Wilhelm Canaris*[17] folgend, hinsichtlich der Grundrechtsprüfung auf die Abwehr- oder Schutzpflichtendimension der Grundrechte ab, um auf die schwammige „Ausstrahlungswirkung" verzichten zu können.[18] Dies bleibt indessen innerhalb des Rahmens einer *Verantwortungslösung*: Auch hier geht es um die verfassungsrechtlich übertragene Aufgabe der Gerichte, die Grundrechte von Privaten im gerichtlichen Privatrechtsstreit auszugleichen. Auch diese Variante erfordert letztlich eine grundrechtskonforme Auslegung. Die Prüfung, ob durch die gerichtliche Entscheidung Abwehr- oder Schutzpflichten verletzt wurden, produziert ein Ergebnis, das mit den privatrechtlichen Vorschriften nur im Wege von deren Auslegung in Einklang zu bringen ist.

Dem stehen *Anwendungslösungen* gegenüber. Hiernach besteht ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten. Eine staatliche Vermittlung der Horizontalwirkung ist nicht erforderlich. Die Grundrechte gelten direkt zwischen den Privaten A und B, ohne auf den Staat als „Dritten" zurückgreifen zu müssen.[19] Damit ist Anwendung, anders als Verantwortung, nicht von staatlicher Beteiligung abhängig. Auch wenn der Staat nicht eingeschaltet ist, wenn also beispielsweise das Privatrechtsverhältnis A-B (noch) nicht vor Gericht gelangt ist, besteht ein Grundrechtsverhältnis unmittelbar zwischen A und B.

---

[11] Für eine ausführliche Übersicht über die Literatur und Rechtsprechung siehe *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 43 ff., 80 ff.

[12] Siehe zu alledem ausführlich *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 20 ff.

[13] BVerfGE 7, 198 (204 ff.) [1958] – Lüth (st. Rspr.); aus jüngerer Zeit z.B. BVerfGE 129, 78 (102) [2011] – Le Corbusier-Möbel; BVerfGE 142, 72 (101) [2016] – Sampling.

[14] Vgl. wiederum BVerfGE 7, 198 (206) [1958] – Lüth.

[15] BVerfGE 7, 198 (205 ff.) [1958] – Lüth.

[16] BVerfGE 7, 198 (205 ff.) [1958] – Lüth.

[17] Siehe insbesondere *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 ff.; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 9 ff.

[18] Vgl. stellvertretend aus jüngerer Zeit nur *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 122 ff., 252 ff.; *Voßkuhle*, in: FS Stürner, 2013, 1. Teilband – Deutsches Recht, S. 79, 84 ff.; *Bumke*, AöR 144 (2019), 1 (59).

[19] Siehe dazu ausführlich *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 26 ff., 46 ff.

Hierbei kann man ebenfalls zwei Varianten unterscheiden. Wir nennen sie einstufige und zweistufige Anwendung.[20] Bei der einstufigen Anwendung bestimmt das unmittelbare grundrechtliche Ansprüche-Pflichten-Verhältnis zwischen A und B stets und sofort deren Privatrechtsverhältnis. *Hans-Carl Nipperdey* und im Anschluss das BAG in seinen frühen Judikaten sind prominente Vertreter dieser Position.[21] Die zweistufige Anwendung hat jüngere Wurzeln und geht insbesondere auf die Rechtsprechung des EuGH zur Wirkung der Unionsgrundrechte im Privatverhältnis zurück.[22] Nach dieser besteht zwar ebenso stets ein unmittelbares grundrechtliches Ansprüche-Pflichten-Verhältnis A-B.[23] Das Ergebnis der Abwägung der Grundrechte von A und B ist aber nicht sofort – wie bei der einstufigen Anwendung –, sondern zunächst im Wege einer Auslegung des einfachen Rechts zur Geltung zu bringen. Erst wenn diese grundrechtskonforme Auslegung scheitert,[24] bestimmt, sozusagen als Reserve, das Abwägungsergebnis der Grundrechte von A und B ohne gesetzliche Mediatisierung das Privatrechtsverhältnis A-B.

2. Vorzüge der Anwendung – und ihre Grenzen

Die vorherrschende Auffassung in Literatur und Rechtsprechung bevorzugt denjenigen Ansatz, den wir als *Verantwortungsansatz* bezeichnet haben, also einen solchen, der die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten nur staatlich vermittelt sehen will. Aus der Perspektive des BVerfG ist dieser Ansatz übrigens aus prozessualen Gründen unumgänglich: Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG sowie § 90 Abs. 1 BVerfGG fordern für die Zuständigkeit des Gerichts in Verfassungsbeschwerden, dass die Grundrechte „durch die öffentliche Gewalt“ beeinträchtigt sein müssen. Anders als durch staatliche Vermittlung ist hiernach eine Grundrechtsrüge gar nicht möglich. Allerdings ist dies eine prozessuale Besonderheit des BVerfG, die bereits für Verfassungsbeschwerden nicht logisch zwingend ist (also durch Gesetzesreform geändert werden könnte) und noch weniger für Verfahren vor den einfachen Gerichten oder auch jenseits gerichtlicher Verfahren gelten muss. Dies zeigt schon: Es geht auch anders. Im Folgenden wollen wir darlegen, dass die meisten Argumente gegen ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten nicht durchschlagen und dass im Gegenteil die Anwendungsansätze grundsätzlich – aber nicht ausnahmslos – vorzugswürdig gegenüber den vorherrschenden Verantwortungskonstruktionen sind.

Die vorherrschende Auffassung lehnt *Anwendungsansätze* zunächst ab, weil diese mit Art. 1 Abs. 3 GG nicht vereinbar seien.[25] Dieser Vorwurf ist indessen schnell entkräftet. Gem. Art. 1 Abs. 3 GG binden „[d]ie nachfolgenden Grundrechte […] Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.“ Mehr sagt dieser nicht. Ausdrücklich schließt er ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten nicht aus. Und auch implizit lässt sich ein solcher Ausschluss nicht zwingend begründen. Dass die drei Gewalten an die Grundrechte gebunden sind, lässt

[20] Vgl. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 27 ff.

[21] Vgl. z.B. *Ennecerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. Aufl. 1959, S. 95; vgl. auch *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961; BAGE 4, 274 (285) [1957].

[22] Z.B. EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – C-414/16 (Egenberger), Rn. 70 ff.; EuGH, Urt. v. 11.9.2018 – C-68/17 (IR), Rn. 67–70; EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – C-569/16, C-570/16 (Bauer und Broßonn), Rn. 91.

[23] EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – C-414/16 (Egenberger), Rn. 76 („verleiht für sich allein dem Einzelnen ein Recht“).

[24] EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – C-414/16 (Egenberger), Rn. 75 (Auslegung „nicht möglich“).

[25] Stellvertretend nur *Höfling*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 1 Rn. 116; *Kahl*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 217. Lfg., Stand: November 2022, Art. 1 Abs. 3 Rn. 311; *König*, AcP 219 (2019), 611 (642).

nicht den Schluss zu, dass Privaten nicht gebunden sein können. Dass das Grundgesetz ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten nur in Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG nennt, ebenso wenig. So sind etwa auch die Schutzpflichten als allgemeine dogmatische Figur anerkannt, auch wenn das Grundgesetz sie nur selten ausdrücklich formuliert.[26]

Doch auch die weiteren üblicherweise gegen die *Anwendungsansätze* vorgebrachten Argumente greifen nicht durch.[27] Der prominenteste Vorhalt ist neben der angeblichen Unvereinbarkeit mit Art. 1 Abs. 3 GG, dass durch ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten die Grundrechte pervertierten. Sie würden von Rechten zu Pflichten Privater. Jedoch verschaffen Grundrechte auch gegenüber dem Staat zunächst nur so genannte *prima facie*-Positionen:[28] Ob ein grundrechtlicher Anspruch des Bürgers gegen den Staat besteht, lässt sich erst nach dem Ausgleich der widerstreitenden Grundrechtspositionen sagen, also nach Abschluss der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Der Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts bedeutet noch nicht dessen Verletzung. Im Verhältnis Private-Privater (A-B) sind nach den *Anwendungsansätzen* private Grundrechtsträger zugleich Grundrechtsadressaten. A und B sind demnach Inhaber sich wechselseitig gegenüberstehender Grundrechtspositionen. Anders als der Staat sind sie daher nicht nur grundrechtsverpflichtet, sondern stets zugleich grundrechtsberechtigt. Ihr Grundrechtsverhältnis ist also reflexiv, d.h. wechselseitig: Eine grundrechtliche Freiheit ist jeweils durch einen konkreten Freiheitsgegenstand, einen konkreten Freiheitsträger und ein konkretes Freiheitshindernis gekennzeichnet.[29] Ein Beispiel ist die Freiheit des Stadionbetreibers (Freiheitsträger), sein Hausrecht auszuüben (Freiheitsgegenstand), ohne dafür Sachgründe angeben oder Verfahrensanforderungen genügen zu müssen (Freiheitshindernis).[30] Verschiedene Freiheiten stehen zueinander im potentiellen Kollisionsverhältnis. Denn der Freiheitsgegenstand der A kann zugleich das Freiheitshindernis des B sein: Die Freiheit, meine Meinung über jemanden zu sagen (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG), kann dessen persönliche Ehre (Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) beeinträchtigen. Aufgrund dieser Reflexivität des Grundrechtsverhältnisses kann weder A noch B von vornherein ein grundrechtlicher Erfüllungsanspruch zustehen, sondern nur nachdem ihre widerstreitenden Grundrechtspositionen in Ausgleich gebracht worden sind. Ein grundrechtlicher Anspruch von A gegen B oder B gegen A besteht also nur als Endergebnis dieses Ausgleichs, genauer: falls das Resultat des Ausgleichs zu einem grundrechtlichen Anspruch einer Seite führt. Das muss es nicht zwangsläufig. In jedem Fall bedeutet die Grundrechtsgeltung zwischen Privaten ebenso wenig wie Grundrechtsgeltung gegenüber dem Staat, dass der Grundrechtsadressat stets grundrechtlich verpflichtet wird. Es geht also nicht um eine generelle Umwandlung von Grundrechten in Grundpflichten. Lediglich im konkreten Einzelfall kann es – nach Prüfung der sich entgegenstehenden (Grundrechts-)Positionen der Privaten – zu einer grundrechtlichen Pflicht kommen. Das ist allerdings nicht sonderlich problematisch, da dies nicht zu einer Änderung des Charakters der Grundrechte schlechthin führt, sondern lediglich zu einem Ergebnis im Einzelfall das gleichermaßen die *Verantwortungsansätze* anerkennen: Dem Vorrang der Rechtsposition der A gegenüber B (oder umgekehrt).

Hinter dem dogmatischen Argument gegen ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten steht ein weiter reichender, außerrechtlicher, nämlich philosophischer Vorwurf. Wenn behauptet wird, Rechte würden zu Pflichten, ist damit vor allem gemeint, dass der Einzelnen ein Raum

[26] Namentlich in Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 S. 2, Abs. 4 GG sowie in Art. 16a Abs. 1 GG.

[27] Für eine ausführliche Darstellung und Diskussion der Argumente und Gegenargumente siehe *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 229 ff., 234 ff.

[28] Vgl. dazu *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 87 ff.

[29] Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 314.

[30] Vgl. BVerfGE 148, 267 [2018] – Stadionverbot.

verbleiben soll, innerhalb dessen sie frei, selbstbestimmt und somit autonom handeln kann. Damit wird die Autonomie zur Gretchenfrage: Welcher Ansatz fördert die Autonomie am besten? Doch was versteht man denn eigentlich unter Autonomie? Nach dem gegenwärtigen Stand der Diskussion weist der Autonomiebegriff zwei zentrale Elemente auf: Authentizität und Kontrolle.[31] Diese bezeichnen „die Fähigkeit, man selbst zu sein" (Authentizität) und „man selbst zu bleiben" (Kontrolle).[32] Authentizität erfordert Identifikation mit den eigenen Vorhaben und Überzeugungen im Sinne einer „Treue zu sich selbst".[33] Bezieht sich danach Authentizität auf die Willensbildung, fokussiert Kontrolle als zweite Autonomiebedingung auf die Anforderungen an die Willensumsetzung. Dies bedeutet, dass A grundsätzlich selbst über ihr Handeln entscheiden können muss. Sie muss selbst ihren Willen realisieren können, kurzum: Sie muss dessen Autorin sein.[34] Diese Erkenntnisse helfen uns in zweierlei Hinsicht: einmal bei der Bewertung von Anwendung und Verantwortung als autonomiehindernd oder -fördernde Ansätze, einmal bei der Abwägung verschiedener grundrechtlicher Interessen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit.

Betrachtet man zunächst *Anwendung* und *Verantwortung* vor dem Hintergrund des obigen Autonomiebegriffs, wird deutlich: *Verantwortung* behauptet Staatsfreiheit, führt aber zu Staatsnähe. Denn die Selbstbestimmung Privater gegenüber anderen Privaten kann sie nur durch staatliche Vermittlung ermöglichen. Sie erfordert für Grundrechtsschutz im Privatrechtsverhältnis immer, dass der Privatrechtsstreit vor Gericht kommt. Ohne Staat, ohne staatliches Gerichtsverfahren kein grundrechtlich garantierter Schutz gegenüber dem Verhalten anderer Privater. Jedenfalls die Kontrollbedingung der Autonomie ist damit stark eingeschränkt: Die Willensrealisierung liegt wesentlich nicht bei den Privaten selbst, sondern beim Staat als Mittler.

Anders dagegen die *Anwendungsansätze*: Sie legen die Selbstbestimmung in die Hand Privater selbst, indem sie diese direkt mit Grundrechten gegen andere Private ausstatten. Dass dies nicht unweigerlich und stets zu Pflichten Privater führt, haben wir bereits aufgezeigt. Dabei liegt die Kontrolle, die Fähigkeit zur Willensrealisierung, bei den Privaten selbst. Dies schließt auch erhebliche Schutzlücken in der Praxis, die die *Verantwortungsansätze* lassen: Insbesondere in sozialen Netzwerken gelangen viele Kollisionslagen grundrechtlicher Interessen gar nicht mehr vor Gericht, sondern werden von Privaten (Facebook, Twitter etc.) entschieden.[35] Nach der vorherrschenden Auffassung ist dies erst – und nur dann – eine Frage der Grundrechte, wenn staatliche Gerichte den Streit verhandeln und damit die Grundrechte vermitteln können.

Doch gilt der Vorzug der *Anwendungsansätze* nicht ausnahmslos. Insbesondere Mehrpersonenverhältnisse können eine Lösung über die staatliche Vermittlung des Grundrechtsschutzes erfordern. Dies ist der Fall, wenn der Private Zugang zu oder Einrichtung von staatlichen Verfahren verlangt, welche dazu dienen, mehrpolige Grundrechtsbeziehungen auszugleichen, vgl. z.B. §§ 1591 ff. BGB. Bestimmte familienrechtliche Konstellationen sind hierfür exemplarisch.[36] Verlangt der (mutmaßliche)

[31] Vgl. z.B. *Betzler*, in: Betzler, Autonomie der Person, 2013, S. 7, 12 ff.

[32] *Betzler*, in: Betzler, Autonomie der Person, 2013, S. 14; Ähnlich auch *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung – Eine Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I GG, 2007, S. 9 ff., wenn auch mit anderer Terminologie („Selbstreflexivität", d.h. Authentizität und „Verhaltensfreiheit", d.h. Kontrolle).

[33] Vgl. *Rössler*, Autonomie – Ein Versuch über das gelungene Leben, 2017, S. 265 f.; *Betzler*, in: Betzler, Autonomie der Person, 2013, S. 7, 13.

[34] Vgl. *Rössler*, Autonomie – Ein Versuch über das gelungene Leben, 2017, S. 245.

[35] Siehe hierzu unter III. 1 b) Fall 2, sowie III. 3. a) Fall 4.

[36] Siehe hierzu unter III. 4. Fall 6 und 7.

biologische Vater, die Vaterschaft des rechtlichen Vaters für das Kind anfechten zu können,[37] so kann kein Privater (weder der rechtliche Vater, noch die Mutter oder das Kind) diesen Anspruch erfüllen. Ein Anspruch gegen einen Privaten, auch wenn er grundrechtlich bewehrt ist, hilft hier nicht weiter. Richtet also erst der Staat ein Verfahren oder einen sonstigen Mechanismus ein, um die (Grund-)Rechtspositionen verschiedener Privater in Einklang zu bringen, kann die *Anwendungslösung* diese Horizontalwirkungskonstellation nicht abbilden. *Verantwortungsansätze* erweisen sich in diesen Fällen als vorzugswürdig.[38]

3. Bedeutung für die Prüfung

Was bedeutet dies für die Prüfung? Hier muss man zwei Fragen abschichten: Erstens, in welcher Konstellation prüft man? Zweitens, wie sieht die Prüfung nach dem *Anwendungsansatz* konkret aus? Hinsichtlich der ersten Frage muss man beachten, dass vor dem BVerfG, wie oben beschrieben,[39] aufgrund des eindeutigen Wortlauts in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG („durch die öffentliche Gewalt") die Grundrechte zwischen Privaten nur staatlich vermittelt, also nach dem *Verantwortungsansatz*, zur Wirkung gelangen können. Jenseits von Verfassungsbeschwerden, namentlich in Verfahren vor einfachen Gerichten, einschließlich der letzten Instanz, vor dem EuGH (dann hinsichtlich der Unionsgrundrechte) oder auch in grundrechtlichen Konfliktlagen, die (noch) nicht vor Gericht gelangt sind, gilt diese durch den (grund-)gesetzlichen Text geforderte Bindung an die *Verantwortungslösung* nicht.

Die zweite Frage bezieht sich insbesondere auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit. Wie ist diese ausgestaltet, wenn es sich um ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten handelt? Auf den Prüfungspunkt des „legitimen Zwecks" kann man hier verzichten. Denn Private sind grundrechtsberechtigt. Greift ein Verhalten der A in die Grundrechte des B ein, liegt der legitime Zweck des Handelns der A bereits in diesem Handeln selbst. Denn dieses ist Grundrechtsbetätigung, mindestens der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG. Zunächst aber stellt sich die der Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgeschaltete Frage, ob das Verhalten der Privaten wechselseitig den Gewährleistungsgehalt der Grundrechte des anderen beeinträchtigt. Ist dies auf beiden Seiten nicht der Fall, stellt sich schon gar nicht die Frage nach einem grundrechtlichen Anspruch der A oder des B. In die Verhältnismäßigkeitsprüfung muss man dann nicht einsteigen. Beeinträchtigt dagegen die jeweilige Grundrechtsbetätigung die reflexive Grundrechtsbetätigung der Gegenseite, so ist der „legitime Zweck" wie ausgeführt indiziert. Denn das Verhalten der einen Seite, das jeweils die Grundrechtsbetätigung der anderen Seite beeinträchtigt, ist ebenfalls grundrechtsbewehrt und damit „legitim".

Daher prüft man als erstes, ob das Verhalten von A und B wechselseitig ihre jeweiligen Grundrechte berührt. Bejaht man dies, erfolgt zweitens die Prüfung der Geeignetheit. Angesichts des reflexiven Grundrechtsverhältnisses[40] ist ein Ausgleich nur notwendig, wenn die jeweilige (die Grundrechte der anderen Person beeinträchtigende) Handlung auch die Verfolgung der grundrechtlichen Interessen des jeweiligen Grundrechtsträgers fördert.

Die Erforderlichkeit, also die Wahl des relativ mildesten Mittels, ist im Weiteren als Prüfungspunkt überflüssig. Denn die Wechselbezüglichkeit der gleichzeitigen Grundrechtsberechtigung und Grund-

[37] Zum Abstammungsrecht aus jüngster Zeit siehe nur stellvertretend: *Reuß*, Theorie eines Elternschaftsrechts, 2018, insbesondere S. 470 ff.; *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, 2012 sowie *Plettenberg*, Vater, Vater, Mutter, Kind – Ein Plädoyer für die rechtliche Mehrvaterschaft, 2016.

[38] Siehe auch unten Beispielsfall 7 unter III. 4 b).

[39] Siehe oben II. 2.

[40] Siehe oben II. 2.

rechtsverpflichtung von A und B bedeutet, dass man nicht einseitig prüfen kann, ob A gegenüber B das mildeste Mittel gewählt hat, weil sich die gleiche Frage auch umgekehrt im Verhältnis B-A stellt.[41] Ob eine bestimmte Handlung das mildeste Mittel zur Verfolgung der grundrechtlichen Interessen der A ist, ist nicht feststellbar, ohne zugleich der Frage nachzugehen, ob umgekehrt diese Handlung auch das mildeste Mittel zur Verfolgung der grundrechtlichen Interessen des B darstellt. Dies führt aber unweigerlich in einen Ausgleich der wechselseitigen Grundrechtspositionen und somit in die Angemessenheitsprüfung.

Diese Angemessenheitsprüfung erfordert einen Ausgleich der Grundrechte von A und B. Die hierbei zu vollziehende Abwägung im Sinne einer praktischen Konkordanz[42] muss im konkreten Einzelfall die wechselseitigen Grundrechtspositionen in Ausgleich bringen. Dieser Ausgleich erfordert, wie wir zuvor gesehen haben,[43] die Abgrenzung der spezifischen wechselseitigen Autonomiesphären und damit die Realisierung des höchstmöglichen Maßes an Selbstbestimmung im Verhältnis zwischen zwei oder mehreren Privaten. Auf die Selbstbestimmung stellt auch das BVerfG, dort dann im Rahmen des *Verantwortungsansatzes*, beispielsweise im Bürgschaftsfall ab,[44] entwickelt aber außer einer Problembeschreibung („Fremd"- anstelle von „Selbstbestimmung") keine brauchbaren Kriterien. Als solche eignen sich indessen die zuvor angesprochenen Autonomiebedingungen der Authentizität und Kontrolle.[45]

Die Basis für das Handeln muss die eigene – eben authentische – sein und darf gerade nicht eine fremde[46] und damit eine solche sein, die tatsächlich ein anderer beherrscht. Nicht authentisch ist eine Handlung somit, wenn die Willensbildung, welche zu Wünschen, Vorhaben oder Überzeugungen der Person führt, erheblich gestört ist, z.B. durch Drogeneinfluss, politische Indoktrination oder starke emotionale Abhängigkeit.[47] Die Kontrollbedingung der Autonomie erfordert, dass A grundsätzlich selbst entscheiden muss, eine Handlung auszuführen, und dass sie dies auch selbst tut. Nicht nur das Resultat, dass die Handlung ausgeführt wird, sondern auch die Entscheidung und Realisierung seitens A sind grundsätzlich[48] von Bedeutung.[49] Kontrolle als Willensrealisierung ist indes auch als Kontrolle der Möglichkeiten dieser Willensrealisierung zu verstehen. Fehlt es A an hinreichenden sinnvollen Handlungsoptionen, fehlt es ihr an Kontrolle darüber, ihrem authentisch gebildeten Willen entsprechend autonom zu handeln. Kann sie beispielsweise nur dazwischen wählen, zu essen, zu schlafen oder die Wand anzustarren,[50] dann ist ihre Handlung zu essen, zu schlafen oder die Wand anzustarren nicht autonom. „Hinreichende sinnvolle" Handlungsoptionen sind solche, die zu einer Wahl führen, die ihrerseits nicht wiederum die Autonomie der die Handlung wählenden Person sig-

[41] Ähnlich auch *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 320.

[42] Vgl. dazu grundlegend *Bäumelin*, VVDStRL, Bd. 28, 1970, S. 3 (18 f.); *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 315 ff.

[43] Vgl. oben II. 2.

[44] BVerfGE 89, 214 (231 ff.)[1993] – Angehörigenbürgschaft; siehe auch Beispielsfall 1 unten III. 1. a).

[45] Vgl. oben II. 2.

[46] Im Sinne einer entfremdeten, d.h. Entfremdung ist insoweit der Gegenbegriff zu Authentizität, vgl. *Rössler*, Autonomie – Ein Versuch über das gelungene Leben, 2017, S. 257 ff.

[47] Vgl. dazu *Christman*, in: Betzler, Autonomie der Person, 2013, S. 109, 124 f.

[48] Ausnahmsweise kann man aber z.B. in den Fällen der Ausführung durch Stellvertreter oder Erfüllungsgehilfen von (indirekter) Kontrolle sprechen.

[49] Vgl. *Rössler*, Autonomie – Ein Versuch über das gelungene Leben, 2017, S. 245.

[50] Vgl. *Raz*, The Morality of Freedom, 1986, S. 371 ff.

nifikant verkürzt.[51] Die zu wählende Option muss real verfügbar sein und sie muss der Person eine reale Möglichkeit geben, ihren Willen umzusetzen.[52]

III. Beispielsfälle und Lösungen

Die vorangegangenen abstrakten Überlegungen wollen wir nun anhand einer Reihe von Beispielen veranschaulichen. Diese Beispiele decken typische Konstellationen im Privatverhältnis ab: Vertrags- und Deliktsrecht, Freiheits- und Gleichheitsrechte, Zweipersonen- und Mehrpersonenverhältnisse. Überdies werden mit den sozialen Netzwerken und Fragen im Zuge der COVID-19-Pandemie aktuelle Probleme der Grundrechtswirkung zwischen Privaten betrachtet. Jeweils stellt die Lösung der Beispielsfälle *Verantwortungs- und Anwendungsansätze* nebeneinander und zeigt damit konkret die Vorzüge und Nachteile des jeweiligen Ansatzes in dogmatischer wie in anwendungspraktischer Hinsicht auf.

1. Vertragsrecht

a) Bürgschaftsvertrag

aa) Beispielsfall 1[53]

Aufgrund von Beschränkungen im Zuge der COVID-19-Pandemie in den Jahren 2020 und 2021 muss die Gastronomin G Ende 2021 einen Kredit über 100.000 € aufnehmen. Die Bank B verlangt Sicherheiten. Der Sohn S der G, der über kein Vermögen verfügt und sein gerade erst begonnenes Germanistikstudium über 450 €-Jobs während der Semesterferien finanziert, unterschreibt eine Bürgschaftsurkunde „für sämtliche Forderungen im Vertragsverhältnis G-B“. Bürgschaftsrechtliche Schutzvorschriften werden ausgeschlossen. Der zuständige Bankangestellte drängt S zur Unterschrift, da G andernfalls keinen Kredit bekäme, und beruhigt S, dass er „keine großen Risiken“ eingehe. Nachdem G mehrere Kreditraten nicht bedienen kann, kündigt B den Kredit und verlangt von S Zahlung von 100.000 €. S verweigert die Zahlung. Im anschließenden gerichtlichen Verfahren beruft S sich auf die Nichtigkeit des Vertrags aufgrund „grundrechtswidriger Vertragsumstände“.

bb) Lösung Beispielsfall 1

S hat den Bürgschaftsvertrag in einer Zwangssituation unterschrieben, er ist möglicherweise in seiner Vertragsfreiheit beeinträchtigt. Grundrechtlich wird diese durch die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG geschützt. Auf den Schutz der Vertragsfreiheit, ggf. i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG, kann sich auch B berufen: Ihre Vertragsfreiheit ist beeinträchtigt, wenn sie Verträge nicht nach eigenem Gutdünken abschließen kann. Auch ihre Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG kann dann verletzt sein.

Damit diese Grundrechte überhaupt zur Anwendung gelangen, bedarf es nach dem *Verantwortungsansatz* eines gerichtlichen Verfahrens, das eine Vermittlung der jeweiligen Grundrechtspositio-

[51] *Oshana*, in: Betzler, Autonomie der Person, 2013, S. 196, 213 f.

[52] Vgl. *Rössler*, Autonomie – Ein Versuch über das gelungene Leben, 2017, S. 250, 336, 365 („gute[] mögliche[] Optionen“, „sinnvolle Optionen“, „auf soziale Realisierungsbedingungen angewiesen“); auch *Oshana*, in: Betzler, Autonomie der Person, 2013, S. 214 („[D]ie Optionen [müssen] ‚real‘ sein – eine Person muss tatsächlich hoffen können, sie auch verwirklichen zu können […].“).

[53] Fall nach BVerfGE 89, 214 [1993] – Angehörigenbürgschaft.

nen von S und B durch einen staatlichen Akteur, nämlich das Gericht, ermöglicht. Das Gericht muss dann die streitentscheidende Norm, dies ist maßgeblich § 138 Abs. 1 BGB, grundrechtskonform, hier also im Hinblick auf die Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG und die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG, auslegen, so die Konstruktion der Rechtsprechung.[54] Nach der Literaturansicht unter Federführung von *Canaris*[55] wird auf die gerichtliche Entscheidung und auf die Abwehr- und Schutzpflichtendimension der Grundrechte abgestellt. Entscheidend ist, ob diese Entscheidung die Vertragsfreiheit des S – dies wäre bei einer zur Zahlung verpflichtenden Entscheidung der Fall – oder die Vertragsfreiheit bzw. Berufsfreiheit der B – bei einer die Zahlungspflicht ablehnenden Entscheidung – nicht hinreichend berücksichtigt.

Die Auflösung der grundrechtlichen Spannungslage erfolgt über den Staat und also im Dreieck: S und B haben jeweils einen Anspruch gegen den Staat auf Achtung ihrer Vertragsfreiheit bzw. ihrer Berufsfreiheit. Ein direktes Grundrechteverhältnis zwischen S und B wird nicht begründet; ohne einen angestrengten gerichtlichen Prozess gäbe es keine Grundrechtswirkung. Der Richter wägt die konfligierenden Grundrechte gegeneinander ab. Maßgeblich ist dabei, inwieweit eine vertragliche Selbstbestimmung des S überhaupt gegeben ist. Das BVerfG stellt darauf ab, ob eine Vertragsseite so starkes Übergewicht hat, dass sie die Vertragsinhalte faktisch einseitig bestimmen kann.[56] In Konstellationen „struktureller Unterlegenheit“ einer Vertragspartei kann es echte Selbstbestimmung nicht mehr geben.[57] Das Ergebnis der Abwägungsentscheidung geht dann zugunsten der schwächeren Vertragspartei aus.

Zu berücksichtigen ist hier, dass das Risiko des Vertrages kaum überschaubar ist, da für die verbürgte Hauptforderung keine Höchstgrenze vorgesehen ist und sämtliche Schutzvorschriften ausgeschlossen sind.[58] Einer zutreffenden Risikoeinschätzung steht auch entgegen, dass S sich am Anfang seiner Berufsausbildung befindet und geschäftlich unerfahren ist.[59] Vor allem aber war S aufgrund des nahen verwandtschaftlichen Verhältnisses zu G einem hohen emotionalen Druck ausgesetzt, der ihn veranlasste, die Risiken der Bürgschaftsübernahme auszublenden. B waren diese Umstände bekannt. Der Bankangestellte erhöhte den Druck auf S und spielte die Risiken für S herunter, um S als Bürgen zu den vorgegebenen Vertragsbedingungen zu gewinnen.[60] Zwischen den Vertragsparteien S und B besteht im Ergebnis ein Machtgefälle: S befindet sich aus emotionalen und intellektuellen Gründen in einer Situation „struktureller Unterlegenheit“. Der Richter wird diese Erwägungen in die Auslegung des einfachen Rechts, hier dann in § 138 Abs. 1 BGB, einfließen lassen und den Vertrag für sittenwidrig und damit für unwirksam erklären.[61]

Nach dem *Anwendungsansatz* kommen die Grundrechte zwischen S und B unmittelbar zum Tragen und begründen ein grundrechtliches Ansprüche-Pflichten-Verhältnis zwischen S und B. Eines

[54] Vgl. oben II. 1; siehe auch BVerfGE 89, 214 (232 ff.) [1993] – Angehörigenbürgschaft.

[55] Vgl. oben II. 1.

[56] Vgl. BVerfGE 81, 242 (255) [1990] – Handelsvertreter.

[57] BVerfGE 89, 214 (233) [1993] – Angehörigenbürgschaft; die Figur der „strukturellen Unterlegenheit“ benennt das BVerfG auch in anderen Konstellationen, etwa in BVerfGE 103, 89 (102) [2000] – Unterhaltsverzichtsvertrag; 134, 204 (223) [2013] – Werkverwertungsverträge; siehe jüngst auch BVerfGE 148, 267 (282, 284) [2018] – Stadionverbot; zum vertraglichen Ungleichgewicht aufgrund ökonomischer Gründe siehe BVerfGE 81, 242 (256 ff.) [1990] – Handelsvertreter; siehe hierzu eingehend auch *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 314 ff.

[58] Zu diesem Aspekt BVerfGE 89, 214 (234 f.) [1993] – Angehörigenbürgschaft.

[59] BVerfGE 89, 214 (235) [1993] – Angehörigenbürgschaft.

[60] BVerfGE 89, 214 (235) [1993] – Angehörigenbürgschaft; siehe eingehend zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaftsverträgen aufgrund der Ausnutzung emotionaler Drucksituationen und der Unerfahrenheit des Bürgen *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2022, § 138 Rn. 69.

[61] Vgl. BVerfGE 89, 214 (234 ff.) [1993] – Angehörigenbürgschaft.

gerichtlichen Verfahrens bedarf es nicht, um die Grundrechte zur Wirkung zu bringen. Jenes grundrechtliche Ansprüche-Pflichten-Verhältnis ist wechselseitig: Ein Anspruch des S gegen B auf Achtung seiner Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG – und also darauf, dass B ihren Zahlungsanspruch nicht geltend macht – besteht, wenn die Abwägung der konfligierenden Grundrechtspositionen zu einem Überwiegen der Vertragsfreiheit des S führt. S kann dann unmittelbar von B die Erfüllung seines Anspruchs verlangen. Dies erfolgt nicht erst durch den richterlichen Ausspruch.

Für diese Abwägung ist eine modifizierte Verhältnismäßigkeitsprüfung heranzuziehen.[62] S und B üben jeweils ihre grundrechtlich zuerkannten Freiheiten aus und verfolgen somit einen legitimen Zweck. Die Ausübung dieser Freiheiten führt jeweils zur Beeinträchtigung der Freiheiten des anderen. Damit stellt sich die Frage nach einem grundrechtlichen Anspruch des S gegen B, der sich aus der Abwägung der jeweiligen Grundrechtspositionen ergibt. Hinsichtlich der Geeignetheit gilt, dass das geforderte Verhalten die grundrechtlichen Interessen des S fördern muss. Die Verpflichtung des S zur Zahlung wahrt die grundrechtlichen Interessen der B, die Verpflichtung der B zum Verzicht auf die Geltendmachung der Forderung wahrt die grundrechtlichen Interessen des S. Das Prüfungsmerkmal der Erforderlichkeit geht in dem der Angemessenheit auf, da wechselseitig zu klären ist, ob das jeweils geforderte Handeln – Zahlung bzw. Verzicht auf Zahlung – das je mildeste Mittel ist.

Im Rahmen der Angemessenheit lassen sich die obigen Überlegungen hinsichtlich der „strukturellen Unterlegenheit“ des S übertragen. Die Perspektive auf den Autonomieschutz legt allerdings eine tiefere Argumentationsschicht frei, die einen präziseren Ausgleich der konfligierenden Grundrechtspositionen ermöglich als die vom BVerfG aufgestellten Merkmale des vertraglichen Übergewichts bzw. der strukturellen Unterlegenheit. Ziel der praktischen Konkordanz ist es dann, die Autonomiesphären von S und B so auszugleichen, dass diese jeweils bestmöglich gefördert werden. Autonomie wird durch die Merkmale der Authentizität und Kontrolle definiert.[63] Die Bank B unterliegt keinen erkennbaren Beschränkungen hinsichtlich dieser Merkmale. Anders ist dies bei S. Er sieht sich bereits erheblicher Einwirkungen auf seine Willensbildung ausgesetzt. Er unterliegt einem hohen emotionalen Druck aufgrund seiner verwandtschaftlichen Beziehung zu G. Zudem kann er aufgrund seiner geschäftlichen Unerfahrenheit die Risiken der Bürgschaftsübernahme nicht hinreichend abschätzen. Der Bankangestellte wirkt gezielt auf die Entscheidungsfindung des S ein, indem er den emotionalen Druck erhöht und die unzutreffende Vorstellung des S hinsichtlich der Risiken verstärkt. Es mangelt daher schon am Merkmal der Authentizität.

Darüber hinaus besteht für S keine echte Handlungsalternative. Zwar könnte er die Unterzeichnung des Bürgschaftsvertrags verweigern, würde dann aber die Beziehung zu seiner Mutter riskieren. Eine andere Möglichkeit, die Mutter finanziell zu unterstützen, hat der mittellose S nicht. Die Übernahme des Bürgschaftsvertrags in der präsentierten Form ist daher für S alternativlos. Im Ergebnis ist daher auch das Merkmal der Kontrolle zu verneinen. Die Bank B hat dies bewusst ausgenutzt.

Damit überwiegt das Recht des S auf Achtung seiner Vertragsfreiheit die Rechte der B gegen S aus Art. 2 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG. S hat einen unmittelbaren grundrechtlichen Anspruch gegen B auf ein Unterlassen der Geltendmachung der Forderung. Nach dem einstufigen Ansatz wird dieser Anspruch unmittelbar auf Art. 2 Abs. 1 GG gestützt, nach dem zweistufigen Ansatz ist die Lösung zunächst in der Auslegung des einfachen Rechts, dann also in der Auslegung des § 138 BGB, zu suchen. Dies ist hier möglich, sodass der unmittelbare Grundrechtsanspruch als Reserve nicht herangezogen werden muss. Zusammenfassend kommen *Verantwortungs- und Anwendungsansatz* zum selben Ergebnis, dies aber über unterschiedliche Begründungswege.

[62] Vgl. oben II. 3.

[63] Vgl. oben II. 2. und 3. Vgl. auch *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 320 ff.

b) Verstöße gegen Verhaltensregeln von sozialen Netzwerken

aa) Beispielsfall 2[64]

S betätigt sich rege auf dem sozialen Netzwerk T. Im Zuge einer Diskussion über die Corona-Politik postet er einen rassistischen Beitrag über chinesische Staatsangehörige. Unter Hinweis auf seine Verhaltensregeln („community standards"), die Teil der AGB sind, löscht T den Beitrag des S. S beruft sich auf seine Meinungsfreiheit und verlangt Wiederherstellung des Beitrags.

bb) Lösung Beispielsfall 2

In dieser Konstellation stehen sich die Meinungs- und Informationsfreiheit des S nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GG und die Unternehmensfreiheit sowie die Vertragsfreiheit des T, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG, jeweils i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG, gegenüber.[65]

Diese Konstellation ist typisch für private Informations- und Kommunikationsplattformen, auf denen die Regulierung der Kommunikation vielfach durch die privaten Plattformbetreiber erfolgt und der Staat gänzlich außen vor bleibt. Diese nicht-staatlichen Akteure prüfen die Zulässigkeit der Äußerungen der Nutzer und entfernen etwaige unzulässige Beiträge. Durch das NetzDG werden die Plattformbetreiber hierzu sogar verpflichtet.[66] Vielfach werden auch die Inhalte zulässiger Kommunikation von Seiten der Plattformbetreiber, so auch hier, in Verhaltensregeln, festgelegt. Die Akteure sehen ein internes Beschwerdeverfahren vor. Gerichtliche Verfahren werden nur sehr selten angestrengt.[67]

---

[64] Fall nach BGH, Urt. v. 29.7.2021 – III ZR 179/20 = NJW 2021, 3179 (3185 ff. Rn. 55 ff.). Siehe auch BVerfG, Beschl. v. 22.5.2019 – 1 BvQ 42/19 = NJW 2019, 1935 (III. Weg). Dort ging es allerdings um die Sperrung des Accounts eines Nutzers.

[65] Die Fallkonstellation ist tatsächlich noch komplexer. Gegenüber stehen sich drei Personen, die je grundrechtliche Ansprüche formulieren können: Der Nutzer einer Plattform, der sich auf die Meinungsfreiheit berufen kann, der Betroffene einer Äußerung, der das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gegen bestimmte Beiträge in Stellung bringen kann, sowie der Plattformbetreiber, der das Löschen oder Nichtlöschen von Beiträgen auf seine Vertrags- und Berufsfreiheit stützen kann. Da die Plattformbetreiber als Mittler für Meinungsäußerungen Dritter fungieren, können sie sich auch selbst auf die Meinungsfreiheit berufen, siehe BGH NJW 2021, 3179 (3188 Rn. 74). So entstehen am Ende drei grundrechtliche Beziehungen. Die *Verantwortungslösung* bezieht noch einen vierten Akteur ein, nämlich den Staat. Dies macht verschachtelte, mitunter nicht widerspruchsfreie Konstruktionen notwendig. Demgegenüber kann mit dem *Anwendungsansatz* unmittelbar auf die jeweiligen grundrechtlichen Beziehungen abgestellt werden. Siehe eingehend hierzu *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 347 ff. Der Beispielsfall fokussiert allein auf die Grundrechtsbeziehung von S und T, d.h. von Nutzer und Plattformbetreiber.

[66] Vgl. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 351 ff.

[67] Siehe etwa den NetzDG-Transparenzbericht (§ 2 NetzDG) von Facebook vom Juli 2022, https://about.fb.com/de/wp-content/uploads/sites/10/2022/07/Facebook-NetzDG-Transparenzbericht-July-2022.pdf (24.1.2023). Im ersten Halbjahr 2022 wurden weltweit 20.960 Inhalte wegen Verstoßes gegen die Gemeinschaftsstandards und gesetzliche Bestimmungen entfernt. Zu gerichtlichen Verfahren zum NetzDG vor den Fachgerichten fehlt eine übergreifende Statistik. Problematisch ist dabei, dass in Deutschland nicht sämtliche Entscheidungen veröffentlicht werden. Einen gewissen Eindruck vermittelt die Auswertung juristischer Datenbanken. Beck-online zeigt für § 3 NetzDG, in dem die Löschungspflichten normiert sind, für den BGH zwei, für OLGe 14 und für Landgerichte zwei Treffer an. Juris für dieselbe Norm zwei Treffer für den BGH, 15 für die OLGe und sechs für die Landgerichte (Recherche durchgeführt am 22.11.2022). Eine geringe Inanspruchnahme der Gerichte im Hinblick auf das NetzDG stellen auch *Eifert u.a.*, Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Bewährung – Juristische Evaluation und Optimierungspotenzial, 2020, S. 172 ff. fest, die auch vertieft auf mögliche Ursachen eingehen.

Mit dem *Verantwortungsansatz* ist diese grundrechtliche Spannungslage jedenfalls so lange nicht fassbar, wie der Staat gänzlich außen vor bleibt. In der Konsequenz bleibt dieser Bereich danach grundrechtefrei, solange der Rechtsstreit nicht vor Gericht gelangt.[68]

Der *Anwendungsansatz* kann diese Konstellation dagegen stringent auflösen, da er nicht auf den Staat, d.h. die Gerichte, zurückgreifen muss. Zudem erlaubt dieser Ansatz einen höheren Autonomieschutz, denn er gibt dem Nutzer, hier also S, die Kontrolle über seine grundrechtlichen Ansprüche.[69]

Die Abwägung erfolgt wiederum nach dem modifizierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Sowohl S als auch T üben ihre grundrechtlichen Freiheiten aus, die miteinander in Konflikt stehen. Entscheidend für einen grundrechtlichen Anspruch des S ist die Angemessenheit, innerhalb derer die konfligierenden Grundrechtspositionen – Meinungs- und Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GG auf Seiten des S, die Unternehmens- und Vertragsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG auf Seiten des T – in einen Ausgleich zu bringen sind.

In der Abwägungsentscheidung ist von Bedeutung, dass mit der zunehmenden Verlagerung von Information und Kommunikation in den digitalen Raum das soziale Netzwerk des T von besonderer gesellschaftlicher Bedeutung ist. Wer in modernen Zeiten seine Meinung sagen will, muss dies auch im Internet tun können. Das soziale Netzwerk bietet hierfür den Kommunikationskanal. Dabei ist die Marktstruktur sozialer Netzwerke monopolartig ausgestaltet. Einige wenige soziale Netzwerke bestimmen den Markt, andere Kommunikationsplattformen existieren entweder gar nicht oder weisen keine vergleichbare Nutzeranzahl und damit Reichweite auf.[70] Die Kommunikationslandschaft im Internet wird daher maßgeblich von einigen wenigen sozialen Netzwerken, zu denen auch T zählt, bestimmt. Wer sich effektiv an der Kommunikation im Internet beteiligen möchte, muss dies auf einem dieser sozialen Netzwerke tun. Die sozialen Netzwerke fungieren damit als Intermediäre: Sie bestimmen, welche Informationen und Meinungen im öffentlichen Diskurs verfügbar sind. Die sozialen Netzwerke haben daher große gesellschaftliche Bedeutung und Machtstellung. Für den politischen Austausch sind daher der Zugang und das ungehinderte Posten von Beiträgen von großer Wichtigkeit. Das Löschen des Beitrags bedeutet eine erhebliche Beeinträchtigung der Beteiligung der Nutzerinnen und Nutzer am öffentlichen Meinungsaustausch.[71] Damit besteht zwischen S und T ein Machtgefälle, wie es auch im *Beispielsfall 1* festgestellt wurde. In der Abwägung kommt daher in der Tendenz der Meinungsfreiheit des S ein höheres Gewicht zu. Die Verhaltensregeln müssen daher so ausgestaltet und von den Plattformbetreibern angewendet werden, dass sie der Meinungsfreiheit der Nutzerinnen und Nutzer hinreichend Rechnung tragen.[72] Es muss sichergestellt sein, dass nicht

[68] Vgl. auch *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 353 f. Soweit es zu gerichtlichen Verfahren kommt, werden als Mittler für die Anwendung der Grundrechte als rechtliche Grundlage entweder die Verhaltensregeln selbst oder § 241 Abs. 2 BGB herangezogen, siehe etwa OLG München MMR 2018, 760; OLG Dresden NJW 2018, 3111. Darüber hinaus wird auch auf die AGB-Kontrolle, dann also auf § 307 Abs. 1 BGB abgestellt, so BGH NJW 2021, 3179 (3184 Rn. 54).

[69] Vgl. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 355.

[70] OLG Dresden NJW 2018, 3111 (3114 Rn. 19). Vgl. auch BGH NJW 2021, 3179 (3184 f. Rn. 55, 66); BVerfG NJW 2019, 1935 (1936 Rn. 19).

[71] Vgl. BGH NJW 2021, 3179 (3184 f. Rn. 55, 59, 66) sowie BVerfG NJW 2019, 1935 (1936 Rn. 19). Die Konstellation unterscheidet sich von der in der Stadion-Entscheidung, hierzu sogleich genauer Beispielsfälle 4 und 5 unter III. 3, in der das BVerfG feststellte, dass die grundrechtliche Beschwer nicht so sehr in der Verkürzung der Freiheitssphäre, nämlich dem Ausschluss von Fußballstadien, sondern in der Ungleichbehandlung, d.h. in der Andersbehandlung gegenüber denjenigen, die das Stadion besuchen dürfen, liegt. Siehe hierzu BVerfG NJW 2018, 1667 (1669 Rn. 38). Der BGH NJW 2021, 3179 (3185 f.) prüft dagegen sowohl die Meinungsfreiheit als auch Gleichheitsrechte.

[72] Vgl. OLG Karlsruhe NJW 2018, 3110 (3111 Rn. 18); OLG München NJW 2018, 3115 (3116 f. Rn. 28 ff.); OLG Dresden NJW 2018, 3111 (3114 Rn. 29). Siehe auch BGH NJW 2021, 3179 (3185 Rn. 62).

bestimmte Meinungen ausgeschlossen sind und Löschungen nicht willkürlich erfolgen.[73] Dies führt aber nicht dazu, dass sich die Meinungsfreiheit der Nutzerinnen und Nutzer stets durchsetzt. Denn nicht bei jeder Äußerung überwiegt die Meinungsfreiheit. Insbesondere das Persönlichkeitsrecht Dritter zeigt Grenzen auf. Im Ergebnis muss damit T selbst die Meinungsfreiheit und die Persönlichkeitsrechte Dritter miteinander abwägen.[74] Kommt es zu einem Überwiegen der Meinungsfreiheit, ist ein Löschen des Beitrags von Verfassungs wegen unzulässig. Hierdurch wird auch ein angemessener Ausgleich zwischen den grundrechtlichen Interessen von T und S hergestellt: T darf demnach dann Beiträge löschen, wenn sie ein berechtigtes Interesse hieran hat.[75] T hat ein Interesse, die gesetzlichen Anforderungen des NetzDG einzuhalten sowie nicht für rechtswidrige Beiträge der Nutzerinnen und Nutzer haftbar gemacht zu werden.[76] Darüber hinaus hat sie ein wirtschaftliches Interesse an der Bereitstellung eines störungsfreien Kommunikationsdienstes.[77] Meinungsäußerungen, die nicht von der Meinungsfreiheit gedeckt sind, darf sie damit zulässigerweise löschen.

Im Ergebnis ist entscheidend, ob der von S veröffentlichte Beitrag tatsächlich rassistisch ist.[78] Zu berücksichtigen ist dabei nicht nur der Inhalt, sondern auch der Kontext des Posts. Da dieser im Rahmen politischer Willensbildung erfolgt, zudem ein kontroverses Thema betrifft, wird man keine allzu strengen Maßstäbe ansetzen dürfen. Am Ende kommt es auf den konkreten Inhalt des Posts an. Gelangt man zu dem Ergebnis, dass der Beitrag von der Meinungsfreiheit gedeckt ist (und keine vom Schutzbereich ausgenommene „Schmähkritik" darstellt), hat S gegen T unmittelbar aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 Var. 2 GG einen Anspruch auf Wiederherstellung des Posts. Andernfalls hat T gegen S einen auf Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG gestützten Anspruch auf Akzeptanz der Löschung des Beitrages.

Die Perspektive auf die menschliche Autonomie kann auch hier die Abwägungsentscheidung präzisieren. Die Authentizität ist weder auf Seiten des S noch der T betroffen. Allerdings ist S im Merkmal der Kontrolle beeinträchtigt: Es mangelt ihm an Handlungsalternativen, seinen selbst gebildeten Willen – das Posten des Beitrags – jenseits des Netzwerks des T zu realisieren. Denn aufgrund der Monopolstellung des T gibt es keine andere Kommunikationsplattform mit einer vergleichbaren Reichweite.

Zusammenfassend kommen *Verantwortungs- und Anwendungsansatz* zu unterschiedlichen Ergebnissen. Grundrechtsschutz nach dem Verantwortungsansatz könnte nur im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens erfolgen. Die *Anwendungslösung* verschafft dem S auch ohne ein gerichtliches Verfahren einen grundrechtlichen Anspruch.

---

[73] BGH NJW 2021, 3179 (3188 Rn. 81). Siehe auch OLG Dresden NJW 2018, 3111 (3114 Rn. 19).

[74] Vgl. auch *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 387 f. Siehe auch BGH NJW 2021, 3179 (3187 Rn. 75, 80).

[75] Siehe BGH NJW 2021, 3179 (3188 ff. Rn. 81 ff.) mit weiteren prozessualen Anforderungen. Vgl. auch BVerfGE 148, 267 (285) [2018] – Stadionverbot, wonach es für den Ausschluss vom Zugang zum Fußballstadium eines sachlichen Grundes bedarf, der dort in der Sicherung des störungsfreien Verlaufs der Fußballspiele liegt.

[76] Vgl. BGH NJW 2021, 3179 (3186 f. Rn. 76 f.); OLG Dresden NJW 2018, 3111 (3113 f. Rn. 18). Haftungsfälle entstehen dadurch, dass von ehrverletzenden Äußerungen betroffene Personen vom Plattformbetreiber Löschung nach §§ 823, 1004 BGB verlangen können, siehe hierzu eingehend auch OLG Dresden NJW 2018, 3111 (3114 Rn. 20). In der Abwägung zwischen deren Allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Vertrags- und Berufsfreiheit der sozialen Netzwerke gelten dann dieselben Erwägungen hinsichtlich der sozialen Macht wie in der Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Vertrags- und Berufsfreiheit.

[77] Vgl. BGH NJW 2021, 3179 (3187 Rn. 73); OLG Dresden NJW 2018, 3111 (3114 Rn. 20). Siehe auch zu möglichen schutzwürdigen Interessen der Betreiber sozialer Netzwerke an der Löschung von Beiträgen *Raue*, JZ 2018, 961 (967 ff.).

[78] Vgl. zu verschiedenen Äußerungen im Hinblick auf syrische Flüchtlinge, die gerichtlich jeweils nicht als Hassrede qualifiziert wurden, OLG München MMR 2018, 760 (762 Rn. 31 ff.).

2. Deliktsrecht

a) Beispielsfall 3[79]

Die Politikerin P setzt sich seit Längerem für eine Liberalisierung des Asyl- und Migrationsrechts in Deutschland ein. Der Blogger Z ist mit dieser Liberalisierung nicht einverstanden. Auf seinem Blog veröffentlicht er einen Beitrag, in dem er P als „Pädophilen-Trulla" bezeichnet. P ist sich unsicher, ob sie dagegen vor den Zivilgerichten vorgehen soll.

b) Lösung Beispielsfall 3

P kann sich auf den grundrechtlichen Ehrschutz nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG berufen. Dem steht die Meinungsfreiheit des Z nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1, Var. 2 GG entgegen.

Nach der *Verantwortungslösung* ist P zu einem gerichtlichen Vorgehen zu raten, da andernfalls im Verhältnis zu Z ihre Grundrechte nicht zur Wirkung kommen. Im gerichtlichen Verfahren würden dann im Rahmen der grundrechtskonformen Auslegung der §§ 823, 1004 BGB die Grundrechte von P und Z in Ausgleich gebracht. In dieser Fallkonstellation werden weitere Grenzen des *Verantwortungsansatzes* offenbar. Da nur der Staat der P grundrechtliche Positionen vermitteln kann, hat letztlich der Staat, nicht P die Kontrolle darüber, welche Äußerungen über sie im öffentlichen Diskurs getätigt werden können. Demgegenüber gibt der *Anwendungsansatz* der P ein Mehr an personaler Autonomie: Sie hat einen unmittelbaren grundrechtlichen Anspruch gegen Z (sofern die Abwägungsentscheidung zu ihren Gunsten ausgeht).[80] Sie kann dann selbst entscheiden, ob und inwieweit sie diesen geltend macht, sie ist nicht von einer richterlichen Entscheidung abhängig.

Die *Verantwortungslösung* vermag zudem die eigentliche Spannungslage dieser Fallkonstellation nicht zutreffend zu erfassen.[81] Im Kern betrifft der Fall den Meinungskampf im öffentlichen Diskurs: Z sagt etwas gegen P, P verwahrt sich gegen diese Äußerung. Die *Verantwortungslösung* bildet die Spannungslage in einem Dreieck ab (P gegen den Staat und Z gegen den Staat), die grundrechtlichen Rechtspositionen der P und des Z treffen nicht aufeinander. Demgegenüber wird im *Anwendungsansatz* der Meinungskampf zwischen P und Z präzise grundrechtlich gespiegelt: Die Meinungsfreiheit des Z kollidiert unmittelbar mit dem Ehranspruch der P. Der *Verantwortungsansatz* führt zudem zu dem irritierenden Ergebnis, dass der Meinungskampf zwischen Z und P in seiner grundrechtlichen Dimension nur innerhalb eines gerichtlichen Verfahrens stattfinden kann.[82]

Sofern man die Äußerung des Z nicht bereits als Schmähkritik einordnet und so dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit entzieht,[83] geht die Abwägung der wechselseitigen Grundrechtspositionen zugunsten von P aus. Insbesondere stellt die von Z verwendete Begrifflichkeit keine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Politik der P dar. Zudem ist die Bezeichnung geeignet, die Integrität der

[79] Fall nach BVerfG, Beschl. v. 19.12.2021 – 1 BvR 1073/20 (Künast) = NJW 2022, 680.

[80] *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 345 f.

[81] *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 346 f.

[82] *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 347.

[83] BVerfG NJW 2022, 680 (682 Rn. 29) – Künast.

P als Politikerin insgesamt in Frage stellen.[84] Ins Gewicht fällt schließlich, dass aufgrund der Veröffentlichung der Äußerung im Internet die Reichweite des Beitrages besonders hoch ist.[85]

3. Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbot in Privatrechtsverhältnissen

a) Sperrung des Nutzerkontos auf einem sozialen Netzwerk

aa) Beispielsfall 4[86]

Sachverhalt wie *Beispielsfall 2*. Allerdings wurden keine Verhaltensregeln vereinbart. T löscht zudem nicht allein den Beitrag des S, sondern sperrt seinen Zugang. S bringt vor, er fühle sich von T „diskriminiert", da T der breiten Bevölkerung einen Zugang gewähre, ihm jedoch verweigere. S beantragt gerichtlich die Entsperrung seines Accounts.

bb) Lösung Beispielsfall 4

Anders als in *Beispielsfall 2* geht es hier nicht um die Verhinderung einer Einzelhandlung auf der Plattform, d.h. das Löschen eines Beitrages, sondern um einen Ausschluss vom Dienst der T insgesamt. S strebt eine Teilhabe, d.h. einen Vertragsschluss mit T an, den T ablehnt. Die grundrechtliche Beschwer liegt dann nicht allein in der Freiheitsbelastung, d.h. der Meinungsfreiheit des S, sondern in der Ungleichbehandlung. Denn T öffnet den Dienst gegenüber jedermann, behandelt S jedoch anders, da er ihn ausschließt.[87] S kann sich daher auf Art. 3 Abs. 1 GG stützen. Auf Seiten der T ist vor allem deren Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG berührt, denn diese beinhaltet gerade das „Recht zur Willkür": Anders als der Staat muss eine Privatperson andere nicht grundsätzlich gleichbehandeln und darf Vertragsschlüsse oder -gestaltungen ohne sachlichen Grund für verschiedene Personen unterschiedlich ausgestalten.[88] Betroffen ist überdies die Berufsfreiheit der T nach Art. 12 Abs. 1 GG, dies ggf. i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG.

Mit der *Verantwortungslösung* bedarf es für die Wirkung der Grundrechte nicht nur eines gerichtlichen Verfahrens, sondern auch der richterlichen Rechtsfortbildung. Denn das einfache Recht bietet keine Grundlage für eine grundrechtskonforme, dann also auf Gleichbehandlung abzielende Auslegung. Das AGG ist nicht anwendbar.[89] Allenfalls das Hausverbot gem. §§ 862, 1004 BGB böte eine einfach-gesetzliche Rechtsgrundlage.[90] In diesen Vorschriften finden sich aber keine, zumindest keine

[84] Vgl. BVerfG NJW 2022, 2622 (2628 Rn. 43).

[85] BVerfG NJW 2022, 680 (683 Rn. 37) – Künast.

[86] Fall nach BVerfG NJW 2019, 1935. Siehe auch BGH NJW 2021, 3179, bei dem es allerdings um eine nur zeitweise Kontosperrung ging.

[87] So auch BGH NJW 2021, 3179 (3185 f. Rn. 61 ff.), der aber auch eine Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit erkennt. Siehe überdies BVerfGE 148, 267 (282 f.) [2018] – Stadionverbot, in der ausschließlich auf Art. 3 GG abgestellt wird.

[88] Vgl. BVerfGE 148, 267 (283) [2018] – Stadionverbot. Siehe auch BGH NJW 2021, 3179 (3186 Rn. 64).

[89] Das AGG, in dem es vornehmlich um Konstellationen der Beschäftigung, Ausbildung, Sozialleistungen und der Daseinsvorsorge (§ 1 AGG) sowie zivilrechtliche Massengeschäfte und Versicherungen (§ 19 AGG) geht, greift vorliegend nicht.

[90] Zum „virtuellen Hausrecht" siehe LG Bonn NJW 2000 961 (962) sowie OLG München NJW 2018, 3115 (3316 f. Rn. 28). Auch in der Stadionentscheidung las das BVerfG die Grundrechte in das Hausrecht nach §§ 862, 1004 BGB ein, siehe BVerfGE 148, 267 (282) [2018] – Stadionverbot. Sofern Gemeinschaftsstandards vereinbart wurden, wird von den Gerichten zur Herleitung einer „mittelbaren Drittwirkung" entweder auf § 307 BGB i.R.d. AGB-Kontrolle abgestellt, so BGH NJW 2021, 3179, oder § 241 Abs. 2 BGB als Rechtsgrundlage herangezogen, so etwa OLG München MMR 2018, 760.

expliziten Anknüpfungspunkte für gleichheitsrechtliche Erwägungen. Darüber hinaus werden darin keine bestimmten materiellen oder verfahrensrechtlichen gleichheitsbezogenen Pflichten formuliert.[91] Gleichheitsbezogene Ansprüche können daher nur durchschlagen, wenn die Gerichte jenseits des Textes des einfachen Rechts, d.h. rechtsfortbildend tätig werden, also praeter legem.[92] Entsprechend stellt das BVerfG in der Stadionentscheidung fest, dass nicht maßgeblich ist, ob die Zivilgerichte sich unmittelbar auf die Grundrechte berufen oder auf eine grundrechtskonforme Auslegung des einfachen Rechts abstellen. Entscheidend sei allein, dass sie im Ergebnis den grundrechtlichen Wertungen hinreichend Rechnung tragen.[93] Im Hinblick auf den Demokratie- und Gewaltenteilungsgrundsatz nach Art. 20 Abs. 2 und 3 GG ist es allerdings problematisch, wenn Gerichte eigenmächtig Ausgleich schaffen, wo der Gesetzgeber keine Regelung getroffen hat.

Um den Gleichheitssatz im Verhältnis zwischen Privaten zur Anwendung zu bringen, bedarf es darüber hinaus nach der *Verantwortungslösung*, in der es keine unmittelbare Grundrechtsgeltung zwischen Privaten geben kann, einigen Begründungsaufwands. Das BVerfG stellt, wie auch bei vertraglichen Verhältnissen, auf das Bestehen eines Machtgefälles zwischen den Parteien ab. Ob eine solche vorliegt, bestimmt sich nach einer Einzelfallabwägung. Hierfür hat das BVerfG in der Stadionentscheidung als Abwägungskriterien die Unausweichlichkeit der Situation, das Ungleichgewicht der betroffenen Parteien, die gesellschaftliche und grundrechtliche Relevanz der Leistung sowie die soziale Mächtigkeit einer Partei benannt.[94] Es stützt die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zwischen dem Stadionbetreiber und den Zuschauerinnen und Zuschauern auf den Umstand, dass der Stadionbetreiber den Zugang einem großen Publikum ohne Ansehung der Person eröffnet hat und der Zugang für die betroffene Person von erheblicher Bedeutung für die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben ist.[95] Der Stadionbetreiber verfügt demnach über eine Entscheidungsmacht, die derjenigen im vertraglichen Verhältnis aufgrund eines Monopols oder einer strukturellen Überlegenheit vergleichbar ist.[96] Diese „spezifische Konstellation" entspricht also den im Vertragsrecht bekannten Fällen emotionaler, sozialer oder wirtschaftlicher Unterlegenheit.[97] Dass auch sozialen Netzwerken eine derartige Machtstellung zukommen kann, hat das BVerfG in einem Eilbeschluss angedeutet, zumindest für solche mit einer großen Nutzerzahl.[98] Dies hat der BGH bekräftigt.[99] Wie bereits in *Beispielsfall 2* ausgeführt, verfügen soziale Netzwerke über eine hohe gesellschaftliche Macht aufgrund ihrer Bedeutung für den öffentlichen Diskurs bei gleichzeitig monopolartiger Gestaltung des Angebots an Kommunikationsplattformen. Hinzu kommt eine besondere ökonomische Marktmacht der Plattformbetreiber. Damit besteht zwischen Betreibern sozialer Netzwerke und Nutzern ein grundrechtlich relevantes Machtgefälle, das die Selbstbestimmung der Nutzer aufhebt. Dies macht grundrechtlichen Schutz erforderlich.[100] Gewährt werden kann dieser grundrechtliche Schutz

[91] Dies gilt dann auch für § 307 BGB bzw. für § 241 Abs. 2 BGB.

[92] Vgl. hierzu *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 325 ff.

[93] BVerfGE 148, 267 (285) [2018] – Stadionverbot.

[94] BVerfGE 148, 267 (281) [2018] – Stadionverbot.

[95] BVerfGE 148, 267 (284) [2018] – Stadionverbot.

[96] BVerfGE 148, 267 (284) [2018] – Stadionverbot.

[97] BVerfGE 148, 267 (284) [2018] – Stadionverbot.

[98] BVerfG NJW 2020, 1935 (1936 Rn. 19).

[99] BGH NJW 2021, 3179 (3186 Rn. 65 ff.).

[100] So explizit BGH NJW 2021, 3179 (3186 Rn. 65 ff.); BVerfG NJW 2019, 1935 (1936 Rn. 15, 19). Dies wird auch in der Literatur vielfach befürwortet. Siehe nur *Raue*, JZ 2018, 961 (965 ff.); *Weinzierl*, Warum das Bundesverfassungsgericht Fußballstadion sagt und Soziale Plattformen trifft, JuWissBlog Nr. 48/2018 v. 24.5.2018, https://www.juwiss.de/48-2018/ (22.11.2022). A.A *Friehe*, NJW 2020, 1697 (1699); *Lüdemann*, MMR 2019, 279 (283 f.).

nach dem *Verantwortungsansatz* aber nur durch den Staat, d.h. die Gerichte. Diese müssen dann auch festlegen, welche konkreten materiellen und prozessualen Anforderungen aus Art. 3 Abs. 1 GG folgen.[101]

Nach dem *Anwendungsansatz* bedarf es weder einer grundrechtlichen Vermittlung durch den Staat noch einer Rechtsfortbildung durch die Zivilgerichte. Denn S kann gegenüber T unmittelbar Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG einfordern. Er kann diese Forderung allerdings nur durchsetzen, wenn sein grundrechtlicher Anspruch den der T überwiegt. Insoweit ist das soziale bzw. wirtschaftliche Machtgefälle relevant. Dieses Machtgefälle führt dazu, dass die grundrechtlichen Interessen des S überwiegen. Eine willkürliche Sperrung des Nutzungszugangs ist damit unzulässig. Welche konkreten materiellen und prozessualen Ansprüche hieraus folgen, bestimmt sich nach den Vorgaben der praktischen Konkordanz zwischen Gleichheitssatz und Vertrags- und Berufsfreiheit. Dies lässt sich daher nur im Einzelfall sagen.[102] Dabei handelt es sich jedoch nicht um Rechtsfortbildungen *praeter* oder gar *contra legem*, da der *Anwendungsansatz* ausschließlich das konkrete grundrechtliche Verhältnis im Blick hat, die aufgestellten Anforderungen daher immer nur *inter partes* gelten.[103]

Der *Anwendungsansatz* ist schließlich auch im Hinblick auf den Autonomieschutz vorzugswürdig. Denn er vermittelt S ein höheres Maß an Autonomie, da er selbst seinen grundrechtlichen Anspruch formulieren kann, ohne auf staatliche Akteure, d.h. Gerichte, angewiesen zu sein.[104] Mit der Perspektive auf die personale Autonomie kann zudem die grundrechtliche Abwägungsentscheidung präzisiert werden. Einwirkungen auf seine Willensentscheidung (Authentizität) sieht sich S zwar nicht ausgesetzt, wohl aber mangelt es ihm an Kontrolle: Aufgrund der Monopolstellung sozialer Netzwerke fehlt es S an Handlungsalternativen. Er kann nur diesem Netzwerk beitreten oder eben nicht am öffentlichen Diskurs im Internet teilnehmen.[105]

Verantwortungs- und Anwendungsansatz kommen zusammenfassend zum selben Ergebnis. Der *Verantwortungsansatz* macht dabei allerdings richterliche Rechtsfortbildungen notwendig, die im Hinblick auf das Demokratieprinzip bedenklich sind.

b) Ausschluss aus Restaurant aufgrund 2G-Optionsmodell

aa) Beispielsfall 5

Im Jahr 2021 sah der Gesetzgeber als Maßnahme zur Eindämmung der Corona-Pandemie ein sogenanntes „2G-Optionsmodell“ für Restaurantbetreiber vor. Dies erlaubte Restaurantbetreibern, nur im Sinne des Gesetzes geimpfte oder genesene Personen zuzulassen. Es stand ihnen nach dem Gesetz aber auch frei, sämtlichen Personen den Zugang zu gewähren. Restaurantbetreiberin R entscheidet sich für die Umsetzung des Optionsmodells für ihr Restaurant. Der Gast I erfüllt den 2G-Sta-

[101] In der Stadion-Entscheidung verlangte das BVerfG das Vorliegen eines sachlichen Grundes sowie verfahrensrechtliche Bedingungen, insbesondere eine Anhörung, siehe BVerfGE 148, 267 (284 ff.) [2018] – Stadionverbot. In ähnlicher Weise fordert der BGH NJW 2021, 3179 (3188 ff. Rn. 81 ff.) die sachliche Rechtfertigung und prozessuale Grundgewährleistungen, darunter die Benachrichtigung, Begründung und die Anhörung des betroffenen Nutzers.

[102] Vgl. etwa BGH NJW 2021, 3179 (3188 Rn. 80 ff.); BVerfGE 148, 267 (284 f.) [2018] – Stadionverbot. So auch *Raue*, JZ 2018, 961 (967).

[103] *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 363, 383.

[104] Ausführlich *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 329 ff.

[105] Hierauf weist auch der BGH NJW 2021, 3179 (3186 Rn. 66) hin.

tus im Sinne der Regelung nicht, R verweigert ihm daraufhin den Zugang zu ihrem Restaurant. I fühlt sich in seinen Grundrechten verletzt.

bb) Lösung Beispielsfall 5

Wiederum geht es hier um eine Abwägung zwischen Gleichheit und Freiheit, genauer: den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz auf Seiten des I nach Art. 3 Abs. 1 GG und die Vertrags- und Berufsfreiheit der R nach Art. 2 Abs. 1 bzw. Art. 12 Abs. 1 GG.

Ein gerichtliches Verfahren wurde nicht angestrengt. Mit dem *Verantwortungsansatz* können daher die grundrechtlichen Ansprüche nicht geltend gemacht werden. Sofern sich die Parteien für ein gerichtliches Verfahren entscheiden, bedürfte es, wie in *Beispielsfall 4*, einer richterlichen Rechtsfortbildung. Denn auch hier mangelt es an Anknüpfungspunkten im einfachen Recht für die Anwendung des Gleichheitssatzes.

Anders aber als im oben genannten Fall lässt sich hier indessen keine „spezifische Konstellation“[106] erkennen, die eine Überwiegen der grundrechtlichen Position des I und damit eine Verdrängung der Vertrags- und Berufsfreiheit der R durch den Gleichheitssatz rechtfertigte. R verfügt schon in wirtschaftlicher Hinsicht über keine besondere Machtstellung. Zudem ist ein Besuch gerade dieses Restaurants nicht essentiell für die gesellschaftliche Teilhabe, sodass R auch keine soziale Macht ausübt.

Dagegen ermöglicht der *Anwendungsansatz*, unabhängig von einem gerichtlichen Verfahren unmittelbar auf das Ansprüche-Pflichten-Verhältnis abzustellen. Die wechselseitigen Ansprüche von Gleichheit und Vertrags- und Berufsfreiheit sind über eine Abwägung aufzulösen. In diese Abwägung fließt ein, dass R keine besondere soziale oder wirtschaftliche Macht ausübt, zudem I Alternativen zur Verfügung stehen, da andere Betriebe sich gegen das 2G-Modell entscheiden können. Die Abwägung führt zu einem Überwiegen der Vertrags- und Berufsfreiheit der R. R kann I ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes den Zutritt zum Restaurant verwehren. Ob die Anwendung des 2G-Modells sinnvoll und verhältnismäßig ist, kann daher dahinstehen.

4. Mehrpersonenverhältnisse

a) Auskunftsrecht des Kindes bei Samenspende

aa) Beispielsfall 6[107]

F ist Mutter der per Samenspende gezeugten K. Als K volljährig geworden ist, verlangt sie vom Reproduktionsmediziner M Auskunft über ihren biologischen Vater. M verweigert dies unter Verweis auf seine Grundrechte sowie die des Samenspenders X. Das einfache Recht sieht einen solchen Auskunftsanspruch nicht vor. Vor Gericht stützt sich K auf § 242 BGB sowie auf ihr Persönlichkeitsrecht.

bb) Lösung Beispielsfall 6

In dieser Konstellation kann K sich auf ihr Recht auf Kenntnis der Abstammung als Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG berufen, M auf seine Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG. Das Interesse des Samenspenders an der Geheimhaltung seiner Iden-

[106] Vgl. BVerfGE 148, 267 (282) [2018] – Stadionverbot.
[107] Fall nach BGHZ 204, 54.

tität ist über das Allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt. Es geht hier somit um ein mehrseitiges Grundrechtsverhältnis.

Ähnlich wie in den *Beispielsfällen 4* und *5* fehlt es aber an einer einfach-rechtlichen Regelung, die K einen Auskunftsanspruch verschaffen könnte. Nach dem *Verantwortungsansatz* ist dies aber notwendig als Anknüpfungspunkt für eine grundrechtskonforme Auslegung. Soll K ein Auskunftsanspruch zustehen, müssen Zivilgerichte grundrechtsgestützt rechtsfortbildend tätig werden. Der *Anwendungsansatz* kann dagegen K unmittelbar aus ihrem Persönlichkeitsrecht einen Anspruch verschaffen. Dieser setzt sich allerdings nur durch, wenn das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der K dasjenige von X bzw. die Berufsfreiheit des M überwiegt. Der *Anwendungsansatz* stößt in derartigen Mehrpersonenverhältnissen an praktische Grenzen, da dieser auf die wechselseitigen Grundrechtsverhältnisse in der Zweierbeziehung fokussiert. Bei mehr als zwei Personen, deren Rechte sich jeweils wechselseitig gegenüberstehen, wird die Prüfung äußerst komplex. Der *Verantwortungsansatz* bietet demgegenüber Vorteile: Dort richten sich die grundrechtlichen Ansprüche gegen denselben Adressaten, nämlich den Staat. Dies erzeugt Bündelungseffekte, die die Gesamtabwägung erleichtern.[108] Hinzu kommt, dass in familienrechtlichen Konstellationen häufig die Persönlichkeitsrechte verschiedener Akteure miteinander kollidieren. Ein Überwiegen einer Seite wird sich dabei kaum feststellen lassen. So liegt der Fall auch hier: Dem Recht der K auf Kenntnis ihrer Abstammung kommt nicht als solchem ein höheres Gewicht zu als dem Recht des biologischen Vaters auf Geheimhaltung seiner Identität. Auch mit Blick auf die Autonomie ergibt sich nichts anderes: Für die Identitätsfindung der K ist essentiell, dass sie um ihre Abstammung weiß.[109] Hinsichtlich X ist für seine Entscheidung zur Samenspende wie auch für seine freiheitliche Lebensführung insgesamt bedeutsam, seine Identität geheim halten zu können und also weder als Samenspender bekannt zu werden noch Kontaktgesuche von Abkömmlingen seiner Samenspende oder etwaige wirtschaftliche Konsequenzen (Unterhaltsansprüche) befürchten zu müssen.[110] Die grundrechtliche Betrachtung ebenso wie die Abwägung der Autonomiesphären führt zu einer Pattsituation. In derartigen Konstellationen sollte aufgrund des Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzips nach Art. 20 Abs. 2 und 3 GG der Gesetzgeber entscheiden.[111] Der Gesetzgeber hat sich vorliegend gegen ein Auskunftsrecht des Kindes gegen den Reproduktionsmediziner ausgesprochen. K kann daher ihren Anspruch nicht durchsetzen, zumindest so lange nicht, als der Gesetzgeber ihm ein Auskunftsrecht nicht zuerkennt.

---

[108] Eingehend *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 387 ff. Auch der Beispielsfall 2 (unter III. 1. b)) sowie Beispielsfall 4 (unter III. 3. a)) betreffen ein Mehrpersonenverhältnis. Dieses stellt sich allerdings anders dar als das in Beispielsfall 6. Denn während in Beispielsfall 6 die Parteien jeweils gleichgeordnet sind, kommt im Beispielsfall 2 und 4 dem sozialen Netzwerk T eine privilegierte Position zu, die es ihm ermöglicht, faktisch darüber zu bestimmen, welche Beiträge veröffentlicht, welche gelöscht werden. Es kommt dann zumindest tatsächlich nicht zu einer Pattsituation, vielmehr überwiegen die Grundrechte der betroffenen Nutzerinnen und Nutzer in der Tendenz. Das soziale Netzwerk kann und muss im Rahmen seiner faktischen Regulierungsmacht die Grundrechte des veröffentlichenden und des betroffenen Nutzers berücksichtigen. Hinzu kommt, dass in diesen Fällen, wie sie Beispielsfall 2 und 4 beschreiben, überwiegend ein Gang zum Gericht nicht erfolgt, dieser Bereich also überwiegend staatsfrei bleibt. Eine staatlich vermittelte Grundrechtswirkung kommt daher an Grenzen. Siehe hierzu auch *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 387 f.

[109] Vgl. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 385.

[110] Vgl. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 385, wenngleich dort nicht explizit auf die Samenspende bezogen.

[111] Vgl. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 385.

b) Vaterschaftsanfechtung und -feststellung und Auskunftsrecht des biologischen Vaters

aa) Beispielsfall 7[112]

Vor zwei Jahren führte S eine Beziehung mit der in *Beispielsfall* 6 genannten F. S fragt sich, ob er möglicherweise der biologische Vater des in *Beispielsfall 6* genannten Kindes K ist. Mittlerweile lebt F mit V zusammen, der die Vaterschaft des K anerkannt hat. S möchte seine biologische Vaterschaft prüfen, F verweigert sowohl die Mitwirkung an der Feststellung der Vaterschaft als auch den Umgang mit ihrem Kind. S will daher die Vaterschaft des V anfechten, zudem will er seine Vaterschaft feststellen lassen. Letzteres erfordert eine Probenentnahme beim Kind. Das (damals) geltende Recht sieht ein derartiges Anfechtungs- und Feststellungsrecht des potentiellen Vaters nicht vor. Vor Gericht beruft sich S auf seine Grundrechte.

bb) Lösung Beispielsfall 7

Es liegt ein mehrseitiges Grundrechteverhältnis vor, das vom Allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG des S (Anspruch auf Kenntnis seiner Vaterschaft), des Kindes K (Anspruch auf Kenntnis der Abstammung), der F (Anspruch auf Achtung ihrer Privatsphäre) sowie dem Familien- und Elternrecht aus Art. 6 GG des S, der F und des V geprägt ist.

Diese Fallkonstellation zeigt neben den in *Beispielsfall 6* genannten eine weitere Grenze des *Anwendungsansatzes* auf. S verlangt hier aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG etwas von F, was diese gar nicht leisten kann, nämlich die Vaterschaftsanfechtung und -feststellung. Beides sind rechtsförmliche Verfahren, die nur der Staat bereitstellen kann. Notwendig muss der grundrechtliche Anspruch daher gegen den Staat gerichtet werden: Der Gesetzgeber muss entsprechende Verfahren oder Mechanismen vorsehen.[113] In diesen Verfahren und Mechanismen bringt der Gesetzgeber zugleich, wie in *Beispielsfall 6* gefordert, die grundrechtlichen Kollisionen im Mehrpersonenverhältnis zum Ausgleich.[114] Aus den Grundrechten lässt sich dann allein der Vorwurf formulieren, der Gesetzgeber sei nicht hinreichend tätig geworden oder aber Gerichte oder Behörden hätten dieses Verfahren nicht ordnungsgemäß und grundrechtswahrend durchgeführt.[115] Nicht aber lässt sich unmittelbar aus den Grundrechten ein derartiges rechtsförmiges Verfahren zur Vaterschaftsanfechtung und -feststellung ableiten.

IV. Schlussbemerkung

Die in der Rechtsprechung und der Literatur gängige Konstruktion einer so genannten „mittelbaren Drittwirkung“ der Grundrechte, hier bezeichnet als *Verantwortungslösung*, und die hier vorgeschlagene Konstruktion einer unmittelbaren Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, bezeichnet als *Anwendungslösung*, verfolgen ein gemeinsames Ziel: Mehr Grundrechtsschutz und mehr personale Autonomie für den Einzelnen im Verhältnis zwischen Privaten. Die Darstellung hat aufgezeigt, dass

---

[112] Fall nach BVerfGE 117, 202 [2007] – Vaterschaftsfeststellung; sowie BVerfGE 108, 82 [2003] – biologischer Vater. Siehe auch BVerfGE 141, 186 [2016] – isolierte Vaterschaftsfeststellung, dort allerdings zum Recht des Kindes auf Mitwirkung des Putativvaters an einem Vaterschaftstest.

[113] Vgl. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 285 ff.

[114] *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 386 ff.

[115] *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 389.

Verantwortungs- und Anwendungslösung zwar vielfach ergebnisäquivalent sind,[116] aber eben nicht stets. Insbesondere wenn kein Gerichtsverfahren eingeleitet wurde, bestehen anwendungspraktische Unterschiede. Die *Verantwortungslösung* kann in diesen Fällen nicht für Grundrechtsschutz im Privatverhältnis sorgen. Diesen gibt es dann nur nach dem *Anwendungsansatz*.[117] Daher erweist sich dieser zumeist als vorzugswürdig. Dies ist besonders augenfällig in Konstellationen, die privat reguliert sind und in denen auch gerichtliche Verfahren faktisch selten sind, zum Beispiel im Bereich von sozialen Netzwerken und Internetplattformen. Fehlt es an spezifischen gesetzlichen Bestimmungen zur Anknüpfung für grundrechtliche Ansprüche im Wege grundrechtskonformer Auslegung, stärkt die *Anwendungslösung* überdies das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip, da es keiner richterlichen Rechtsfortbildung *praeter* oder gar *contra legem* bedarf, sondern unmittelbar auf die Grundrechte rekurriert werden kann.[118]

Darüber hinaus bietet der *Anwendungsansatz* vielfach ein höheres Maß an Autonomieschutz. Zum einen dadurch, dass in der Grundrechteabwägung Aspekte der Autonomie berücksichtigt werden können.[119] Damit können zugleich die vielfach unklaren Abwägungsmaßstäbe der Fremdbestimmung oder der strukturellen Unterlegenheit, wie sie vom BVerfG aufgestellt wurden, präzisiert werden. Zum anderen dadurch, dass der *Anwendungsansatz* dem Einzelnen selbst die Kontrolle über seine grundrechtlichen Positionen in die Hände gibt.[120] Die betroffene Person ist dann nicht von einer Vermittlung seiner Grundrechte durch die Gerichte abhängig.

Allerdings führt der *Anwendungsansatz* nicht immer zu mehr Grundrechts- und Autonomieschutz bzw. zu einer Stärkung des Demokratieprinzips. Insbesondere in grundrechtlichen Mehrpersonenverhältnissen ist der *Verantwortungsansatz* der bessere Weg, da er eine Bündelung der grundrechtlichen Ansprüche ermöglicht und dem Gesetzgeber den Ausgleich überantwortet.[121] *Verantwortungs- und Anwendungslösung* führen damit nicht als Alternativen, sondern als Komplementäre zu einem Optimum an Grundrechte- und Autonomieschutz zwischen Privaten. Es ist daher stets im Einzelfall zu prüfen, welcher Ansatz mehr Grundrechteschutz, mehr Autonomie, mehr Demokratie verspricht.

Der hier vorgeschlagene Ansatz einer unmittelbaren Grundrechtsgeltung zwischen Privaten nach der *Anwendungslösung* hat sich bislang in der Rechtsprechung (noch) nicht durchgesetzt, auch in der Literatur ist man vielfach (noch) zurückhaltend. Allerdings deutet sich in der Rechtsprechung, vor allem auf der Ebene der Europäischen Union, ein Perspektivenwechsel an. Ziel dieses Beitrages ist es daher nicht nur, für eine unmittelbare Geltung der Grundrechte zwischen Privaten zu streiten, sondern auch aufzuzeigen, wie eine grundrechtliche Prüfung von grundrechtlichen Konfliktfällen zwischen Privaten aussehen könnte, sofern man diesen Perspektivenwechsel befürwortet oder dieser in Rechtsprechung und Literatur vollzogen wird.

[116] Siehe etwa III. 1. a) Beispielsfall 1.
[117] Siehe hierzu III. 1. b) Beispielsfall 2, sowie III. 2. Beispielsfall 3.
[118] Siehe oben III. 3. a) Beispielsfall 5.
[119] Siehe oben II. 2., III. 1. a) Beispielsfall 1.
[120] Siehe oben II. 1, III. 2 Beispielsfall 3 und III. 3 b) Beispielsfall 5. Vgl. hierzu auch eingehend *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 394 ff.
[121] Siehe oben III. 4 Beispielsfälle 6 und 7.

Öffentliche Warnungen in der Fallbearbeitung am Beispiel der BSI-Warnung vor Kaspersky

Rechtsanwalt Christian Heinelt, Düsseldorf[*]

I. Einleitung 59
II. Die Hintergründe 59
III. Prozessuale Einkleidung 60
1. Rechtsschutz vor dem Verwaltungsgericht 60
a) Zulässigkeit 61
aa) Verwaltungsrechtsweg 61
bb) Statthaftigkeit 61
cc) Klage- bzw. Antragsbefugnis 62
b) Begründetheit 63
2. Rechtsschutz vor dem Bundesverfassungsgericht 63
a) Verfassungsbeschwerde 64
aa) Zulässigkeit 64
(1) Beschwerdefähigkeit 64
(2) Beschwerdegegenstand 64
(3) Beschwerdebefugnis 64
(4) Rechtswegerschöpfung 66
bb) Begründetheit 66
b) Eilrechtsschutz 67
aa) Zulässigkeit 67
bb) Begründetheit 68
cc) Im Verfahren gegen die BSI-Warnung 68
IV. Materiell-rechtliche Probleme 68
1. Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit 69
a) Beeinträchtigung des Gewährleistungsbereichs/Eingriff in den Schutzbereich 69
b) Willkürverbot, Sachlichkeitsgebot und Verhältnismäßigkeit 70
2. Vorliegen einer „Sicherheitslücke“ 71
3. Ungleichbehandlung mit anderen Sicherheitsrisiken 72

[*] Der *Verf.* ist Rechtanwalt für Wirtschafts-, IP- und IT-Strafrecht in Düsseldorf.

V. Fazit 73

I. Einleitung

Öffentliches Informationshandeln ist ein beliebtes Thema für Examensklausuren. Solche Klausuren verbinden oftmals Probleme des Prozessrechts, der Grundrechte und des Verwaltungsrechts und eignen sich sehr gut, um Argumentationsfähigkeit und Systemkenntnis abzuprüfen. Gerade Examenskandidaten sollten darum aufhorchen, sobald es einen neuen Fall einer staatlichen Warnung gibt, denn solche Fälle werden oft wenig später Gegenstand von Examensklausuren oder mündlicher Prüfungen. Die viel beachtete Warnung des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnik („BSI") vor den Virenschutzprogrammen von *Kaspersky* ist dabei besonders „klausurverdächtig", da es sich um ein Thema von großer Aktualität handelt und vom Bearbeiter die Auseinandersetzung mit einem ihm eher unbekannten Gesetz erfordert.

II. Die Hintergründe

Das BSI ist eine Bundesoberbehörde mit Sitz in Bonn und untersteht unmittelbar dem Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat. Es handelt sich um die zentrale Stelle zur Wahrung der Informationssicherheit auf nationaler Ebene (§ 1 S. 1 und 2 BSIG). Die Aufgabe des BSI ist damit die Gewährleistung der Verfügbarkeit, Integrität und Vertraulichkeit von Informationen und deren Verarbeitung (§ 3 Abs. 1 S. 1 BSIG). Dazu gehört nicht nur die Abwehr von Gefahren für die Informationstechnik der öffentlichen Hand (§ 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BSIG), sondern auch der Verbraucherschutz und die Verbraucherinformation im Bereich der Sicherheit in der Informationstechnik (§ 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 14a BSIG). Zu diesem Zweck kann das BSI in bestimmten Fällen die Öffentlichkeit oder betroffene Kreise vor Sicherheitslücken in informationstechnischen Produkten und Diensten warnen und dabei das Produkt und dessen Hersteller explizit nennen (§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 1 BSIG).

Am 15.3.2022 veröffentlichte das BSI auf seiner Website eine „BSI-Warnung gemäß BSIG § 7"[1]. In dieser warnt das BSI vor der beliebten Virenschutzsoftware des russischen Herstellers *Kaspersky* und empfiehlt: „Virenschutzsoftware des Unternehmens Kaspersky sollte durch alternative Produkte ersetzt werden". Der Präsident des BSI *Arne Schönbohm* legte am 23.6.2022 bei der Potsdamer Konferenz für Nationale Cybersicherheit am Hasso-Plattner-Institut sogar noch nach: „Die Produktwarnung vor Kaspersky meine ich absolut ernst".[2]

Die Warnung des BSI beruht darauf, dass *Kaspersky* als russischer IT-Hersteller Teil der Cyberkrieg-Strategie des russischen Staates gegen die EU, die NATO oder Deutschland werden könnte. Es bestehe das Risiko, dass die Programme von *Kaspersky* selbst für Operationen verwendet werden könnten, um entgegen ihrer Programmierung Zielsysteme anzugreifen, oder die Entwickler selbst als Opfer einer Cyber-Operation ausspioniert oder zu Angriffen gegen ihre eigenen Kunden gezwungen werden könnten. Die Programme von *Kaspersky* seien zudem ein besonderes Risiko für IT-Systeme. Virenschutzprogramme verfügen nämlich über weitreichende Systemberechtigungen und müssen systembedingt eine dauerhafte, verschlüsselte und nicht prüfbare Verbindung zu Servern des Herstellers unterhalten. Sie seien aus diesem Grund ein „exponiertes Ziel von offensiven Operationen im Cyberraum". Das BSI beschränkt seine Warnung dabei nicht nur auf „Einrichtungen des

[1] Abrufbar unter https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/Warnungen-nach-P7_BSIG/2022/BSI_W-004-220315.pdf?__blob=publicationFile&v=12 (28.12.2022).

[2] Abrufbar unter https://www.chip.de/news/BSI-Chef-warnt-erneut-vor-Kaspersky-Gefahr-fuer-die-nationale-Sicherheit_184167567.html (28.12.2022).

Staates, der Kritischen Infrastrukturen, der Unternehmen im besonderen öffentlichen Interesse, des produzierenden Gewerbes sowie wichtiger gesellschaftlicher Bereiche", sondern warnt auch Privatanwender davor, dass sie bei der Nutzung von *Kaspersky*-Programmen „Opfer von Kollateralauswirkungen" werden könnten.

Die Warnung des BSI vor den Programmen von *Kaspersky* ist in IT-Sicherheitskreisen teilweise kritisiert worden.[3] Unterlagen, die der *Bayrische Rundfunk* und der *Spiegel* ausgewertet haben, haben ergeben, dass die Warnung „unter höchst unklaren und juristisch fragwürdigen Umständen zustande kam".[4] Trotz dieser Kritik bleibt das BSI bei der Warnung. Dies hängt insbesondere damit zusammen, dass die bisher zu der Warnung ergangenen Gerichtsentscheidungen keinen Rechtsverstoß des BSI feststellen. Zu bedenken ist dabei aber, dass den Gerichten die genannten Unterlagen bei ihren Entscheidungen noch nicht vorlagen.

Die folgenden Ausführungen stützen sich im Wesentlichen auf diese gerichtlichen Entscheidungen.[5] Gerade Examenskandidaten ist darum zu raten, die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung auf Neuigkeiten zu der Warnung gegen *Kaspersky* zu überprüfen, bevor sich sie oder er der Prüfung stellen.

III. Prozessuale Einkleidung

Es verwundert wahrscheinlich niemanden, dass *Kaspersky* über diese Warnung wenig erfreut war. Das Unternehmen reichte deshalb einen Antrag auf Eilrechtsschutz beim VG Köln ein, wonach das BSI zur Unterlassung der Warnung und dessen Widerruf verurteilt werden sollte. Das Gericht lehnte den Antrag am 1.4.2022 (Az. 1 L 466/22) jedoch ab. Das OVG Münster bestätigte die Entscheidung des VG Köln am 28.4.2022 (Az. 4 B 473/22). Gegen die Beschlüsse legte *Kaspersky* Verfassungsbeschwerde beim BVerfG ein und beantragte den Erlass einer einstweiligen Anordnung. Das Gericht entschied jedoch mit Beschluss vom 2.5.2022 (Az. 1 BvR 1071/22), die Beschwerde nicht zur Entscheidung anzunehmen.

Dies zeigt, dass eine Klausur, die die BSI-Warnung (oder eine andere behördliche Warnung) zum Gegenstand hat, sowohl vor dem Verwaltungsgericht als auch vor dem Bundesverfassungsgericht spielen kann. Der Bearbeiter muss dabei auf unterschiedliche prozessuale „Stolpersteine" achten, um die Klausur erfolgreich zu bearbeiten.

1. Rechtsschutz vor dem Verwaltungsgericht

In einer Klausur, die vor dem Verwaltungsgericht spielt, wird zunächst der richtige Obersatz verlangt sein. Bereits hier wird der Bearbeiter danach unterscheiden müssen, ob *Kaspersky* noch im Eilrechtsschutz oder bereits im Hauptsacheverfahren gegen die Warnung vorgeht. Nur im zweiten Fall, lautet der Obersatz „Die Klage hat Erfolg, wenn und soweit sie zulässig und begründet ist".[6] Im ersten Fall ist stattdessen zu prüfen, ob der „Antrag" Erfolg haben wird.

---

[3] Vgl. z.B. *Dittrich*, NJW 2022, 2971; *Kipker*, MMR 2022, 1031.

[4] Vgl. *Kipker*, in: beck-community v. 10.10.2022, abrufbar unter https://community.beck.de/2022/10/10/zur-entlassung-von-bsi-praesident-schoenbohm-erst-vor-russischen-aktivitaeten-warnen-nun-selbst-drin (28.12.2022).

[5] Das entspricht dem typischen Erwartungshorizont juristischer Prüfungen, bei denen eine vollständige Auswertung des Schrifttums zu aktuell diskutierten Rechtsfragen regelmäßig nicht verlangt wird.

[6] Der klassische Obersatz „Die Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist." ist ungenau, denn in einem Rechtsstaat hat eine zulässige und begründete Klage Erfolg und nicht nur Erfolgsaussichten; zudem kann eine Klage auch nur teilweise Erfolg haben.

Viele der obligatorischen Prüfungspunkte wie die Beteiligungsfähigkeit nach § 61 Nr. 1 Var. 2 VwGO und die Prozessfähigkeit nach § 62 Abs. 3 VwGO sind in der Regel unproblematisch. Jedoch kann es geboten sein, auf die folgenden Punkte genauer einzugehen.

a) Zulässigkeit

aa) Verwaltungsrechtsweg

Sowohl im Eilrechtsschutz als auch im Hauptsacheverfahren ist die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs zu prüfen. Mangels einer sog. aufdrängenden Sonderzuweisung richtet sich dieser nach der allgemeinen Regel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO, sodass zu prüfen ist, ob es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt.[7]

Die Qualifikation des Streits als „öffentlich-rechtlich" ist im Fall der BSI-Warnung weniger problematisch als in anderen Fällen der Warnung durch öffentliche Stellen, wo es sich regelmäßig um einen Klausurschwerpunkt handelt. Dies liegt daran, dass das BSI seine Warnung auf eine explizite gesetzliche Ermächtigungsnorm stützt, nämlich § 7 BSIG. Das heißt, dass hier die ganz herrschende sog. modifizierte Subjektstheorie Anwendung finden kann. Diese stellt darauf ab, dass § 7 BSIG als streitentscheidende Norm dem öffentlichen Recht zugehört, da sie in jedem denkbaren Anwendungsfall das BSI als Träger öffentlicher Gewalt zur Erteilung von hoheitlichen Warnungen ermächtigt.[8]

Der Bearbeiter kann die Zuordnung des Streits zum öffentlichen Recht zudem dadurch absichern, dass die Warnung auch zur Verwirklichung des dem BSI als Behörde in § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 14a BSIG zugeordneten Aufgabenkreis ergangen ist. In anderen Fällen behördlicher Warnungen kann der Funktionszusammenhang zu den hoheitlichen Aufgaben der warnenden Stelle hingegen das tragende Argument für die Qualifikation der Streitigkeit als öffentlich-rechtlich sein.[9]

Der Streit ist darüber hinaus nichtverfassungsrechtlicher Art, denn es streiten keine Verfassungsorgane ausschließlich über die Auslegung des Grundgesetzes.

bb) Statthaftigkeit

Weiterhin ist die statthafte Klage- bzw. Antragsart zu bestimmen. Dies richtet sich nach dem Klagebegehren gem. § 88 VwGO, der über die Verweisung in § 122 Abs. 1 VwGO entsprechend für Beschlüsse im Eilrechtsschutz gilt.

Kaspersky begehrt zum einen das Unterlassen der Warnung und deren Widerruf. Im Hauptsacheverfahren sind sowohl die Unterlassungsklage als auch die Widerrufsklage Unterfälle der sog. allgemeinen Leistungsklage, die die VwGO zwar nicht ausdrücklich normiert, aber in den §§ 43 Abs. 2, 111, 113 Abs. 3 und 4, 169 Abs. 2, 191 VwGO voraussetzt und deren Existenz auf Grund der Rechtschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG allgemein anerkannt ist.[10]

Die allgemeine Leistungsklage ist regelmäßig von den verwaltungsaktbezogenen Rechtsschutzformen[11] der Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO und der Verpflichtungsklage nach § 42

[7] Vgl. zum Überblick *Krüger*, JuS 2013, 598; tiefergehend und zur Klausurvorbereitung empfehlenswert: *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 11 Rn. 4 ff., *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 17. Aufl. 2021, § 3 Rn. 97 ff.

[8] Vgl. *Krüger*, JuS 2013, 598 (600).

[9] *Geis/Meier*, JuS 2013, 28 (28 f.).

[10] Vgl. Grundfälle in *Geis/Meier*, JuS 2013, 28; zur Klausurvorbereitung: *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 17 Rn. 1 ff., *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 17. Aufl. 2021, § 8 Rn. 367 ff.

[11] Vgl. zur Zulässigkeits- und Begründetheitsprüfung in diesen Fällen *Schaks/Friedrich*, JuS 2018, 860 und 954.

Abs. 1 Var. 2 VwGO abzugrenzen. Dies geschieht durch Qualifikation des angegriffenen bzw. geforderten staatlichen Handelns anhand der Legaldefinition des Verwaltungsakts in § 35 VwVfG.[12] Sowohl der Warnung als auch ihrem Widerruf fehlt es dabei an einem konstitutiven Merkmal eines Verwaltungsakts, nämlich dem Regelungscharakter. Regelungen sind nur solche Handlungen einer Behörde, die eine verbindliche Rechtsfolge setzen, indem sie Rechte und Pflichten des Betroffenen unmittelbar begründen, ändern, aufheben oder mit bindender Wirkung feststellen oder verneinen.[13] Einen solchen Inhalt hat jedoch weder die Warnung noch deren Widerruf, denn deren Adressaten werden nicht gezwungen ein anderes Virenschutzprogram zu nutzen noch wird eine solche Pflicht aufgehoben. Die Warnung hat stattdessen den Charakter einer unverbindlichen Verbraucherinformation.

Folge der Qualifikation der allgemeinen Leistungsklage als statthafte Klageart ist, dass es weder eines Vorverfahrens bedarf noch eine Klagefrist beachtet werden muss. Lediglich Spezialnormen wie §§ 126 Abs. 2 BBG, 54 Abs. 2 BeamtStG ordnen das Erfordernis eines Vorverfahrens unabhängig von der statthaften Klageart an; eine zeitliche Beschränkung der Leistungsklage ergibt sich allenfalls aus dem allgemeinen Rechtsgedanken der Verwirkung (§ 242 BGB analog).[14]

Aus der Qualifikation der allgemeinen Leistungsklage als statthafte Klageart in der Hauptsache folgt, dass im Eilrechtsschutz der Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO die richtige Antragsart ist. Diese Antragsart ist gegenüber dem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO nachrangig (§ 123 Abs. 5 VwGO). Das Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO ist aber nur statthaft, wenn das Rechtsschutzziel die Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs oder einer Anfechtungsklage ist. Voraussetzung ist also, dass ein Verwaltungsakt angegriffen wird, woran es hier fehlt.

cc) Klage- bzw. Antragsbefugnis

Das Vorliegen der Klage- bzw. Antragsbefugnis ist über den unmittelbaren Anwendungsbereich von § 42 Abs. 2 VwGO hinaus eine generelle Voraussetzung verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes.[15] Das heißt, dass *Kaspersky* nur dann klage- bzw. antragsbefugt ist, soweit das Unternehmen geltend machen kann, einen subjektiven öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Unterlassung und Widerruf der Warnung zu haben.

Es muss beachtet werden, dass die Begründetheit an dieser Stelle nicht vorweggenommen werden darf, sodass hier lediglich eine kurze Erläuterung der möglichen Ansprüche geboten ist. Die Möglichkeit eines öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs begründet die Klage- bzw. Antragsbefugnis, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Warnung rechtswidrig in subjektive Rechte des Betroffenen eingreift und die Gefahr ihrer Wiederholung droht. Mangels einer spezialgesetzlichen Grundlage für den Unterlassungsanspruch kann sich dieser unmittelbar aus den Grundrechten des Betroffenen, namentlich aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG ergeben. Die Grundrechte schützen nämlich nicht nur vor rechtsverbindlichen Eingriffen, sondern vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen jeder Art, auch solchen durch schlichtes Verwaltungshandeln.[16]

---

[12] Vgl. zum Überblick *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2011, 34; zu den verschiedenen Typen von Verwaltungsakten *Barczak*, JuS 2018, 238.

[13] *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2011, 34 (35).

[14] *Geis/Meier*, JuS 2013, 28 (32 Fn. 34).

[15] Z.B. BVerwGE 100, 262 = NJW 1996, 2046 für die allgemeine Leistungsklage und BVerwG NJW 1993, 1610, BVerwG NVwZ 1993, 565 für den Eilrechtsschutz; eine Ausnahme ist die Verbandsklage im Umweltrecht, vgl. *Bunge,* JuS 2020, 740.

[16] VG Köln MMR 2022, 503 (504) behandelt dies erst bei der Begründetheit, doch wird man in einer Klausur bereits an dieser Stelle den öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch ansprechen müssen.

Dies gilt auch für den möglichen Anspruch auf Widerruf der Warnung. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass das BSI mit der Warnung gegen die Ermächtigungsnorm des § 7 BSIG verstößt und es somit an einer anwendbaren Eingriffsermächtigung fehlt, ist die Klage- bzw. Antragsbefugnis gegeben. An dieser Stelle kann dahinstehen, ob sich der Anspruch aus § 7 Abs. 2 S. 2 BSIG als vorrangige Spezialvorschrift oder aus dem allgemeinen öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch ergäbe.

b) Begründetheit

Die allgemeine Leistungsklage ist begründet, soweit der Kläger einen Anspruch auf Unterlassung und Widerruf der Warnung hat. Mangels einer speziellen öffentlich-rechtlichen Anspruchsgrundlage, muss der Bearbeiter den nicht normierten, aber gewohnheitsrechtlich anerkannten allgemeinen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch herleiten und daraufhin prüfen, ob die Warnung zu einer rechtswidrigen Beeinträchtigung des Berufsgrundrechts führt.[17] Auf der Ebene der Rechtswidrigkeit wird daraufhin § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 2 S. 1 BSIG zu prüfen sein, der eine Duldungspflicht begründen könnte.

Dagegen stellt sich bezüglich des Anspruchs auf Widerruf der Warnung die Frage, ob sich der Anspruch aus § 7 Abs. 2 S. 2 BSIG oder aus dem subsidiären allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch ergeben könnte. Weder das VG Köln noch das OVG Münster haben zu dieser Frage Stellung bezogen, zumal deren Beantwortung für das Ergebnis ihrer Entscheidung keine Relevanz hatte. In einer Klausur wird man jedoch grundsätzlich eine entsprechende Abgrenzung vornehmen müssen. Nach hier vertretener Ansicht ist es jedoch auch in einer Klausur nicht zwingend geboten zu entscheiden, ob § 7 Abs. 2 S. 2 BSIG einen subjektiven Anspruch des Betroffenen statuiert. Dieser Frage muss man sich nämlich nicht stellen, wenn man die Norm wortlautgetreu auslegt. § 7 Abs. 2 S. 2 BSIG ist nur dann anzuwenden, wenn sich die an die Öffentlichkeit gegebenen Informationen im Nachhinein als falsch oder die zugrunde liegenden Umstände als unzutreffend wiedergegeben herausstellen. Der Gesetzeswortlaut geht also von der Situation aus, dass sich die Warnung erst ex post als falsch entpuppt. Dies wird jedoch von *Kaspersky* nicht einmal hilfsweise behauptet. Stattdessen trägt das Unternehmen vor, dass die Warnung von Vornherein keine Grundlage gehabt habe und nicht angemessen gewesen sei. In einer derartigen Konstellation kann der Widerruf also lediglich auf Grundlage des allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruchs verlangt werden.

Im Eilrechtsschutz ist darüber hinaus zu beachten, dass die den Unterlassungsanspruch (sog. Anordnungsanspruch) stützenden Umstände nur glaubhaft gemacht werden müssen (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO). Darüber hinaus muss die besondere Eilbedürftigkeit des Rechtsschutzes glaubhaft gemacht werden (sog. Anordnungsgrund). Außerdem darf der Eilrechtsschutz grundsätzlich nicht die Hauptsache vorwegnehmen (siehe unten).

2. Rechtsschutz vor dem Bundesverfassungsgericht

Hat die Klausur ein Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zum Gegenstand, so kommen ebenfalls zwei mögliche prozessuale Einkleidungen in Betracht, nämlich die allgemein bekannte Verfassungsbeschwerde und der weniger bekannte verfassungsgerichtliche Eilrechtsschutz. Im Gegensatz zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren, bei dem die Wahrscheinlichkeit eines Hauptsacheverfahrens nicht größer ist als die eines Verfahrens im Eilrechtsschutz, sind Klausuren, die den verfassungsgerichtlichen Eilrechtsschutz behandeln, deutlich seltener als Klausuren mit einer Verfas-

[17] Vgl. im Überblick *Durner*, JuS 2005, 900.

sungsbeschwerde. Denkbar ist auch, dass der Eilrechtsschutz lediglich in der Form einer „Zusatzfrage" abgeprüft wird („Was kann der Beschwerdeführer tun, um möglichst schnell Rechtsschutz vor dem Bundesverfassungsgericht zu erlangen?").

a) Verfassungsbeschwerde[18]

Die Individualverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 23, 90 ff. BVerfGG hat Erfolg, wenn und soweit sie zulässig und begründet ist. Im Rahmen der Zulässigkeit ist das bekannte Prüfungsschema abzuarbeiten. Insbesondere auf die Beschwerdefähigkeit, den Beschwerdegegenstand, die Beschwerdebefugnis und die Erschöpfung des Rechtswegs kann dabei näher einzugehen sein.

aa) Zulässigkeit

(1) Beschwerdefähigkeit

Im Rahmen der Beschwerdefähigkeit sollten Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG genannt werden. Da danach „Jedermann" – also jeder Träger von beschwerdefähigen Rechten – Verfassungsbeschwerde erheben kann, ist diese Prüfung jedoch nur ausnahmsweise mehr als einen klarstellenden Satz wert. Da im vorliegenden Fall eine juristische Person Beschwerdeführerin ist, kann hier bereits auf Art. 19 Abs. 3 GG eingegangen werden. Vorzugswürdig erscheint es jedoch, dies erst bei der Beschwerdebefugnis zu tun und es hier bei der Feststellung zu belassen, dass sich die Beschwerdeführerin jedenfalls auf die Prozessgrundrechte berufen kann und somit „an sich" fähig ist, Verfassungsbeschwerde zu erheben.[19]

(2) Beschwerdegegenstand

Beschwerdegegenstand kann jeder Akt der öffentlichen Gewalt sein, was alle drei Staatsgewalten i.S.v. Art. 1 Abs. 3 GG, § 95 BVerfGG umfasst. Behördliche Warnungen können danach als Handeln der Exekutive mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden.[20]

(3) Beschwerdebefugnis

Die Verfassungsbeschwerde kann nur mit der Behauptung erhoben werden, durch die öffentliche Gewalt in einem Grundrecht oder in einem grundrechtsgleichen Recht verletzt zu sein, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG. Die damit angesprochene Beschwerdebefugnis schließt ein, dass der angegriffene Akt staatlicher Gewalt geeignet sein muss, den Beschwerdeführer selbst, unmittelbar und gegenwärtig in seiner grundrechtlich geschützten Rechtsposition zu beeinträchtigen.[21]

Die Warnung könnte das Grundrecht von *Kaspersky* auf Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG verletzen. Bei der Prüfung des Eingriffs in die Berufsfreiheit wendet das Bundesverfassungsgericht und große Teile der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung einen spezifischen Beeinträchtigungsbegriff an. Art. 12 Abs. 1 GG schütze den Grundrechtsträger danach vor solchen Äußerungen staatlicher Stellen, die in ihrer Zielsetzung und mittelbar-faktischen Wirkungen einem Eingriff in die Berufsfreiheit als funktionales Äquivalent gleichkommen. Davon sei jedenfalls dann auszugehen, wenn die

[18] Vgl. Grundfälle bei *Geis/Thirmeyer*, JuS 2012, 316.
[19] Vgl. hierzu BVerfGE 138, 64 (83) = JuS 2015, 472 m. Anm. *Sachs*.
[20] BVerfGE 105, 252 = NJW 2002, 2621; BVerfGE 105, 279 = JuS 2003, 186.
[21] BVerfGE 53, 30 (48); 79, 1 (14 f.); 102, 197 (206 f.); 123, 267 (329).

Informationstätigkeit unmittelbare Bedeutung für die Marktbedingungen eines konkret individualisierten Unternehmens hat, indem sie die Grundlagen der Entscheidungen am Markt zweckgerichtet beeinflusst und so die Markt- und Wettbewerbssituation zum wirtschaftlichen Nachteil der betroffenen Unternehmen verändert.[22] Folgt man diesem Verständnis, kann das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs nicht eindeutig ausgeschlossen werden, zumal *Kaspersky* als alleiniges Unternehmen Gegenstand der direkten Warnung ist. Hieraus folgt auch die Selbstbetroffenheit von *Kaspersky* sowie die Unmittelbarkeit und Gegenwärtigkeit des möglichen Grundrechtseingriffs.

Zu diesem Ergebnis kommt man auch, wenn man dieser Abweichung von der Eingriffsdogmatik nicht folgt und es stattdessen für ausreichend erachtet, dass die berufliche Betätigung in erheblichem Maße erschwert oder sogar völlig unmöglich gemacht wird.[23]

Kaspersky müsste bezüglich Art. 12 Abs. 1 GG zudem die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 3 GG erfüllen. Unproblematisch ist dies, soweit die Beschwerdeführerin durch eine ihrer in Deutschland ansässigen Gesellschaften Verfassungsbeschwerde erhebt. Maßgeblich für den erforderlichen Inlandsbezug der Beschwerdeführerin ist dabei nicht ihr satzungsmäßiger Sitz, sondern dass der Tätigkeitsschwerpunkt der Gesellschaft im Bundesgebiet liegt und die Mehrheit der Geschäftsführerentscheidungen im Inland getroffen werden.[24]

Zudem müsste Art. 12 Abs. 1 GG auf die Beschwerdeführerin „wesensmäßig“ anwendbar sein. Das Grundgesetz trägt damit dem Umstand Rechnung, dass juristische Personen bloße „Zweckgebilde der Rechtsordnung“[25] sind und somit als Form organisierter, kooperativer Betätigung ihrer Mitglieder Grundrechtsschutz genießen. Grundrechtsschutz scheidet darum aus, wenn das Grundrecht an Eigenschaften, Äußerungsformen oder Beziehungen anknüpft, die nur natürlichen Personen wesenseigen sind, ist dagegen aber zu bejahen, wenn das in Rede stehende Grundrecht auch gemeinschaftlich ausgeübt werden kann.[26] Dabei ist es umstritten, ob sich der Grundrechtsschutz juristischer Personen in einem vermittelten Schutz der hinter ihr stehenden natürlichen Personen – ihrem sog. „personalen Substrat“ – erschöpft oder die juristischen Personen (auch) „um ihrer selbst willen“ geschützt werden.[27] Folgt man der ersten Ansicht, liegt ein Eingriff nur in einem „Durchgriff“ auf die ihre individuelle Freiheit ausübenden natürlichen Personen, die sich in der juristischen Person vereinigen.[28] Nach der zweiten Ansicht sind juristische Personen soweit geschützt, wie sich in einer „grundrechtstypischen Gefährdungslage“ befinden, was sich nach dem betroffenen Grundrecht und der Art und Weise seiner Ausübung richtet.[29]

Auf eine Entscheidung dieses Streits kommt es (zumeist) nicht an. Die Berufsfreiheit ist der klassische Fall eines Grundrechts, dass auch für juristische Personen gilt, denn gerade die damit geschützte wirtschaftliche Betätigung wird in der Regel in organisierten Personengruppen betrieben und nur noch selten von Individualpersonen. Jedenfalls die klassischen wirtschaftlich orientierten Gesellschaftsformen des HGB (OHG und KG), die GmbH sowie die AG können sich darum in der Regel auf die Berufsfreiheit berufen.

---

[22] BVerfGE 148, 40 (50 f.) = NJW 2018, 2109 (2110 f.) m.w.N.; VG Köln MMR 2022, 503 (504); ob die Richtigkeit und Sachlichkeit der Information bereits auf der Eingriffsebene oder erst bei der Eingriffsrechtfertigung zu prüfen sind, ist in der Rechtsprechung nicht klar ersichtlich.

[23] Zusammenfassend zu der Kritik an der Rechtsprechung und dem hier geschilderten alternativen Vorgehen *Ruffert*, in: BeckOK GG, Stand: 15.11.2022, Art. 12 Rn. 50, 61.

[24] *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 19 Rn. 22.

[25] BVerfGE 106, 28 (42); 95, 220 (242).

[26] BVerfGE 106, 28 (42 f.); 95, 220 (242).

[27] *Dreier*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 19 Abs. 3 Rn. 31 ff. m.w.N.

[28] BVerfGE 21, 362 (369).

[29] BVerfGE 45, 63 (79); 61, 82 (102, 105); 106, 28 (43 f.).

(4) Rechtswegerschöpfung

Schließlich muss der Rechtsweg erschöpft sein, Art. 94 Abs. 2 S. 2 GG, § 90 Abs. 1 S. 1 BVerfGG. Dieses Erfordernis soll verhindern, dass die Betroffenen staatlicher Maßnahmen den fachgerichtlichen Instanzenzug „überspringen", indem sie einen Streit direkt vor das Bundesverfassungsgericht bringen. Da das Bundesverfassungsgericht aber nicht das einfache Recht auf Sachverhalte anwendet, sondern staatliche Maßnahmen nur auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz prüft, sollen Streitigkeiten zunächst vor den sachnäheren Fachgerichten verhandelt werden. Nur ganz ausnahmsweise kann eine Beschwerde beim BVerfG direkt eingelegt werden. Dies ist vor allem der Fall, wenn ein zeitaufwendiges Durchschreiten des Instanzenzugs für den Beschwerdeführer unzumutbar wäre.[30]

An dieser Voraussetzung scheiterte die tatsächliche Verfassungsbeschwerde von *Kaspersky*.[31] *Kaspersky* hat den Rechtsweg noch nicht dadurch erschöpft, dass es einen Antrag auf Eilrechtsschutz beim VG Köln eingelegt hat und gegen dessen Ablehnung (erfolglos) Beschwerde beim OVG Münster erhoben hat. Im Eilrechtsschutz nimmt ein Gericht gerade keine zeitaufwendige Prüfung des Streitgegenstandes en détail vor. Es beschränkt sich vielmehr auf eine sog. „summarische Prüfung". Das Gericht nimmt danach keine umfangreiche Beweisaufnahme vor, sondern entscheidet auf Grundlage der vorgetragenen und glaubhaft gemachten Umstände (vgl. § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO – siehe bereits oben). Zudem geht das Gericht auch bei den rechtlichen Fragestellungen nicht in die gleiche Tiefe, wie es dies bei der Hauptsacheentscheidung tun würde. Mangels einer endgültigen fachgerichtlichen Entscheidung hatte *Kaspersky* den Rechtsweg somit noch nicht erschöpft.

Auch verneinte das Gericht das Vorliegen einer Ausnahme vom Erfordernis der Rechtswegerschöpfung, da ein vorheriges Anrufen der Fachgerichte insbesondere nicht unzumutbar gewesen sei. Dabei verneinte das Gericht aber nicht generell, dass die Warnung einen irreparablen und schweren Schaden für *Kaspersky* bedeuten könnte, sondern stellte lediglich fest, dass *Kaspersky* einen solchen nicht hinreichend und widerspruchsfrei dargelegt hat.[32] In einer Klausur könnte darum auch ein anderes Ergebnis vertretbar sein, da dort in der Regel ein „vollständiger" Vortrag des Beschwerdeführers anzunehmen sein wird.

bb) Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit die Warnung *Kaspersky* tatsächlich in seinem Recht aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG verletzt. Das Prüfungsprogramm hat in diesem Fall starke Ähnlichkeit mit der Prüfung des verwaltungsrechtlichen Unterlassungs- bzw. Folgenbeseitigungsanspruchs. Dies kommt nicht von ungefähr, sondern ist die logische Konsequenz davon, dass diese Ansprüche nach herrschender Meinung direkt aus den Grundrechten abgeleitet werden und in Form staatshaftungsrechtlicher Institute konkretisieren.

Im Gegensatz zu der Prüfung durch das Verwaltungsgericht prüft das Bundesverfassungsgericht nicht die einzelnen Voraussetzungen von § 7 BSIG, sondern beschränkt sich auf die Frage, ob die Berufsfreiheit verletzt worden ist („spezifisches Verfassungsrecht"), wobei § 7 BSIG eine mögliche Schranke darstellen könnte.

---

[30] *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 62. Lfg., Stand: Januar 2022, § 13 Nr. 8a Rn. 34 ff.; *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 98. Lfg., Stand: März 2022, Art. 93 Rn. 370 ff.

[31] BVerfG NJW 2022, 2250.

[32] BVerfG NJW 2022, 2250 (2250, 2251).

b) Eilrechtsschutz

Die „exotische" prozessuale Einkleidung einer Verfassungsrechtsklausur als Antrag auf Eilrechtsschutz ist zu Unrecht gefürchtet.[33] Die Rechtsgrundlage hierfür findet sich vor allem in § 32 Abs. 1 BVerfGG. Das Bundesverfassungsgericht kann danach im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht bei der Prüfung des Antrags nach § 32 Abs. 1 BVerfGG nicht sauber zwischen der Zulässigkeit und Begründetheit unterscheidet,[34] sollten die beiden Prüfungsebenen in der Klausur getrennt abgearbeitet werden.[35] In der Literatur ist die Zuordnung einzelner Prüfungspunkte zu den beiden Kategorien indes umstritten. Da jedoch die praktische Bedeutung der Abgrenzung gering ist und Aufbaufragen in der Klausur sowieso nicht diskutiert werden, sollte der Bearbeiter einfach einen Aufbau wählen und sich an diesen halten.

aa) Zulässigkeit

Der Antrag nach § 32 BVerfGG muss auf eine Regelung „im Streitfall" gerichtet sein. Das heißt, dass in der Hauptsache eine Verfassungsbeschwerde gegen die Warnung bereits anhängig oder zu erwarten sein muss. Ein isolierter Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung kann aus diesem Grund nur ergehen, wenn der Antrag in der Hauptsache noch gestellt werden kann. Außerdem muss die begehrte Rechtsfolge überhaupt im Hauptsacheverfahren angeordnet werden können.[36]

Die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen des Eilantrags weisen große Überschneidungsflächen mit den Voraussetzungen im Hauptsacheverfahren auf. Die Anforderungen für die ordnungsgemäße Antragsstellung ergeben sich aus § 23 Abs. 1 BVerfGG. Antragsberechtigt ist jeder, der auch in der Hauptsache Verfassungsbeschwerde erheben kann.

Eine Besonderheit besteht jedoch bei der Antragsbefugnis, die sich nicht aus der Geltendmachung einer Grundrechtsverletzung herleitet. Stattdessen muss der Antragsteller in tatsächlicher Hinsicht darlegen, dass einer der in § 32 Abs. 1 BVerfGG genannten Gründe für die einstweilige Anordnung möglicherweise besteht. Mögliche Gründe sind die Abwehr schwerer Nachteile, die Verhinderung drohender Gewalt oder ein anderer wichtiger Grund des Allgemeinwohls.[37]

Unter der Zulässigkeitsvoraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses werden schließlich zwei Prüfungspunkte gefasst: die Subsidiarität des verfassungsgerichtlichen Eilrechtsschutzes und das grundsätzliche Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache.[38] Der Grundsatz der Subsidiarität (vgl. § 90 Abs. 2 BVerfGG) verlangt vom Antragsteller, dass er die bestehenden Möglichkeiten fachgerichtlichen Eilrechtsschutzes ausschöpft, bevor er sich mit seinem Antrag an das Bundesverfassungsgericht wendet.[39] Eine Ausnahme hiervon billigt das Bundesverfassungsgericht nur in besonders dringlichen und verfassungsrechtlich bedeutungsvollen Verfahren.[40]

Das grundsätzliche Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache ist dagegen eine Konsequenz der Vorläufigkeit des Eilrechtsschutz. Danach darf die Entscheidung im Eilrechtsschutz nicht inhalts-

[33] Vgl. Überblick bei *Wenglarczyk*, JuS 2021, 1024; *Bäcker*, JuS 2013, 119.
[34] *Graßhoff*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 62. Lfg., Stand: Januar 2022, § 32 Rn. 37 f.
[35] So auch *Wenglarczyk*, JuS 2021, 1024 (1026).
[36] *Walter*, Walter/Grünewald, BeckOK BVerfGG, Stand: 1.12.2022, § 32 Rn. 18 ff.
[37] *Bäcker*, JuS 2013, 119 (121).
[38] *Wenglarczyk*, JuS 2021, 1024 (1027).
[39] BVerfG NVwZ 2020, 1508 (1509).
[40] BVerfGE 25, 77 (78) = NJW 1962, 2243.

gleich mit der Entscheidung im Hauptsacheverfahren sein und diese somit gegenstandslos machen. Dass die vorläufige Regelung bereits vereinzelt endgültige Tatsachen schafft, ist dagegen unvermeidbar und steht der Zulässigkeit nicht per se entgegen.[41] Wie bereits aus dem verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutz bekannt, ist eine Vorwegnahme der Hauptsache aber ausnahmsweise zulässig, wenn ansonsten kein hinreichender Rechtsschutz gewährt wäre oder schwere, irreversible Nachteile entstehen könnten.[42]

bb) Begründetheit

Der Wortlaut von § 32 Abs. 1 BVerfGG umschreibt den Maßstab der Begründetheitsprüfung nur sehr rudimentär. Das Bundesverfassungsgericht entnimmt dem, dass die Gründe, die der Beschwerdeführer für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsakts vorträgt, grundsätzlich außer Betracht bleiben. Stattdessen prüft das Bundesverfassungsgericht nur, ob der jeweilige Antrag im Hauptsacheverfahren offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist. Ist der Ausgang des Hauptsacheverfahrens noch offen, nimmt das Gericht zudem eine Folgenabwägung vor, indem es zwei denkbare Verläufe des Beschwerdeverfahrens und deren negativen Konsequenzen miteinander vergleicht (sog. Doppelhypothese). Es prüft, welche Nachteile sich ergäben, wenn die einstweilige Anordnung nicht erginge, die Verfassungsbeschwerde später aber Erfolg hätte, und wägt diese mit den Nachteilen ab, die sich aus dem Erlass der begehrten einstweilige Anordnung ergäben, wenn die Verfassungsbeschwerde dann aber keinen Erfolg hätte.[43]

Der Klausurschwerpunkt wird stets auf der ersten Stufe dieses zweistufigen Prüfungsschemas liegen und muss vom Bearbeiter im gleichen Detailgrad geprüft werden, wie es bei einer Verfassungsbeschwerde zu tun wäre. Eine Klausur, die den verfassungsrechtlichen Eilrechtsschutz zum Gegenstand hat, kann also das gleiche Wissen abprüfen wie eine Klausur zum Hauptsacheverfahren und unterscheidet sich nur bezüglich der Herleitung des Prüfungsmaßstabs von den bekannten „Standardklausuren".

cc) Im Verfahren gegen die BSI-Warnung

Der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Eilrechtsschutz gegen die BSI-Warnung lässt sich nicht eindeutig entnehmen, ob das Gericht die Zulässigkeit oder erst die Begründetheit verneinen würde, wenn es eine solche Trennung vornähme. Stattdessen verweist das Gericht auf § 40 Abs. 3 der Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts, wonach der Antrag auf Erlass der einstweiligen Anordnung mit der Ablehnung der Verfassungsbeschwerde „gegenstandslos" geworden sei.[44] Dies lässt sich wohl am besten als Fall der fehlenden Statthaftigkeit des Eilrechtsschutzes verstehen, da es nach der Ablehnung der Beschwerde an der Voraussetzung des § 32 Abs. 1 BVerfGG „im Streitfall" fehlt.

IV. Materiell-rechtliche Probleme

Wie bereits angesprochen folgen die unterschiedlichen Rechtsschutzverfahren auf der Ebene der Begründetheit strukturell vergleichbaren Prüfungsschemata. Während die verwaltungsgerichtlichen

[41] BVerfGE 12, 36 (42) = NJW 1961, 67 (68).
[42] *Wenglarczyk*, JuS 2021, 1024 (1027) m.w.N.
[43] BVerfG NVwZ 2019, 640 (641); BVerfGE 131, 47 (55) = NJW 2012, 1941 (1942 f.); BVerfGE 122, 342 (361) = NVwZ 2009, 441 (443 f.).
[44] BVerfG BeckRS 2022, 12936.

Verfahren jedoch die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Warnung anhand von § 7 BSIG als inzidente Prüfung einer Duldungspflicht in den Anspruchsaufbau integrieren, blickt die verfassungsgerichtliche Prüfung allein auf die Voraussetzungen eines Grundrechtseingriffs und dessen Rechtfertigung, wobei insbesondere die sog. Schranken-Schranken – allen voran die Verhältnismäßigkeit – einen Prüfungsschwerpunkt darstellen. Diese Aspekte finden sich jedoch auch bei der verwaltungsgerichtlichen Prüfung wieder, denn § 7 BSIG ist eine sog. Ermessensvorschrift („kann“) und muss somit die Vorgaben des Grundgesetzes als Ermessensgrenzen beachten.

1. Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit

Die Vereinbarkeit mit den Grundrechten ist in sämtlichen hier vorgestellten Klausurvarianten der Ausgangspunkt der Begründetheitsprüfung. Während der staatshaftungsrechtliche Folgenbeseitigungs- und Widerrufsanspruch eine nicht zu duldende Beeinträchtigung eines Grundrechts oder eines anderen subjektiven öffentlichen Rechts erfordert, ist die Prüfung der Verfassungsbeschwerde bzw. deren inzidente Prüfung im Eilrechtsschutz darauf gerichtet, ob ein nicht gerechtfertigter (mit anderen Worten: zu duldender) Eingriff in ein Grundrecht oder grundrechtsgleiches Recht gegeben ist.

a) Beeinträchtigung des Gewährleistungsbereichs/Eingriff in den Schutzbereich

Bei der Prüfung einer Verfassungsbeschwerde gegen eine behördliche Warnung hat das Bundesverfassungsgericht in der Vergangenheit die strikte Trennung von „Schutzbereich“ und „Eingriff“ teilweise aufgegeben und den grundrechtlichen Schutz in diesen Konstellationen maßgeblich durch die besondere Qualität der Warnung als Eingriffsäquivalent definiert. Das Grundrecht auf Berufsfreiheit aus Art. 12 GG schütze Unternehmen nämlich nicht vor jedem für sie negativen staatlichen Informationshandeln; es schütze sie jedoch davor, dass ihre individuelle Markt- und Wettbewerbssituation durch amtliche Informationen und Warnungen in einer Art und Weise verändert wird, die nach Intensität und Zweckrichtung ein „funktionales Äquivalent“ zu einem unmittelbaren behördlichen Eingriff darstellt. Diese Judikatur folgt vor allem aus zwei „Klassikern“ der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, die auch jeder Jurastudent und Referendar kennen sollte: die Entscheidungen zur Zulässigkeit von Warnungen vor glykolhaltigen Weinen von 2002[45] und vor der sog. „Osho-Bewegung“ aus demselben Jahr[46].[47]

Das Vorliegen eines solchen Eingriffsäquivalents bejahten sowohl das VG Köln als auch das OVG Münster.[48] Es wird insbesondere in der ausdrücklichen Empfehlung des BSI deutlich, *Kaspersky*-Virenschutzsoftware durch andere Produkte zu ersetzen. Damit wird *Kaspersky* das Agieren am Markt maßgeblich erschwert und die Warnung zielt darauf, die Verbreitung der Virenschutzprogramme und mithin ihre Beliebtheit am Markt zu verringern.[49] Die Warnung stellt insoweit ein funktionales Äquivalent zu einem Verwendungsverbot von *Kaspersky*-Programmen dar und schafft somit auch die Grundlage für den grundrechtlichen Schutz.

Obwohl diese Abweichung vom Aufbauschema „Schutzbereich-Eingriff-Rechtfertigung“ den Segen des Bundesverfassungsgerichts hat, kann Prüfungskandidaten nicht vorbehaltlos dazu geraten

[45] BVerfGE 105, 252 = JuS 2003, 190.
[46] BVerfGE 105, 279 = JuS 2003, 186.
[47] Vgl. Grundwissensbeitrag bei *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2018, 343.
[48] VG Köln MMR 2022, 503 (504); OVG Münster NJW 2022, 1547 (1549).
[49] VG Köln MMR 2022, 503 (504).

werden, sich diesem Vorgehen anzuschließen. Die Vermischung der drei Prüfungsebenen könnte dem Prüfling als Fehler in der Systematik und Dogmatik vorgeworfen werden, zumal die Literatur das Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts ablehnt. Es spricht darum viel dafür, die bewusste Ablehnung des Eingriffsbegriffs durch das Bundesverfassungsgericht darzulegen und den Begriff der „Einschränkung des Gewährleistungsbereichs" zu erklären. Dabei sollte dem gewohnten Prüfungsmodell gefolgt werden und der Prüfling sollte im Ergebnis von einem „mittelbar-faktischen Eingriff" in die Berufsfreiheit sprechen.[50] Diese Diskussion sollte auf der Prüfungsebene des „Eingriffs" geführt werden, ohne dass der Aufbau an sich erklärt werden darf, zumal dieser aus sich selbst heraus verständlich ist.

b) Willkürverbot, Sachlichkeitsgebot und Verhältnismäßigkeit

Auch wettbewerbsschädliche amtliche Äußerungen sind erlaubt, solange sie sich an die Grundsätze des Willkürverbots, Sachlichkeit und der Verhältnismäßigkeit halten. Insbesondere müssen Tatsachenbehauptungen objektiv zutreffend wiedergegeben werden und Werturteile dürfen nicht auf sachfremde Erwägungen gestützt werden. Diese Gesichtspunkte der Rechtsmäßigkeitsprüfung verortet das Bundesverfassungsgericht auf der Ebene der Beeinträchtigung des Gewährleistungsbereichs von Art. 12 Abs. 1 GG – nach dem hier präferierten „klassischen" Aufbau handelt es sich hingegen um Aspekte der Rechtfertigungsprüfung.

Bei der Prüfung der Warnung ist insbesondere ihr prognostischer Charakter zu berücksichtigen. Warnungen sind stets zukunftsbezogen und leiden darum unter einer mehr oder weniger unsicheren Tatsachengrundlage. Tatsächliche Unsicherheiten stehen der Rechtmäßigkeit einer Warnung aber nicht kategorisch entgegen – insbesondere darf bei der Prüfung einer Warnung nicht von dem späteren Nichteintritt einer Gefahr auf die fehlende Erforderlichkeit der Warnung geschlossen werden. Soweit Unsicherheiten in tatsächlicher Hinsicht bestehen, hängt die Rechtmäßigkeit einer staatlichen Warnung jedoch davon ab, ob die Warnung auf einer sorgsamen und möglichst umfassenden Auswertung sämtlicher verfügbarer Informationsquelle beruht. Verbleiben gleichwohl tatsächliche Unsicherheiten, so ist eine Warnung zulässig, wenn sie im öffentlichen Interesse liegt, die die verbleibenden Unsicherheiten offenlegt und insgesamt verhältnismäßig ist.[51]

Kaspersky hat argumentiert, dass diese Kriterien nicht erfüllt seien. Das Unternehmen warf dem BSI vielmehr vor, dass die Warnung politisch motiviert sei und keine begründeten Zweifel an der Qualität und Integrität von *Kaspersky*-Programmen bestünden. Sowohl das VG Köln als auch das OVG Münster folgten dieser Argumentation indes nicht.

Aufgrund des Angriffskriegs Russlands gegen die Ukraine und die Einordnung der EU-Mitgliedstaaten als „unfreundliche Staaten" seien hinreichende Anhaltspunkte dafür gegeben, dass Virenschutzprogramme russischer IT-Hersteller ein Risiko für die Sicherheit der Informationstechnik in Deutschland darstellen. Das OVG Münster zog dafür umfassende Belege hinzu, um zu zeigen, dass russische Cyberangriffe eine reale und beträchtliche Gefahr für den deutschen Staat und die Wirtschaft darstellen, wobei Virenschutzprogramme exponierte Ziele seien. Dies gelte gerade für das Virenschutzprogramm von *Kaspersky*, das weltweit verbreitet sei und gerade in Deutschland eine hohe Marktdurchdringung aufweise.

Die Einwendungen von *Kaspersky*, dass es ein privates Unternehmen mit Servern in der Schweiz sei, sahen die Gerichte nicht als durchgreifende Argumente an. Die russische Regierung sei um eine stärkere Kontrolle des IT-Sektors bemüht und auch *Kaspersky* könne sich diesem Druck nicht entzie-

[50] So auch *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2018, 343 (344).
[51] OVG Münster NJW 2022, 1547 (1549 f.).

hen. Viele Firmen von *Kaspersky* seien in Russland ansässig, Gesellschafter seien russische Staatsbürger und die Konzernzentrale befinde sich in Moskau. Weiter habe *Kaspersky* im Bereich der Cyberkriminalität (auch) mit russischen Behörden zusammengearbeitet und sich bereits in der Vergangenheit den von der russischen Regierung angestoßenen Maßnahmen zur Kontrolle des Internets gefügt. Es sei zudem wahrscheinlich, dass Russland eine Drohkulisse aufbaue. Bereits 2017 sei ein hochrangiger Mitarbeiter wegen Hochverrats verhaftet und verurteilt worden. Schließlich sei auch die Verlagerung der Sicherheitsinfrastruktur in die Schweiz und weitere vorgetragene Sicherheitsmaßnahmen nicht geeignet, das Risiko schädigender Einflussnahme zu beseitigen. Eine einzige getarnte VPN-Verbindung oder das Einspielen eines schadhaften Codes über einen USB-Stick seien ausreichend, um einen Fernzugriff aus Russland auf die Rechenzentren in Zürich zu ermöglichen.

Aus diesen tatsächlichen Erwägungen hat das OVG Münster darauf geschlossen, dass die Abwägung des BSI zwischen dem durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Interesse von *Kaspersky* an der freien Ausübung seines Gewerbes mit dem staatlichen Interesse an einem effektiven Schutz der Informationen sowie informationsverarbeitenden Systeme, Komponenten und Prozesse nicht zu beanstanden sei.[52] Das BSI durfte danach die Warnung als Mittel wählen, um die Einrichtungen des Staates und kritische Infrastrukturen, sowie die Gewerbeausübung betroffener Unternehmen sowie dem individuellen Recht auf Datenschutz aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu schützen.[53]

2. Vorliegen einer „Sicherheitslücke“

Die Voraussetzungen der Ermächtigungsnorm des § 7 BSIG sind nur in den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzklausuren im Einzelnen durchzuprüfen. Aus der spezifischen Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts folgt, dass der Bearbeiter (der sich in die Rolle eines Verfassungsrichters versetzen muss) in einer verfassungsrechtlichen Klausur dagegen nur die „Schrankentauglichkeit“ von § 7 BSIG prüfen und keine fachgerichtliche Rechtsauslegung und -anwendung vornehmen darf.

Kernvoraussetzung des hier in Betracht kommenden § 7 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BSIG ist das Vorliegen einer „Sicherheitslücke“. Dieser Begriff eignet sich ideal, um in eine Examensklausur eingebaut zu werden. Es ist nämlich zum einen eher unwahrscheinlich, dass der Klausurbearbeiter die richtige juristische Definition dieses Begriffs ohne Weiteres parat haben wird. Zum anderen handelt es sich um einen Begriff, der auch in der Alltagssprache verwendet wird und von dem man glaubt, ein intuitives Verständnis zu haben.

Das Wort „Sicherheitslücke“ ist ein Kompositum, wobei der Wortteil „Lücke“ dafürspricht, dass ausschließlich unbeabsichtigte Fehler eines Computerprogramms gemeint sind, die ein Risiko für die Integrität eines IT-Systems bedeuten. Nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 4 BSIG sind „Sicherheitslücken“ jedoch nicht nur „Programmierfehler“, sondern alle Eigenschaften von Programmen, durch deren Ausnutzung es möglich ist, dass sich Dritte gegen den Willen des Berechtigten Zugang zu fremden informationstechnischen Systemen verschaffen oder die Funktion der informationstechnischen Systeme beeinflussen können.

Die Weite des Begriffs „Eigenschaften“ lässt es zu, nicht nur technische Merkmale eines Programms hierunter zu subsumieren, sondern etwa auch die Herkunft und politischen Verknüpfungen der Programmierer und den Standort des Hauptquartiers der Herstellerfirma. Die Deutung des BSI, wonach das Risiko einer Einbindung in die Cyberkrieg-Strategie des russischen Staates als „Sicher-

[52] OVG Münster NJW 2022, 1547 (1557).

[53] Ob dieses Ergebnis auch vor dem Hintergrund der erst nach den Entscheidungen des VG Köln und des OVG Münsters veröffentlichten Recherchen Bestand haben wird, ist eine Frage des noch ausstehenden Hauptsacheverfahrens, vgl. *Dittrich*, NJW 2022, 2971 (2974).

heitslücke“ zu betrachten sei und darum eine Warnung rechtfertige, ist also sehr gut vertretbar. Dafür spricht zudem auch die teleologische Auslegung des § 7 BSIG. Der Begriff „Sicherheitslücke“ muss „notwendigerweise weit gefasst“ sein, da „Sicherheitslücken in den unterschiedlichsten Zusammenhängen, oftmals abhängig von der Konfiguration oder Einsatzumgebung, entstehen können“.[54] Aufgrund der sich ständig ändernden Bedrohungslagen für die IT-Sicherheit, ist eine flexible Anwendung der Vorschriften des BSIG geboten, um schnell und flexibel auf neu entstehende Gefahrenszenarien reagieren zu können.

3. Ungleichbehandlung mit anderen Sicherheitsrisiken

Nur wenig Raum gewährte das OVG Münster der Erörterung des allgemeinen Gleichheitssatzes gem. Art.3 Abs. 1 GG. *Kaspersky* argumentierte, dass die Warnung des BSI willkürlich und reine Symbolpolitik sei, da zum einen nicht vor anderen russischen Herstellern gewarnt worden sei, zum anderen auch chinesische und US-amerikanische Softwarehersteller verschont geblieben seien. *Kaspersky* wies diesbezüglich etwa auf die Spionageaffäre um die ehemalige Bundeskanzlerin *Merkel* und die Beteiligung des von der CIA unterhaltenen Unternehmens *In-Q-Tel* an deutschen Unternehmen der High-Tech-Branche hin. *Kaspersky* verwies zudem auf einen *Spiegel*-Bericht aus dem hervorgehe, dass die US National Security Agency unter anderem Produkte des Herstellers CISCO mit Spionage-Implantaten versehen habe.[55]

Das OVG Münster bezeichnete dies als „pauschalen Einwand“[56] und verneinte vor allem den Vorwurf der Willkür. Der entsprechenden Textstelle im Beschluss des OVG Münster lässt sich dabei nicht eindeutig entnehmen, auf welcher Ebene der Prüfung des Art. 3 Abs. 1 GG, das Gericht „aussteigt“. Dies liegt darin begründet, dass es bei der Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes oftmals nur eine Frage der Argumentation ist, ob man bereits die wesentliche Vergleichbarkeit zweier Sachverhalte verneint oder stattdessen die Unterschiede zwischen den Sachverhalten heranzieht, um die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.

Man könnte hier argumentieren, dass die besondere geopolitische Lage und das gesteigerte Risiko eines russischen Cyberangriffs die Software von *Kaspersky* von chinesischen und US-amerikanischen Konkurrenzproduktion abgrenzt und vor dem Hintergrund des Schutzauftrags des BSI die nationale Herkunft des Produkts somit ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal ist. Gleichzeitig könnte man auch argumentieren, dass Virenschutzprogramme ausländischer Hersteller ein vergleichbares Risikopotential für den deutschen Staat und dessen Bürger haben, die konkrete Bedrohung eines Cyberkriegs mit Russland jedoch eine Ungleichbehandlung von *Kaspersky* gegenüber russischen und US-amerikanischen Herstellern rechtfertigt.

Schaut man hingegen auf das Vergleichspaar „*Kaspersky* und andere russische Softwarehersteller“, so kann man die große Beliebtheit von *Kaspersky*-Produkten und die besondere Sensibilität von Virenschutzprogrammen heranziehen, um den Programmen von *Kaspersky* ihre „Unvergleichbarkeit“ zu attestieren. Auf der anderen Seite kann man diese Umstände aber auch heranziehen, um die Ungleichbehandlung mit anderen Programmen russischer Hersteller zu rechtfertigen.

Das Bundesverfassungsgericht neigt indes dazu, keine hohen Anforderungen an die Voraussetzungen der „wesentlichen Vergleichbarkeit“ zweier Sachverhalte zu stellen und den Schwerpunkt

[54] Vgl. BT-Drs. 16/11967, S. 12.

[55] Abrufbar unter https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/neue-dokumente-der-geheime-werkzeugkasten-der-nsa-a-941153.html (28.12.2022).

[56] OVG Münster NJW 2022, 1547 (1557).

eher auf die Prüfung der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung zu legen.[57] Dies ist auch für die Klausur zu empfehlen.[58]

V. Fazit

Eine Klausur, die eine öffentliche Warnung zum Gegenstand hat, hat ein hohes Niveau. Dies liegt im Kern an zwei Besonderheiten. Zunächst ist in einem solchen Fall umstritten, ob dem „klassische" Prüfungsaufbau gefolgt werden kann, denn das Bundesverfassungsgericht weigert sich in derartigen Fällen, die Warnung als „Eingriff" zu behandeln, sondern folgt einem spezifischen Prüfungssystem. Diese Problematik sollte der Prüfling kennen, sich jedoch in der Klausursituation dafür entscheiden, die Warnung als „mittelbaren Eingriff" in den Schutzbereich der Berufsfreiheit zu qualifizieren und auf seine Rechtfertigung zu überprüfen. Auf der Rechtfertigungsebene stellt sich dann das zweite Schwerpunktproblem einer solchen Klausur: Der Prüfling muss eine differenzierte Abwägung auf Grundlage der ihm vorliegenden tatsächlichen Umstände vornehmen. Dieser Hinweis erscheint zunächst trivial, da Studierende in beinahe jeder öffentlich-rechtlichen Prüfung staatliche Abwägungsentscheidungen prüfen müssen. Aufgrund des zumeist prognostischen Charakters öffentlicher Warnungen, ist diese Prüfung jedoch entsprechend anzupassen und bedarf eines besonderen Begründungsaufwands.

Beachtet der Prüfling diese Besonderheiten, so muss er sie natürlich noch in die spezifische Struktur der Prüfungsaufgabe einkleiden. Wie gezeigt, kann die Prüfung dabei sowohl im Verwaltungsrecht als auch im Verfassungsrecht spielen, wobei die Klausur stets zeigen muss, dass sich der Prüfling der Besonderheiten der jeweiligen Rechtsschutzform bewusst ist – die Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen einer einfachgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage wäre ein schwerer Fehler, wenn es in der Klausur um eine Verfassungsbeschwerde geht.

Zuletzt eine Warnung: Sollte sich die Leserin oder der Leser einer Klausur gegenübersehen, die dem hier beschriebenen Fall nachgebildet ist, so kann es zwar helfen, wenn die dazu bereits ergangenen Entscheidungen bekannt sind, jedoch wird es niemals Klausuraufgabe sein, die Entscheidungen des VG Köln, OVG Münster oder des Bundesverfassungsgerichts „nachzuprüfen". Die Prüfungsaufgabe besteht darin (ausschließlich) den Klausursachverhalt zu prüfen und die dort genannten Tatsachen auszuwerten. Darüberhinausgehende tatsächliche Kenntnisse mögen in der mündlichen Prüfung beeindrucken, jedoch können sie in einer Klausur auf den falschen Pfad führen.

[57] So auch in *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 11 m.w.N.

[58] Ob die Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann, ist im Rahmen einer Klausur stets durch Auswertung der gegebenen Anhaltspunkte im Sachverhalt festzustellen – ob die Warnung im Hauptsacheverfahren der Prüfung anhand der Art. 3 Abs. 1 GG standhalten wird, wird sich zeigen.

Der reformierte Geldwäschetatbestand – Teil 3
Umgang mit einer verfassungsrechtlich zweifelhaften Norm in der Fallprüfung*

*PD Dr. Laura Neumann, München/Frankfurt (Oder)***

V. Konkurrenzen 74

1. Tatbestandsimmanente Konkurrenzen 74
2. Tatmehrheit und Verhältnis zu tatmehrheitlich verwirklichten Vortaten 75
3. Tateinheit 75
4. Verhältnis zu den übrigen Anschlussdelikten, insbesondere zur Hehlerei 76

VI. Abschlussbetrachtung und Fazit 79

V. Konkurrenzen

Ist eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche gegeben (siehe dazu Teil 1 und Teil 2), stellt sich abschließend die Frage nach den Konkurrenzen. Diese warfen schon nach alter Rechtslage zahlreiche Probleme auf. Nach der Neufassung des Geldwäschetatbestandes sind sie aufgrund der dadurch verursachten systematischen Friktionen in weiten Teilen noch völlig ungeklärt.

1. Tatbestandsimmanente Konkurrenzen

Jedenfalls unverändert fort gilt, dass angesichts der grundsätzlichen Gleichwertigkeit der verschiedenen Alternativen des Geldwäschetatbestandes[1] nur von einer Tat im Sinne einer singulären Tatbestandsverwirklichung auszugehen ist, wenn der Täter durch dieselbe Handlung mehrere Tatbestandsalternativen verwirklicht.[2] Dies gilt selbst dann, wenn die Tat mehrere Gegenstände aus verschiedenen Vortaten zugleich erfasst.[3] Ist aber derselbe Gegenstand von einer Handlung betroffen, die sowohl Tatbestandsalternativen nach Abs. 1 S. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 oder nach Abs. 2 einerseits als auch Isolierungstatbestandsalternativen nach Abs. 1 S. 1 Nr. 3 oder Nr. 4 andererseits erfüllt, treten letztere angesichts ihrer Auffangfunktion[4] als materiell subsidiär hinter ersteren zurück.

---

* Dieser Beitrag ist eine Fortsetzung zu ZJS 2022, 682 (Teil 1) und ZJS 2022, 820 (Teil 2).

** 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 Stiftung Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder).

[1] Vgl. *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 52 Rn. 3 m.w.N.

[2] Ganz h.M., siehe nur *El-Ghazi*, in: Herzog, GwG, Kommentar, 4. Aufl. 2020, StGB § 261 Rn. 158; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 261 Rn. 36.

[3] Ganz h.M., siehe wiederum nur *El-Ghazi*, in: Herzog, GwG, Kommentar, 4. Aufl. 2020, StGB § 261 Rn. 158; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 261 Rn. 36.

[4] Siehe IV. 2. c) in Teil 2.

2. Tatmehrheit und Verhältnis zu tatmehrheitlich verwirklichten Vortaten

Stehen nicht eine, sondern mehrere Handlungen im natürlichen Sinn in Rede, die jeweils den Geldwäschetatbestand erfüllen, ist angesichts der Qualität des § 261 StGB als eigenständigem Delikt grundsätzlich Tatmehrheit gegeben, soweit keine natürliche Handlungseinheit vorliegt.[5] Verschafft sich der Täter bei verschiedenen Gelegenheiten inkriminierte Gegenstände, muss dementsprechend selbst dann regelmäßig Tatmehrheit angenommen werden, wenn die Gegenstände aus nur einer Vortat stammen.[6]

Für das Verhältnis des Geldwäschetatbestandes zu tatmehrheitlich verwirklichten Vortaten trifft die vom BGH als Konkurrenzregel eingestufte[7] Vorschrift zur Selbstgeldwäsche in § 261 Abs. 7 StGB eine klare Anordnung:[8] Die Geldwäsche tritt danach hinter der Vortatbeteiligung zurück, soweit der Täter nicht den kontaminierten Gegenstand in den Verkehr bringt und dabei dessen rechtswidrige Herkunft verschleiert. Allerdings soll die Geldwäsche nach dem Willen des Gesetzesgebers nur dann gem. § 261 Abs. 7 StGB zurücktreten, wenn die Beteiligung an der Vortat sicher festgestellt werden kann.[9] Diese faktische Versagung der Anwendung des *in dubio pro reo*-Grundsatzes auf die Vortatbeteiligung[10] ermöglicht bei nur auf diese bezogenen Sachverhaltsungewissheiten und zugleich sicherem Feststehen des nachfolgenden Sachverhalts, der den Geldwäschetatbestand erfüllt, eine eindeutige Verurteilung nach § 261 StGB im Wege der Postpendenzfeststellung.[11] Praktisch bedeutet dies in den zahlreichen Verfahren, in denen die Vortat selbst nicht mit angeklagt ist und für die Bejahung der Strafbarkeit wegen Geldwäsche auch nicht genauer konkretisiert werden muss, eine weitere erhebliche Beweiserleichterung.[12] Im Gutachten müssen in derartigen Fällen der einseitigen Sachverhaltsungewissheit zunächst die denkbaren Sachverhaltsvarianten getrennt geprüft werden. Anschließend ist festzustellen, dass eine Strafbarkeit wegen Beteiligung an der Vortat aufgrund der Sachverhaltsungewissheit nicht begründet werden kann, die Strafbarkeit wegen der nachfolgenden sicher feststehenden Geldwäschehandlung aber jedenfalls nach Rspr. und h.M. unberührt bleibt.[13]

3. Tateinheit

Stehen mehrere an sich selbstständige Handlungen in einem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang, der das gesamte Handeln des Täters für einen objektiven Dritten als ein einheitliches zusammengehöriges Tun erscheinen lässt, und sind sie zudem von einem gemeinsamen subjektiven Element umspannt, werden sie zu einer natürlichen Handlungseinheit verbunden,[14] die wiederum zur Annahme von Tateinheit führen kann. Für § 261 StGB kommt Tateinheit dabei insbesondere mit § 263 StGB und § 266 StGB in Betracht.[15]

---

[5] BGH, Beschl. v. 31.10.2018 – 2 StR 281/18 Rn. 41 = NJW 2019, 1311 (1314).

[6] BGH, Urt. v. 17.7.1997 – 1 StR 208/97 = BGHSt 43, 149 = NJW 1997, 3322.

[7] BGH, Urt. v. 20.9.2000 – 5 StR 252/00 = NJW 2000, 3725 (3725).

[8] Siehe *Schramm*, wistra 2008, 245 (248); zu Abs. 7 siehe IV. 1. b) in Teil 2.

[9] Rspr. und h.M., siehe nur BGH, Urt. v. 26.8.2005 – 2 StR 225/05 = NJW 2005, 3507 (3508); BGH, Urt. v. 12.7.2016 – 1 StR 595/15 = NStZ 2017, 167 (170); *Ruhmannseder*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2022, § 261 Rn. 78.

[10] *El-Ghazi*, in: Herzog, GwG, Kommentar, 4. Aufl. 2020, StGB § 261 Rn. 149.

[11] *Altenhain*, in: NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 261 Rn. 20; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 261 Rn. 7; *Ruhmannseder*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2022, § 261 Rn. 77.

[12] *El-Ghazi*, in: Herzog, GwG, Kommentar, 4. Aufl. 2020, StGB § 261 Rn. 149.

[13] Vgl. *v. Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2022, § 1 Rn. 78 (Rn. 76 ff. insgesamt instruktiv zur Post- und Präpendenzfeststellung); a.A. *El-Ghazi*, in: Herzog, GwG, Kommentar, 4. Aufl. 2020, StGB § 261 Rn. 149.

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

[15] Siehe nur exemplarisch *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 261 Rn. 18.

4. Verhältnis zu den übrigen Anschlussdelikten, insbesondere zur Hehlerei

In bestimmten Konstellationen ist Tateinheit auch nach der neuen Gesetzeslage mit den anderen Anschlussdelikten nach §§ 257 bis 260a StGB möglich.[16] Allerdings kommt es mit diesen infolge des Wegfalls des Vortatenkataloges des § 261 StGB seit dessen Neufassung zu weitreichenden tatbestandlichen Überschneidungen,[17] Friktionen[18] und ungeklärten Konkurrenzfragen,[19] wobei die Geldwäsche als der nun bei Weitem umfassendste der Tatbestände die anderen Anschlussstraftaten teilweise vollständig enthält.

Hat die Vortat einer Begünstigung nach § 257 StGB einen geldwäschetauglichen Gegenstand hervorgebracht, wird die Begünstigungshandlung in aller Regel auch den Geldwäschetatbestand erfüllen, der im Gegensatz zur Begünstigung weder eine Vorteilssicherungsabsicht voraussetzt noch den § 257 Abs. 2 bis Abs. 4 StGB entsprechende Einschränkungen kennt. Die Strafvereitelung nach § 258 StGB wird in der Variante des Vereitelns der Verhängung oder Vollstreckung der Einziehung als Maßnahme von § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB eingeschlossen, der anders als § 258 StGB weder einen Taterfolg noch Absicht oder Wissentlichkeit als Vorsatzform erfordert und keine dem § 258 Abs. 3, Abs. 5 und Abs. 6 StGB entsprechenden Einschränkungen kennt.[20]

Zu besonders erheblichen tatbestandlichen Überschneidungen kommt es mit dem Straftatbestand der Hehlerei nach § 259 StGB. Da Tatobjekt der Hehlerei nur unmittelbar aus einer rechtswidrigen Tat erlangte Sachen, Tatobjekt der Geldwäsche dagegen auch aus einer solchen Tat nur herrührende Surrogate des ursprünglich erlangten Gegenstandes sein können und zudem nur die Hehlerei, aber nicht die Geldwäsche Bereicherungsabsicht voraussetzt, die Tathandlungen des § 259 Abs. 1 Var. 2 StGB und des § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB („sich oder einem Dritten verschafft“) aber identisch sind und auch die übrigen Tathandlungsvarianten des § 259 Abs. 1 StGB ganz regelmäßig zugleich Tathandlungsvarianten des Geldwäschetatbestandes erfüllen,[21] lässt sich nach dem Wegfall des Vortatenkataloges in § 261 StGB fast jeder Fall der Hehlerei auch unter den Geldwäschetatbestand subsumieren.[22] Jedenfalls geht der Hehlereitatbestand in den Varianten des Sich- oder einem Dritten-Verschaffens vollständig im Geldwäschetatbestand auf, sodass sich die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis der beiden Delikte dringend stellt.

Zur alten Rechtslage nahm die Rechtsprechung insoweit an, dass § 259 StGB und § 261 StGB aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtungen zueinander in Idealkonkurrenz treten.[23] Der Geldwäschetatbestand weise unabhängig von den Streitigkeiten um die konkrete Bestimmung seines Schutzgutes gegenüber dem vermögensschützenden Hehlereitatbestand jedenfalls einen eigenständigen Unrechtsgehalt auf; namentlich diene er spezifisch der Gewährleistung des staatlichen Zugriffs auf Vermögensgegenstände aus besonders gefährlichen Straftaten, wodurch besondere Ge-

[16] Zur alten Gesetzeslage siehe *Ruhmannseder*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2022, § 261 Rn. 76 mit Nachweisen aus der Rspr.; einschränkend *El-Ghazi*, in: Herzog, GwG, Kommentar, 4. Aufl. 2020, StGB § 261 Rn. 159.

[17] *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1046).

[18] Zu den Ungereimtheiten bzgl. der Qualifikationen und Regelbeispiele zu § 259 StGB einerseits und § 261 StGB andererseits, die allerdings auch schon die alte Rechtslage prägten, siehe *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1046).

[19] *Ruhmannseder*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2022, § 261 Rn. 76.1.

[20] Siehe zum Ganzen *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1046).

[21] Dazu im Einzelnen *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1046).

[22] *Altenhain/Fleckenstein*, JZ 2020, 1045 (1046); *Ruhmannseder*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2022, § 261 Rn. 76.1; zu den tatbestandlichen Überschneidungen von § 259 StGB und § 261 StGB schon nach der alten Rechtslage siehe etwa *Schramm*, wistra 2008, 245 (247); *Stam*, wistra 2016, 143 (143 f.).

[23] Ausführlich begründet in BGH, Beschl. v. 31.10.2018 – 2 StR 281/18 = NJW 2019, 1311 (1314 ff.).

fahren für die Volkswirtschaft und damit den Staat abgewendet werden sollen.[24] Trotz der demnach unterschiedlichen Schutzrichtungen des Hehlerei- und des Geldwäschetatbestandes sollte aber jedenfalls[25] nach Ansicht des *1. Strafsenats* des BGH die Geldwäsche hinter der gewerbsmäßigen Hehlerei nach § 260 StGB zurücktreten. Insoweit wurde ein kriminalpolitisches Bedürfnis für eine tateinheitliche Verurteilung auch wegen Geldwäsche verneint. Weil der Zweck der Geldwäschevorschrift darin gesehen wurde, die Bekämpfung der im Katalog des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB a.F. definierten besonders gefährlichen Kriminalitätsformen effektiver zu gestalten, die gewerbsmäßige Hehlerei aber selbst eine solche Katalogtat i.S.v. § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 lit. a StGB a.F. darstellte, sah der *Senat* im Falle der Verurteilung schon wegen der Katalogtat der gewerbsmäßigen Hehlerei selbst „wenig Sinn" darin, die Tat als Geldwäschehandlung einem weiteren Straftatbestand zu unterwerfen.[26]

Würde man diese Rechtsprechung des *1. Strafsenats* konsequent auf die neue Rechtslage übertragen, wäre der Geldwäschetatbestand weitgehend bedeutungslos. Er müsste nämlich konsequent gedacht nun hinter jeder in Tateinheit verwirklichten Vortat zurücktreten,[27] die infolge des Wegfalls des Vortatenkataloges jede beliebige rechtswidrige Tat sein kann. Für das Konkurrenzverhältnis von Geldwäsche und Hehlerei würde dies konkret bedeuten, dass immer dann, wenn an dem unmittelbar aus der rechtswidrigen Ursprungstat stammenden Gegenstand eine Hehlereihandlung und handlungseinheitlich eine weitere, den Geldwäschetatbestand erfüllende Verwertungshandlung vorgenommen wird, die Geldwäsche nicht nur hinter § 260 StGB, sondern auch hinter § 259 StGB zurücktreten müsste. Angesichts der dargelegten erheblichen tatbestandlichen Überschneidungen des Geldwäsche- und des Hehlereitatbestandes dürfte dies sehr häufig der Fall sein. Eine derart weitreichende Verdrängung des Geldwäschetatbestandes kann dem Willen des Gesetzgebers und den europarechtlichen Vorgaben aber kaum entsprechen, sodass die schon damals kritisierte[28] Ausnahmerechtsprechung des *1. Strafsenats* des BGH jedenfalls nicht zur Grundlage der Bestimmung des Konkurrenzverhältnisses von Hehlerei und Geldwäsche nach neuer Rechtslage gemacht werden sollte.

Ebenso wenig sollte unbesehen auf die im Grundsatz unter der alten Rechtslage von der Rechtsprechung vertretene Ansicht zurückgegriffen werden, dass Hehlerei und Geldwäsche aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtungen zueinander in Tateinheit treten. Kritisiert wurde an dieser Rechtsprechung insbesondere eine zu undifferenzierte Berücksichtigung des jeweiligen Schutzzwecks der beiden Normen.[29] Legt man im Ausgangspunkt im Hinblick auf das im Einzelnen hoch umstrittene Schutzgut des § 261 StGB[30] die mit dem gesetzgeberischen Willen im Einklang stehende[31] Ansicht der Rechtsprechung und der h.M. zugrunde, wonach von den nunmehr in Abs. 1 S. 1 Nrn. 1, 2 und Abs. 2 verankerten Tatbestandsvarianten die staatliche Rechtspflege und vom nun in Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 verorteten Isolierungstatbestand zusätzlich auch das durch die Vortat verletzte Rechtsgut geschützt ist,[32] und stellt zudem im Einklang mit der insoweit ganz h.M. in Rechnung,

[24] BGH, Urt. v. 24.1.2006 – 1 StR 357/05 = NJW 2006, 1297 (1300).
[25] Offen gelassen von BGH, Beschl. v. 31.10.2018 – 2 StR 281/18 = NJW 2019, 1311 (1316).
[26] BGH, Urt. v. 24.1.2006 – 1 StR 357/05 = NJW 2006, 1297 (1301).
[27] Siehe schon *Altenhain*, in: NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 261 Rn. 158.
[28] Siehe etwa *Altenhain*, in: NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 261 Rn. 158; *Schramm*, wistra 2008, 245 (249).
[29] Siehe *Schramm*, wistra 2008, 245; *Stam*, wistra 2016, 143; *El-Ghazi*, in: Herzog, GwG, Kommentar, 4. Aufl. 2020, StGB § 261 Rn. 159.
[30] Zusammenfassend mit zahlreichen Nachweisen siehe *Altenhain*, in: NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 261 Rn. 10 ff.
[31] BT-Drs. 12/989, S. 27.
[32] Siehe *Altenhain*, in: NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 261 Rn. 10 ff. m.w.N.

dass der Hehlereistraftatbestand dem Schutz des Vermögens des Opfers der Vortat dient,[33] wäre bei Übertragung dieser Ansicht auf die neue Rechtslage zu differenzieren: Tateinheit müsste aufgrund der unterschiedlichen Schutzgüter zwischen § 259 StGB und § 261 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1, 2 und Abs. 2 StGB angenommen werden. Dagegen würde § 259 StGB von den Isolierungstatbestandsvarianten des § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 StGB verdrängt, weil diese über den Schutz der Rechtspflege hinaus zusätzlich wie § 259 StGB dem Schutz des in den fraglichen Fällen durch die Vortat verletzten Vermögens dienen, sodass der Unrechtsgehalt des § 259 StGB vollständig in dem der Isolierungstatbestandsvarianten aufgeht.[34]

Dieser schutzzweckorientierten, differenzierenden Ansicht ist zuzugeben, dass die Isolierungstatbestandsvarianten einen über den der übrigen Tatbestandsvarianten hinausgehenden Schutzzweck verfolgen, der den vom Hehlereitatbestand verfolgten Zweck des Schutzes des hier durch die Vortat verletzten Vermögens inkludiert. Allerdings würde die daraus gezogene Konsequenz, dass bei einem Zusammentreffen der Hehlerei mit den Isolierungstatbestandsvarianten des § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 StGB erstere stets zurücktreten müsse, nunmehr den Hehlereitatbestand weitgehend bedeutungslos werden lassen, weil er – wie dargelegt – jedenfalls in den Varianten des Sich- oder einem Dritten-Verschaffens vollständig im Geldwäschetatbestand aufgeht. Gerade angesichts des Auffangcharakters, welcher dem Geldwäschetatbestand zugeschrieben wird,[35] dürfte dieses Ergebnis dem gesetzgeberischen Willen noch weniger entsprechen als eine weitgehende Verdrängung des Geldwäschetatbestandes, die Folge der Übertragung der dargestellten Ausnahmerechtsprechung des *1. Strafsenats* zum Verhältnis der gewerbsmäßigen Hehlerei und der Geldwäsche auf die neue Rechtslage wäre. Insbesondere ist eine Verdrängung des § 259 StGB durch die Isolierungstatbestandsvarianten des § 261 StGB aber auch deshalb abzulehnen, weil durch eine Verurteilung allein wegen Geldwäsche auch in diesen Konstellationen nicht der vollständige Unrechtsgehalt der Tat zum Ausdruck gebracht werden kann. Für den konkreten Unrechtsgehalt ist nämlich nicht allein und ausschließlich maßgeblich, welche Rechtsgüter die Tat tangiert. Vielmehr ergibt sich der konkrete Unrechtsgehalt erst aus einer wertenden Gesamtschau aller Tatumstände. Im Hinblick auf die Hehlerei erlangt im Vergleich zur Geldwäsche hier weiterhin vor allem die Sachbezogenheit nur der ersteren Bedeutung. Weil nur die Hehlerei ausschließlich an dem unmittelbar aus der Vortat stammenden Gegenstand verübt werden kann, bringt auch nur eine Verurteilung auch wegen Hehlerei diese Sachbezogenheit der Tat zum Ausdruck, die ihren konkreten Unrechtsgehalt prägt.[36] Aus Klarstellungsgründen ist deshalb beim Zusammentreffen von Hehlerei und Geldwäsche in allen ihren tatbestandlichen Varianten stets Tateinheit anzunehmen.[37] Die unterschiedliche Schutzrichtung dient beim Zusammentreffen der Hehlerei mit der Geldwäsche speziell nach § 261 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1, 2 und Abs. 2 StGB der bisherigen Rechtsprechung entsprechend als weiteres Argument für die tateinheitliche Verurteilung.

Auch darüber hinaus stellt die Orientierung am Schutzzweck für die Bestimmung des Konkurrenzverhältnisses von § 261 StGB zu den übrigen Anschlussdelikten einschließlich des Hehlereitatbestandes jedenfalls einen tauglichen Ausgangspunkt dar, der weitergehende Konkurrenzfragen erhellt. So ist aufgrund des in den Fällen des § 261 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1, 2 und Abs. 2 StGB von dem des § 259 StGB

[33] Siehe nur *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 259 Rn. 1 m.w.N.

[34] Siehe zur alten Rechtslage *Schramm*, wistra 2008, 245 (249), der zu einem entsprechenden Ergebnis kommt; siehe von der Argumentation her entsprechend, aber ohne Konkretisierung im Hinblick auf einzelne Tatbestandsvarianten des § 261 StGB auch *El-Ghazi*, in: Herzog, GwG, Kommentar, 4. Aufl. 2020, StGB § 261 Rn. 159.

[35] BGH, Urt. v. 17.7.1997 – 1 StR 753/96 = NStZ-RR 1998, 25 (26).

[36] *Stam*, wistra 2016, 143 (144, 147).

[37] *Stam*, wistra 2016, 143 (144, 147); im Ergebnis auch *Altenhain*, in: NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 261 Rn. 158.

verschiedenen und in den Fällen des § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 StGB gegenüber § 259 StGB weitergehenden Schutzzwecks des Geldwäschetatbestandes im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung[38] davon auszugehen, dass § 259 StGB keine Sperrwirkung gegenüber der leichtfertigen Geldwäsche nach § 261 Abs. 6 StGB entfaltet, wenn die Strafbarkeit nach § 259 StGB am fehlenden Vorsatz scheitert.[39] Weiter ergibt sich aus dem Schutz jedenfalls auch der staatlichen Rechtspflege durch alle Tatbestandsvarianten des § 261 StGB, dass der ebenfalls ihrem Schutz dienende[40] Strafvereitelungstatbestand des § 258 StGB regelmäßig hinter § 261 StGB zurücktreten wird. Bei tateinheitlicher Verwirklichung des § 257 StGB dürfte aufgrund des im Einzelnen noch ungeklärten, aber jedenfalls spezifischen Schutzzwecks des Begünstigungstatbestandes, der zumindest das mit dem Schutzgut des § 261 StGB nicht deckungsgleiche Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes umfasst,[41] auch weiterhin Tateinheit anzunehmen sein.

VI. Abschlussbetrachtung und Fazit

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, vor welche Herausforderungen der neu gefasste Geldwäschetatbestand die Rechtsanwenderin und den Rechtsanwender und damit auch Studierende in der Fallbearbeitung stellt. Die alten Probleme bestehen zu großen Teilen fort, zahlreiche neue sind hinzugetreten. Das größte dieser Probleme, dem bei der Lösung sowohl der fortbestehenden alten als auch aller neuen Streitfragen Rechnung getragen werden muss, sind die erheblichen Bedenken, die mit Recht im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit des neu gefassten Geldwäschetatbestandes erhoben werden (siehe dazu II. in Teil 1). Dabei bildet die Kombination des Gesetz gewordenen all-crimes-Modells, dessen Einführung vom Wunsch der Beweiserleichterung motiviert war, mit der Beibehaltung des Leichtfertigkeitstatbestandes, die ebenfalls und weiterhin mit dem Erfordernis leichterer Beweisführung begründet wird, den Kern des Vorwurfs der Verfassungswidrigkeit. Das Bedürfnis nach leichterer Beweisführung kann im Schuldstrafrecht nämlich schon an sich die Gestaltung eines Straftatbestandes nicht rechtfertigen. Jedenfalls zur Rechtfertigung des Leichtfertigkeitstatbestandes kann das Bedürfnis nach Beweiserleichterung heute aber selbst abgesehen davon nicht mehr angeführt werden, weil es mit der Entscheidung des Gesetzgebers für das all-crimes-Modell entfallen ist.[42]

Bis das Bundesverfassungsgericht eine verfassungswidrige Norm für nichtig erklärt dürfen die Rechtsanwenderin und der Rechtsanwender und damit auch die und der Studierende sie jedoch nicht einfach unangewendet lassen. Deshalb muss der Geldwäschetatbestand bis zur etwaigen Erklärung seiner Nichtigkeit durch das Bundesverfassungsgericht in den vom Wortlaut gesteckten Grenzen konsequent restriktiv und verfassungskonform ausgelegt werden. Dabei können sich Studierende prospektiv von den zu erwartenden Restriktionen durch die Rechtsprechung leiten lassen. Entscheidend ist jedoch – wie immer – die eigene Argumentation.

[38] BGH, Urt. v. 24.1.2006 – 1 StR 357/05 = NJW 2006, 1297 (1299 f.).

[39] BGH, Urt. v. 24.1.2006 – 1 StR 357/05 = NJW 2006, 1297; aus der Lit. siehe *Ruhmannseder*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2022, § 261 Rn. 78; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 261 Rn. 36; für die a.A. siehe *El-Ghazi*, in: Herzog, GwG, Kommentar, 4. Aufl. 2020, StGB § 261 Rn. 159 m.w.N.

[40] Für die ganz h.M. siehe nur *Ruhmannseder*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2022, § 258 Rn. 2 m.w.N.

[41] Vgl. *Ruhmannseder*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2022, § 257 Rn. 4 m.w.N.

[42] Siehe nochmals oben II. 2. in Teil 1.

Fortgeschrittenenhausarbeit: See What's Next

*Wiss. Mit. Paulina Meichelbeck, Wiss. Mit. Tim Sprenger, Erlangen**

Die neuen Regelungen zu Verbraucherverträgen über digitale Produkte (§§ 327 ff. BGB) – gesetzessystematisch Normen des allgemeinen Schuldrechts und zugleich erhebliche Überlagerungen der Vorschriften zu besonderen Vertragstypen – sind auch für die juristische Ausbildung äußerst relevant. Diese Hausarbeit behandelt die Vorschriften mit Bezügen zum BGB AT und dem allgemeinen Schuldrecht. Erwartet wird insbesondere eine saubere Anwendung der juristischen Methodik und schlüssige juristische Argumentation. Studierende müssen sich unter anderem mit der Systematik der §§ 327 ff. BGB und deren Verhältnis zu anderen Möglichkeiten zur Lösung von Verträgen sowie dem gesetzlich nicht normierten Streaming-Vertrag auseinandersetzen.

Sachverhalt

K ist leidenschaftlicher Cineast. Auf der Webseite von Webflix (W) schließt er daher einen „TV-Streaming-Deal" ab. Gegen eine monatliche Gebühr von 14,99 € kann K über ein Webinterface mit Mediaplayer jederzeit auf sämtliche Filme im Angebot der W zugreifen. Nach den Vertragsbedingungen der W soll der Streamingdienst über alle handelsüblichen TVs zugänglich sein – für nicht internetfähige Fernseher bietet W im Rahmen dieses „Deals" ein „Connect-Pauschalangebot" an. Dieses beinhaltet zusätzlich den „Streaming Media HDMI TV-Stick", der durch Datenübertragung über ein WLAN-Netz Zugriff auf die von W angebotenen Inhalte ermöglicht. K ist darüber äußerst erfreut, da er für lange Filmabende seinen Somy-Fernseher mit spezieller Farbkalibrierung, aber ohne integrierten Internetzugang bevorzugt. Für den „TV-Stick" muss K eine „Leihgebühr" i.H.v. 6,99 € pro Monat bezahlen. Das gesamte „Abo" bezahlt K fürs Erste mit digitalen Gutscheinen namens „E-Coins".

Zunächst funktioniert das Streaming und die Bereitstellung des Dienstes am TV erfolgt problemlos. Einige Wochen später erhält K auf seinem TV-Bildschirm jedoch eine Fehlermeldung. Das Webinterface der W kann auf Somy-Geräten nicht mehr geöffnet werden. Wegen eines von Somy geplanten Konkurrenzangebots, dem hauseigenen Streamingdienst „Somify", steht W mit Somy im Konflikt. Aus diesem Grund hat W kurzerhand ihre Systemanforderungen für TV-Geräte angepasst. Somit weichen die Anforderungen von W nun von den technischen Eigenschaften der Somy-Geräte ab. Daran möchte W (nach öffentlichen Aussagen ihrer Geschäftsführung) bis auf unbegrenzte Zeit festhalten, auch wenn eine Umstellung zu den bisherigen Systemanforderungen jederzeit möglich wäre. Obwohl es sich bei Ks Somy-Fernseher um ein marktübliches Modell mit aktuellen Systemstandards handelt, kann K das „TV-Streaming" der W damit nicht mehr nutzen. Auf TV-Geräten anderer Hersteller würde der Streamingdienst weiterhin tadellos funktionieren.

K fragt sich, welche Möglichkeiten er hat, um sich von der Vereinbarung mit W zu lösen. Gerade als Verbraucher sei man doch umfassend geschützt. In einer Mail an W schreibt K fünf Wochen später, dass er „mit dem gesamten TV-Streaming-Abo nichts mehr zu tun haben möchte" – diese ganze

* Die *Autoren* sind Wiss. Mitarbeiter und Doktoranden am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Technikrecht von Prof. *Dr. Franz Hofmann*, LL.M. (Cambridge) an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

Geschichte sei ein „einziger riesiger Irrtum". W verlangt aber weiterhin die „volle Gebühr". Dem entgegnet K, der „TV-Stick" funktioniere zwar als solcher einwandfrei, aber er könne damit nichts mehr anfangen.

Fallfrage

Kann W weiterhin monatlich die „Streaming-Gebühr" i.H.v. 14,99 € und die „Leihgebühr" i.H.v. 6,99 € von K verlangen?

Bearbeitungsvermerk

Gehen Sie auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. hilfsgutachtlich – ein. Bei der Prüfung sind allein Vorschriften aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch heranzuziehen. Bei der Bearbeitung ist davon auszugehen, dass die Informationspflichten der §§ 312 bis 312l BGB und der Art. 246 ff. EGBGB erfüllt sind. Ordnungsgemäße Widerrufsbelehrungen liegen vor. Auch die §§ 312i, 312j BGB werden eingehalten. Der Bearbeitung aller Fragen ist die gegenwärtig gültige Rechtslage zugrunde zu legen. Es ist zu unterstellen, dass ausschließlich deutsches Recht anwendbar ist.

Lösungsvorschlag

I. Anspruch der W gegen K auf Bezahlung der „Streaming-Gebühr" i.H.v. 14,99 € gem. § 631 Abs. 1 Hs. 2 BGB und der „Leih-Gebühr" für den TV-Stick i.H.v. 6,99 € gem. § 535 Abs. 2 BGB 83

1. Anspruch entstanden 83
   a) Wirksamer Vertragsschluss 83
   b) Vertragsart 83
      aa) Art der Leistungspflichten 83
         (1) Streaming 83
         (2) TV-Stick 84
      bb) Anwendbares Recht 85
      cc) Zwischenergebnis 86
   c) Zwischenergebnis 86
2. Anspruch nicht erloschen 86
   a) Anfechtung, §§ 142 Abs. 1, 119 Abs. 2 BGB 86
      aa) Anwendbarkeit der Anfechtung gem. § 119 Abs. 2 BGB neben den §§ 327 ff. BGB 86
      bb) Weitere Anfechtungsvoraussetzungen 87
   b) Widerruf, §§ 355 Abs. 1 S. 1, 357 BGB 87
      aa) Widerrufsrecht, §§ 312g Abs. 1, 312c Abs. 1, 355 Abs. 1 S. 1, 356 BGB 88
         (1) Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB ... 88
         (2) Fernabsatzvertrag i.S.d. § 312c BGB 88

(3) Kein Erlöschen des Widerrufsrechts gem. § 356 Abs. 4 oder 5 BGB 88
bb) Widerrufserklärung, §§ 355 Abs. 1 S. 2, 3 und 4 BGB 88
cc) Widerrufsfrist, §§ 355 Abs. 2, 356 Abs. 3 S. 1 BGB 88
dd) Zwischenergebnis 89
c) Beendigung, §§ 327i Nr. 2 Alt. 1, 327m Abs. 1 und Abs. 4, 327o BGB 89
aa) Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB 89
(1) Persönlicher Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB 89
(2) Sachlicher Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB 89
(a) Bereitstellung eines digitalen Produkts gem. § 327 BGB 89
(aa) Streaming als digitales Produkt 89
(bb) Keine Bereitstellung eines körperlichen Datenträgers gem. § 327 Abs. 5 BGB 89
(cc) Paketvertrag, § 327a Abs. 1 BGB 90
(b) Gegen Zahlung eines Preises 91
(3) Zwischenergebnis 91
bb) Beendigungsrecht gem. § 327m Abs. 1 BGB 91
(1) Produktmangel, § 327e BGB 91
(2) Maßgeblicher Zeitpunkt 92
(3) Kein spezielles Beendigungsrecht nach § 327r Abs. 3 S. 1 BGB 92
(4) Beendigungsgrund gem. § 327m Abs. 1 BGB 93
cc) Kein Ausschluss wegen Unerheblichkeit, § 327m Abs. 2 BGB 94
dd) Beendigungserklärung gem. § 327o Abs. 1 S. 1 BGB 94
ee) Rechtsfolge 94
(1) Erlöschen der gegenseitigen Leistungspflichten bzgl. des Streamings 94
(2) Beendigung des gesamten Paketvertrags gem. § 327m Abs. 4 S. 1 BGB 95
(3) Erlöschen des Zahlungsanspruchs, § 327o Abs. 2 S. 2 BGB 95
d) Kündigung nach allgemeinen Vorschriften 95
aa) Anwendbarkeit der Kündigungsvorschriften neben der Beendigung 95
bb) Ordentliche Kündigung 96
cc) Zwischenergebnis 96
e) Zwischenergebnis 97
II. Gesamtergebnis 97

I. Anspruch der W gegen K auf Bezahlung der „Streaming-Gebühr" i.H.v. 14,99 € gem. § 631 Abs. 1 Hs. 2 BGB und der „Leih-Gebühr" für den TV-Stick i.H.v. 6,99 € gem. § 535 Abs. 2 BGB

W könnte ein monatlicher Zahlungsanspruch aus dem Vertragsverhältnis mit K zustehen.

1. Anspruch entstanden

Zunächst müsste zwischen W und K ein wirksamer Vertrag bestehen.

a) Wirksamer Vertragsschluss

K und W haben einen Vertrag über den „TV-Streaming-Deal" geschlossen. Der Vertragsschluss erfolgte über die Webseite der W durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien.

b) Vertragsart

Fraglich ist aber hinsichtlich der konkreten Anspruchsgrundlage, wie der „TV-Streaming-Deal" vertragsrechtlich einzuordnen ist. Grundlage einer Zuordnung zu den Vertragstypen des Bürgerlichen Gesetzbuches ist der Inhalt der Vereinbarung,[1] konkret der Vertragszweck, wie er in der vertraglichen Leistungsbeschreibung zum Ausdruck kommt, und der daraus hervorgehende Parteiwille, insbesondere nach der objektivierten Kundenerwartung.[2] Daher ist zunächst im Wege der Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB festzustellen, welche Hauptleistungspflichten geschuldet sind und infolgedessen, welches Vertragsrecht konkret anwendbar ist.

aa) Art der Leistungspflichten

Vertragsgegenstand des „TV-Streaming-Deals" ist (1) die Bereitstellung des Streamingdienstes und (2) die Gebrauchsüberlassung des „TV-Sticks". Beide Leistungen erfolgen entgeltlich. Diese Leistungspflichten könnten unter die charakteristischen Hauptleistungspflichten der Vertragstypen des Bürgerlichen Gesetzbuches eingeordnet werden oder sich an diesen orientieren.[3]

(1) Streaming

Beim Streaming (Sammelbegriff für verschiedene Inhaltsübermittlungsverfahren)[4] besteht die vertragliche Hauptpflicht des Anbieters darin, Kunden über ein Netzwerk den Abruf von unter anderem Audiodateien oder (audio)visuellen Inhalten wie z.B. Spielfilmen zu ermöglichen. Diese Inhalte können Nutzer nicht dauerhaft speichern.[5] Grundgedanke des Streamings ist – anstatt Kopien der Inhalte beim Nutzer anzulegen – vielmehr, die Inhalte direkt über einen Videoplayer auf Empfängerseite auszugeben.[6] Im Fall erhält K freien Zugriff auf alle Inhalte der Filmdatenbank der W und kann diese per Mediaplayer direkt online abspielen.

Diese Leistung könnte als Gebrauchsüberlassung digitaler Produkte und folglich als Mietvertrag eingeordnet werden, §§ 535, 548a BGB. § 548a BGB erklärt die mietrechtlichen Vorschriften aus-

[1] Vgl. BGHZ 71, 191; *Grüneberg*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, Überbl. v. § 311 Rn. 11 m.w.N.
[2] BGHZ 184, 345 Rn. 16.
[3] *Herresthal*, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.9.2022, § 311 Rn. 79, 83.
[4] *Schapiro*, in: Bräutigam/Rücker, Rechtshandbuch E-Commerce, 2017, Rn. 7 ff.; *Redeker*, IT-Recht, 7. Aufl. 2020, Rn. 1241; *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327e Rn. 59.
[5] *Kosmides*, in: Schneider, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, Abschnitt W. Rn. 542 f.
[6] *Schmidt/Pruß*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 3 Rn. 203 ff.

drücklich für entsprechend auf digitale Produkte gem. §§ 327 ff. BGB anwendbar.[7] Im Rahmen der zeitweiligen Überlassung informationeller Güter können Nutzer von Streaming-Diensten gegen Zahlung eines monatlichen Entgelts beliebig oft Daten nutzen.[8] Insofern könnte eine entgeltliche zeitweise Gebrauchsüberlassung der gesamten Filmdatenbank vorliegen.[9] Hauptzweck des Vertrages ist jedoch nicht der Zugriff auf die Datenbank als solcher, insbesondere weil deren Inhalte sich üblicherweise nach den Lizenzvereinbarungen des Streaminganbieters richten und dadurch häufigem Wechsel unterliegen.

Daher könnte ein Werkvertrag (§ 631 BGB) oder ein Dienstvertrag (§ 611 BGB) angenommen werden. Dies lässt sich gerade dann begründen, wenn die Filme nicht zur zeitlich begrenzten Nutzung bzw. Download bereitstehen, sondern wenn die jederzeit abrufbare Übermittlung der Audio- und Videodaten als Dienstleistung charakteristisch für die Hauptleistungspflicht des Providers ist.[10] Die Übertragung audiovisueller Inhalte kann jedenfalls eine Dienstleistung i.S.d. § 631 Abs. 2 BGB bzw. einen Dienst i.S.d. § 611 Abs. 2 BGB darstellen. Für die Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag kommt es an dieser Stelle darauf an, ob ein Erfolg geschuldet ist (§ 631 Abs. 2 BGB). Wird hier darauf abgestellt, dass allein eine kontinuierliche Datenübermittlung geschuldet ist, liegt ein Dienstvertrag vor. Kommt es jedoch gerade darauf an, dass die Inhalte in geeigneter Qualität während des vertraglich festgelegten Zeitraums verfügbar sind, wird also ein konkreter Übermittlungserfolg geschuldet, liegt die Annahme eines Werkvertrags näher.[11]

Die letztgenannte Situation liegt im Fall vor. Wie bei vergleichbaren Angeboten üblich soll K innerhalb der Vertragslaufzeit bei W jederzeit Filme abrufen und (per Zwischendownload) ansehen können. Nach der objektivierten Kundenerwartung kommt es bei Streamingdiensten üblicherweise darauf an, dass die Wiedergabe von Inhalten in bestmöglicher Qualität zu jeder Zeit vom Anbieter gewährleistet wird. Dass hier ein nicht nur einmaliger Abruf eines einzelnen Films geschuldet ist, schadet der Abgrenzung zum Dienstvertrag nicht. Auch Dauerwerkverträge mit wiederholt geschuldeten Erfolgen sind möglich.[12] Der Einordnung als Werkvertrag i.S.d. § 631 BGB steht folglich nicht entgegen, dass der Nutzer ein monatliches pauschales Entgelt zu entrichten hat und das Vertragsverhältnis auf eine bestimmte Zeitdauer angelegt ist und somit den Charakter eines Dauerschuldverhältnisses aufweist; angesichts der mit dem Vertrag bezweckten wiederholten Herbeiführung eines Übermittlungserfolges sind die genannten Umstände nicht maßgeblich.[13] Im Ergebnis wird hier ein Werkvertrag i.S.d. § 631 BGB angenommen (a.A. vertretbar).

(2) TV-Stick

Bezüglich des TV-Sticks wird K von W entgeltlich eine bewegliche Sache i.S.d. § 90 BGB für die Vertragslaufzeit überlassen. Entgegen der Bezeichnung als „Leihgebühr" handelt es sich damit nicht um einen Leihvertrag, sondern um einen Mietvertrag über den Stick gem. § 535 BGB i.V.m. §§ 133, 157 BGB (falsa demonstratio non nocet).

---

[7] *Weidenkaff*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 548a Rn. 1.

[8] *Redeker*, IT-Recht, 7. Aufl. 2020, Rn. 1241; *ders.*, CR 2011, 634 (635).

[9] Vgl. *Redeker*, IT-Recht, 7. Aufl. 2020, Rn. 1241, der die gleiche Situation für Musik beschreibt.

[10] *Kosmides*, in: Schneider, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, Abschnitt W. Rn. 546.

[11] *Kosmides*, in: Schneider, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, Abschnitt W. Rn. 546.

[12] *Sänn u.a.,* Status quo digitaler Inhalte in Deutschland, 2017, S. 19 mit Verweis auf LG Schweinfurt BeckRS 2014, 54331; *Kosmides*, in: Schneider, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, Abschnitt W. Rn. 547; a.A. *Redeker*, CR 2011, 634 (636).

[13] So zur vertragstypologischen Einordnung eines Internet-System-Vertrags als Werkvertrag mit Dauerschuldcharakter BGHZ 184, 345 Rn. 27.

Damit verbunden ist das Leistungsversprechen einer Internetübertragung vom WLAN-Netz auf den Fernseher, welche der Stick ermöglichen soll. Dies kann als zusätzliche Werk- (Internetübermittlung als Erfolg) oder Dienstleistung (kontinuierliche Übermittlung) klassifiziert werden oder als Beschaffenheit des Sticks im mietvertraglichen Teil (funktionierende WLAN-Antenne) verstanden werden. Nach der objektivierten Kundenerwartung steht die Überlassung der Sache jedoch im Vordergrund, weil die Funktion der Datenübertragung untrennbar mit dem Stick verbunden ist.

bb) Anwendbares Recht

Fraglich ist nun, ob es sich um einen oder mehrere Verträge handelt und damit auch, welches Recht (Werk- oder Mietvertragsrecht) anwendbar ist.[14]

Zunächst kann danach unterschieden werden, ob mehrere voneinander unabhängige Verträge vorliegen, ob es sich um einen zusammengesetzten Vertrag handelt oder ob der Vertrag mehrere Leistungspflichten vereint. Dies ist nach dem Parteiwillen unter Berücksichtigung der Verkehrssitte gem. §§ 133, 157 BGB zu bestimmen und richtet sich danach, ob die Parteien die jeweiligen Leistungspflichten auch als selbstständige Vereinbarungen darstellen könnten.[15] Vorliegend wird für die von W zu erbringenden Leistungen ein jeweils gesondertes Entgelt i.H.v. 14,99 € für die Streaming-Leistung bzw. i.H.v. 6,99 € für die Überlassung des TV-Sticks vereinbart. Die Streaming-Leistung könnte auch allein z.B. über mobile Endgeräte erbracht werden. Jedoch ist die Miete des Sticks nur sinnvoll, wenn das Streaming daneben bereitgestellt wird. Auch ist der Vertragsschluss derart gestaltet, dass beide Leistungen zusammen im Rahmen des „Connect-Pauschalangebots" der W gebucht werden. Unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung und der Umstände des Vertragsschlusses ist gerade wegen der Bündelung der Leistungen der W in einem Angebot („TV-Streaming-Deal", „Connect-Pauschalangebot") von einer einheitlichen vertraglichen Vereinbarung mit mehreren Leistungspflichten auszugehen. All dies spricht für einen einzigen Vertrag und nicht für die Annahme mehrerer (ggf. zusammengesetzter) Verträge.

Für diesen gemischten Vertrag (Vertrag mit mehrfachtypischer Leistung[16] aus Werk- und Mietvertrag) ist in der Folge zu entscheiden, welches Recht anwendbar ist. Dafür stehen entweder die Kombinations- oder die Absorptionsmethode zur Verfügung, wobei deren Anwendung und Geltung umstritten sind.[17] Nach der Kombinationsmethode wird für den jeweiligen Vertragsteil gesondert das vertragstypische Recht angewandt.[18] Nach der Absorptionsmethode wird auf den Schwerpunkt des Vertrags abgestellt und folglich für den gesamten Vertrag allein das Recht des Vertragstyps angewandt, welches den Gesamtvertrag am stärksten prägt. Nachdem beide Methoden in Grenzfällen Schwächen haben können, die Kombinationsmethode aber präzisere Ergebnisse in der Phase von Leistungsstörungen ermöglicht,[19] kann vermittelnd darauf abgestellt werden, dass zumindest dort,

[14] Zur Zulässigkeit von typengemischten Verträgen über digitale Produkte vgl. *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, Vorb. § 327 Rn. 19.

[15] *Emmerich*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 35; *Grüneberg*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, Überbl. v. § 311 Rn. 16.

[16] *Herresthal*, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.9.2022, § 311 Rn. 85.

[17] *Herresthal*, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.9.2022, § 311 Rn. 91 ff.; *Grüneberg*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, Überbl. v. § 311 Rn. 24 ff.

[18] Der Theorie der analogen Rechtsanwendung zufolge sind dabei die Normen des jeweiligen Vertragstyps analog anzuwenden, da typengemischte Verträge gesetzlich nicht geregelt und daher Verträge sui generis seien, vgl. *Schreiber*, JherJb 60 (1912), 106; *Herresthal*, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.9.2022, § 311 Rn. 91.

[19] *Herresthal*, in: BeckOGK BGB, Stand: 15.9.2022, § 311 Rn. 92 f.; *Grüneberg*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, Überbl. v. § 311 Rn. 25.

wo die Vorschriften der jeweils typischen Verträge nicht kollidieren, die Kombinationsmethode angewandt werden kann. Bei Kollision kann auf den Schwerpunkt abgestellt werden.[20]

cc) Zwischenergebnis

Im Fall können somit die Vertragsbestandteile individuell betrachtet werden. Der Anspruch der W auf Zahlung der „Gebühren" ergibt sich für die Bereitstellung des Streamingdienstes aus § 631 Abs. 1 HS. 2 BGB, für die Miete des TV-Sticks aus § 535 Abs. 2 BGB. Ein Schwerpunkt des Vertrages zwischen K und W muss zumindest hinsichtlich des Zahlungsanspruches nicht gebildet werden, da die Normen insoweit keine Kollision beinhalten, sondern jeweils zu einem monatlichen Zahlungsanspruch der W führen.

c) Zwischenergebnis

Der Anspruch der W gegen K auf Zahlung ist i.H.v. 14,99 € und 6,99 €, d.h. in einer Gesamthöhe von 21,98 € entstanden.

2. Anspruch nicht erloschen

K könnte eines oder mehrere Gestaltungsrechte ausgeübt haben, die ein Erlöschen des Anspruchs herbeiführen.

a) Anfechtung, §§ 142 Abs. 1, 119 Abs. 2 BGB

Der Anspruch könnte von Anfang an erloschen sein, § 142 Abs. 1 BGB, wenn K wirksam wegen Eigenschaftsirrtums anficht.

K „möchte mit diesem ganzen Deal nichts mehr zu tun haben". Diese Äußerung ist gem. §§ 133, 157 BGB analog nach dem objektiven Empfängerhorizont als Anfechtungserklärung i.S.d. § 142 Abs. 1 BGB auszulegen. Die Regelung des § 157 BGB findet entgegen dem Wortlaut auch auf die Auslegung einseitiger empfangsbedürftiger Willenserklärungen Anwendung.[21] Die Erklärung erfolgte gegenüber Vertragspartner W, §§ 143 Abs. 1, Abs. 2 Alt. 1 BGB.

aa) Anwendbarkeit der Anfechtung gem. § 119 Abs. 2 BGB neben den §§ 327 ff. BGB

Eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums nach § 119 Abs. 2 BGB könnte bereits ausgeschlossen sein, soweit der Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB als besonderes Gewährleistungsrecht für digitale Produkte eröffnet ist.

Dafür spricht eine Parallelwertung zum kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht der §§ 434 ff. BGB, wo eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums bei Mängeln der Kaufsache (jedenfalls nach Gefahrübergang)[22] ausgeschlossen ist. Der Anwendbarkeit des § 119 Abs. 2 BGB neben den Sonderregelungen des Gewährleistungsrechts steht entgegen, dass andernfalls der Vorrang der Nacherfüllung, die Verjährung gem. § 438 BGB sowie der Ausschlusstatbestand des § 442 Abs. 1 S. 2 BGB umgangen

[20] *Grüneberg*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, Überbl. v. § 311 Rn. 25.

[21] *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 133 Rn. 20.

[22] Wohl auch für die Zeit vor Gefahrübergang, vgl. *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 119 Rn. 28; zum Streitstand vgl. *Westermann*, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 437 Rn. 54 m.w.N.

würden. Entsprechendes gilt für die werkvertragliche Mängelhaftung (§§ 634 ff. BGB)[23] und das Mietvertragsrecht (§§ 536 ff. BGB)[24].

Gegen einen Ausschluss der Anfechtung spricht, dass sich diese Argumente in den §§ 327 ff. BGB nicht vollständig wiederfinden.[25] Zwar ergibt sich auch aus den §§ 327i ff. BGB, dass die Nacherfüllung grundsätzlich vorrangig ist.[26] Insbesondere gibt es aber keine Vorschrift, die wie § 442 Abs. 1 S. 2 BGB die Mängelrechte bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Mangels ausschließt. Aus der Gesetzesbegründung lässt sich (anders als im Kaufrecht)[27] ein Ausschluss der Anfechtung nicht ableiten.

Dieser Streit ist indes nur relevant, wenn die Anfechtung wirksam wäre. Vorliegend könnte die Anfechtung ohnehin aus anderen Gründen ausscheiden.

bb) Weitere Anfechtungsvoraussetzungen

Als Anfechtungsgrund i.S.d. § 119 Abs. 2 BGB müsste ein Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften der Sache bei Abgabe der Willenserklärung des K zum Vertragsschluss vorgelegen haben.

Sachen i.S.d. § 119 Abs. 2 BGB sind auch nichtkörperliche Gegenstände,[28] z.B. digitale Produkte. Die Annahme, dass K den Streamingdienst der W auch in Zukunft auf seinem Fernseher nutzen kann, könnte einen nach § 119 Abs. 2 BGB ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Streamingdienstes darstellen.

Problematisch ist aber, dass die Nutzbarkeit des Streamings erst im weiteren Verlauf wegfällt. Zum Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung, vgl. § 119 Abs. 1 BGB, hat sich K also nicht über Eigenschaften der Sache geirrt. Zukünftige Umstände fallen nicht unter § 119 Abs. 2 BGB.[29] Mangels Anfechtungsgrund scheidet eine Anfechtung aus. Außerdem wäre auch die Frist des § 121 Abs. 1 S. 1 BGB bereits verstrichen.

Der Anspruch der W ist also nicht gem. § 142 Abs. 1 BGB ex tunc erloschen.

Auf die Frage, ob bei Dauerschuldverhältnissen § 142 Abs. 1 BGB teleologisch zu reduzieren ist – insbesondere wegen der Komplikationen einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung auch sämtlicher mittelbar betroffener Rechtsgeschäfte – und die Anfechtung infolgedessen lediglich ex nunc und damit wie eine Kündigung wirkt,[30] ist wegen der fehlenden Anfechtungsvoraussetzungen nicht weiter einzugehen.

b) Widerruf, §§ 355 Abs. 1 S. 1, 357 BGB

Der Anspruch der W könnte erloschen sein, wenn K wirksam widerrufen hat, §§ 355 Abs. 1 S. 1, 357 BGB. Dann wären W und K an ihre Willenserklärungen nicht mehr gebunden, § 355 Abs. 1 S. 1 BGB.

K müsste ein Widerrufsrecht i.S.d. § 355 BGB zustehen, von welchem er fristgerecht Gebrauch gemacht hat.

---

[23] *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 119 Rn. 28.

[24] Str., vgl. *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 119 Rn. 28; *Ambrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 35; a.A. *Weidenkaff*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 536 Rn. 12.

[25] *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327i Rn. 17 m.w.N.

[26] Vgl. *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327l Rn. 12.

[27] BT-Drs. 14/6040, S. 210.

[28] BGH, Urt. v. 14.11.1962 – V ZR 66/61 = BeckRS 1962, 31185147; *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 119 Rn. 27.

[29] *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 119 Rn. 24 m.w.N.

[30] *Beurskens*, in: BeckOGK BGB, Stand: 01.11.2022, § 142 Rn. 41 ff.

aa) Widerrufsrecht, §§ 312g Abs. 1, 312c Abs. 1, 355 Abs. 1 S. 1, 356 BGB

K könnte ein Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 Alt. 2 BGB zustehen. Dies setzt voraus, dass der Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB eröffnet ist und der Vertrag mit W ein Fernabsatzvertrag i.S.d. § 312c BGB ist.

(1) Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB

Der Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB ist eröffnet, wenn ein Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB vorliegt, bei dem sich der Verbraucher zu der Zahlung eines Preises verpflichtet, § 312 Abs. 1 BGB. W handelt bei Abschluss des Vertrages in Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit, mithin als Unternehmer i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB. K schließt den entgeltlichen (siehe oben) Vertrag mit W zu rein privaten Zwecken ab, die nicht überwiegend seiner selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können, und ist folglich Verbraucher i.S.d. § 13 S. 1 BGB. Ein Verbrauchervertrag zwischen K und W i.S.d. §§ 310 Abs. 3, 312 Abs. 1 BGB liegt daher vor.

(2) Fernabsatzvertrag i.S.d. § 312c BGB

Der Vertrag zwischen Unternehmer W und Verbraucher K wurde unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen (§ 312c Abs. 1, Abs. 2 BGB). Eine Widerlegung gem. § 312c Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB gelingt W nicht.

K steht folglich gem. § 312g Abs. 1 ein Widerrufsrecht zu.

(3) Kein Erlöschen des Widerrufsrechts gem. § 356 Abs. 4 oder 5 BGB

Das Widerrufsrecht ist auch nicht gem. § 356 Abs. 4 oder 5 BGB erloschen. Zwar könnte es sich nach dem unionsrechtlichen Dienstleistungsbegriff wegen der Bereitstellung des Streamingdienstes um einen Vertrag zur Erbringung von Dienstleistungen (§ 611 BGB bzw. § 631 BGB) gem. § 356 Abs. 4 BGB handeln.[31] Aufgrund des Dauerschuldcharakters des vorliegenden Vertrages (Abomodell) ist die seitens W geschuldete Dienstleistung aber jedenfalls noch nicht vollständig erbracht, sodass das Widerrufsrecht nicht erlischt. Des Weiteren könnte zwar hinsichtlich des Streamings ein Vertrag über die Bereitstellung von nicht auf einem körperlichen Datenträger befindlichen digitalen Inhalten vorliegen, der den Verbraucher zur Zahlung eines Preises verpflichtet, § 356 Abs. 5 Nr. 2 BGB, die Voraussetzungen der § 356 Abs. 5 Nr. 2 lit. a, b, c BGB sind jedoch nicht erfüllt.

bb) Widerrufserklärung, §§ 355 Abs. 1 S. 2, 3 und 4 BGB

Die Erklärung des K, sich vom Vertrag mit W lösen zu wollen (siehe oben), ist gem. §§ 133, 157 BGB analog nach dem objektiven Empfängerhorizont als Widerrufserklärung gegenüber Unternehmer W i.S.d. § 355 Abs. 1 S. 2 BGB auszulegen. Hieraus geht der Entschluss des K zum Widerruf eindeutig hervor, § 355 Abs. 1 S. 3 BGB, wobei eine Begründung gem. § 355 Abs. 1 S. 4 BGB nicht erforderlich ist.

cc) Widerrufsfrist, §§ 355 Abs. 2, 356 Abs. 3 S. 1 BGB

K müsste den Widerruf fristgerecht erklärt haben, § 355 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB. Da W sämtliche Informationspflichten eingehalten hat, beträgt die Widerrufsfrist 14 Tage ab Vertragsschluss, §§ 355

[31] Vgl. Art. 2 Nr. 6 Verbraucherrechte-Richtlinie; *Fritsche*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 356 Rn. 39; *Müller-Christmann*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2022, § 356 Rn. 23.

Abs. 2 S. 1 und S. 2, 356 Abs. 3 S. 1 BGB. Als K über fünf Wochen nach Vertragsschluss seine Erklärung an W absendet (vgl. § 355 Abs. 1 S. 5 BGB), ist die Widerrufsfrist jedenfalls bereits verstrichen.

dd) Zwischenergebnis

Die Ansprüche der W sind nicht infolge Widerrufs erloschen.

c) Beendigung, §§ 327i Nr. 2 Alt. 1, 327m Abs. 1 und Abs. 4, 327o BGB

Der Anspruch könnte aber erloschen sein, wenn K das Recht zur Vertragsbeendigung nach §§ 327i Nr. 2 Alt. 1, 327m Abs. 1 BGB geltend gemacht hat.

Je nach vertretenem Vertragstyp sind hier zusätzliche Vorschriften anzuführen. Bei Werkverträgen über die Herstellung digitaler Inhalte bzw. digitale Dienstleistungen verdrängen §§ 327 ff. BGB gem. § 650 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 BGB die Regelungen der §§ 633 ff. BGB. Im Dienstvertragsrecht verweist § 620 Abs. 4 BGB für Verbraucherverträge über digitale Dienstleistungen auf die Beendigung. § 578b Abs. 2 BGB sieht die Anwendbarkeit von § 327m BGB auf Verträge über die Miete digitaler Produkte vor.

aa) Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB

Zunächst müsste dafür der Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB eröffnet sein.

(1) Persönlicher Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB

Ein Verbrauchervertrag gem. § 310 Abs. 3 BGB liegt vor (siehe oben).

(2) Sachlicher Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB

Dieser Vertrag müsste die Bereitstellung eines digitalen Produkts durch den Unternehmer gegen die Zahlung eines Preises durch den Verbraucher zum Gegenstand haben, § 327 Abs. 1 S. 1 BGB.

(a) Bereitstellung eines digitalen Produkts gem. § 327 BGB

Vertragsgegenstand des „TV-Streaming-Deals" sind die Bereitstellung des Streamingdienstes und die Gebrauchsüberlassung des TV-Sticks mit entsprechender aufgespielter Software (siehe oben). Diese müssten digitale Inhalte bzw. Dienstleistungen i.S.d. § 327 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB darstellen.

(aa) Streaming als digitales Produkt

Digitale Inhalte sind Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden, § 327 Abs. 2 S. 1 BGB, z.B. Video- oder Audiodateien, wobei es nicht darauf ankommt, ob auf die Inhalte von einem körperlichen Datenträger, durch Herunterladen, mittels Streamings oder in sonstiger Weise zugegriffen wird.[32] Streaming ist daher eine dauerhafte Bereitstellung digitaler Inhalte im Rahmen eines Werkvertrags (a.A. vertretbar).

(bb) Keine Bereitstellung eines körperlichen Datenträgers gem. § 327 Abs. 5 BGB

Fraglich ist, ob die §§ 327 ff. BGB auch auf den TV-Stick anzuwenden sind. Dieser vereint die Hardware, d.h. den Stick als bewegliche Sache gem. § 90 BGB, und die darauf befindliche Software zur

[32] ErwG 19 der Verbraucherrechte-Richtlinie und ErwG 19 der Digitale-Inhalte-Richtlinie.

Herstellung einer WLAN-Verbindung. Auf körperliche Gegenstände finden die §§ 327 ff. BGB mit ihrer Beschränkung auf digitale Produkte als Vertragsgegenstand grundsätzlich keine Anwendung.

Allerdings könnte es sich bei dem TV-Stick um einen körperlichen Datenträger gem. § 327 Abs. 5 BGB handeln, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient. Damit die §§ 327 ff. BGB (mit Ausnahme der §§ 327b, 327c BGB) anwendbar sind, muss der Datenträger selbst der Träger der digitalen Inhalte sein und nicht lediglich den Zugang zu oder die Bedienung von an anderen Speicherorten befindlichen digitalen Inhalten ermöglichen.[33] Außerdem darf der Datenträger keine weiteren Funktionen außer der als Träger digitaler Inhalte erfüllen (argumentum e § 327 Abs. 5 BGB: „ausschließlich").[34]

Vorliegend kommen hier zwei Arten von digitalen Inhalten in Betracht: Die bezüglich der Streaming-Leistung bereitgestellten Filme als digitale Inhalte (bzw. das Streaming als digitale Dienstleistung) sowie die Software des TV-Sticks zur Herstellung einer WLAN-Verbindung.

Der Stick ermöglicht durch WLAN-Datenübertragung Zugriff auf die im Rahmen des Streamings bereitzustellenden Inhalte auf nicht internetfähigen Geräten. Folglich dient er gerade nicht als Speicherort der Medieninhalte (Filme) als digitale Inhalte, sondern fungiert lediglich als Zugang dazu. Auch wenn man an dieser Stelle auf die Software als digitalen Inhalt abstellt, so dient der Stick jedenfalls nicht ausschließlich als Speicherort für diesen digitalen Inhalt. Vielmehr erfüllt er in erster Linie die Zugangs- bzw. Anschlussfunktion zum Abspielen der Medieninhalte. Der TV-Stick fällt somit nicht unter § 327 Abs. 5 BGB.

Dass der TV-Stick als Ware mit digitalen Elementen i.S.d. § 327a Abs. 3 S. 1 BGB einzuordnen wäre, hindert an dieser Stelle nicht die Anwendbarkeit der §§ 327 ff. BGB, da kein Kaufvertrag vorliegt.

(cc) Paketvertrag, § 327a Abs. 1 BGB

Bei dem „TV-Streaming-Deal" könnte es sich aber um einen Paketvertrag handeln, also einen Verbrauchervertrag, der neben der Bereitstellung digitaler Produkte auch die Bereitstellung anderer Sachen zum Gegenstand hat, § 327a Abs. 1 S. 1 BGB. Zwar setzt der Begriff nicht voraus, dass die gebündelten Leistungspflichten inhaltlich verbunden oder voneinander wirtschaftlich abhängig sind; die Vereinbarungen über die verschiedenen Leistungsgegenstände müssen aber Gegenstand eines einzigen Vertrages zwischen denselben Vertragsparteien sein,[35] wie sich auch aus dem Wortlaut der Norm ergibt.

Hier liegen Abreden zwischen denselben Parteien, namentlich W und K, über mehrere Leistungsgegenstände vor. Diese sind Gegenstand eines einzigen einheitlichen Vertrages (siehe oben). Ansonsten würde an dieser Stelle eine künstliche Auftrennung der inhaltlich verbundenen Vertragsgegenstände vorgenommen. Ein Paketvertrag nach § 327a Abs. 1 S. 1 BGB ist folglich gegeben.

Das ändert aber an dieser Stelle nichts an der Anwendung der §§ 327 ff. BGB: Nach § 327a Abs. 1 S. 2 BGB sind diese Vorschriften nur auf diejenigen Bestandteile eines Paketvertrags anzuwenden, welche die digitalen Produkte betreffen. Vorliegend fällt das Mietverhältnis über den TV-Stick als körperlichen Gegenstand i.S.d. § 90 BGB folglich nicht in den Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB. Zwar enthält der Stick nach § 327a Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB die Software als digitalen Inhalt. Ausweislich § 327a Abs. 2 S. 2 BGB sind die §§ 327 ff. BGB aber nur auf das digitale Produkt, nicht hingegen auf den Stick als körperlichen Gegenstand anwendbar.

---

[33] BT-Drs. 19/27653, S. 42.
[34] Vgl. *Grüneberg*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 327 Rn. 7.
[35] BT-Drs. 19/27653, S. 45.

(b) Gegen Zahlung eines Preises

Vorliegend bezahlt K zunächst nicht mit Geld, sondern mit „E-Coins". Diese digitalen Gutscheine sind als E-Coupons gem. § 327 Abs. 1 S. 2 BGB die digitale Darstellung eines Wertes und folglich Zahlung eines Preises i.S.d. § 327 Abs. 1 S. 1 BGB.

(3) Zwischenergebnis

Der Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB ist bezüglich des Streamings als Teil eines Paketvertrages eröffnet.

bb) Beendigungsrecht gem. § 327m Abs. 1 BGB

Damit K ein Beendigungsrecht zusteht, müssten ein Produktmangel sowie einer der Beendigungsgründe gem. § 327m Abs. 1 Nr. 1–6 BGB vorliegen.

(1) Produktmangel, § 327e BGB

Ein Produktmangel liegt vor, wenn das digitale Produkt zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht den subjektiven oder objektiven Anforderungen (§ 327e Abs. 2 und 3 BGB) oder den Anforderungen an die Integration (§ 327e Abs. 4 BGB) entspricht. K kann den Streamingdienst nicht mehr auf seinem Fernseher nutzen.

Hierin könnte ein Verstoß gegen die zwischen den Vertragsparteien vereinbarte Beschaffenheit des Streamingdienstes liegen. Eine solche Beschaffenheitsvereinbarung kann ausdrücklich oder konkludent geschlossen werden.[36] Der Begriff der Beschaffenheit ist dabei weit zu verstehen und umfasst sämtliche Merkmale, die dem digitalen Produkt selbst anhaften oder sich aus seiner Beziehung zur Umwelt ergeben.[37] Ausdrücklich erfasst sind von § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a BGB unter anderem die Merkmale der Funktionalität und Kompatibilität.

Funktionalität ist die Fähigkeit eines digitalen Produkts, seine Funktionen seinem Zweck entsprechend zu erfüllen, § 327e Abs. 2 S. 2 BGB. Darunter fallen beispielsweise technische Beschränkungen.[38] Vorliegend weichen die technischen Anforderungen der W für die Nutzung des Streamingdienstes von den technischen Eigenschaften der Somy-Geräte ab. Hierin könnte eine solche technische Beschränkung liegen. Auf TV-Geräten anderer Hersteller funktioniert der Streamingdienst jedoch weiterhin. Eine technische Beschränkung im Sinne einer Funktionsbeeinträchtigung des digitalen Produktes selbst liegt aber nicht vor.[39] Der Streamingdienst an sich kann vielmehr alle für seinen Zweck erforderlichen Funktionen, d.h. die Übermittlung der jeweiligen Daten an Endnutzer zum Abspielen der Medieninhalte, grundsätzlich erfüllen.

Kompatibilität ist die Fähigkeit eines digitalen Produkts, mit Hardware oder Software zu funktionieren, mit der digitale Produkte derselben Art in der Regel genutzt werden, ohne dass sie konvertiert werden müssen, § 327e Abs. 2 S. 3 BGB.

Vorliegend bietet W den Streamingdienst im Rahmen des „TV-Streaming-Deals" als „Connect-Pauschalangebot" mit TV-Stick an. Gemäß den Vertragsbedingungen soll der Streamingdienst über alle handelsüblichen TVs zugänglich sein (Sollbeschaffenheit).

---

[36] *Grüneberg*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 327e Rn. 2.
[37] BT-Drs. 19/27653, S. 54 in Anlehnung an den Beschaffenheitsbegriff des § 434 BGB.
[38] ErwG 43 der Digitale-Inhalte-Richtlinie; *Föhlisch*, in: BeckOK IT-Recht, Stand: 1.10.2022, BGB § 327e Rn. 12.
[39] Vgl. BT-Drs. 19/27653, S. 55.

Eine Beschaffenheitsvereinbarung liegt aber erst dann vor, wenn der Schuldner eindeutig in vertragsmäßig bindender Weise die Gewähr für das Vorliegen bestimmter Eigenschaften des Vertragsgegenstandes übernommen hat und folglich erklärt, im Falle des Fehlens zugesicherter Eigenschaften für die Folgen einstehen zu wollen.[40] Gemäß den Vertragsbedingungen der W soll der Streamingdienst über alle handelsüblichen TVs zugänglich sein, wobei der Zugriff für nicht internetfähige Fernseher über den TV-Stick ermöglicht wird. Die explizite Aufnahme dieser Eigenschaft in die Vertragsbedingungen der W – in Form einer Kompatibilitätszusage – genügt als konkreter Anhaltspunkt für die Zusicherung der konkreten Beschaffenheit des digitalen Produkts. W bringt dadurch verbindlich zum Ausdruck, für die Kompatibilität ihres Streamingdienstes mit handelsüblichen TVs einstehen zu wollen. Die strengen an das Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung zu stellenden Anforderungen sind daher erfüllt (a.A. vertretbar).

Vorliegend kann das Webinterface der W, über welches der Zugriff auf den Streamingdienst auf TV-Geräten (Hardware) erfolgt, nicht mehr geöffnet werden. Die Systemanforderungen des W-Streamingdienstes weichen von den technischen Anforderungen der Somy-TVs ab, sodass das digitale Produkt nicht mehr mit dem Somy-TV des K funktioniert. Der Fernseher – ein marktübliches Modell mit aktuellen Systemstandards – ist dabei als Hardware, mit der Streamingdienste in der Regel genutzt werden, einzuordnen. Somy-Geräte sind nach den Angaben im Sachverhalt handelsübliche TVs im Sinne der Parteivereinbarung. Ks Fernseher funktioniert auch ansonsten fehlerfrei. Folglich weicht die Istbeschaffenheit des Streamingdienstes hinsichtlich des Beschaffenheitsmerkmals Kompatibilität negativ von der Sollbeschaffenheit ab. Ein Produktmangel i.S.d. § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a BGB liegt vor.

Daneben kann ein Produktmangel gem. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB auch wegen Abweichung von der üblichen und erwartbaren Kontinuität (Var. 5) vertreten werden.

(2) Maßgeblicher Zeitpunkt

Bei dem Abonnement handelt es sich um einen Fall der dauerhaften Bereitstellung nach § 327e Abs. 1 S. 3 BGB, d.h. die Mangelfreiheit ist während des gesamten Bereitstellungszeitraums vertraglich geschuldet.

Ab dem Zeitpunkt der Umstellung der Systemanforderungen der W liegt daher ein Mangel des Streamingdienstes gem. §§ 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 1 S. 3 BGB vor.

Vorliegend hat W den Streamingdienst bereitgestellt, sodass K kein Beendigungsrecht wegen (teilweiser) Nichtleistung gem. § 327c BGB zusteht.[41] Nach Angaben des Sachverhalts ist die Bereitstellung gem. § 327c Abs. 1 S. 1 BGB zum Zeitpunkt der Fälligkeit nicht vollständig unterblieben. W hat vielmehr das Webinterface weiterhin (für alle Kunden) bereitgestellt; dieses kann nur auf Somy-TVs nicht mehr geöffnet werden, was eine mangelhafte Leistung darstellt, vgl. Art. 7 lit. a und Art. 8 Abs. 1 lit. b der Digitale-Inhalte-Richtlinie.[42]

(3) Kein spezielles Beendigungsrecht nach § 327r Abs. 3 S. 1 BGB

Im Rahmen von dauerhaften Bereitstellungen eines digitalen Produkts erlaubt § 327r BGB dem

[40] Zur Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 BGB st. Rspr., vgl. nur BGH NJW 2019, 1937 Rn. 22; *Weidenkaff*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 434 Rn. 12.

[41] ErwG 51 S. 3 der Digitale-Inhalte-Richtlinie; zur Abgrenzung von der geschuldeten Kontinuität *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327e Rn. 35.

[42] BT-Drs. 19/27653, 50; *Schulze*, in: Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl. 2021, § 327c Rn. 1.

Unternehmer, nach speziellen Maßgaben das Produkt nachträglich zu ändern.[43] Die Umstellung der Systemanforderungen der W stellt keine zulässige Produktänderung nach den kumulativen Vorgaben der § 327r Abs. 1 und Abs. 2 BGB dar, insbesondere sieht der Vertrag zwischen W und K keine Änderungsmöglichkeit vor. Stattdessen wird hier ohne Vertragsänderung oder -neuabschluss die Zugriffsmöglichkeit des K als Nutzer eingeschränkt, § 327r Abs. 2 S. 1 BGB. Bei solchen für Verbraucher nachteiligen Änderungen steht ihm ein Beendigungsrecht gem. § 327r Abs. 3 S. 1 BGB zu. Zur Ausübung hätte K gem. § 327r Abs. 3 S. 2, 3 BGB eine Frist von 30 Tagen ab Erhalt einer Information zur Produktänderung nach § 327r Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB. Eine solche Information erhält K nicht. In diesen Fällen gilt die Frist ab der Änderung, was sich zwar nicht aus § 327r Abs. 3 BGB direkt ergibt, jedoch aus dessen sekundärer Berücksichtigung des Zeitpunkts der Produktänderung zu schließen ist.[44] K äußert sich gegenüber W erst fünf Wochen, nachdem die Kompatibilitätsprobleme durch die Produktänderung erfolgen. Die 30-tägige Frist ist damit abgelaufen. Sollte ein Mangel durch die Änderung vorliegen, ist § 327r Abs. 3 BGB jedoch keine lex specialis gegenüber anderen Beendigungsrechten, wodurch §§ 327i Nr. 2 Alt. 1, 327m Abs. 1 BGB weiter geprüft werden kann.[45]

(4) Beendigungsgrund gem. § 327m Abs. 1 BGB

Darüber hinaus ist einer der abschließend aufgezählten Beendigungsgründe des § 327m Abs. 1 BGB erforderlich.

Ein Beendigungsrecht könnte nach § 327m Abs. 1 Nr. 1 BGB bestehen, wenn die Nacherfüllung gem. 327l Abs. 2 BGB ausgeschlossen ist. Eine Rückumstellung auf die alten Systemanforderungen, wodurch der vertragsgemäße Zustand gem. § 327l Abs. 1 S. 1 BGB hergestellt würde, wäre für W jederzeit möglich. Daher liegt kein Fall der Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB vor, § 327l Abs. 2 S. 1 Alt. 1 und S. 3 BGB. Die Nacherfüllung ist auch nicht nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich, § 327l Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB. Durch das von Somy geplante Konkurrenzangebot Somify könnte W zwar wirtschaftliche Nachteile erleiden. Diese sind aber keine unmittelbare Folge einer Rückumstellung der Systemanforderungen und folglich nicht als Kosten für die Nacherfüllung in die Abwägung einzustellen. Selbst wenn die Systemumstellung mit hohen Kosten verbunden wäre, würde W damit nach lebensnaher Auslegung auch Kompatibilitätsmängel beheben, die bei anderen Abonnenten bzw. Nutzern als K in der gleichen Form aufgetreten sind, sodass die Nacherfüllung jedenfalls im Verhältnis zum einzelnen Verbraucher wieder verhältnismäßig wäre.[46]

Ein Beendigungsgrund nach § 327m Abs. 1 Nr. 2 BGB scheidet bereits aus, weil K kein Nacherfüllungsverlangen gegenüber W geäußert hat, sondern erklärt hat, sich von der Vereinbarung mit W lösen zu wollen. Auch § 327m Abs. 1 Nr. 3 BGB ist nicht einschlägig, da kein Nacherfüllungsversuch unternommen wurde.

Ob gem. § 327m Abs. 1 Nr. 4 BGB ein derart schwerwiegender Mangel vorliegt, dass die sofortige Beendigung gerechtfertigt ist, muss in einer umfassenden Interessenabwägung im Einzelfall festgestellt werden.[47] Beispiele für derartige Fälle sind unter anderem ein schwerwiegender Vertrauens-

[43] BT-Drs. 19/27653, S. 77.

[44] *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327r Rn. 19; *Grüneberg*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 327r Rn. 3.

[45] Vgl. ErwG 77 der Digitale-Inhalte-Richtlinie.

[46] Vgl. *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, 2020, Art. 14 Rn. 41; *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327l Rn. 12.

[47] *Grüneberg*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 327m Rn. 3; BT-Drs. 19/27653, S. 68.

verlust[48] oder das arglistige Verschweigen von Mängeln.[49] Nachdem der Mangel durch wenige (digitale) Änderungen der Systemanforderungen durch W ausgeräumt werden kann, die W ihr Vorgehen öffentlich gemacht hat und K nicht bereits bei Vertragsschluss über das dort noch nicht absehbare, künftige Vorgehen getäuscht wurde, handelt es sich nicht um einen schwerwiegenden Mangel (a.A. vertretbar).

Gem. § 327m Abs. 1 Nr. 5 BGB liegt auch ein Beendigungsgrund vor, wenn der Unternehmer die ordnungsgemäße Nacherfüllung verweigert. Üblicherweise bezieht sich eine solche Verweigerung auf ein korrespondierendes Nacherfüllungsverlangen. Im Fall hat K eine Nacherfüllung nicht verlangt (siehe oben). Die Geschäftsführung der W äußert jedoch öffentlich, die Änderung der Anforderungen an Somy-Fernsehgeräte in absehbarer Zukunft nicht zu revidieren. Darin könnte bereits eine generelle Nacherfüllungsverweigerung gegenüber allen Kunden mit dem einschlägigen Problem liegen.

K steht aber jedenfalls wegen § 327m Abs. 1 Nr. 6 BGB ein Beendigungsrecht zu. Vorliegend wird durch die öffentliche Äußerung der Geschäftsführung von W offensichtlich, dass der vertragsgemäße Zustand (Kompatibilität) auch in Zukunft nicht hergestellt werden wird. Daher kann objektiv die Prognose gestellt werden,[50] dass W nicht gem. § 327l Abs. 1 BGB ordnungsgemäß nacherfüllen wird. Ein Beendigungsgrund liegt vor.

cc) Kein Ausschluss wegen Unerheblichkeit, § 327m Abs. 2 BGB

Die Vertragsbeendigung ist nach § 327m Abs. 2 S. 1 BGB ausgeschlossen, wenn der Mangel unerheblich ist. In Anlehnung an § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ist dabei eine umfassende Abwägung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen,[51] insbesondere unter Berücksichtigung des Vertragszwecks sowie der Schwere des Mangels. Der Vertrag zwischen W und K ist darauf gerichtet, dass K in der Vertragslaufzeit dauerhaften Zugriff auf das Streamingangebot von W hat. Dieses fällt vollständig weg. Der Mangel ist nicht unerheblich.

dd) Beendigungserklärung gem. § 327o Abs. 1 S. 1 BGB

Gem. § 327o Abs. 1 S. 1 BGB muss der Verbraucher die Beendigung des Vertrags gegenüber dem Unternehmer erklären. Diese Gestaltungserklärung ist weder form- noch fristgebunden und bedarf keiner Begründung seitens des Verbrauchers.[52] Im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB analog) muss sich aber aus der Erklärung ergeben, dass der Verbraucher den Vertrag beenden möchte, § 327o Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB. K äußert, dass er „mit dem gesamten TV-Streaming-Abo nichts mehr zu tun haben möchte". Gem. §§ 133, 157 BGB analog ist diese Erklärung so auszulegen, dass K den Vertrag mit W auflösen will. Die Beendigungserklärung ist W zugegangen, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB.

ee) Rechtsfolge

Fraglich ist, welche Rechtsfolgen die wirksame Vertragsbeendigung seitens K hat.

(1) Erlöschen der gegenseitigen Leistungspflichten bzgl. des Streamings

Die gegenseitigen Leistungspflichten hinsichtlich des Streamings, also die Ermöglichung des Strea-

[48] Vgl. ErwG 65 der Digitale-Inhalte-Richtlinie.

[49] *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327m Rn. 6.

[50] Vgl. *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, 2020, Art. 14 Rn. 58; *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327m Rn. 8.

[51] *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327m Rn. 10; vgl. BT-Drs. 19/27653, S. 69.

[52] *Twigg-Flessner*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, 2020, Art. 15 Rn. 8; BT-Drs. 19/27653, S. 71.

mings durch W gegen die Zahlung der Gebühr i.H.v. 14,99 € durch K, erlöschen durch die Beendigungserklärung, § 327o Abs. 2 S. 2 BGB. Ab der Beendigung muss K keine Gegenleistung mehr für das Streaming erbringen.

(2) Beendigung des gesamten Paketvertrags gem. § 327m Abs. 4 S. 1 BGB

Gemäß § 327m Abs. 4 S. 1 BGB kann sich der Verbraucher im Hinblick auf alle Bestandteile des Paketvertrags vom Vertrag lösen, wenn er den Vertrag hinsichtlich des digitalen Produkts nach Abs. 1 S. 1 beenden kann und an dem anderen Teil des Paketvertrags ohne das nicht bereitgestellte digitale Produkt kein Interesse hat. Der Ausschluss nach § 327m Abs. 4 S. 2 BGB ist nicht einschlägig. Der Interessenfortfall ist objektiv aus der Perspektive des vernünftigen Durchschnittsverbrauchers zu bestimmen.[53]

Ein Durchschnittsverbraucher hat ohne die Möglichkeit, einen Streamingdienst an seinem TV zu nutzen, kein Interesse an Zusatzprodukten, die die Nutzung dieses Dienstes am TV überhaupt ermöglichen würden (TV-Stick). Im Fall kann der Stick nicht anderweitig eingesetzt werden und hat keinen Nutzen mehr ohne den Zugriff zur Filmdatenbank der W am TV des K. Damit besteht ein Interessenfortfall und K kann sich vom gesamten Paketvertrag – auch hinsichtlich der Miete des TV-Sticks – durch die Beendigung lösen.

(3) Erlöschen des Zahlungsanspruchs, § 327o Abs. 2 S. 2 BGB

Infolge der wirksamen Vertragsbeendigung erlischt der Zahlungsanspruch der W gegen K in voller Höhe gem. § 327o Abs. 2 S. 2 BGB.

W kann nicht weiter monatliche Zahlung der Gebühren i.H.v. 21,98 € (14,99 € + 6,99 €) von K verlangen.

d) Kündigung nach allgemeinen Vorschriften

Neben der Vertragsbeendigung nach § 327m BGB könnte der Vertrag als Dauerschuldverhältnis alternativ zur Beendigung auch kündbar sein. Durch eine Kündigung könnte K sein Ziel erreichen, für die Zukunft keine Zahlungen mehr an W leisten zu müssen.

Dafür müsste zunächst eine Kündigung neben der Beendigung möglich sein. Sodann könnte sich ein Kündigungsrecht aus dem einschlägigen Vertragsrecht oder zumindest aus der allgemeinen Kündigungsvorschrift des § 314 BGB ergeben.

aa) Anwendbarkeit der Kündigungsvorschriften neben der Beendigung

Zunächst ist fraglich, ob die Vorschriften des jeweiligen Vertragstyps bzw. des allgemeinen Schuldrechts neben dem Regelungsregime der §§ 327 ff. BGB überhaupt anwendbar sind.

Gegen eine Anwendbarkeit von Kündigungsvorschriften neben den §§ 327 ff. BGB spräche der abschließende Charakter der Regelungen und das umfassende Regelungsregime zu Gunsten von Verbrauchern. Der Gesetzgeber wollte mit der Beendigung eine universelle Regelung schaffen, die sowohl Kündigung als auch Rücktritt in sich aufnimmt und möglichst alle Eventualitäten und (ggf. verbraucherunfreundlichen) Vertragsgestaltungen abdeckt.[54] Auf weitere Beendigungsmöglichkeiten und Gestaltungsrechte geht der Gesetzgeber in den §§ 327 ff. BGB bewusst nicht ein, ein Kündigungsrecht könnte also (in den Grenzen der AGB-Kontrolle) eingeschränkt werden, während vom

[53] *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327c Rn. 15.
[54] BT-Drs. 19/27653, S. 67.

Beendigungsrecht nach § 327m BGB zum Nachteil des Verbrauchers nicht abgewichen werden kann, § 327s BGB. Zusätzlich spricht gegen die Kündigungsmöglichkeit der durch § 327m BGB abgesicherte Vorrang der Nacherfüllung im Verbrauchervertrag über digitale Produkte. Diesem Argument steht entgegen, dass auch in anderen Dauerschuldverhältnissen (z.B. Dienstvertrag oder Mietvertrag) neben Gewährleistungsrechten eine ordentliche Kündigung immer möglich ist, solange sie nicht wirksam vertraglich ausgeschlossen wird. Zugleich kennen diese anderen Dauerschuldverhältnisse jedoch nicht den Vorrang der Nacherfüllung (§§ 535 ff. BGB) oder haben schon kein geordnetes Gewährleistungsregime (§§ 611 ff. BGB).

Auch die Rechtsfolgen der Kündigung sind andere als die der Beendigung. Während bei Kündigung ab Erklärung der außerordentlichen Kündigung oder Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist die vertragliche Leistungsbeziehung ex nunc endet und der gegenseitige Leistungsaustausch ab dann nicht mehr verlangt werden kann, sieht § 327o BGB Rückabwicklungsmechanismen vor, mit denen der Verbraucher für die Zeit der Mangelhaftigkeit des Produkts Zahlungen zurückverlangen kann.

Im Ergebnis handelt es sich bei Beendigung und Kündigung jedoch letztlich um zwei verschiedene geregelte und zu handhabende Beendigungsmöglichkeiten. Unbefristete Dauerschuldverhältnisse müssen Möglichkeiten zur ordentlichen Kündigung vorsehen, weil sich Vertragspartner sonst in eine die Privatautonomie einschränkende ewige Vertragsbindung begeben würden.[55] Das ergibt sich auch aus dem Rechtsgedanken des § 580a Abs. 3 S. 2 BGB.

Vermittelnd kann jedoch zumindest davon ausgegangen werden, dass eine mangelbedingte außerordentliche Kündigung neben § 327m BGB nicht möglich sein kann. Verbraucher(schutz)-freundlicher Gleichlauf kann bei Parallelität von den §§ 327 ff. BGB mit einer Kündigung durch die Anwendung des § 327o BGB auf die Rechtsfolge der Kündigung hergestellt werden.[56]

bb) Ordentliche Kündigung

K könnte den als Werkvertrag eingestuften Streaming-Vertrag nach § 648 BGB ordentlich kündigen. § 648 BGB bezieht sich jedoch auf die Fertigstellung des Werkes und erfasst nicht die Situation eines Dauerwerkvertrags. Bei wiederkehrenden Werkverträgen wird aus diesem Grund eine entsprechende Anwendung der Fristen des § 621 BGB angedacht.[57]

Nach dieser Vorschrift wäre der Vertrag sodann gem. Nr. 3 zum 15. des Monats zum Monatsende kündbar. Der Sachverhalt macht keine Angaben zum aktuellen Datum. Bei Einordnung des Streaming-Vertrages als Mietvertrag gilt § 580a Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB.

Die Äußerungen des K sind ggf. auch als Kündigungserklärung auszulegen (§§ 133, 157 BGB analog), soweit nach verbraucherfreundlicher Auslegung die günstigste Rechtsfolge des § 327o BGB für die Kündigungsvorschriften entsprechend angewandt werden kann.

cc) Zwischenergebnis

K hat den Vertrag, je nachdem ob der 15. des Monats bereits abgelaufen ist, zum Ablauf des laufenden oder des folgenden Monats wirksam ordentlich gekündigt.

---

[55] Ähnlich *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, Vorb. § 327 Rn. 13; Art. 16 Abs. 1 DID-RL-E sah noch ein allgemeines Sonderkündigungsrecht bei Laufzeiten über zwölf Monaten vor.

[56] *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, Vorb. § 327 Rn. 13.

[57] *Kessen*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2023, § 648 Rn. 7.

e) Zwischenergebnis

Bereits durch die Vertragsbeendigung ist der Zahlungsanspruch der W auf die volle Gebühr ab dem nächsten Monat erloschen.

II. Gesamtergebnis

W hat gegen K keinen Anspruch auf weitere monatliche Zahlungen.

Übungsfall zu Verträgen über digitale Produkte: Ach du grüne Neune!*

*Wiss. Mitarbeiterin Julia Pielsticker, Stud. iur. Julia Buschmann, Bielefeld***

Sachverhalt

Der 66-jährige Rentner V kann aufgrund von Rückenproblemen seinen lang gezüchteten englischen Rasen nicht mehr regelmäßig mähen. Damit in der Nachbarschaft der Kleinstadt nicht schlecht über den Zustand seines Vorgartens geschwätzt wird, möchte V sich einen Mähroboter zulegen, der ihm die lästige Arbeit abnimmt. Zu diesem Zweck begibt er sich in die Verkaufsräume des U und lässt sich beraten. Nach kurzer Zeit ist seine Entscheidung gefallen: Er entscheidet sich für einen Mähroboter des Modells „Spaß mit Gras 3000“ für 800 €, den er von jedem beliebigen Ort aus mit seiner App losschicken kann. Aus Gründen des Witterungsschutzes befinden sich keinerlei Bedienungselemente am Roboter selbst – die Steuerung erfolgt allein über die App.

Vier Jahre lang funktioniert der Roboter einwandfrei. Als V jedoch drei Wochen vor seinem 70. Geburtstag – zu dem er seine ganze Nachbarschaft eingeladen hat – seinen Vorgarten mal wieder mähen möchte, stellt er mit Erschrecken fest, dass der Mähroboter den Befehlen aus der App nicht mehr folgt. Statt mit den scharfkantigen Messern vorwärts zu fahren, fährt er rückwärts, sodass nur die stumpfe Messerseite den Rasen erfasst. Das Ergebnis ist ein ungemähter Rasen.

Noch am selben Tag meldet sich der aufgebrachte V telefonisch bei U und verlangt Behebung der Störung. U erklärt V, dass es Sicherheitslücken gegeben habe und die Störung nunmehr das Ergebnis eines Hackerangriffs sei. U sichert V zu, dass er ihm schnellstmöglich ein Update zur Verfügung stelle, mit welchem die Störung behoben und bestehende Sicherheitslücken geschlossen würden. Widerwillig stimmt V zu.

Eine Woche vor der großen Garten-Party hat V jedoch immer noch nichts von U gehört. Er möchte sich daher schnellstmöglich einen neuen Rasenmäher des Herstellers „Mähcedes“ kaufen und das Geld für den alten Rasenmäher – im Tausch gegen das alte Gerät – von U zurückbekommen. Dies teilt er U am Telefon mit. Dieser entgegnet wiederum, V könnte nach vier Jahren doch unmöglich den Kaufpreis zurückverlangen, schon gar nicht den ganzen.

Fallfrage

Was kann V von U zurückverlangen? Schadenersatzansprüche sind nicht zu prüfen.

---

* Dieser Übungsfall wurde für die Veranstaltung „Aufbau- und Vertiefungskurs Verträge über digitale Produkte“ erstellt und soll einen ersten Eindruck im Umgang mit dem neuen Recht vermitteln.

** Die *Autorinnen* sind Mitarbeiterinnen am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. *Dr. Markus Artz* an der Universität Bielefeld.

Lösungsvorschlag

I. Anspruch V gegen U auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 800 € aus §§ 346 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB 100

1. Rücktrittsrecht 100
   a) Kaufvertrag 100
   b) Anwendung von Kaufrecht 100
   c) Mangel zur maßgeblichen Zeit, §§ 475b, 434 BGB 101
      aa) Anwendbarkeit des § 475b BGB 101
         (1) Kauf einer Ware mit digitalem Element 101
         (2) Verpflichtung des Unternehmers, dass er oder ein Dritter das digitale Element bereitstellt 101
         (3) Zwischenergebnis 102
      bb) Abweichung von den subjektiven Anforderungen, §§ 475b Abs. 3, 434 Abs. 2 BGB 102
      cc) Abweichung von den objektiven Anforderungen, §§ 475b Abs. 4, 434 Abs. 3 BGB 102
         (1) §§ 475b Abs. 4 Nr. 1, 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB 102
         (2) §§ 475b Abs. 4 Nr. 1, 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB 102
         (3) Zur maßgeblichen Zeit, § 475b Abs. 2 BGB 103
         (4) Zwischenergebnis 103
         (5) § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB 103
            (a) Aktualisierung, die zum Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Ware erforderlich ist 103
            (b) Fehlende Bereitstellung 104
         (6) Zur maßgeblichen Zeit, § 475b Abs. 2, Abs. 4 Nr. 2 BGB 104
   d) Fristsetzung, § 323 Abs. 1 BGB 105
   e) Entbehrlichkeit der Fristsetzung 105
      aa) § 323 Abs. 2 BGB 105
      bb) § 475d Abs. 1 Nr. 1 BGB 105
   f) Kein Ausschluss, § 323 Abs. 5 S. 2, Abs. 6 BGB 106
2. Rücktrittserklärung, § 349 BGB 106
3. Zwischenergebnis 106
4. Durchsetzbarkeit 106
   a) Unwirksamkeit des Rücktritts 106
      aa) §§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB 106
      bb) § 475e BGB 106

cc) Zwischenergebnis 106
b) Einrede nach §§ 320 Abs. 1, 438 BGB 106
aa) Rückgewährschuldverhältnis 107
bb) Rechtsfolge 107
(1) Rückgewähr der Leistungen, § 346 Abs. 1 Fall 1 BGB 107
(2) Herausgabe gezogener Nutzungen, § 346 Abs. 1 Fall 2 BGB 107
II. Endergebnis 107

I. Anspruch V gegen U auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 800 € aus §§ 346 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB

V könnte gegen U einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 800 € gem. § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 323 Abs. 1 Var. 2, 437 Nr. 2 BGB haben. Dafür müsste V ein Rücktrittsrecht zustehen und er müsste eine ordnungsgemäße Rücktrittserklärung abgegeben haben.

1. Rücktrittsrecht

Zunächst müsste V zum Rücktritt berechtigt sein. Das Rücktrittsrecht könnte sich aus §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB aufgrund einer mangelhaften Leistung des U ergeben.

a) Kaufvertrag

Hierzu bedarf es eines Kaufvertrags. Indem sich V und U auf die Übergabe und Übereignung eines Mähroboters gegen Zahlung eines Preises i.H.v. 800 € geeinigt haben, schlossen sie einen wirksamen Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB.

V schloss den Vertrag ausschließlich zu privaten Zwecken und war mithin Verbraucher gem. § 13 BGB, während U in Ausübung seiner gewerblichen beruflichen Tätigkeit und folglich als Unternehmer i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB handelte. Kaufgegenstand war ein Mähroboter, mithin eine bewegliche Sache und somit eine Ware gem. § 241a Abs. 1 BGB. Damit liegt ein wirksamer Kaufvertrag in Form eines Verbrauchsgüterkaufvertrags gem. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB vor.

b) Anwendung von Kaufrecht

Fraglich ist jedoch, ob sich der Kaufvertrag und somit auch seine Rückabwicklung überhaupt nach dem Kaufrecht bestimmen. Schließlich ist der Mähroboter per App bedienbar, V werden also digital erstellte Daten zur Bedienung des Rasenmähers auf digitale Weise – durch das Herunterladen der App – bereitgestellt. Der Mähroboter arbeitet folglich mit digitalen Produkten in Form von digitalen Inhalten i.S.d. § 327 Abs. 2 S. 1 BGB zusammen. Es könnte sich daher auch um einen Verbrauchervertrag über die Bereitstellung digitaler Produkte gem. § 327 Abs. 1 S. 1 BGB handeln. Dieser unterläge sodann dem Beendigungsregime der §§ 327o, 327p BGB.

Aufgrund dessen hat eine Abgrenzung nach § 327a Abs. 3 BGB zu erfolgen.[1] Danach unterliegt der gesamte Vertrag den Regelungen des Kaufrechts, sofern es sich um einen Kaufvertrag über eine Ware

[1] Zu Abgrenzungsfragen innerhalb des § 327a BGB vgl. bereits *Pielsticker/Buschmann/Jakubka*, ZJS 2022, 387 (389 f.).

handelt, die digitale Produkte in einer Weise enthält oder mit solchen verbunden ist, dass die Ware ihre Funktionen ohne die digitalen Produkte nicht mehr erfüllen kann. Ist die Ware hingegen auch ohne digitales Produkt funktionsfähig, so findet gem. § 327a Abs. 2 BGB eine Rechtsregimetrennung dahingehend statt, dass für den digitalen Teil die §§ 327 ff. BGB gelten, für den übrigen Teil der Ware hingegen das jeweils einschlägige besondere Vertragsrecht, in diesem Falle Kaufrecht.

Entscheidend ist folglich die Relevanz des digitalen Elements für die Funktionalität des Mähroboters. Vorliegend ist der Roboter allein über die mit ihm verbundene App steuerbar. Im Gerät selbst befinden sich keine weiteren Bedienungselemente, sodass eine manuelle Bedienung ausscheidet. Damit stellt die App ein digitales Produkt dar, ohne welches der Mähroboter seine Funktion – das Rasenmähen – nicht erfüllen kann. Damit handelt es sich um einen Kaufvertrag über eine Ware mit digitalem Element i.S.d. § 327a Abs. 3 BGB, sodass die Vorschriften zum Verbrauchsgüterkaufrecht Anwendung finden.

> *Hinweis*: Da der Mähroboter ohne die App-Steuerung überhaupt nicht funktionieren würde, ist auf die strittige Frage, ob das digitale Element eine Hauptfunktion erfüllen muss oder eine Nebenfunktion ausreichend ist, um von einer Ware mit digitalem Element gem. § 327a Abs. 3 BGB sprechen zu können, nicht näher einzugehen.[2]

c) Mangel zur maßgeblichen Zeit, §§ 475b, 434 BGB

Weiterhin müsste die Leistung des U zur maßgeblichen Zeit gem. §§ 475b, 434 BGB mangelhaft gewesen sein.

aa) Anwendbarkeit des § 475b BGB

Dafür müsste § 475b BGB zunächst anwendbar sein. Gem. § 475b Abs. 1 BGB gelten für einen Verbrauchsgüterkaufvertrag über eine Ware mit digitalen Elementen, bei dem sich der Unternehmer verpflichtet, dass er oder ein Dritter die digitalen Elemente bereitstellt, ergänzend die Regelungen des § 475b BGB.

(1) Kauf einer Ware mit digitalem Element

Zunächst müsste es sich daher bei dem Vertrag über den Mähroboter um einen Kaufvertrag über eine Ware mit digitalem Element handeln. Dies ist wie bereits geprüft der Fall.

(2) Verpflichtung des Unternehmers, dass er oder ein Dritter das digitale Element bereitstellt

Weiterhin müsste sich U dazu verpflichtet haben, dass er oder ein Dritter das digitale Element bereitstellt. Aus dem Sachverhalt ist nichts im Sinne einer Vereinbarung zwischen U und V hinsichtlich der Bereitstellung der App ersichtlich. Die Zweifelsregelung des § 327a Abs. 3 S. 2 BGB, auf die § 475b Abs. 1 S. 2 BGB verweist, besagt jedoch, dass eine solche Verpflichtung des Unternehmers im Zweifel anzunehmen ist. Anhaltspunkte, die im vorliegenden Fall auf Gegenteiliges hindeuten würden, sind nicht ersichtlich.[3]

---

[2] Für eine enge Auslegung *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327a Rn. 12; ebenso *Heydn*, CR 2021, 709 (712); ausführlich und i.E. einer weiter reichenden Auslegung folgend *Artz*, in: Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, 2022, S. 142 f.; ebenso *Rieländer*, GPR 2021, 257 (260).

[3] Dies setzt nach *Rieländer*, GPR 2021, 257 (260) einen entsprechenden Hinweis des Unternehmers vor Vertragsschluss voraus. Vgl. dazu auch ErwG 21 der Digitale-Inhalte-Richtlinie.

(3) Zwischenergebnis

Folglich beurteilt sich die Mangelhaftigkeit des Mähroboters nach §§ 475b, 434 BGB.

bb) Abweichung von den subjektiven Anforderungen, §§ 475b Abs. 3, 434 Abs. 2 BGB

Der Mähroboter könnte zunächst von den subjektiven Anforderungen an seine Beschaffenheit abweichen. Dazu wären jedoch Vereinbarungen zwischen V und U z.B. hinsichtlich der gewöhnlichen Verwendung, etwaiger Aktualisierungen oder einer sonstigen Beschaffenheit erforderlich gewesen, welche hier in keiner Weise ersichtlich sind.[4] Eine Abweichung von subjektiven Anforderungen scheidet daher mangels Vorliegens solcher aus.

cc) Abweichung von den objektiven Anforderungen, §§ 475b Abs. 4, 434 Abs. 3 BGB

Die Mangelhaftigkeit könnte sich jedoch aus einem Verstoß gegen die objektiven Anforderungen aus § 475b Abs. 4 BGB ergeben.

(1) §§ 475b Abs. 4 Nr. 1, 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB

Innerhalb der objektiven Anforderungen könnte sich der Mähroboter nicht für die gewöhnliche Verwendung gem. §§ 475b Abs. 4 Nr. 1, 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB eignen. Dies ist grundsätzlich dann der Fall, wenn sich die Ware nicht für Zwecke eignet, für die Waren der gleichen Art in der Regel gebraucht werden.[5] Maßgeblich ist der Erwartungshorizont eines vernünftigen Durchschnittskäufers zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses.[6] Der Verwendungszweck eines Mähroboters dieser Art liegt im Mähen von Rasen durch Bedienung per App. Der Mähroboter des V reagiert jedoch nicht mehr auf die Befehle, die V ihm per App sendet, und fährt stattdessen nur noch rückwärts, sodass lediglich die stumpfe Messerseite den Rasen erfasst. Der Mäherfolg bleibt aus. Damit eignet sich der Mähroboter nicht mehr für die gewöhnliche Verwendung gem. §§ 475b Abs. 4 Nr. 1, 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB.

(2) §§ 475b Abs. 4 Nr. 1, 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB

Weiterhin könnte der Mähroboter nicht die Beschaffenheit aufweisen, die bei Waren derselben Art üblich ist und die der Käufer berechtigterweise erwarten kann, §§ 475b Abs. 4 Nr. 1, 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB. Ausweislich des § 434 Abs. 3 S. 2 BGB gehört zu den relevanten Beschaffenheitsmerkmalen auch die Funktionalität. Unter dieser ist gem. § 327e Abs. 2 S. 2 BGB die Fähigkeit einer Sache zu verstehen, ihre Funktionen ihrem Zweck entsprechend zu erfüllen. Durch das erneute Abstellen auf die Zweckdienlichkeit überschneiden sich in dieser Hinsicht die Anforderungen an die gewöhnliche Verwendung nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB und die an die übliche und erwartbare Beschaffenheit nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB.[7] Der Zweck des Mähroboters liegt, wie bereits erwähnt, im Mähen des Rasens per Appbedienung. Da der Mähroboter den Befehlen aus der App allerdings nicht mehr folgt, erfüllt er im Hinblick auf die Funktionalität nicht die übliche und erwartbare Beschaffenheit und ist daher neben den §§ 475b Abs. 4 Nr. 1, 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB zudem auch mangelhaft nach den §§ 475b Abs. 4 Nr. 1, 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB.

---

[4] Zu den strengen Voraussetzungen an eine Beschaffenheitsvereinbarung vgl. *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8. 2022, § 434 Rn. 32 f.

[5] Vgl. *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2022, § 434 Rn. 73 mit Verweis auf Art. 7 Abs. 1 lit. a Warenkauf-Richtlinie.

[6] *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2022, § 434 Rn. 75.

[7] Nach *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2022, § 434 Rn. 89 ist die Nennung der Funktionalität im Rahmen der Beschaffenheitsmerkmale daher überflüssig.

(3) Zur maßgeblichen Zeit, § 475b Abs. 2 BGB

Jedoch müssten die Mängel auch zur maßgeblichen Zeit aufgetreten sein. Gem. § 475b Abs. 2 BGB ist dies für derartige Mängel grundsätzlich der Zeitpunkt des Gefahrübergangs, gem. § 446 S. 1 BGB mithin derjenige der Übergabe. Für Verträge über eine Ware mit digitalen Elementen bei dauerhafter Bereitstellung eben jener Elemente gilt jedoch gem. § 475c Abs. 1 BGB in Bezug auf die digitalen Elemente zusätzlich § 475c Abs. 2 BGB. Danach haftet der Unternehmer während des gesamten Bereitstellungszeitraums, mindestens jedoch für zwei Jahre für die Mangelfreiheit. Fraglich ist also, ob es sich hier um einen Fall der dauerhaften Bereitstellung oder um eine einmalige Bereitstellung handelt. Über diese Entscheidung gibt Erwägungsgrund 57 der Warenkauf-Richtlinie Aufschluss:

> „[…] Diese Kategorie [der dauerhaften Bereitstellung] ist dadurch gekennzeichnet, dass die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen dem Verbraucher nur so lange zur Verfügung stehen oder zugänglich sind, wie die festgelegte Vertragslaufzeit andauert oder der unbefristete Vertrag in Kraft ist."

Die App soll V endgültig erhalten bleiben und nicht nur für eine (un)befristete Zeit zur Verfügung stehen. Somit handelt es sich um einen Fall der einmaligen Bereitstellung, sodass sich der maßgebliche Zeitpunkt ausschließlich nach § 475b Abs. 2 BGB richtet, mithin ist für derartige Mängel, die nicht die Aktualisierungspflicht betreffen, der Zeitpunkt des Gefahrübergangs maßgeblich.

Vorliegend traten die Mängel ersichtlich erst nach Übergabe der Ware auf, folglich also erst nach Gefahrübergang.

> *Hinweis*: Wäre die Mangelhaftigkeit innerhalb eines Jahres seit Gefahrübergang aufgetreten und wäre es zudem nicht eindeutig, dass ein nachträglicher Hackerangriff die Ursache des Mangels gewesen ist, wäre an dieser Stelle an die nunmehr auf ein Jahr verlängerte Regelung der Beweislastumkehr nach § 477 Abs. 1 BGB zu denken gewesen.

(4) Zwischenergebnis

Damit ist der Mähroboter zwar mangelhaft, jedoch nicht zum maßgeblichen Zeitpunkt, sodass das Rücktrittsrecht nicht auf einen Mangel gem. §§ 475b Abs. 4 Nr. 1, 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB gestützt werden kann.

(5) § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB

(a) Aktualisierung, die zum Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Ware erforderlich ist

Möglicherweise liegt eine Abweichung von den objektiven Anforderungen dennoch vor. Das könnte dann der Fall sein, wenn § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB einschlägig ist. Gem. § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB entspricht eine Ware mit digitalen Elementen den objektiven Voraussetzungen, wenn für die digitalen Elemente die im Kaufvertrag vereinbarten Aktualisierungen während des nach dem Vertrag maßgeblichen Zeitraums bereitgestellt werden. Damit stellt diese Vorschrift eine Ausnahme von der Regel dar, dass grundsätzlich zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs ein Mangel vorliegen muss. Ein Sachmangel liegt demnach immer dann vor, wenn der Unternehmer seine Aktualisierungspflicht während des Aktualisierungszeitraums nicht erfüllt.[8] Fraglich ist, ob es sich bei der im Raum stehenden

[8] *Saenger*, in: Handkommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 475b Rn. 8.

Aktualisierung überhaupt um eine solche handelt, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Ware erforderlich ist. Der Rasenmäher des V fährt nur noch rückwärts, wodurch der Rasen lediglich von der stumpfen Messerseite erfasst und damit nicht gemäht wird. Mithin befindet sich die Ware nicht mehr in einem vertragsgemäßen Zustand. Fraglich ist jedoch, ob eine von U zur Verfügung gestellte Aktualisierung die Mangelfreiheit gewahrt hätte. Grund für den nunmehr bestehenden Mangel ist nach der Aussage von U ein Hackerangriff und sich daraus ergebene Sicherheitslücken. Um die Vertragsmäßigkeit einer Ware zu erhalten, sind insbesondere Sicherheitsaktualisierungen notwendig (siehe § 434 Abs. 3 S. 2 BGB), die dafür sorgen, neu auftretende Sicherheitslücken zu schließen.[9] Bei dem hiesigen Problem handelt es sich eben nicht um eine Sicherheitslücke, die von Anfang an vorlag und im Rahmen eines Nacherfüllungsanspruchs des V gegen U geschlossen werden müsste, sondern um eine neu aufgetretene Sicherheitslücke. U teilte V sogar mit, dass er ihm ein Update zur Verfügung stellen wolle, mit welchem die Störung behoben und bestehende Sicherheitslücken geschlossen würden. Es ist also davon auszugehen, dass es sich bei der in Frage stehenden Aktualisierung um eine Sicherheitsaktualisierung handelte, welche die Mangelfreiheit gewahrt hätte.

(b) Fehlende Bereitstellung

Darüber hinaus müsste U es versäumt haben, V die Sicherheitsaktualisierung bereitzustellen. V hat zwei Wochen nach dem Telefonat mit U noch immer keine neuen Informationen – geschweige denn eine zur Verfügung gestellte Sicherheitsaktualisierung – erhalten. U hat V also über einen Zeitraum von zwei Wochen die Aktualisierung nicht bereitgestellt. Folglich ist eine Bereitstellung der Aktualisierung seitens U unterblieben.

(6) Zur maßgeblichen Zeit, § 475b Abs. 2, Abs. 4 Nr. 2 BGB

Fraglich ist jedoch, ob U V die Aktualisierung auch zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht bereitgestellt hat. Maßgeblich ist für Fälle der einmaligen Bereitstellung gem. § 475b Abs. 2, Abs. 4 Nr. 2 BGB der Zeitraum, den der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks der Ware und ihrer digitalen Elemente, sowie unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrages erwarten kann. Diese Formulierung erscheint auf den ersten Blick sehr vage.[10] Allerdings gibt Erwägungsgrund 31 Aufschluss über die Frage, wie lange der Verbraucher Aktualisierungen grundsätzlich erwarten kann. So heißt es:

> „[…] Ein Verbraucher würde normalerweise erwarten, Aktualisierungen zumindest so lange zu erhalten, wie der Zeitraum andauert, in dem der Verkäufer für Vertragswidrigkeiten haftet. In einigen Fällen könnte sich allerdings die vernünftige Erwartung des Verbrauchers über diesen Zeitraum hinaus erstrecken, was insbesondere hinsichtlich Sicherheitsaktualisierungen der Fall sein könnte.“[11]

Fraglich ist, welchen Zeitraum V für die Bereitstellung von Aktualisierungen berechtigterweise erwarten kann. Nachdem V den Mähroboter bei U gekauft hat, funktionierte dieser vier Jahre lang einwandfrei, bis sodann ein Mangel auftrat. Zum einen handelt es sich bei der in Raum stehenden Aktualisierung um eine Sicherheitsaktualisierung. Mithin kann – so ergibt es sich aus Erwägungsgrund 31 der Warenkauf-Richtlinie – davon ausgegangen werden, dass der Verbraucher von einem erweiterten

[9] *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2022, § 475b Rn. 19.
[10] *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2022, § 475b Rn. 26.
[11] ErwG 31 der Warenkauf-Richtlinie.

Aktualisierungszeitraum ausgehen darf. Darüber hinaus kann ein Verbraucher beim Kauf eines Mähroboters zum Preis von 800 € durchaus davon ausgehen, dass dieser einem herkömmlichen Rasenmäher in seiner erwarteten Lebensdauer zumindest nicht erheblich nachsteht. Es ist davon auszugehen, dass ein herkömmlicher Rasenmäher, bei durchschnittlicher Nutzung, eine Lebenserwartung von etwa zehn Jahren aufweist, jedenfalls jedoch eine Lebenserwartung von vier Jahren erheblich übersteigt. Mithin durfte V berechtigterweise davon ausgehen, dass U ihm zum fraglichen Zeitpunkt noch Aktualisierungen bereitstellt. Der Mangel gem. § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB liegt somit zur maßgeblichen Zeit vor.

d) Fristsetzung, § 323 Abs. 1 BGB

Gem. § 323 Abs. 1 BGB kann V vom Vertrag mit U nur dann zurücktreten, wenn U eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß erbracht hat und V U daraufhin erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung gewährt hat. Als V telefonisch Behebung der Störung bei U verlangt, sichert U zu, diese durch ein Update schnellstmöglich zu beheben. V stimmt diesem Vorgehen widerwillig zu. Er hat U in diesem Gespräch allerdings keine wirksame Frist i.S.d. § 323 Abs. 1 BGB gesetzt.

e) Entbehrlichkeit der Fristsetzung

aa) § 323 Abs. 2 BGB

Die Fristsetzung könnte allerdings gem. § 323 Abs. 2 BGB entbehrlich sein. Im Verbrauchsgüterkaufrecht findet jene Bestimmung gem. § 475d Abs. 1 Hs. 1 BGB jedoch keine Anwendung. Vielmehr bestimmt § 475d BGB eigenständige Entbehrlichkeitsgründe.

bb) § 475d Abs. 1 Nr. 1 BGB

Möglicherweise ist die Fristsetzung des V daher gem. § 475d Abs. 1 Nr. 1 BGB entbehrlich. Danach bedarf es einer Fristsetzung nicht, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung trotz Ablaufs einer angemessenen Frist ab dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher ihn über den Mangel unterrichtet hat, nicht vorgenommen hat. Wirft man einen Blick in den Erwägungsgrund 50 der Warenkauf-Richtlinie, erkennt man, dass § 475d Abs. 1 Nr. 1 BGB dem Verbraucher nur dann ein Recht zur Beendigung oder Preisminderung einräumt, wenn – seit dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher dem Unternehmer ermöglicht hat, die Waren wieder in einen vertragsgemäßen Zustand zu versetzen – eine angemessene Frist verstrichen ist.[12] Ausschlaggebend ist mithin, dass der Verbraucher den Unternehmer über die Möglichkeit zur Nacherfüllung informiert.[13]

V meldet sich noch an dem Tag, an dem er den Mangel feststellt, bei U und verlangt die Behebung der Störung. Zwischen der Mitteilung des Mangels und dem Rücktrittsverlangen des V liegen zwei Wochen. Aus dem Sachverhalt und der Antwort des U ist nicht ersichtlich, dass die Mangelbehebung mehr als 14 Tage in Anspruch nehmen sollte. U hat die Mangelbehebung auch nach dem Ablauf von zwei Wochen nicht vorgenommen, sodass eine Fristsetzung des V gem. § 475d Abs. 1 Nr. 1 BGB entbehrlich war.

[12] *Wilke*, VuR 2021, 283 (290).
[13] *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2022, § 475d Rn. 12.

f) Kein Ausschluss, § 323 Abs. 5 S. 2, Abs. 6 BGB

Ausschlussgründe gem. § 323 Abs. 5 S. 2, Abs. 6 BGB sind nicht ersichtlich, insbesondere ist die Pflichtverletzung des U nicht unerheblich i.S.d. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB.

2. Rücktrittserklärung, § 349 BGB

V müsste den Rücktritt gegenüber U gem. § 349 BGB auch erklärt haben. V hat den Rücktritt zwar nicht ausdrücklich, wohl aber konkludent erklärt, indem er die Rückgabe des Rasenmähers gegen Zurückzahlung des Kaufpreises von U forderte. Nach dem Grundsatz der laiengünstigen Auslegung reicht auch eine solche konkludente Rücktrittserklärung aus. Folglich hat V den Rücktritt wirksam erklärt.

3. Zwischenergebnis

Damit hat V grundsätzlich das Recht, vom Vertrag mit U zurückzutreten.

4. Durchsetzbarkeit

a) Unwirksamkeit des Rücktritts

Der Rücktritt des V könnte jedoch unwirksam sein. Das ist gem. §§ 438 Abs. 4, 218 Abs. 1 BGB dann der Fall, wenn der jeweilige Leistungs- oder Nacherfüllungsanspruch verjährt ist.

aa) §§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB

Grundsätzlich richtet sich die Verjährung eines kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs nach § 438 BGB: Danach verjährt der Nacherfüllungsanspruch gem. §§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB zwei Jahre nach Ablieferung der Sache. Zwischen der Ablieferung der Sache und dem Anspruchsverlangen des V liegen vier Jahre. Demnach wäre der Anspruch nach dieser Regelung verjährt.

bb) § 475e BGB

Allerdings findet sich in § 475e BGB eine Sonderregelung für die Verjährung bei Verbrauchsgüterkaufverträgen über Waren mit digitalen Elementen. Nach § 475e Abs. 2 BGB verjähren Ansprüche wegen einer Verletzung der Aktualisierungspflicht nach § 475b Abs. 3 oder Abs. 4 BGB nicht vor dem Ablauf von zwölf Monaten nach dem Ende des Zeitraums der Aktualisierungspflicht. Dieser beläuft sich hier auf etwa zehn Jahre. Damit verjähren entsprechende Mängel erst nach zehn Jahren und zwölf Monaten.

cc) Zwischenergebnis

Mithin ist der Anspruch des V gegen U auf Nacherfüllung noch nicht verjährt und der Rücktritt ist somit nicht unwirksam.

b) Einrede nach §§ 320 Abs. 1, 438 BGB

U könnte jedoch seinerseits einen Anspruch aus §§ 346 Abs. 1, Abs. 2, 323 BGB haben und V diesen entgegenhalten. Dann könnte U die ihm obliegende Leistung gem. § 320 Abs. 1 BGB bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist.

aa) Rückgewährschuldverhältnis

Ein Rückgewährschuldverhältnis zwischen V und U liegt vor.

bb) Rechtsfolge

(1) Rückgewähr der Leistungen, § 346 Abs. 1 Fall 1 BGB

Zum einen ist V gem. § 346 Abs. 1 Fall 1 BGB verpflichtet, U die erhaltenen Leistungen – in diesem Fall den Mähroboter – zurückzugewähren.

(2) Herausgabe gezogener Nutzungen, § 346 Abs. 1 Fall 2 BGB

Zum anderen muss V U ebenso die gezogenen Nutzungen gem. § 346 Abs. 1 Fall 2 BGB herausgeben. Nutzungen sind gem. § 100 BGB die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie Gebrauchsvorteile. V hat vier Jahre lang Vorteile aus der Nutzung des Mähroboters gezogen. Diese kann V nicht in natura wieder herausgeben, sodass er U gem. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB Wertersatz schuldet. Zur Bemessung des Wertersatzes muss man die durchschnittliche Lebensdauer des Mähroboters zugrunde legen. Diese beträgt in etwa zehn Jahre. Demnach hätte V 4/10 vom Wert der Sache verzehrt. Er schuldet U also 4/10 des Wertes der Sache, der hier mit dem Kaufpreis gleichzusetzen ist, also 320 €.

II. Endergebnis

V kann von U den Kaufpreis i.H.v. 800 € nach §§ 346 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB Zug-um-Zug gegen Herausgabe des Mähroboters und der Zahlung eines Nutzungsersatze

Anfängerklausur: Ein E-Bike mit lauter Mängeln*

*Wiss. Mitarbeiter Julian Stein, LL.M. (Glasgow), Mainz***

Sachverhalt

Kerstin (K) hat während der Corona-Pandemie ihre Anstellung in einem Mainzer Restaurant verloren. Deshalb plant sie, sich mit einem Lieferdienst selbständig zu machen. Über eine App sollen Kunden heiße Gerichte bei lokalen Restaurants bestellen können, K will diese dann auf einem E-Bike ausliefern und die Abrechnung mit Kunden und Restaurants vornehmen. Das dazu benötigte E-Bike kauft K für 4.000 € bei Vincent (V), einem in Wiesbaden sitzenden Hersteller von Fahrrädern mit Direktvertrieb. Vereinbart ist die Abholung des Fahrrads im Geschäft des V, die 15 km Rückfahrt nach Mainz sind für K und ihr elektrifiziertes Gefährt aber kein Problem.

Die Freude am neuen Rad hält nicht lange: Als sie die erste Lieferung durchführen will, springt ihr die Kette von der Gangschaltung und verhakt sich. Der bei V angestellte und üblicherweise sehr sorgfältig arbeitende Monteur Michael (M) hatte die Gangschaltung aus Nachlässigkeit nicht richtig montiert. K kann das Fahrrad auf die Schnelle nicht mehr fahrbereit machen.

Am nächsten Tag ruft K bei V an, erzählt ihm was vorgefallen ist und verlangt Abholung des Rades bei ihr zuhause in Mainz und Reparatur. V will das Fahrrad aber nicht abholen, sondern besteht darauf, dass K das Rad im Ladengeschäft abgibt: Wer im Ladengeschäft etwas kaufe, der müsse die Sache bei Reklamationen eben auch wieder dort vorbeibringen. K hingegen ist der Meinung, dass ihr Recht als Käuferin auf Reparatur defekter Sachen auch beinhalte, dass sie sich um den Transport nicht kümmern müsse.

Aufgabe 1

Hat K gegen V einen Anspruch auf Abholung und Reparatur des E-Bikes?

Fallfortsetzung

K bringt das Fahrrad mit einem Transporter zu V. Bis sie das Rad drei Tage später wieder abholen kann, sind ihr insgesamt 500 € Gewinn entgangen; nicht zuletzt deshalb, weil sie ein vergleichbares Leihrad so kurzfristig nirgends beschaffen konnte.

Aufgabe 2

Hat K gegen V einen Anspruch auf Ersatz für den ihr entgangenen Gewinn?

---

* Der Fall wurde als Abschlussklausur zur Vorlesung Wirtschaftsprivatrecht II im Wintersemester 2021/22 an der Hochschule Mainz gestellt.

** Der *Verf.* ist Wiss. Mitarbeiter an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz und Lehrbeauftragter für Wirtschaftsprivatrecht und IT-Recht an der Hochschule Mainz.

Fallfortsetzung 2

Wenige Wochen später zeigt sich ein weiteres Problem mit dem E-Bike: Die schicke matt-schwarze Lackierung blättert langsam vom Rahmen ab und legt die darunterliegende hellgraue Grundierung offen. Das ist darauf zurückzuführen, dass V den M angewiesen hat, zur Lackierung des Fahrradgestells eine minderwertige Farbe zu verwenden, die – wie er wusste – nicht witterungsbeständig ist. K bittet wieder um Nachbesserung und setzt V auch eine angemessene zweiwöchige Frist, die V aber verstreichen lässt. Das will K nicht auf sich sitzen lassen und verlangt von V Schadensersatz i.H.v. 1.000 €, der voraussichtlichen Kosten für eine Neulackierung. Sie weiß aber noch nicht, ob sie das Rad tatsächlich neu lackieren lassen oder lieber das Geld behalten und mit dem kosmetischen Makel leben will. V meint, wenn er überhaupt etwas ersetzen müsse, dann nur den Minderwert des Fahrrads aufgrund des optischen Makels. Dieser beträgt jedoch nur 500 €. Ersatz für die Kosten einer Lackierung könne K allenfalls verlangen, wenn sie ihr auch tatsächlich angefallen sind.

Aufgabe 3

Hat K gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz und wenn ja, in welcher Höhe? Eventuell bestehende Ansprüche nach Rücktritt oder Minderung sind nicht zu prüfen!

Bearbeitungshinweise

Auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen ist – ggf. in einem Hilfsgutachten – einzugehen. Deliktische Ansprüche, §§ 474 ff. BGB und § 377 HGB sind nicht zu prüfen.

Lösungsvorschlag

Aufgabe 1 ..... **110**
I. Kaufvertrag **110**
II. Sachmangel bei Gefahrübergang **110**
1. Subjektive Anforderungen, § 434 Abs. 2 BGB 111
2. Montageanforderungen, § 434 Abs. 4 BGB 111
3. Objektive Anforderungen, § 434 Abs. 3 BGB 111
4. Bei Gefahrübergang 112
III. Nacherfüllungsverlangen **112**
IV. Kein Ausschluss der Nacherfüllung gem. § 439 Abs. 4 BGB **113**
V. Anspruchsinhalt: Ort der Nacherfüllung **113**
1. Belegenheitsort der Sache? 113
2. § 269 Abs. 1 BGB als Ausgangspunkt 113
3. Keine Vorgaben durch EuGH und WRKL 114
4. Zwischenergebnis 114
VI. Ergebnis **114**
Aufgabe 2 ..... **115**

I. Aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 2 BGB (Kostentragung bei der Nacherfüllung) 115
II. Aus § 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB (Betriebsausfallschaden) 115
1. Richtige Anspruchsgrundlage 115
a) Schadensersatz statt der Leistung 115
b) Verzögerungsschaden 116
c) Nebenpflichtverletzung 116
d) Einfacher Integritätsschaden 116
2. Kaufvertrag 116
3. Mangel 117
4. Vertretenmüssen 117
a) Des Schuldners selbst 117
b) Des M als Erfüllungsgehilfen 117
5. Schaden 117
III. Ergebnis 117
Aufgabe 3 118
I. Kaufvertrag 118
II. Mangel 118
III. Nachfristsetzung 118
IV. Vertretenmüssen 119
V. Schaden 119
VI. Ergebnis 120

Aufgabe 1

K könnte gegen V einen Anspruch auf Abholung und Nachbesserung des Fahrrades aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB haben.

I. Kaufvertrag

Den dazu erforderlichen Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB haben K und V geschlossen.

II. Sachmangel bei Gefahrübergang

Weiterhin müsste die Kaufsache entgegen § 433 Abs. 1 S. 2 BGB sach- oder rechtsmangelhaft sein. In Betracht kommt ein Sachmangel i.S.d. § 434 BGB. Das Fahrrad weist einen Sachmangel auf, wenn es entgegen § 434 Abs. 1 BGB bei Gefahrübergang nicht kumulativ den subjektiven Anforderungen, objektiven Anforderungen und den Montageanforderungen entspricht.

1. Subjektive Anforderungen, § 434 Abs. 2 BGB

Die subjektiven Anforderungen an die Kaufsache richten sich nach der Parteivereinbarung. Die Vertragsparteien müssten daher – mindestens konkludent – eine Eigenschaft bzw. vertraglich vorausgesetzte Verwendung[1] der Kaufsache die Übergabe von Zubehör und Anleitungen vereinbart haben.[2] Eine solche Vereinbarung hinsichtlich der Funktion der Gangschaltung ist hier aber nicht ersichtlich. Das Fahrrad entspricht daher den subjektiven Anforderungen gem. § 434 Abs. 2 BGB.

2. Montageanforderungen, § 434 Abs. 4 BGB

Das Fahrrad erfüllt – im Umkehrschluss aus § 434 Abs. 4 BGB[3] – die Montageanforderungen nicht, wenn entweder der Verkäufer oder eine seiner Hilfspersonen die Montage unsachgemäß durchführt oder der Käufer aufgrund einer mangelhaften Montageanleitung eine unsachgemäße Montage vornimmt. Eine Montage ist dabei jede handwerkliche Leistung, durch die die Kaufsache durch Zusammenfügen von Teilen oder Anbringen an eine weitere Sache für den Käufer verwendbar gemacht wird.[4]

Zwar wurde die Montage des E-Bikes unsachgemäß durchgeführt. Ungeachtet der Frage, ob M Erfüllungsgehilfe[5] und die durch ihn durchgeführte Montage dem V nach § 278 BGB zurechenbar ist, stellt sich hier die Frage, ob die Montage überhaupt unter den Begriff der Montageanforderungen gem. § 434 Abs. 4 BGB fällt. In Abgrenzung zu den subjektiven und objektiven Anforderungen an die Kaufsache fallen unter § 434 Abs. 4 Nr. 2 Alt. 1 BGB nur solche Montagen, die der Verkäufer vertraglich zusätzlich zur Übergabe und Übereignung der Kaufsache schuldet (Kauf mit Montageverpflichtung[6]), also solche, die erst nach Gefahrübergang der Kaufsache geschuldet sind.[7]

V hat das Fahrrad bereits vor Gefahrübergang montieren lassen. Diese Montage ist daher nicht unter dem Aspekt der Montageanforderungen gem. § 434 Abs. 4 BGB zu bewerten, das Fahrrad erfüllt daher die Montageanforderungen gem. § 434 Abs. 4 BGB.

3. Objektive Anforderungen, § 434 Abs. 3 BGB

Zuletzt ist zu prüfen, ob das E-Bike die objektiven Anforderungen des § 434 Abs. 3 BGB erfüllt.

Die Kaufsache müsste sich dazu für die gewöhnliche Verwendung eignen, § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB. Dies ist der Fall, wenn sie sich für solche Verwendungszwecke eignet, für die Sachen derselben Art gewöhnlich verwendet werden. Fahrräder werden für gewöhnlich zur Fortbewegung verwendet. Ist die Gangschaltung nur lose montiert und löst sich deswegen die Kette vom Rad, eignet sich dieses nicht mehr zur Fortbewegung und damit nicht zur gewöhnlichen Verwendung.

Weiterhin könnte das E-Bike zusätzlich entgegen § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB nicht die Beschaffenheit aufweisen, die bei Sachen derselben Art üblich sind und die Käufer erwarten konnten. Zur Beschaffenheit gehört jede Eigenschaft der Kaufsache, die ihr unmittelbar körperlich und dauerhaft

---

[1] *Weidenkaff,* in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 434 Rn. 14, 18.

[2] *Weidenkaff,* in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 434 Rn. 21.

[3] So auch schon *Saenger*, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 434 Rn. 34; *Huber/Bach*, Besonderes Schuldrecht 1, 8. Aufl. 2022, Rn. 68.

[4] *Grunewald*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 434 Rn. 51.

[5] Die Vorgängernorm § 434 Abs. 2 S. 1 BGB a.F. erwähnte noch eigens den Erfüllungsgehilfen. Nach der Gesetzesbegründung der Neuregelung (RegE BT-Drs. 19/27424, S. 25) ist keine inhaltliche Änderung bezweckt.

[6] Zur Abgrenzung vom Werkvertrag BGH ZfBR 2018, 775 (776 Rn. 19) m.w.N.

[7] *Faust,* in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 434 Rn. 135, 139.

anhaften, aber auch Beziehungen der Kaufsache zur Umwelt.[8] Es ist ein herstellerübergreifender Vergleichsmaßstab mit ähnlichen Sachen zu ziehen und auch der Preis der Kaufsache zu berücksichtigen.[9] Üblicherweise sind gerade höherpreisige Fahrräder so beschaffen, dass sie ordentlich montiert sind und sich keine Bauteile bei der Fahrt lösen. Dies konnte K auch erwarten.

Das E-Bike erfüllt daher nicht die objektiven Anforderungen gem. § 434 Abs. 3 BGB, da es sich weder für die gewöhnliche Verwendung eignet noch die übliche und von K erwartbare Beschaffenheit aufweist.

Hinweis: Es empfiehlt sich, auf die speziellen Anforderungen bezüglich Übereinstimmen mit einer Probe oder einem Muster oder hinsichtlich Zubehörs in § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4, sowie § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB nur dann einzugehen, wenn der Sachverhalt konkrete Anhaltspunkte dafür gibt. Ansonsten genügt es, bei den subjektiven und objektiven Anforderungen auf Beschaffenheit und Verwendungseignung einzugehen.

4. Bei Gefahrübergang

Ausweislich § 434 Abs. 1 BGB müsste die Kaufsache den Mangel bereits bei Gefahrübergang aufgewiesen haben. Gefahrübergang ist grundsätzlich die Übergabe der Kaufsache i.S.d. § 446 S. 1 BGB. Nicht erforderlich ist dabei, dass der Mangel sich zu diesem Zeitpunkt bereits in seiner konkreten Form gezeigt hat. Es genügt, wenn die Mangelursache bereits bei Übergabe gesetzt war.[10]

Auch wenn die Fahrradkette erst nach Übergabe vom Schaltwerk heruntergesprungen ist, war die Ursache für den Mangel – die unsachgemäße Montage der Gangschaltung – bereits bei Übergabe des Fahrrades gesetzt. Daher war das Fahrrad bereits bei Gefahrübergang entgegen § 434 BGB sachmangelhaft.

III. Nacherfüllungsverlangen

Weiterhin müsste K den V zur Nacherfüllung aufgefordert haben. Der Nacherfüllungsanspruch ist ein sog. verhaltener Anspruch, der erst mit Begehren nach Nacherfüllung fällig und erfüllbar wird.[11] Insbesondere ist erforderlich, dass der Käufer den Mangel zumindest im Rahmen seines technischen Verständnisses umschreibt, und sein Wahlrecht hinsichtlich Nachbesserung oder Nachlieferung gem. § 439 Abs. 1 BGB ausübt.

K verlangt von V unter Erläuterung des Vorfalls Nacherfüllung, bezeichnet die Symptomatik des Mangels in ausreichendem Umfang und übt auch ihr Wahlrecht dahingehend aus, dass V den Mangel beseitigen soll. Damit hat sie V zur Nacherfüllung in Form der Nachbesserung aufgefordert.

[8] Vgl. *Saenger*, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 434 Rn. 13 f.

[9] BGH NJW 2019, 292 (294 Rn. 34) m.w.N.; auch *Saenger*, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 434 Rn. 27; zum Kaufpreis als Kriterium siehe ErwG 32 der Warenkauf-Richtlinie.

[10] *Weidenkaff,* in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 434 Rn. 7.

[11] *Höpfner*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2022, § 439 Rn. 9; *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 439 Rn. 29; *Reinicke/Tiedke*, Kaufrecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 414; abw. *Grunewald*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 439 Rn. 23.

IV. Kein Ausschluss der Nacherfüllung gem. § 439 Abs. 4 BGB

Der Nacherfüllungsanspruch dürfte nicht ausgeschlossen sein. Hier wäre an § 439 Abs. 4 BGB zu denken, nach dem der Verkäufer ein Leistungsverweigerungsrecht hat, wenn die Nacherfüllung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Der Sachverhalt gibt zu der Höhe der Nacherfüllungskosten keine Anhaltspunkte. Es ist aber davon auszugehen, dass die Nachbesserung handwerklich einfach durchzuführen ist und daher sowohl im Verhältnis zur Nachlieferung (relative Unverhältnismäßigkeit) als auch im Verhältnis zum Wert der Sache und dem Leistungsinteresse des Käufers (absolute Unverhältnismäßigkeit) für V nicht mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist. Darüber hinaus hätte er ein ihm möglicherweise zustehendes Leistungsverweigerungsrecht nicht geltend gemacht. Der Anspruch auf Nachbesserung ist daher nicht ausgeschlossen.

V. Anspruchsinhalt: Ort der Nacherfüllung

Fraglich ist zuletzt der genaue Inhalt des Nachbesserungsanspruchs. In jedem Fall ist V verpflichtet, den Mangel vollständig zu beseitigen und das Fahrrad in ein in jeder Hinsicht vertragsgemäßen Zustand zu versetzen.[12] Die nur teilweise Beseitigung des Mangels (Ausbesserung) genügt nicht. Wie der Mangel genau beseitigt wird, liegt dagegen im Ermessen des Verkäufers;[13] das Wahlrecht des Käufers aus § 439 Abs. 1 BGB besteht nur zwischen Nachbesserung und Nachlieferung.

Problematisch ist vorliegend aber der Leistungsort, also der Ort, an dem V die Nacherfüllung zu erbringen hat.

1. Belegenheitsort der Sache?

Ein Teil der früheren instanzgerichtlichen Rechtsprechung[14] und ein erheblicher Teil der Lehre[15] sieht den Leistungsort der Nacherfüllung beim aktuellen Belegenheitsort der Kaufsache. Für diese Auffassung wird als Begründung häufig die Rechtsunsicherheit genannt, die mit einem einzelfallabhängigen Leistungs- und Erfüllungsort einhergeht.[16]

2. § 269 Abs. 1 BGB als Ausgangspunkt

Demgegenüber bleibt es nach der Auffassung des BGH[17] und einem ebenfalls nicht unerheblichen Teil der Literatur[18] bei der Regel des § 269 Abs. 1 BGB, nach welcher der Nacherfüllungsort mangels Parteivereinbarung nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Natur des Schuldverhältnisses zu bestimmen ist. In den meisten Fällen, insbesondere bei Käufen im Ladengeschäft, läuft dies nach der Verkehrsauffassung auch bei sperrigeren Gegenständen darauf hinaus, dass der Käufer die Kaufsache zur Nacherfüllung an den Sitz des Verkäufers bringen muss.[19]

---

[12] *Höpfner*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2022, § 439 Rn. 91; *Westermann*, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 439 Rn. 12.

[13] *Höpfner*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2022, § 439 Rn. 91; *Westermann*, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 439 Rn. 11.

[14] Etwa OLG Celle NJOZ 2010, 612 (613); OLG München NJW 2006, 449 (450).

[15] Statt vieler *Höpfner*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2022, § 439 Rn. 40 ff. m.w.N. in Rn. 33 Fn. 129.

[16] *Höpfner*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2022, § 439 Rn. 41 ff. m.w.N.

[17] BGH NJW 2011, 2278 (2279 f. Rn. 21, 29 ff.) – Faltanhänger; BGH NJW 2013, 1074 (1076 Rn. 24) – Motorkajütboot.

[18] *Kaiser*, JZ 2011, 977 (983); *Grunewald*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 439 Rn. 7; *Looschelders,* Schuldrecht Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 4 Rn. 24.

[19] BGH NJW 2011, 2278 (2281 Rn. 33) – Faltanhänger.

Hierfür spricht die Kostentragungspflicht des § 439 Abs. 2 (und Abs. 3) BGB, die lediglich die Kosten der Nacherfüllung (und eventuelle Aus- und Einbaukosten) dem Verkäufer zuweist. Aus dieser reinen Kostentragungspflicht lässt sich entnehmen, dass der Transport der Kaufsache vom Schuldner nicht per se geschuldet ist.[20] Zum selben Ergebnis kommt im vorliegenden Fall eine weitere Auffassung aus der Literatur, die aus dem Charakter des Nacherfüllungsanspruchs als modifizierten ursprünglichen Erfüllungsanspruchs ableitet, dass der Nacherfüllungsort dem ursprünglichen Erfüllungsort entspricht.[21] Zumindest in den Fällen, in denen der Käufer die Kaufsache ursprünglich im Ladengeschäft abgeholt hatte, kommt diese Auffassung ebenfalls zum Ort der Nacherfüllung am Sitz des Verkäufers.

3. Keine Vorgaben durch EuGH und WRKL

Der EuGH hatte auf Vorlage eines deutschen Gerichts zur Frage des Nacherfüllungsorts im Verbrauchsgüterkauf entschieden, dass die Bestimmung des Nacherfüllungsorts grundsätzlich Sache der Mitgliedsstaaten sei, solange für den Verbraucher keine erheblichen Unannehmlichkeiten entstehen.[22] Die seit 1.1.2022 umgesetzte Warenkaufrichtlinie (WKRL)[23] stellt ebenfalls keine Vorgaben für den Nacherfüllungsort auf.[24] Gleichwohl verböte auch eine etwaige Vorgabe der WKRL außerhalb des Anwendungsbereiches (Verbrauchsgüterkauf i.S.d. §§ 474 ff. BGB) keine andere Auslegung.

4. Zwischenergebnis

Die überzeugenderen Argumente sprechen dafür, dass K das Fahrrad zum Geschäftssitz des V zur Nacherfüllung bringen muss und daher keinen Anspruch auf Abholung hat (a.A. gut vertretbar). Ihr dadurch entstehende Kosten wären dann durch V gem. § 439 Abs. 2 BGB zu ersetzen.

VI. Ergebnis

K hat gegen V einen Anspruch auf Reparatur des E-Bikes aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB, sie muss das Fahrrad aber in die Werkstatt bringen.

> *Hinweis*: Vertretbar scheint es hier auch, den Anspruch insgesamt mit der Begründung abzulehnen, K habe mit dem Nacherfüllungsbegehren am falschen Ort ihr Nacherfüllungsverlangen nicht richtig ausgeübt. Grundsätzlich genügt für das Entstehen des Anspruchs das Mängelbeseitigungsverlangen die Ausübung des Wahlrechts aus § 439 Abs. 1 BGB sowie die Mängelbezeichnung. Bis K das Fahrrad an den Ort der Nacherfüllung (Ladengeschäft des V) bringt, kommt V aber nicht in Verzug.

[20] So auch BGH NJW 2011, 2278 (2279 Rn. 23 f.) – Faltanhänger.
[21] Etwa *Reinking,* NJW 2008, 3608.
[22] EuGH NJW 2019, 2007 (2008 ff. Rn. 29 ff.) – Fülla.
[23] Warenkauf-Richtlinie 2019/771/EU.
[24] ErwG 56 der Warenkauf-Richtlinie überlässt die Frage ausdrücklich den Mitgliedstaaten.

Aufgabe 2

I. Aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 2 BGB (Kostentragung bei der Nacherfüllung)

Möglicherweise könnte K einen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns wegen eines Betriebsausfalls aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 2 BGB[25] haben. Dazu müsste es sich aber bei dem geltend gemachten Posten um zur Nacherfüllung erforderliche Kosten handeln. Die sind nur solche Kosten, die zur Wiederherstellung des vertragsgemäßen Zustands der Kaufsache bzw. der Nachlieferung einer mangelfreien Kaufsache erforderlich sind; finanzielle Nachteile des Käufers wegen vorübergehender Nichtverfügbarkeit der Kaufsache fallen nicht darunter.[26]

K hat daher gegen V keinen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 2 BGB.

> *Hinweis*: Diese Anspruchsgrundlage ist nicht unbedingt naheliegend und daher auch nicht zwingend zu prüfen.

II. Aus § 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB (Betriebsausfallschaden)

K könnte aber gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 500 € aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB haben.

1. Richtige Anspruchsgrundlage

Dazu müsste es sich hierbei um die zutreffende Anspruchsgrundlage für den geltend gemachten Schaden handeln. K macht Schaden für entgangenen Gewinn geltend, weil ihr die Kaufsache vorübergehend nicht zur Verfügung stand (sog. mangelbedingter Betriebsausfallschaden).

> *Hinweis*: Dieser Gliederungspunkt dient didaktischen Zwecken. In der Fallbearbeitung ist es zweckmäßiger, sich bereits im Obersatz für eine der vertretbaren Anspruchsgrundlagen zu entscheiden und dessen Voraussetzungen anschließend konsequent durchzuprüfen.

a) Schadensersatz statt der Leistung

Eine seit nach der Schuldrechtsreform 2002 teilweise vertretene Auffassung will den mangelbedingten Betriebsausfallschaden unter den Schadensersatz statt der Leistung subsumieren; die Verwendungsmöglichkeit der Kaufsache sei prinzipiell Teil des Äquivalenzinteresses des Käufers.[27] Diese Auffassung ist jedoch an der Dogmatik des alten Schuldrechts verhaftet.[28] Unter den Schadensersatz statt der Leistung fällt lediglich derjenige Betriebsausfallschaden, der zeitlich nach dem Ausschluss der Nacherfüllungsmöglichkeit des Verkäufers eintritt, also entweder bei Unmöglichkeit der Nach-

[25] Versteht man § 439 Abs. 2 BGB lediglich als Kostenzuweisungsnorm (etwa *Hellwege*, AcP 206 [2006], 136), ergibt sich der Anspruch aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1, Abs. 2 BGB.

[26] *Ball*, NZV 2004, 217 (221).

[27] *Recker*, NJW 2022, 1247 f.; *Fliegner*, JR 2002, 314 (322).

[28] Näher *Kaiser/Stein*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 8. Aufl. 2022, Rn. H 163, 165.

erfüllung oder nach Ablauf der Nachfrist gem. § 281 Abs. 1 BGB und anschließendem Schadensersatzverlangen.[29]

b) Verzögerungsschaden

Eine weitere Auffassung subsumiert den mangelbedingten Betriebsausfallschaden unter den Verzögerungsschaden i.S.d. §§ 280 Abs. 1, Abs. 2 BGB i.V.m. § 286 BGB.[30] Die Situation sei vergleichbar zum Betriebsausfall wegen Nichtleistung, der unstreitig als Verzögerungsschaden zu liquidieren ist. Dagegen und insbesondere gegen das Erfordernis der vorherigen Mahnung nach § 286 Abs. 1 BGB wird jedoch zurecht die besondere Gefährlichkeit der mangelhaften Leistung eingewandt:[31] Leistet der Schuldner überhaupt nicht, wird dem Gläubiger sofort bewusst, wenn ihm durch die Verzögerung ein Schaden entstehen wird. Bei der mangelhaften Leistung zeigt sich der Mangel ggf. erst später, wenn die Kaufsache bereits wirtschaftlich genutzt wird; der Nutzungsausfall lässt sich dann nicht mehr abwenden.[32] Zumindest derjenige Schaden, der unmittelbar nach Aufdeckung des Mangels eintritt, kann durch die Mahnung gem. § 286 Abs. 1 BGB nicht mehr ersatzfähig gestellt werden.

c) Nebenpflichtverletzung

Wohl noch vertretbar wäre bei guter Argumentation, den Anspruch auf Schadensersatz – ohne die Verweisungsnorm des § 437 Nr. 3 BGB – direkt auf §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zu stützen.[33] Dazu müsste man jedoch an eine vorgreifende Verletzung einer Leistungstreuepflicht des V anstelle der Verletzung der Leistungspflicht zur mangelfreien Leistung anknüpfen. Das erscheint schon deshalb müßig, weil eine solche Leistungstreuepflicht nach Vertragsschluss in die Leistungspflicht selbst mündet.

d) Einfacher Integritätsschaden

Richtigerweise ist deshalb der mangelbedingte Betriebsausfallschaden mit der Rechtsprechung des BGH[34] und der ganz herrschenden Auffassung[35] als einfacher Integritätsschaden wegen Leistungspflichtverletzung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig. Für diese Auffassung sprechen außer der Gesetzesbegründung[36] die bereits vorstehend genannten Argumente der besonderen Gefährlichkeit der Schlechtleistung sowie die Zwecklosigkeit der Mahnung hinsichtlich bereits eingetretener Schäden. Die Haftung des Verkäufers wird ohnehin dadurch eingeschränkt, dass er schadensrechtlich nur für solche Mängel haftet, die er i.S.d. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu vertreten hat.

2. Kaufvertrag

Den dazu erforderlichen Kaufvertrag haben K und V geschlossen.

---

[29] *Kaiser/Stein*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 8. Aufl. 2022, Rn. H 165.

[30] *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Langen, Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2021, § 437 Rn. 74 ff.; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 295 ff.

[31] BGH NJW 2009, 2674 (2676 Rn. 17); *Kaiser/Stein*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 8. Aufl. 2022, Rn. H 166 f.

[32] BGH NJW 2009, 2674 (2676 Rn. 17).

[33] Dazu *Sutschet,* in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 241 Rn. 46.

[34] BGH NJW 2009, 2674 (2675 f. Rn. 12 ff.).

[35] Statt vieler *Kaiser/Stein*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 8. Aufl. 2022, Rn. H 167 m.w.N.

[36] FraktionsE BT-Drs. 14/6040, S. 225.

3. Mangel

Das E-Bike weist auch einen Sachmangel bei Gefahrübergang auf (oben unter I. 2.).

4. Vertretenmüssen

V müsste den Mangel auch zu vertreten haben. Nach der doppelt negativen Formulierung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB wird das Vertretenmüssen grundsätzlich vermutet.

> *Hinweis*: Die Vermutungswirkung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB bedeutet in der Fallbearbeitung nicht, dass auf eine Prüfung des Vertretenmüssens verzichtet werden kann. Lediglich der Ausgangspunkt der Prüfung verschiebt sich dahingehend, dass zu prüfen ist, ob sich der Schuldner entlasten kann.

a) Des Schuldners selbst

Grundsätzlich hat V gem. § 276 Abs. 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, soweit eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch nach den Umständen zu entnehmen ist. Im vorliegenden Fall ist jedoch nicht ersichtlich, dass V selbst die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat (§ 276 Abs. 2 BGB) oder anderweitig den Sachmangel des E-Bikes selbst zu vertreten hätte.

b) Des M als Erfüllungsgehilfen

Möglicherweise muss V sich aber das Verhalten des M als Erfüllungsgehilfen gem. § 278 BGB zurechnen lassen. Erfüllungsgehilfen sind Personen, die mit Willen des Schuldners als Hilfsperson zur Erfüllung dessen Verbindlichkeit tätig werden.[37] Davon sind vor allem Angestellte des Schuldners umfasst. M ist auch zur Erfüllung einer Verbindlichkeit tätig geworden: Zu seinen Aufgaben gehört die Montage der Fahrräder im Betrieb des V, ohne die ein Verkauf von fahrtüchtigen Fahrrädern nicht möglich wäre.

M war bei der Montage auch nachlässig und hat daher gem. § 276 Abs. 2 BGB die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen. Diese Fahrlässigkeit ist V über § 278 BGB zuzurechnen. V hat den Mangel mithin zu vertreten.

5. Schaden

Letztlich müsste K ein adäquat kausaler Schaden entstanden sein. Der Umfang des zu leistenden Schadensersatzes ergibt sich grundsätzlich aus der Differenzhypothese des § 249 Abs. 1 BGB: Es ist der Zustand wiederherzustellen, der bestünde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Hätte V mangelfrei geleistet, wäre K kein Gewinn i.H.v. 500 € entgangen. Dass auch der entgangene Gewinn vom Schadensersatzanspruch umfasst ist, stellt § 252 BGB klar.

III. Ergebnis

K hat gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 500 € aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB.

---

[37] BGH NJW 1954, 1193; *Schulze,* in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 278 Rn. 5.

Aufgabe 3

K könnte gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB haben.

I. Kaufvertrag

Den dazu erforderlichen wirksamen Kaufvertrag haben K und V geschlossen.

II. Mangel

Fraglich ist, ob das E-Bike auch mangelhaft war. Mangels Parteivereinbarung und fehlerhafter Montage nach Gefahrübergang i.S.d. § 434 Abs. 4 BGB (vgl. schon oben I. 2. b]) kommt hier allenfalls ein Verstoß gegen die objektiven Anforderungen des § 434 Abs. 3 BGB in Betracht.

Fraglich ist daher, ob sich das Fahrrad gem. § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB für die gewöhnliche Verwendung eignet. Trotz Lackschäden ist es aber weiterhin problemlos zur Fortbewegung[38] und damit zur gewöhnlichen Verwendung geeignet.

> *Hinweis*: Mit guten Gründen kann hier mit Verweis auf einen kosmetischen Mangel auch ein Verstoß gegen § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB angenommen werden: Zwar wird man regelmäßig bei Geräten wie Fahrrädern eher auf die technische Verwendung abstellen, bei manchen Kaufsachen (etwa Modeartikel) kann man aber im Einzelfall bei kosmetischen Mängeln nicht mehr von einer Eignung für die gewöhnliche Verwendung sprechen.

Möglicherweise verfügt das Fahrrad aber nicht über die Beschaffenheit, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die K als Käuferin erwarten konnte, § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB. Erwartungshorizont des Käufers ist ein herstellerübergreifender Vergleichsmaßstab mit Kaufgegenständen der gleichen Produktkategorie, dabei ist auch der Kaufpreis zu berücksichtigen.[39] Käufer eines Fahrrades können üblicherweise erwarten, dass die Lackierung witterungsbeständig ist und nicht bereits nach kurzer Zeit abblättert. Zudem handelt es sich mit einem Kaufpreis von 4.000 € bei der Kaufsache um ein eher hochpreisiges Gefährt. Das E-Bike weist daher nicht die Beschaffenheit auf, die bei Fahrrädern derselben Art üblich ist und K auch erwarten durfte und ist mithin mangelhaft.

III. Nachfristsetzung

Weiterhin müsste K dem V erfolglos eine angemessene Nachfrist zur Nacherfüllung gesetzt haben. Gründe, die die Fristsetzung entbehrlich machen (§ 440 BGB und § 281 Abs. 2 BGB) sind hier nicht zu erkennen. K hat V aber eine Frist von zwei Wochen gesetzt, die laut Sachverhalt auch angemessen war. Diese Frist hat V erfolglos verstreichen lassen.

---

[38] N.B.: Weil die Grundierung nicht beeinträchtigt ist, könnte man auch nicht von einer erhöhten Rostanfälligkeit des Rades ausgehen, die in § 434 Abs. 3 S. 2 BGB genannte Haltbarkeit der Kaufsache ist daher nicht beeinträchtigt.

[39] BGH NJW 2019, 292 (294 Rn. 34) m.w.N.; auch *Saenger*, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 434 Rn. 27; zum Kaufpreis als Kriterium siehe ErwG 32 der Warenkauf-Richtlinie.

Hinweis: Nach Auffassung des BGH und der herrschenden Auffassung setzt auch eine objektiv zu kurz bemessene Frist eine angemessene Frist in Gang.[40] Abzulehnen ist dagegen die noch gläubigerfreundlichere Auffassung, dass die Aufforderung zu sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung eine angemessene Frist in Gang setzt: Wer zu sofortiger Leistung auffordert, setzt gar keinen Zeitraum, innerhalb derer der Schuldner die Leistung noch erbringen kann.[41]

IV. Vertretenmüssen

V müsste den Mangel auch zu vertreten haben. Dies wird gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. V hat M im Wissen über deren Minderwertigkeit angewiesen, eine nicht wetterbeständige Farbe zur Lackierung zu verwenden. Damit handelte er jedenfalls fahrlässig i.S.d. § 276 Abs. 2 BGB. Er hat den Mangel daher zu vertreten.

V. Schaden

K müsste auch ein kausaler Schaden entstanden sein. Die Naturalrestitution gem. § 249 Abs. 1 BGB ist beim Schadensersatz statt der Leistung begriffsnotwendigerweise ausgeschlossen, da der Schadensausgleich auf Erfüllung hinausliefe[42] und darüber hinaus eine Stückschuld über den Umweg des Schadensersatzes zur Gattungsschuld würde.[43] Ziel des Schadensersatzes statt der Leistung ist daher das Wertsummeninteresse des § 251 Abs. 1 BGB. Problematisch ist hier allerdings, in welcher Höhe K ein Schaden entstanden ist. Sie macht die gegenüber der Wertminderung höheren Mängelbeseitigungskosten geltend, deren Ersatzfähigkeit in Rechtsprechung und Literatur umstritten sind.

Im Ausgangspunkt eindeutig ist die Lage, wenn K das Fahrrad tatsächlich neu lackieren würde: Ersetzte man ihr die tatsächlich entstandenen Mangelbeseitigungskosten, so stünde sie so, wie sie bei ordnungsgemäßer Leistung gestanden hätte.

Ein Teil der Literatur sowie die fürs Kaufrecht zuständigen *V.* und *VIII. Zivilsenate* des BGH halten aber auch fiktive Mängelbeseitigungskosten für ersatzfähig und stützen sich dabei überwiegend auf das Vorfinanzierungsrisiko des Schadensersatzgläubigers sowie eine Analogie zur in § 249 Abs. 2 S. 1 BGB normierten Dispositionsfreiheit.[44]

Die überzeugendere Gegenauffassung in der Literatur und der vor allem für das Werkvertragsrecht zuständige *VII. Zivilsenat* des BGH halten Mängelbeseitigungskosten, sofern sie nicht tatsächlich angefallen sind, für nicht ersatzfähig:[45] Die Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung gewähren grundsätzlich einen Ersatzanspruch, „soweit“ der Schuldner die Leistung nicht erbringt, also nur bis zur Höhe des mangelbedingten Minderwerts oder tatsächlich angefallener Mangelbeseitigungskosten. Im Übrigen spricht das schadensrechtliche Bereicherungsverbot gegen diese Form der Überkompensation.

---

[40] Nachweise bei *Kaiser/Stein*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 8. Aufl. 2022, Rn. H 22.

[41] *Kaiser/Stein*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 8. Aufl. 2022, Rn. H 22 m.w.N. auch zur Gegenauffassung.

[42] BGH NJW 2013, 370 (371 Rn. 9).

[43] *Kaiser/Stein*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 8. Aufl. 2022, Rn. H 147.

[44] BGH NJW 2021, 1532 (1532 f. Rn. 7 ff.); BGH NJW 2022, 686 (694 Rn. 95 f.); *Riehm*, NZM 2019, 273 (280 f.); *ders.*, NJW 2021, 27 (29 f. Rn. 14 ff.); *Höpfner,* in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 249 Rn. 230 ff.

[45] BGH NJW 2021, 53 (60 ff. Rn. 58 ff.); *Kaiser/Stein*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 8. Aufl. 2022, Rn. H 153 m.w.N.

Die besseren Argumente sprechen daher dafür, K nur den Schaden in Höhe des Minderwerts zu ersetzen, falls sie das Fahrrad nicht tatsächlich neu lackieren lässt. Der Schaden ist daher mit 500 € zu bemessen.

VI. Ergebnis

K hat gegen V Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 500 € aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB.

Schwerpunktbereichsklausur: Migrationsrecht

*PD Dr. Ibrahim Kanalan, Berlin**

Die Klausur wurde im Sommersemester 2021 an der Universität Bielefeld im Rahmen des Schwerpunktbereiches 6 („Europäisches und Internationales Öffentliches Recht") in der Veranstaltung Einwanderungsrecht I gestellt. Der Klausur liegt im Wesentlichen eine Entscheidung des BVerwG zugrunde.[1]

Sachverhalt

M ist vietnamesische Staatsangehörige und reiste im April 2015 in das Bundesgebiet ein. Sie lebt mit ihrer im August 2016 in Berlin geborenen Tochter (T). M stellt die wesentliche Bezugsperson der T dar und kümmert sich um ihre täglichen Bedürfnisse. Seit Januar 2020 geht M einer sozialversicherungspflichtigen Teilzeitbeschäftigung nach, erhält jedoch ergänzende staatliche Leistungen.

M stellte bei ihrer Einreise in das Bundesgebiet einen Asylantrag, den sie später zurücknahm. Nach Rücknahme des Asylantrages wurde M von der Ausländerbehörde Berlin geduldet. Im Mai 2016 erkannte der deutsche Staatsangehörige V die Vaterschaft für die noch ungeborene Tochter (T) der M an. Nach Geburt der T im August 2016 erteilte die Ausländerbehörde Berlin der M eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG. Diese wurde mehrfach, zuletzt bis September 2021, verlängert. Nach ihrem Zuzug nach Bielefeld beantragt M im Mai 2021 die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft mit T.

Die Ausländerbehörde Bielefeld beabsichtigt den Antrag der M auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft mit T abzulehnen. Zur Begründung führt sie aus, dass die Vaterschaftsanerkennung ausschließlich aufenthaltsrechtlich motiviert sei. Die Begründung des Verwandtschaftsverhältnisses zwischen V und T diente nur dazu, ein Aufenthaltsrecht für M zu verschaffen, sodass das Verhalten missbräuchlich sei. Für solche Fälle käme die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzugs nicht in Betracht. Zudem kann M eine Aufenthaltserlaubnis auch deswegen nicht erteilt werden, weil sie zuvor einen Asylantrag gestellt habe sowie ohne das erforderliche Visum eingereist sei.

M hingegen meint, dass alle Erteilungsvoraussetzungen vorlägen. Insbesondere könne die Erteilung der begehrten Aufenthaltserlaubnis nicht aufgrund eines vorgetäuschten Verwandtschaftsverhältnisses verweigert werden. Unabhängig davon, ob die Vaterschaftsanerkennung tatsächlich nur erfolgt sei, um M ein Aufenthaltsrecht zu verschaffen, erfasse das AufenthG den Fall der Begründung eines Verwandtschaftsverhältnisses zwischen einem seine Vaterschaft anerkennenden deutschen Staatsangehörigen und einem minderjährigen Kind mit dem Ziel, dessen ausländischer Mutter ein Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet zu ermöglichen, nicht. Auch durch die Verweigerung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzugs könne ein etwaiger gesetzlicher Zweck, Anreize für Zweckvaterschaftsanerkennungen zu verhindern, nicht erreicht werden, da in solchen Fällen ein Aufenthaltsrecht für die Mutter aus anderen Gründen vorliege. Schließlich stehe der zurückgenommene

* Der *Autor* ist Privatdozent an der Universität Erlangen-Nürnberg sowie Staatssekretär für Justiz an der Berliner Senatsverwaltung für Justiz, Vielfalt und Antidiskriminierung.

[1] BVerwG, Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19 = ZAR 2021, 30

Asylantrag der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nicht entgegen, da M eine Aufenthaltserlaubnis besitze und damit nach § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV die Aufenthaltserlaubnis im Bundesgebiet einholen könne.

Fallfrage

Hat M Anspruch auf die Erteilung der beantragten Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft mit T?

Lösungsvorschlag

I. Anspruchsgrundlage 123

II. Voraussetzungen 123

1. Besondere Erteilungsvoraussetzungen: § 27 Abs. 1 AufenthG i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG 123

a) Elternteil eines minderjährigen deutschen Staatsangehörigen 123

b) Zur Ausübung der Personensorge 123

c) Gewöhnlicher Aufenthalt 124

d) Ausschluss des Familiennachzugs: § 27 Abs. 1a AufenthG 124

e) Zwischenergebnis 125

2. Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen: § 5 AufenthG 125

a) Sicherung des Lebensunterhalts 125

b) Einreise mit dem erforderlichen Visum 126

c) Zwischenergebnis 127

III. Kein Ausschluss: Sperrwirkung des § 10 Abs. 3 S. 1 AufenthG 127

IV. Rechtsfolge 128

V. Ergebnis 128

M könnte einen Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG haben, wenn die allgemeinen und besonderen Erteilungsvoraussetzungen vorliegen sowie kein Ausschlussgrund gegeben ist.

> *Anmerkung*: Bei der folgenden Lösung handelt es sich um einen Vorschlag. Von den Bearbeiter:innen ist nicht zu erwarten, dass ihre Bearbeitung die folgenden Ausführungen in Umfang und Niveau erreicht. Entscheidend ist, ob sie die Grundlagen der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzugs beherrschen sowie ob sie sich mit den im Sachverhalt angelegten Problemen auseinandersetzen.

I. Anspruchsgrundlage

Nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG ist dem ausländischen Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. Vorliegend geht es um einen ausländischen Elternteil, der zur Ausübung der Personensorge eine Aufenthaltserlaubnis begehrt, sodass § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG die zutreffende Anspruchsgrundlage ist.

II. Voraussetzungen

Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis setzt voraus, dass die besonderen Erteilungsvoraussetzungen des § 27 Abs. 1 AufenthG i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG und allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG vorliegen.[2] Zudem darf der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis die „Sperrwirkung" des § 10 Abs. 3 S. 1 AufenthG nicht entgegenstehen.[3]

1. Besondere Erteilungsvoraussetzungen: § 27 Abs. 1 AufenthG i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG

Nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG ist dem ausländischen Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung der Personensorge zu erteilen, wenn der Deutsche, zu dem der Familiennachzug erfolgen soll, seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat.[4] Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen vorliegen.

a) Elternteil eines minderjährigen deutschen Staatsangehörigen

M ist Mutter und damit Elternteil der minderjährigen T. T ist auch deutsche Staatsangehörige. Sie hat die deutsche Staatsangehörigkeit gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 StAG i.V.m § 4 Abs. 1 S. 1 und S. 2 StAG durch Geburt erworben, da ihr rechtlicher Vater gem. § 4 Abs. 1 S. 1 StAG die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt und seine Vaterschaft im Einklang mit § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 StAG wirksam anerkannt hat.[5]

> *Hinweis*: Eine nachträgliche Beseitigung des Staatsangehörigkeitserwerbs durch eine erfolgreiche Vaterschaftsanfechtung ist nach geltendem Recht nicht (mehr) möglich (vgl. zu der Nichtigkeit der behördlichen Vaterschaftsanfechtung BVerfG NJW 2014, 1364), sodass die rechtlich wirksame Vaterschaftsanerkennung dem Fall zugrunde zu legen ist.

b) Zur Ausübung der Personensorge

Erforderlich ist weiter, dass der Aufenthalt zur Personensorge dient. Die Personensorge ist ein Teil der elterlichen Sorgen und bedeutet die Sorge für die Person des Kindes (§ 1626 Abs. 1 BGB). Umfasst ist unter anderem, das Kind zu pflegen, zu erziehen, zu beaufsichtigen etc., wobei ausschlaggebend

---

[2] *Eichenhofer*, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 727 ff.; *Maor*, in: Kluth/Hornung/Koch, Handbuch Zuwanderungsrecht, 3. Aufl. 2020, § 4 Rn. 1196; zum Prüfungsschema zur Erteilung von Aufenthaltstiteln siehe auch *Maor*, in: Kluth/Hornung/Koch, Handbuch Zuwanderungsrecht, 3. Aufl. 2020, § 4 Rn. 90 ff.

[3] *Eichenhofer*, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 728; ausführlich dazu *Maor*, in: Kluth/Hornung/Koch, Handbuch Zuwanderungsrecht, 3. Aufl. 2020, § 4 Rn. 188 ff.

[4] Vgl. auch *Eichenhofer*, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 781.

[5] Siehe dazu etwa *Maor*, in: Kluth/Hornung/Koch, Handbuch Zuwanderungsrecht, 3. Aufl. 2020, § 4 Rn. 1175 f.

die tatsächliche Ausübung der Personensorge ist.[6] M lebt mit T zusammen und kümmert sich um ihre täglichen Bedürfnisse. Sie ist auch die wesentliche Bezugsperson der minderjährigen T. M geht es um die Ausübung der Personensorge gegenüber T. Folglich dient der Aufenthalt zur Personensorge.

c) Gewöhnlicher Aufenthalt

Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis setzt zudem voraus, dass ein gewöhnlicher Aufenthalt in Deutschland vorliegt. Ein gewöhnlicher Aufenthalt liegt vor, wenn der Lebensmittelpunkt einer Person in Deutschland ist und sich die Person damit nicht nur vorübergehend im Inland aufhält. Dies ist vorliegend der Fall. T hat ihren Lebensmittelpunkt in Deutschland und hält sich nicht nur vorübergehend in Deutschland auf, sodass ein gewöhnlicher Aufenthalt der T vorliegt.

d) Ausschluss des Familiennachzugs: § 27 Abs. 1a AufenthG

Der Familiennachzug und mithin die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis kann jedoch nach § 27 Abs. 1a Nr. 1 Alt. 2 AufenthG ausgeschlossen sein. Danach wird ein Familiennachzug nicht zugelassen, wenn feststeht, dass das Verwandtschaftsverhältnis ausschließlich zu dem Zweck begründet wurde, dem Nachziehenden die Einreise in das und den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen.[7]

Die Anwendung dieser Vorschrift auf die vorliegende Konstellation ist jedoch zweifelhaft. Denn vorliegend geht es um einen Fall der Begründung eines Verwandtschaftsverhältnisses zwischen einem deutschen Staatsangehörigen, der seine Vaterschaft anerkennt – ohne biologischer Vater zu sein – und einem ledigen Kind mit dem Ziel, der ausländischen Mutter des minderjährigen Kindes ein Aufenthaltsrecht zur Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft in Deutschland zu ermöglichen.[8]

Gegen die Anwendung der Norm spricht zunächst der Wortlaut.[9] § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG bezieht sich auf die Beziehung (Verwandtschaftsverhältnis) zwischen dem Stammberechtigten und Nachziehenden. Das Verwandtschaftsverhältnis muss begründet werden, um dem Nachziehenden die Einreise und den Aufenthalt zu ermöglichen. Auch werden durch die Begriffe Familiennachzug und familiäre Beziehung (Lebensgemeinschaft) in § 27 Abs. 1 AufenthG bestimmte und in den §§ 28 ff. AufenthG konkretisierte familiäre Beziehungen aufgegriffen. Die Formulierung „dem Nachziehenden“ ist auf den die Einreise und Aufenthalt zum Zwecke des Familiennachzugs begehrenden ausländischen Staatsangehörigen bezogen.[10]

Vorliegend geht es aber nicht um das Verhältnis zwischen dem deutschen Staatsangehörigen V und der deutschen Staatsangehörigen T und ein Aufenthaltsrecht der T, sondern um das Verhältnis der M zu T und das Aufenthaltsrecht der M. Dieses „Dreieckverhältnis“ ist durch § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG nicht erfasst.[11]

---

[6] *Tewocht*, in: BeckOK Ausländerrecht, Stand: 1.10.2021, AufenthG § 27 Rn. 24a.

[7] Vgl. *Tewocht*, in: BeckOK Ausländerrecht, Stand: 1.10.2021, AufenthG § 27 Rn. 47; auch *Eichenhofer*, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 729, 750 ff.

[8] Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19 = ZAR 2021, 30 (31 Rn. 28).

[9] Vgl. dazu ausführlich BVerwG, Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19 = ZAR 2021, 30 (31 Rn. 30 f.).

[10] Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19 = ZAR 2021, 30 (31 f., Rn. 28 ff.).

[11] BVerwG, Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19 = ZAR 2021, 30 (31 f., Rn. 27 ff.); anders – allerdings noch ohne Berücksichtigung der Entscheidung des BVerwG – wohl *Dienelt*, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, AufenthG § 27 Rn. 68; siehe dazu m.w.N. *Eichhorn*, in Huber/Mantel, Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, Kommentar, AufenthG § 27 Rn. 42 ff.

Auch aus dem Sinn und Zweck des § 27 Abs. 1a AufenthG ergibt sich, dass die Norm auf das Verhältnis zwischen dem Stammberechtigten und den Nachziehenden abzielt, das nicht der Vorstellung des Gesetzgebers entspricht und deshalb kein Aufenthaltsrecht vermitteln soll. Es geht um die Fälle der Zweckehe bzw. Zweckadoption (sog. „Scheinehe"/„Scheinadoption"), die kein Aufenthaltsrecht nach sich ziehen sollen.[12]

Zudem geht es § 27 Abs. 1a AufenthG nicht darum, das Verwandtschaftsverhältnis anzugreifen, sondern ein Aufenthaltsrecht auszuschließen, auch wenn das Verwandtschaftsverhältnis aus rechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden ist.[13] Die Versagung des Aufenthaltsrechts und damit Verhinderungen der Begründung des Zweck-Verwandtschaftsverhältnisses kann in Konstellationen wie vorliegend nicht erreicht werden, da der „Anreiz" für die ausländische Mutter, eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung zu betreiben, nicht entfällt. Denn auch wenn die Mutter kein Aufenthaltsrecht nach § 28 Abs. 1 AufenthG erhält, kann sie mit Blick auf die familiäre Lebensgemeinschaft mit dem Kind ein anderes Aufenthaltsrecht erlangen, wie z.B. ein Aufenthaltsrechts nach § 25 Abs. 5 AufenthG.

Aus den genannten Gründen ist davon auszugehen, dass der Ausschlussgrund nach § 27 Abs. 1a Nr. 1 Alt. 2 AufenthG vorliegend nicht anwendbar ist, sodass die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht deswegen versagt werden darf (a.A. vertretbar).

Anmerkung: Eine umfassende und vertiefte Auseinandersetzung mit § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG wie vorliegend ist nicht erforderlich. Es ist ausreichend, wenn die Studierenden das Problem sehen und diskutieren.

e) Zwischenergebnis

Insgesamt liegen die besonderen Erteilungsvoraussetzungen des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG vor. Der Familiennachzug scheitert auch nicht an § 27 Abs. 1a Nr. 1 Alt. 2 AufenthG.

2. Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen: § 5 AufenthG

Weiterhin müssen auch die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 und Abs. 2 AufenthG vorliegen. Insbesondere muss in der Regel der Lebensunterhalt gesichert und die Einreise mit dem erforderlichen Visum erfolgt sein.[14]

a) Sicherung des Lebensunterhalts

Grundsätzlich setzt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis die Sicherung des Lebensunterhalts voraus, § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG. Die Maßstäbe für die Sicherung des Lebensunterhalts richten sich nach § 2 Abs. 3 AufenthG.[15] Danach ist der Lebensunterhalt eines ausländischen Staatsangehörigen gesichert, wenn er ihn einschließlich ausreichenden Krankenversicherungsschutzes ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestreiten kann.[16] Dies ist vorliegend nicht der Fall. M verfügt zwar über

[12] BVerwG, Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19 = ZAR 2021, 30 (31 Rn. 27).
[13] Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19 = ZAR 2021, 30 (32 Rn. 40 ff.).
[14] Ausführlich zu den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen siehe etwa *Huber*, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 62 ff.
[15] *Huber*, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 65.
[16] Ausführlich dazu *Huber*, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 15 ff.

ausreichenden Krankenversicherungsschutz aufgrund der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung. Sie erhält aber ergänzende staatliche Leistungen, sodass sie den Lebensunterhalt nicht ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestreiten kann.

Die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel ist jedoch unschädlich, wenn von der Sicherung des Lebensunterhalts nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG eine Ausnahme zu machen ist. Nach § 28 Abs. 1 S. 2 AufenthG ist eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Nr. 3 AufenthG abweichend von § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG zu erteilen.[17] Vorliegend geht es um die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG, sodass die Sicherung des Lebensunterhalts nicht erforderlich ist. Mithin liegt eine Ausnahme von der Sicherung des Lebensunterhalts vor.

b) Einreise mit dem erforderlichen Visum

Zudem ist für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erforderlich, dass die Antragstellerin mit dem erforderlichen Visum eingereist ist und die für die Erteilung maßgeblichen Angaben im Visumsantrag gemacht hat, § 5 Abs. 2 S. 1 AufenthG.[18]

M ist nicht mit einem Visum eingereist. Von dem Erfordernis der Einreise mit einem Visum kann jedoch gem. § 5 Abs. 2 S. 2 AufenthG abgesehen werden. Dies ist dann der Fall, wenn ein Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis besteht oder wenn es auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalles nicht zumutbar ist, das Visumsverfahren nachzuholen.[19]

Wie bereits oben ausgeführt, erfüllt M alle besonderen und allgemeinen Erteilungsvoraussetzung des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG i.V.m. § 27 Abs. 1 AufenthG bis auf das Erfordernis der Einreise mit dem erforderlichen Visum. Folglich kann gem. § 5 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 AufenthG vom Erfordernis der Einreise mit einem Visum abgesehen werden.

Darüber hinaus betreut M ein minderjähriges Kind. Nach dem Sachverhalt ist M die wesentliche Bezugsperson der deutschen Staatsangehörigen T. Beim Nachholen des Visumsverfahrens wäre ebenso T gezwungen, das Bundesgebiet zu verlassen. Dies dürfte insoweit unzumutbar sein, so dass das Nachholen des Visumsverfahrens unzumutbar ist.

> *Anmerkung*: Nach VG Düsseldorf (Urt. v. 19.11.2020 – 8 K 5232/19 = ZAR 2021, 173) verstößt der mit dem Nachholen des Visumsverfahrens verbundene Zwang, das Bundesgebiet zu verlassen, gegen das Unionsrecht – Art. 20 AEUV –, sodass auf Grund des Vorrangs des Unionsrechts das Nachholen des Visumsverfahrens nicht erforderlich ist. Im vorliegenden Fall ergibt sich aus dem Sachverhalt keine Hinweise auf das Unionsrecht, sodass nicht zu erwarten ist, dass die Studierenden sich mit Art. 20 AEUV auseinandersetzen.

Unabhängig davon, ob von dem Visumserfordernis nach § 5 Abs. 2 S. 2 AufenthG abgesehen werden darf, steht der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG die Einreise ohne erforderliches Visum nicht entgegen, da die Aufenthaltserlaubnis gem. § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV vom Inland aus erteilt werden darf.[20] Nach § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV kann über die im Aufenthaltsgesetz

[17] Vgl. *Tewocht*, in: BeckOK Ausländerrecht, Stand: 1.10.2021, AufenthG § 27 Rn. 23.
[18] *Huber*, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 79.
[19] *Huber*, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 84.
[20] BVerwG, Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19 = ZAR 2021, 30 (33 Rn. 53).

geregelten Fälle hinaus ein Aufenthaltstitel im Bundesgebiet eingeholt oder verlängert werden, wenn die ausländische Staatsangehörige eine Aufenthaltserlaubnis besitzt.[21]

M ist seit August 2016 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG. Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG genügt den Anforderungen des § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, warum im Falle einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG eine Einschränkung des § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV vorzunehmen ist. Auch in Fällen, in denen dem ausländischen Staatsangehörigen nach Rücknahme oder Ablehnung eines Asylantrages zunächst eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG erteilt wurde und nunmehr die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Familienzusammenführung nach § 28 Abs. 1 AufenthG begehrt wird, findet § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV uneingeschränkt Anwendung.[22]

Auch die fehlende Erfüllung der Voraussetzungen nach § 5 Abs. 2 S. 1 AufenthG (Erfordernis des Visums) bei der ursprünglichen Einreise steht der Anwendung des § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV nicht entgegen – unabhängig davon, ob von der Visumspflicht nach § 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG zum Zeitpunkt der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG hätte abgesehen werden können. Hat die Ausländerbehörde eine Aufenthaltserlaubnis trotz der Erfüllung der Voraussetzungen nach § 5 Abs. 2 S. 1 AufenthG erteilt, so wird der Aufenthalt legalisiert. Auf die Erfüllung der Visumspflicht kommt es sodann nicht mehr an.[23] I.R.d. § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV ist mithin entscheidend, ob eine Aufenthaltserlaubnis vorliegt.

Mithin kann unabhängig von § 5 Abs. 2 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 39 S. 1 Nr.1 AufenthV ohne Nachholen des Visumsverfahrens von Inland aus erteilt werden.

c) Zwischenergebnis

Insgesamt liegen auch die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 und Abs. 2 AufenthG vor.

III. Kein Ausschluss: Sperrwirkung des § 10 Abs. 3 S. 1 AufenthG

Der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG könnte jedoch die Sperrwirkung des Asylantrages entgegenstehen. Nach § 10 Abs. 3 S. 1 AufenthG kann einem ausländischen Staatsangehörigen im Falle der unanfechtbaren Ablehnung des Asylantrages oder bei der Rücknahme des Antrages eine Aufenthaltserlaubnis nur nach Maßgabe des fünften Abschnitts des AufenthG (§§ 22–26 AufenthG) erteilt werden.[24] Dies ist vorliegend nicht der Fall, da M die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG begehrt.

Die Sperrwirkung des § 10 Abs. 3 S. 1 AufenthG findet jedoch nach § 10 Abs. 3 S. 3 AufenthG keine Anwendung, wenn auf die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ein Anspruch besteht.[25]

Dies ist wie bereits oben ausgeführt der Fall. M erfüllt alle allgemeinen und besonderen Erteilungsvoraussetzungen des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG. Insbesondere kann von dem Erfordernis der Einreise mit einem Visum (§ 5 Abs. 2 AufenthG) abgesehen werden.

---

[21] Ausführlich dazu siehe etwa *Dienelt*, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, AufenthG § 28 Rn. 6 ff.

[22] BVerwG, Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19 = ZAR 2021, 30 (33 Rn. 54 ff.).

[23] BVerwG, Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19 = ZAR 2021, 30 (33 Rn. 55).

[24] Vgl. etwa *Huber*, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 138 ff.

[25] *Huber*, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 141.

Fraglich ist jedoch, ob ein Anspruch i.S.v. § 10 Abs. 3 S. 3 AufenthG gegeben ist, wenn vom Visumserfordernis nur im Ermessenswege abgesehen werden kann. Nach einer Ansicht in der Rechtsprechung und Literatur ist bereits dann von einem Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auszugehen, wenn bis auf die Erfüllung der Visumspflicht alle anderen Voraussetzungen erfüllt sind.[26] Nach einer anderen Ansicht ist nur dann von einem Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auszugehen, wenn vom Nachholen des Visumsverfahrens abgesehen werden muss.[27]

Der Streit kann im Ergebnis offenbleiben, da es auf die Einhaltung der Voraussetzungen nach § 5 Abs. 2 S. 1 AufenthG dann nicht ankommt, wenn der Antragstellerin bereits eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wurde und sie zum Zeitpunkt der Beantragung der Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 AufenthG im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis ist.[28]

Dies ist vorliegend der Fall, da M bereits im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis ist. Wie bereits oben dargestellt, besteht auch kein Anlass von der Anwendung des § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV in einem Fall wie vorliegend abzusehen. Für eine Einschränkung des § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV sprechen keine Anhaltspunkte. Insgesamt entfaltet § 10 Abs. 3 S. 1 AufenthG keine Sperrwirkung, da auf die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ein Anspruch besteht.

IV. Rechtsfolge

Nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG besteht ein Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. Da die allgemeinen und besonderen Regelerteilungsvoraussetzungen vorliegen und kein Ausschlussgrund gegeben ist, hat M einen Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG.

V. Ergebnis

M hat Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG.

[26] Vgl. z.B. OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.4.2017 – 2 O 31/17, Rn. 20 ff. m.w.N.
[27] Vgl. z.B. VGH München, Beschl. v. 23.9.2016 – 10 C 16.818.
[28] BVerwG, Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19 = ZAR 2021, 30 (33 Rn. 51 ff.).

Fortgeschrittenenklausur: Zwei Bescheide und ein Führerschein

*Wiss. Mitarbeiter Dr. Lucas Hartmann, Freiburg im Breisgau**

Die vorliegende Fortgeschrittenenklausur weist einen mittleren bis hohen Schwierigkeitsgrad auf. Zwar sind im Sachverhalt die Problemschwerpunkte des Falles allesamt angesprochen und handelt es sich dabei um gängige Probleme des Verwaltungsprozessrechts und des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Allerdings erscheinen die meisten dieser Probleme nicht in einer „Standardkonstellation", was – neben der Länge des Sachverhalts – maßgeblich die Schwierigkeit der Klausur begründet. Eine zusätzliche Schwierigkeit liegt darin, dass das den Anknüpfungspunkt der Klausur bildende Fahrerlaubnisrecht nicht zum Pflichtstoff zählt; freilich werfen die für die Bearbeitung erforderlichen, aber auch genügenden Vorschriften der Verordnung über die Zulassung von Personen zum Straßenverkehr (Fahrerlaubnis-Verordnung – FeV), die im Sachverhalt abgedruckt sind, in der Handhabung keine spezifischen Schwierigkeiten auf.

Sachverhalt

Schon von Kindesbeinen an ist A von Autos fasziniert und freut sich daher sehr darauf, endlich „den Führerschein machen" zu können. Mit Sorge sieht sie allerdings, dass die Kosten für Fahr- und Theoriestunden in den letzten Jahren massiv angestiegen sind. Vor diesem Hintergrund nutzt sie ihren vierwöchigen Ferienaufenthalt im Sommer 2021 bei ihrer Oma in Prag, um dort – viel preiswertere – Fahr- und Theoriestunden zu absolvieren, und erwirbt schließlich auch eine – unter dem 3.9.2021 ausgestellte – tschechische Fahrerlaubnis.

Nach ihrer Rückkehr in ihre deutsche Heimatgemeinde K beschleicht sie doch ein mulmiges Gefühl, ob sie mit der tschechischen Fahrerlaubnis auch in Deutschland einfach so Auto fahren darf. Sie sucht daher das zuständige Landratsamt auf, schildert dort die Umstände der Erteilung ihrer tschechischen Fahrerlaubnis und erwähnt dabei – in einem unbedachten Moment – auch, dass sie in Tschechien überhaupt keine theoretische Fahrerlaubnisprüfung gemacht hatte, obwohl dies nach tschechischem Recht erforderlich gewesen wäre. Die tschechischen Behörden hätten dies schlicht übersehen. Die zuständige Mitarbeiterin gibt ihr die Auskunft, dass eine tschechische Fahrerlaubnis normalerweise von deutschen Behörden nicht mit gesonderter Entscheidung anerkannt werden müsse, sondern „automatisch" auch in Deutschland zur Führung von Kraftfahrzeugen berechtige. Die genaueren Umstände der Fahrerlaubniserteilung an A müsse sie erst prüfen und melde sich dann wieder.

Wenige Tage später erhält A ein Schreiben des Landratsamts, das sie davon in Kenntnis setzt, dass das Landratsamt eine Rücknahme der Fahrerlaubnis der A beabsichtige, da A die erforderliche theoretische Fahrerlaubnisprüfung nicht abgelegt habe. Jedenfalls aber sei vorsorglich die verbindliche Feststellung ins Auge zu fassen, dass diese Fahrerlaubnis A nicht zum Führen von Kraftfahrzeugen in Deutschland berechtige, da A zum Zeitpunkt der Fahrerlaubniserteilung ja in Deutschland ge-

* Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter und Habilitand am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Prof. *Dr. Matthias Jestaedt*).

wohnt habe. Zugleich wird A in diesem Schreiben aufgefordert, zu den in Bezug genommenen Gegebenheiten schriftlich Stellung zu nehmen, was A in der Folge auch macht.

Kurze Zeit später, nämlich am 11.11.2021, geht A ein unter dem 8.11.2021 erlassener Bescheid des Landratsamts zu, mit dem die Rücknahme der Fahrerlaubnis der A, die am 3.9.2021 in Prag, Tschechische Republik, ausgestellt wurde, angeordnet wird. Zur Begründung führt das Landratsamt unter anderem aus, dass die Fahrerlaubniserteilung rechtswidrig gewesen sei, da A nicht die erforderliche theoretische Fahrerlaubnisprüfung abgelegt habe. Da eine Kenntnis der Verkehrsregeln für das sichere Führen eines Kraftfahrzeugs unerlässlich sei, A diese Kenntnis bislang aber gerade nicht unter Beweis gestellt habe, sei die Rücknahme der Fahrerlaubnis geboten, um Schaden von A und anderen Verkehrsteilnehmer*innen abzuwenden. Um dieses Ziel zu erreichen, scheide die der Rücknahme als lex specialis eigentlich vorgehende Entziehung der Fahrerlaubnis aus, da diese – was zutrifft – in ihren Wirkungen auf die Bundesrepublik Deutschland beschränkt sei. Durch die Rücknahme könnten hingegen die durch die tschechische Behörde ausgestellte Fahrerlaubnis insgesamt beseitigt und die anderen Verkehrsteilnehmer*innen auch über die Bundesrepublik Deutschland hinausgehend und damit umfassend geschützt werden.

Drei Wochen später, nämlich am 2.12.2021, erhält A einen weiteren Bescheid, den das Landratsamt unter dem 29.11.2021 erlassen hat und der Folgendes regelt:

> „[…] Für den Fall, dass die tschechischen Behörden dem Landratsamt unbestreitbare Informationen vorlegen, aus denen hervorgeht, dass A zum Zeitpunkt der Erteilung ihrer Fahrerlaubnis am 3.9.2021 in Prag, Tschechische Republik, ihren ordentlichen Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland hatte, wird festgestellt, dass A nicht berechtigt ist, unter Gebrauchmachen dieser Fahrerlaubnis in der Bundesrepublik Deutschland Kraftfahrzeuge zu führen.
> […]".

Zur Begründung führt das Landratsamt an, dass sich nach Rücksprache mit der Rechtsaufsichtsbehörde Zweifel ergeben hätten, ob der Bescheid vom 8.11.2021 die mit ihm bezweckten Rechtswirkungen überhaupt erfüllen könne, da möglicherweise der Kompetenzbereich der Tschechischen Republik berührt werde. Um Rechtssicherheit für A herzustellen und um die Zwecke, die mit der Anerkennung ausländischer Fahrerlaubnisse verfolgt würden, vor Umgehung zu schützen, sei es geboten, die Rechtslage durch die nunmehr erfolgte Feststellung klarzustellen. In diesem Zusammenhang sei auch darauf hinzuweisen, dass die in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union erteilten Fahrerlaubnisse zwar grundsätzlich auch in Deutschland zum Führen eines Kraftfahrzeugs berechtigten. Allerdings gelte dies nicht für Personen, die zum Zeitpunkt der Erteilung der Fahrerlaubnis ihren Wohnsitz in Deutschland hätten und die somit im EU-Ausland lediglich „Führerscheintourismus" betrieben. Da tschechische Behörden in der Vergangenheit auf Anfragen des Landratsamts in anderen Fällen teils gar nicht reagiert hätten und teils auch im Falle einer Reaktion Informationen nicht geteilt hätten, sei zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht sicher, ob die tschechischen Behörden Informationen zum Wohnsitz der A überhaupt mitteilen würden. Aus diesem Grund sei die vorsorgliche Regelung des Falls schon jetzt geboten.

A ist entsetzt. Es stimme zwar, dass sie keine theoretische Prüfung abgelegt habe, allerdings gehe das eine deutsche Behörde doch nichts an. Schließlich sei der Fehler doch der tschechischen Behörde unterlaufen. Dass eine deutsche Behörde eine behördliche Maßnahme aus einem anderen EU-Mitgliedstaat aufhebe, habe sie ja noch nie gehört. Es stimme zwar, dass sie zum Zeitpunkt der Erteilung der Fahrerlaubnis in Deutschland gewohnt habe, der Vorwurf eines „Führerscheintourismus" gehe jedoch zu weit. Sie verstehe außerdem nicht, warum das Landratsamt nun entgegen sei-

nem Ansinnen, Rechtssicherheit zu schaffen, durch eine so eigenartige Formulierung wie „für den Fall, dass“ Unsicherheit in die ganze Angelegenheit bringe. Sie – die A – müsse nun ja in der ständigen Angst leben, dass sich ihre Fahrerlaubnis im Anschluss an irgendeine Mitteilung der tschechischen Behörden jedenfalls für Deutschland „in Luft auflösen“ werde. Dass das Landratsamt sie durch eine solche vorsorgliche Regelung belaste, sei daher nicht hinnehmbar. Auch sei die Rechtslage mit den zwei unterschiedlichen Bescheiden reichlich verworren.

Nach erfolgloser Durchführung des Widerspruchsverfahrens gegen den Bescheid vom 29.11. 2021, das mit Erlass des abschlägigen Widerspruchsbescheids des zuständigen Regierungspräsidiums vom 1.3.2022 sein Ende findet, der A am 3.3.2022 zugestellt wird, übergibt A die Sache ihrer Rechtsanwältin R mit dem Auftrag, durch Klageerhebung auf die Aufhebung des Bescheids hinzuwirken. R setzt daraufhin im Namen der A eine Klageschrift auf und übergibt diese am 30.3.2022 ihrem Rechtsanwaltsfachangestellten M mit dem Auftrag, die Klageschrift noch vor dem Wochenende persönlich beim Verwaltungsgericht in den Briefkasten zu werfen. Am Tag darauf findet R die Klageschrift im kanzleiinternen Postausgangsfach mit dem großflächigen Hinweis „Eilig. Spätestens am 1.4.2022 beim VG einzuwerfen“ und weist M noch einmal auf die Bedeutung des rechtzeitigen Einwurfs hin. Jedoch vergisst der kanzleiintern als „Fristenkönig“ bekannte M, den R mit dem kanzleiinternen Fristenkontrollsystem bestens vertraut gemacht hat und der noch nie eine Frist versäumt hat, die Klageschrift auch tatsächlich beim Verwaltungsgericht in den Briefkasten zu werfen. M bemerkt sein Versehen erst am 5.4.2022 und wirft die Klageschrift noch am selben Tag in den Briefkasten des Verwaltungsgerichts. Nachdem er R von seinem Versäumnis berichtet hat, setzt diese ein Schreiben auf, in dem sie die genauen Umstände des Versäumnisses des M wie auch des kanzleiinternen Fristenkontrollsystems, die regelmäßige Überwachung der Mitarbeiter*innen durch R und die besondere Zuverlässigkeit des „Fristenkönigs“ M „anwaltlich versichert“ und so glaubhaft macht. Dieses Schreiben geht dem Verwaltungsgericht am 12.4.2022 zu.

In seiner Klageerwiderung bringt das Landratsamt vor, die Klage sei schon wegen Verfristung unzulässig. Dass die Rechtslage angesichts zweier divergierender Bescheide verworren sei, sei schon deshalb unzutreffend, da der Bescheid vom 8.11.2021 als „von vornherein unbeachtlich“ anzusehen sei. Schließlich bewirke auch der Bescheid vom 29.11.2021 keine Unsicherheit. Denn abgesehen davon, dass Behörden solche Regelungen treffen dürften, sei mittlerweile, nämlich am 2.5.2022, eine Mitteilung der zuständigen tschechischen Behörde eingegangen, aus der unbestreitbar hervorgehe, dass A zum Zeitpunkt der Fahrerlaubniserteilung ihren Wohnsitz in Deutschland hatte. Denn dieser Mitteilung zufolge habe A auf allen Formularen zur Beantragung der Fahrerlaubnis angegeben, dass sie in „79199 K“ wohne und dort für gewöhnlich 320 Tage im Jahr verbringe. Jedenfalls infolge dieser Mitteilung sei jede Unsicherheit beseitigt.

Fallfrage

Begutachten Sie die Erfolgsaussichten der Klage. Gehen Sie dabei auf alle durch den Sachverhalt aufgeworfenen Fragen – ggf. hilfsgutachtlich – ein.

Bearbeitungshinweise

1. Gehen Sie davon aus, dass die Fahrerlaubnis – ungeachtet etwaiger Fehler – nach tschechischem Recht gültig ist. Sofern die Frage nach der Vereinbarkeit der Fahrerlaubnis mit tschechischem Recht für Ihre Bearbeitung relevant sein sollte, gehen Sie davon aus, dass die diesbezüglichen Informationen im Sachverhalt zutreffen. Auch im Übrigen ist Recht der Tschechischen Republik nicht zu prüfen.

2. Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Landratsamts wie auch die örtliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist zu unterstellen. Es ist davon auszugehen, dass richtiger Beklagter nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO das Land Baden-Württemberg ist.

3. Das Recht der Europäischen Union ist nicht zu prüfen.

4. Auf folgende Vorschriften aus der Verordnung über die Zulassung von Personen zum Straßenverkehr (Fahrerlaubnis-Verordnung – FeV) wird hingewiesen:

Verordnung über die Zulassung von Personen zum Straßenverkehr (Fahrerlaubnisverordnung – FeV) [Auszug]

§ 7 Ordentlicher Wohnsitz im Inland

(1) Eine Fahrerlaubnis darf nur erteilt werden, wenn der Bewerber seinen ordentlichen Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland hat. Dies wird angenommen, wenn der Bewerber wegen persönlicher und beruflicher Bindungen oder – bei fehlenden beruflichen Bindungen – wegen persönlicher Bindungen, die enge Beziehungen zwischen ihm und dem Wohnort erkennen lassen, gewöhnlich, das heißt während mindestens 185 Tagen im Jahr, im Inland wohnt. […]

§ 28 Anerkennung von Fahrerlaubnissen aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum

(1) Inhaber einer gültigen EU- oder EWR-Fahrerlaubnis, die ihren ordentlichen Wohnsitz im Sinne des § 7 Absatz 1 oder 2 in der Bundesrepublik Deutschland haben, dürfen – vorbehaltlich der Einschränkungen nach den Absätzen 2 bis 4 – im Umfang ihrer Berechtigung Kraftfahrzeuge im Inland führen. Auflagen zur ausländischen Fahrerlaubnis sind auch im Inland zu beachten. Auf die Fahrerlaubnisse finden die Vorschriften dieser Verordnung Anwendung, soweit nichts anderes bestimmt ist.

(2) […]

(3) […]

(4) Die Berechtigung nach Absatz 1 gilt nicht für Inhaber einer EU- oder EWR-Fahrerlaubnis,

1. […]

2. die ausweislich des Führerscheins oder vom Ausstellungsmitgliedstaat herrührender unbestreitbarer Informationen zum Zeitpunkt der Erteilung ihren ordentlichen Wohnsitz im Inland hatten, es sei denn, dass sie als Studierende oder Schüler im Sinne des § 7 Absatz 2 die Fahrerlaubnis während eines mindestens sechsmonatigen Aufenthalts erworben haben, […].

In den Fällen des Satzes 1 kann die Behörde einen feststellenden Verwaltungsakt über die fehlende Berechtigung erlassen. […]

§ 46 Entziehung, Beschränkung, Auflagen

(1) […]

(2) […]

(3) […]

(4) Die Fahrerlaubnis ist auch zu entziehen, wenn der Inhaber sich als nicht befähigt zum Führen von Kraftfahrzeugen erweist. […]

(5) Bei einer ausländischen Fahrerlaubnis hat die Entziehung die Wirkung einer Aberkennung des Rechts, von der Fahrerlaubnis im Inland Gebrauch zu machen. […]

§ 73 Zuständigkeiten

(1) Diese Verordnung wird […] von den nach Landesrecht zuständigen unteren Verwaltungsbehörden […] (Fahrerlaubnisbehörden) ausgeführt. […]

(2) Örtlich zuständig ist, soweit nichts anderes vorgeschrieben ist, die Behörde des Ortes, in dem der Antragsteller oder Betroffene seine Wohnung, bei mehreren Wohnungen seine Hauptwohnung, hat […].

[…]

Lösungsvorschlag

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen ... 134
I. Verwaltungsrechtsweg ... 134
II. Statthafte Klageart ... 135
III. Klagebefugnis ... 135
IV. Vorverfahren ... 135
V. Klagegegner ... 135
VI. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit ... 135
VII. Zuständiges Gericht ... 135
VIII. Frist ... 136
1. Fristversäumung ... 136
2. Wiedereinsetzung ... 136
a) Wiedereinsetzungsgrund ... 136
aa) Fristversäumung ... 136
bb) Ohne Verschulden ... 137
(1) Eigenes Verschulden der A ... 137
(2) Zurechenbares Vertreterverschulden ... 137
(3) Zwischenergebnis ... 138
cc) Kausalität ... 138
b) Wiedereinsetzungsverfahren ... 138
aa) Antrag ... 138
bb) Glaubhaftmachung ... 139
c) Zwischenergebnis ... 139
IX. Ergebnis ... 139
B. Begründetheit ... 139
I. Ermächtigungsgrundlage ... 139
II. Formelle Rechtswidrigkeit ... 139
1. Zuständigkeit ... 139

2. Verfahren 139
3. Form 140
4. Zwischenergebnis 140
III. Materielle Rechtswidrigkeit 140
1. Tatbestandsvoraussetzungen 140
a) A als Inhaberin einer gültigen EU-Fahrerlaubnis und Wohnsitz in Deutschland ..140
aa) Bekanntgabe des Rücknahmeverwaltungsakts 141
bb) Nichtigkeit des Rücknahmeverwaltungsakts 141
(1) Kein Fall des § 44 Abs. 3 oder Abs. 2 LVwVfG 141
(2) Überschreitung der Verbandskompetenz als Fehler i.S.v. § 44 Abs. 1 LVwVfG 142
(3) Zwischenergebnis 143
b) Vorliegen eines vertypten Tatbestands gem. § 28 Abs. 4 Nrn. 1–9 FeV 143
aa) Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt für die Sachlage 143
bb) Bedingung als Nebenbestimmung zur Sicherstellung der gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts 144
(1) Ermächtigungsgrundlage Nebenbestimmung 144
(2) Formelle Rechtswidrigkeit 145
(3) Materielle Rechtswidrigkeit 145
(a) Art der Nebenbestimmung 145
(b) Ermessensfehler 146
c) Zwischenergebnis 147
2. Ermessen 147
IV. Subjektive Rechtsverletzung 147
C. Ergebnis 147

Die Klage der A hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

I. Verwaltungsrechtsweg

Gem. § 40 Abs. 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art eröffnet. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn sie nach Maßgabe des öffentlichen Rechts zu entscheiden ist. Dies richtet sich nach der Natur der Regelung bzw. des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird. Öffentlich-rechtlich sind dabei diejenigen Regelungen bzw. Rechtsverhältnisse, welche einen Träger öffentlicher Gewalt gerade

als solchen berechtigen oder verpflichten.[1] Streitentscheidende Normen sind hier solche der Verordnung über die Zulassung von Personen zum Straßenverkehr (im Folgenden: FeV), insbesondere wird die streitgegenständliche Feststellung nach § 28 Abs. 4 S. 2 FeV von der Fahrerlaubnisbehörde als einem Träger hoheitlicher Gewalt getroffen. Diese Normen sind damit solche des öffentlichen Rechts, so dass – mangels abdrängender Sonderzuweisung – der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Rechtsschutzziel der Klägerin, § 88 VwGO.

A begehrt die Aufhebung des Bescheids vom 29.11.2021, sie begehrt damit die Aufhebung eines Verwaltungsakts. Statthafte Klageart ist daher die Anfechtungsklage, § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO.

III. Klagebefugnis

Um klagebefugt zu sein, muss A geltend machen, in ihren Rechten verletzt zu sein, § 42 Abs. 2 VwGO. Geltend gemacht ist die Verletzung, wenn sie nach dem Sachvortrag der Klägerin zumindest als möglich erscheint (sog. Möglichkeitstheorie).[2]

Nach As Vortrag ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass sie durch den angegriffenen Bescheid in ihrem aus ihrer Fahrerlaubnis folgenden Recht verletzt ist, ein Kraftfahrzeug zu führen. Jedenfalls ist in Anbetracht des Umstands, dass A Adressatin des angegriffenen Bescheids ist, eine Verletzung der A in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, möglich. A ist daher klagebefugt.

IV. Vorverfahren

Das nach § 68 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 VwGO erforderliche Vorverfahren hat A erfolglos durchgeführt.

V. Klagegegner

Richtiger Beklagter ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO das Land Baden-Württemberg.

VI. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

A ist beteiligungsfähig gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO und prozessfähig gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Die Beteiligungsfähigkeit des Landes Baden-Württemberg als Gebietskörperschaft folgt aus § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO, im Prozess wird es gem. § 62 Abs. 3 VwGO vertreten.

VII. Zuständiges Gericht

Das Verwaltungsgericht ist nach § 45 VwGO sachlich zuständig, die örtliche Zuständigkeit ist zu unterstellen.

---

[1] BVerwGE 156, 320 (322 Rn. 5); *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 11 Rn. 17.
[2] *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2022, Rn. 1351.

VIII. Frist

Die Klage müsste innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheids erhoben worden sein, § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO. Bei schriftlicher Klageerhebung (§ 81 Abs. 1 S. 1 VwGO) ist die Klage mit Eingang des Klageschriftsatzes beim zuständigen Verwaltungsgericht erhoben.[3]

1. Fristversäumung

Der Widerspruchsbescheid des Regierungspräsidiums wurde der A am 3.3.2022 zugestellt. Nach § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 Abs. 1 ZPO, § 187 Abs. 1 BGB begann die Klagefrist damit am 4.3.2022 zu laufen.

> *Hinweis*: Im Fall ist von einer Zustellung des Widerspruchsbescheids mittels Postzustellungsurkunde auszugehen, § 73 Abs. 3 S. 2 VwGO i.V.m. § 3 VwZG. Anderenfalls, z.B. für die Zustellung mittels Einschreiben (§ 4 VwZG), wären zusätzliche Informationen im Sachverhalt nötig gewesen (wegen § 4 Abs. 2 S. 2 VwZG nämlich der Zeitpunkt der Aufgabe des Widerspruchsbescheids zur Post, um die Drei-Tages-Fiktion berechnen zu können). Bei der Zustellung mittels Postzustellungsurkunde wird die Zustellung im Zeitpunkt der Übergabe wirksam. Insofern ist der Hinweis im Sachverhalt, dass am 3. März „zugestellt wird" zu verstehen und darf in diesem Fall auch „wörtlich" genommen werden. Ein (genaueres) Eingehen auf die Vorschriften des VwZG war vor diesem Hintergrund nicht verlangt.

Nach § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 Abs. 1 ZPO, § 188 Abs. 1 BGB wäre sie eigentlich mit Ablauf des 3.4.2022 geendet. Der 3.4.2022 war jedoch ein Sonntag, weswegen die Klagefrist nach § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 Abs. 2 ZPO mit Ablauf des 4.4.2022 endete. M hat die Klageschrift allerdings erst am 5.4.2022 beim Verwaltungsgericht in den Briefkasten geworfen, die Klage wurde damit erst nach Ablauf der Klagefrist erhoben.

2. Wiedereinsetzung

Möglicherweise ist A jedoch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, § 60 Abs. 1 VwGO. Dazu müsste ein Wiedereinsetzungsgrund gegeben sein und A müsste die sie treffenden Anforderungen an das Verfahren der Wiedereinsetzung eingehalten haben.

a) Wiedereinsetzungsgrund

Ein Wiedereinsetzungsgrund ist gegeben, wenn A eine gesetzliche Frist versäumt hat, dies ohne ihr Verschulden erfolgte und der unverschuldete Umstand kausal für die Fristversäumung war (vgl. § 60 Abs. 1 VwGO).

aa) Fristversäumung

A müsste verhindert gewesen sein, eine gesetzliche Frist einzuhalten, § 60 Abs. 1 VwGO. Gesetzliche Fristen sind Zeiträume für die Vornahme von Prozesshandlungen, die kraft abstrakt-genereller Regelung nach Eintritt eines bestimmten Ereignisses zu laufen beginnen.[4] Verhindert zur Fristeinhal-

[3] *Meissner/Schenk*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Kommentar, 35. Lfg., Stand: September 2018, § 74 Rn. 30.
[4] BVerwG DVBl. 1986, 287 (287); *Peters*, in: BeckOK VwGO, Stand: Juli 2022, § 60 Rn. 1.

tung ist, wer die Frist tatsächlich versäumt hat und zwar infolge einer Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Fristeinhaltung – in Abgrenzung von einer freiwilligen Entscheidung zur Nicht-Einhaltung.[5]

Die Klagefrist des § 74 Abs. 1 VwGO knüpft die Vornahme der Klageerhebung abstrakt-generell an die Zustellung des Widerspruchsbescheids als fristauslösendes Ereignis und ist damit eine gesetzliche Frist. A hat diese Frist tatsächlich versäumt (siehe oben VIII. 1.). A hatte ihre Rechtsanwältin R mit der Klageerhebung betraut. Dass es hier kanzleiintern zu Verzögerungen dadurch gekommen ist, dass M den Einwurf der Klageschrift beim Verwaltungsgericht vergessen hatte, war A unbekannt, ein persönliches Eingreifen der A war aufgrund dieser Unkenntnis unmöglich. A war daher zur Fristeinhaltung verhindert.

> *Hinweis*: Denkbar wäre auch, das Vergessen des M als Hinderungsgrund anzunehmen. Dann müsste allerdings hier bereits – und nicht erst im Rahmen der Prüfung des Verschuldens – thematisiert werden, inwiefern und inwieweit das Vergessen des M der A zurechenbar ist bzw. eine Unmöglichkeit der A zur Fristeinhaltung begründet.

bb) Ohne Verschulden

Die Fristversäumung dürfte nicht auf einem Verschulden der A beruhen. Dieses „Verschulden gegen sich selbst“ bezieht sich auf eine Obliegenheit und diese Obliegenheit ist verletzt, wenn der Beteiligte vorsätzlich oder fahrlässig gegen seine eigenen Interessen handelt.[6] Danach ist eine Fristversäumung unverschuldet, wenn dem Betroffenen nach den gesamten Umständen kein Vorwurf daraus zu machen ist, dass er die Frist versäumt hat, ihm also die Einhaltung der Frist nicht zumutbar war.[7]

(1) Eigenes Verschulden der A

In Anwendung dieser Grundsätze ist davon auszugehen, dass A durch rechtzeitige Übergabe der Angelegenheit mit der Bitte um Klageerhebung an ihre Rechtsanwältin R und damit mit dem Auftrag an R, ihre Interessen gerichtlich wahrzunehmen, ihrer Obliegenheit genügt hat.

(2) Zurechenbares Vertreterverschulden

Dem Verschulden eines Beteiligten steht allerdings das Verschulden eines Bevollmächtigten gleich, § 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 85 Abs. 2 ZPO.[8] Bevollmächtigte der A ist R. In Rede steht hier allerdings das Vergessen und damit ein Verschulden des M, also eines Erfüllungsgehilfen, dessen sich R bedient hat. Mangels einer prozessrechtlichen Vorschrift, die dem § 278 BGB über die Haftung für das Verschulden von Erfüllungsgehilfen entspricht, ist ein Verschulden von Hilfspersonen – und damit auch das Verschulden des M – weder der Anwältin noch ihrer Mandantin zuzurechnen.[9]

R könnte jedoch ein eigenes Verschulden in Gestalt eines Organisationsverschuldens zur Last fallen, das A über § 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen wäre. Das wäre etwa der Fall, wenn R bei der Auswahl, Ausbildung, Erprobung und Überwachung des M bei der Ausführung seiner

[5] BVerfGE 71, 305 (347 f.); *Bier/Steinbeiß-Winkelmann*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Kommentar, 33. Lfg., Stand: Juni 2017, § 60 Rn. 13, 15.

[6] *Schmitz*, JuS 2015, 895 (898); *Bier/Steinbeiß-Winkelmann*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Kommentar, 33. Lfg., Stand: Juni 2017, § 60 Rn. 18.

[7] BVerwGE 50, 248 (254); BVerwG NJW 1990, 3103 (3103).

[8] Siehe dazu BVerwG NJW 1991, 2096 (2097); *Schmitz*, JuS 2015, 895 (898).

[9] BVerwGE 44, 104 (109); BVerwG NJW 1992, 63 (64); *Peters*, in: BeckOK VwGO, Stand: Juli 2022, § 60 Rn. 22.

Tätigkeiten ein Versäumnis zur Last gefallen wäre.[10] Beruht eine Fristversäumung jedoch auf dem Verschulden eines sonst zuverlässigen Büroangestellten, ohne dass ein Organisationsmangel mitursächlich war, handelt die Rechtsanwältin ohne Schuld.[11] R hat M bestens mit dem kanzleiinternen Fristenkontrollsystem vertraut gemacht, M hat noch nie eine Frist versäumt und R hat am Tag nach Übergabe des Schriftsatzes an M kontrolliert, dass der Schriftsatz im kanzleiinternen Postausgangsfach lag, und M auch noch einmal auf die Bedeutung des rechtzeitigen Einwurfs hingewiesen. Von einer hinreichenden Auswahl, Ausbildung, Erprobung und Überwachung des M durch R ist daher auszugehen. Es handelt sich somit um ein nicht zurechenbares Verschulden des sonst zuverlässigen Büroangestellten M.

(3) Zwischenergebnis

A fällt somit weder ein eigenes noch ein ihr zurechenbares Vertreterverschulden zur Last.

cc) Kausalität

Die Fristversäumung muss zudem gerade auf dem unverschuldeten Umstand beruhen.[12] Die hier erforderliche adäquate Kausalität ist gegeben, wenn der Beteiligte oder sein Vertreter die Frist nach dem gewöhnlichen Verlauf gewahrt hätte, falls der unverschuldete Umstand nicht eingetreten wäre.[13] Hätte M nicht vergessen, die Klageschrift spätestens am 1.4.2022 in den Briefkasten des Verwaltungsgerichts zu werfen, wäre die Frist gewahrt gewesen. Der unverschuldete Umstand war also für die Fristversäumung kausal.

b) Wiedereinsetzungsverfahren

A fällt somit weder ein eigenes noch ein ihr zurechenbares Vertreterverschulden zur Last.

aa) Antrag

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erfolgt grundsätzlich nur auf Antrag, § 60 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 VwGO. Ein solcher Antrag ist hier nicht ersichtlich, insbesondere geht aus dem Schreiben der R, das am 12.4.2022 beim Verwaltungsgericht eingeht, nicht hervor, dass sie einen solchen Antrag stellen möchte. Vielmehr schildert sie in diesem Schreiben lediglich die Umstände der Fristversäumung.

Allerdings kann die Wiedereinsetzung auch gewährt werden, wenn die versäumte Rechtshandlung innerhalb der Frist für den Wiedereinsetzungsantrag nachgeholt worden ist, § 60 Abs. 2 S. 4 VwGO. Das „kann“ ist hier nicht Anzeichen für gerichtliches Ermessen, sondern drückt lediglich die gerichtliche Befugnis zur Gewährung der Wiedereinsetzung aus. Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen vor, muss das Gericht daher auch ohne Vorliegen eines Antrags die Wiedereinsetzung gewähren (vgl. § 60 Abs. 1 VwGO: „[…] *ist* […] zu gewähren“ [*Hervorhebung* nicht im Original]).[14] Die versäumte Rechtshandlung ist hier die Klageerhebung, die am 5.4.2022 und damit noch am selben Tag, an dem M sein Vergessen bemerkt hat und damit das für die Fristversäumung kausale Hindernis be-

[10] *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 6 Rn. 34; *Bier/Steinbeiß-Winkelmann*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Kommentar, 33. Lfg., Stand: Juni 2017, § 60 Rn. 41.

[11] BVerwG NJW 1988, 2814 (2814); BVerwG NJW 2015, 1976 (1977).

[12] BVerwG NVwZ-RR 2016, 805 (805).

[13] *Peters*, in: BeckOK VwGO, Stand: Juli 2022, § 60 Rn. 24.

[14] BVerwG, Urt. v. 16.5.2007 – 3 C 25/06, Rn. 13; *Kopp/Schenke*, VwGO, Kommentar, 28. Aufl. 2022, § 60 Rn. 24.

seitigt hat, erfolgt ist. Die Klageerhebung erfolgte damit innerhalb der zweiwöchigen Antragsfrist des § 60 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 VwGO.

bb) Glaubhaftmachung

A ist daher Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn sie auch die Tatsachen glaubhaft gemacht hat, die die Wiedereinsetzung begründen, § 60 Abs. 2 S. 2 VwGO. Zur Glaubhaftmachung kann sich der Wiedereinsetzung Erstrebende aller präsenten Beweismittel bedienen (vgl. § 173 S. 1 ZPO i.V.m. § 294 ZPO), insbesondere können Rechtsanwälte Vorgänge, die ihre eigene Tätigkeit oder Wahrnehmung betreffen, auch anwaltlich versichern.[15] Hier hat R die Umstände, die zur Fristversäumung geführt haben und A nicht als Verschulden zuzurechnen sind, in ihrem Schreiben, das beim Verwaltungsgericht am 12.4.2022 eingegangen ist, anwaltlich versichert und damit glaubhaft gemacht.

c) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen für die Wiedereinsetzung der A in den vorigen Stand sind damit gegeben. A ist daher Wiedereinsetzung in den Stand vor Versäumung der Klagefrist zu gewähren und die Klagefrist ist durch Eingang der Klage beim Verwaltungsgericht Freiburg am 5.4.2022 als gewahrt anzusehen.

IX. Ergebnis

Die Klage ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit der Bescheid des Landratsamts vom 29.11.2021 rechtswidrig und A dadurch in ihren Rechten verletzt ist, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO. Rechtswidrig ist der Bescheid, soweit er nicht auf einer Ermächtigungsgrundlage beruht oder formelle oder materielle Fehler aufweist.

I. Ermächtigungsgrundlage

Taugliche Ermächtigungsgrundlage für die Feststellung der fehlenden Berechtigung der A, unter Gebrauchmachen ihrer in der Tschechischen Republik erworbenen Fahrerlaubnis in der Bundesrepublik Deutschland Kraftfahrzeuge zu führen, ist § 28 Abs. 4 S. 2 i.V.m. S. 1 FeV.

II. Formelle Rechtswidrigkeit

1. Zuständigkeit

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Landratsamts ist zu unterstellen.

2. Verfahren

Verfahrensfehler sind nicht ersichtlich. Insbesondere bezog sich die Aufforderung zur Stellungnahme, die das Landratsamt der A durch Schreiben im Herbst 2021 eingeräumt hat, auch auf die

[15] *Bier/Steinbeiß-Winkelmann*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Kommentar, 33. Lfg., Stand: Juni 2017, § 60 Rn. 63.

Umstände für die Feststellung der fehlenden Berechtigung zum Führen eines Kraftfahrzeugs in der Bundesrepublik Deutschland. A wurde somit die Gelegenheit gegeben, sich zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zu äußern, sie wurde somit nach § 28 Abs. 1 LVwVfG angehört.

3. Form

Auch sind keine Formfehler ersichtlich.

4. Zwischenergebnis

Der Verwaltungsakt ist damit formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtswidrigkeit

Die Feststellung ist rechtswidrig, soweit die Tatbestandsvoraussetzungen des § 28 Abs. 4 S. 2 i.V.m. S. 1 FeV nicht gegeben sind (1.) oder das Landratsamt sein Ermessen fehlerhaft ausgeübt hat (2.).

1. Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 28 Abs. 4 S. 2 FeV müsste einer der Fälle des § 28 Abs. 4 S. 1 FeV vorliegen, damit ein feststellender Verwaltungsakt über die fehlende Berechtigung erlassen werden dürfte. Klärungsbedürftig ist hier zweierlei: zum einen muss sich die Feststellung auf eine – fehlende – Berechtigung nach § 28 Abs. 1 FeV beziehen, zum anderen muss einer der in § 28 Abs. 4 Nrn. 1–9 FeV vertypten Tatbestände vorliegen.

a) A als Inhaberin einer gültigen EU-Fahrerlaubnis und Wohnsitz in Deutschland

A müsste Inhaberin einer gültigen EU-Fahrerlaubnis sein und ihren Wohnsitz in Deutschland haben, woran § 28 Abs. 1 FeV grundsätzlich die Berechtigung anknüpft, auch in Deutschland im Umfang der jeweiligen Berechtigung Kraftfahrzeuge führen zu dürfen.

A wohnt wegen familiärer und beruflicher Bindungen für gewöhnlich 320 Tage im Jahr in der Gemeinde K und hat demzufolge ihren Wohnsitz nach § 28 Abs. 1 S. 1 FeV i.V.m. § 7 Abs. 1 S. 2 FeV in Deutschland. Fraglich ist allerdings, ob sie über eine gültige EU-Fahrerlaubnis verfügt. Zwar wurde ihr eine solche am 3.9.2021 durch die zuständige tschechische Behörde in Prag erteilt. Diese Fahrerlaubnis könnte jedoch infolge des Bescheids des Landratsamts vom 8.11.2021 ihre Rechtswirkungen verloren haben (vgl. § 43 Abs. 2 Var. 1 LVwVfG) mit der Folge, dass A nunmehr über keine gültige EU-Fahrerlaubnis mehr verfügt. Dies setzt allerdings voraus, dass dieser Verwaltungsakt seinerseits A gegenüber wirksam geworden ist (vgl. § 43 Abs. 1, Abs. 3 LVwVfG) und so die gültig erteilte EU-Fahrerlaubnis beseitigen konnte. Dafür muss der Verwaltungsakt A bekanntgegeben worden sein (§ 43 Abs. 1 LVwVfG) und darf nicht nichtig sein (§ 43 Abs. 3 LVwVfG).

> *Hinweis*: Die folgende Prüfung hat sich auf die Prüfung der Wirksamkeit dieses Rücknahmeverwaltungsakts zu beschränken, wobei insbesondere die Frage der Nichtigkeit klärungsbedürftig ist. Systematisch fehlerhaft wäre es hingegen, hier die Rechtswidrigkeit dieses Bescheids zu prüfen. Denn selbst im Falle „bloßer“ Rechtswidrigkeit würde der Verwaltungsakt die EU-Fahrerlaubnis der A wirksam beseitigen und würde es damit an der betreffenden Tatbestandsvoraussetzung für den feststellenden Verwaltungsakt fehlen. Zudem wäre der Rücknahmeverwaltungsakt – sofern

er wirksam erlassen wurde – mittlerweile in Bestandskraft erwachsen (die Widerspruchsfrist des § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO ist mittlerweile abgelaufen) und würde dementsprechend eine für das Gericht bindende Tatbestandswirkung entfalten. Das Gericht müsste daher die durch den Rücknahmeverwaltungsakt bewirkten Rechtsfolgen als Tatbestand zugrunde legen und dementsprechend davon ausgehen, dass die EU-Fahrerlaubnis der A nicht mehr besteht.
Dementsprechend spielt es für die Prüfung keine Rolle, dass die Vorschriften zur Entziehung der Fahrerlaubnis wegen fehlender Befähigung (hierzu zählt es auch, wenn die theoretische Fahrerlaubnisprüfung nicht absolviert wurde) nach der FeV die verwaltungsverfahrensgesetzliche Vorschrift zur Rücknahme – entgegen der Annahme des Landratsamts – vollumfänglich verdrängen.[16] Denn auch wenn das Landratsamt daher mit § 48 LVwVfG eine nicht einschlägige Ermächtigungsgrundlage gewählt hat, begründet dieser Fehler keine Nichtigkeit, sondern „bloß" die Rechtswidrigkeit des Rücknahmeverwaltungsakts.

Hinweis: Die Frage der Wirksamkeit des Rücknahmeverwaltungsakts kann alternativ auch bereits in der Zulässigkeitsprüfung im Prüfungspunkt „Rechtsschutzbedürfnis" vorgenommen werden. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn die Klage aussichtslos ist, die Klägerin also das von ihr verfolgte Ziel mit der Klage nicht erreichen kann. Ihr Ziel, von ihrer tschechischen Fahrerlaubnis auch in Deutschland Gebrauch machen zu dürfen, kann A nämlich mit ihrer gegen den Feststellungsbescheid gerichteten Klage nicht erreichen, wenn diese Fahrerlaubnis durch den Rücknahmeverwaltungsakt bereits ihre Rechtswirkung verloren hat (und bestandskräftig geworden ist). Da hierfür aber eine ausführlichere Prüfung der Wirksamkeit des Rücknahmeverwaltungsakts erforderlich ist (siehe im Folgenden), durch den Prüfungspunkt „Rechtsschutzbedürfnis" grundsätzlich aber nur klare Fälle ausgesiebt werden sollen, erscheint es naheliegender, die entsprechende Prüfung erst hier – in der Begründetheit – vorzunehmen.

aa) Bekanntgabe des Rücknahmeverwaltungsakts

Der Verwaltungsakt ist A am 11.11.2021 zugegangen und wurde ihr somit bekanntgegeben.

Hinweis: Auf den genauen Zeitpunkt der Bekanntgabe und damit auf die Erörterung der Drei-Tage-Fiktion des § 41 Abs. 2 S. 1 LVwVfG kommt es hier nicht an.

bb) Nichtigkeit des Rücknahmeverwaltungsakts

Der Verwaltungsakt könnte jedoch nichtig i.S.v. § 44 LVwVfG und infolgedessen unwirksam sein, § 43 Abs. 3 LVwVfG.

(1) Kein Fall des § 44 Abs. 3 oder Abs. 2 LVwVfG

Ein Fall des § 44 Abs. 3 LVwVfG liegt nicht vor, ebenso wenig ein Fall des § 44 Abs. 2 LVwVfG, insbesondere handelt es sich nicht um einen Fall örtlicher Unzuständigkeit i.S.v. § 44 Abs. 3 Nr. 1 LVwVfG oder § 44 Abs. 2 Nr. 3 LVwVfG. Das Landratsamt ist nämlich angesichts des Umstands, dass A ihren Wohnsitz und damit auch ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Gemeinde K und damit im Gebiet des Landkreises hat, nach § 48 Abs. 5 LVwVfG i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. a LVwVfG örtlich zuständig.

[16] *Schoch*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, Kommentar, Grundwerk, Stand: Juli 2020, § 48 Rn. 38.

Hinweis: Da die Rücknahme einer Fahrerlaubnis nicht in der FeV geregelt ist, sondern hierfür auf die Vorschriften des LVwVfG zurückzugreifen ist, greift die Regelung des § 73 Abs. 2 S. 1 FeV hier nicht, sondern ist auf die Regelungen des LVwVfG zur örtlichen Zuständigkeit zurückzugreifen.

(2) Überschreitung der Verbandskompetenz als Fehler i.S.v. § 44 Abs. 1 LVwVfG

Der Verwaltungsakt könnte jedoch an einem besonders schwerwiegenden und offensichtlichen Fehler i.S.v. § 44 Abs. 1 LVwVfG leiden. Ein Fehler ist besonders schwerwiegend, wenn er schlechterdings unerträglich, d.h. mit tragenden Verfassungsprinzipien oder der Rechtsordnung immanenten wesentlichen Wertvorstellungen unvereinbar ist, bzw. wenn durch ihn die an eine ordnungsgemäße Verwaltung zu stellenden Anforderungen in so erheblichem Maße verletzt werden, dass von niemandem erwartet werden kann, den Verwaltungsakt als verbindlich anzusehen.[17] Offensichtlich ist ein Fehler, wenn er einem unvoreingenommenen verständigen Beobachter ohne weiteres erkennbar ist und die Fehlerhaftigkeit dem Verwaltungsakt dementsprechend „auf die Stirn geschrieben" ist.[18]

Als solcher Fehler kommt hier das Überschreiten der Verbandskompetenz in Betracht. Die Verbandskompetenz betrifft die Kompetenzabgrenzung zwischen verschiedenen selbständigen Rechtsträgern, z.B. zwischen Bund und Land, aber auch zwischen der Bundesrepublik Deutschland und ausländischen Staaten.[19] Im Ausgangspunkt handelt es sich um die durch eine tschechische Behörde erteilte EU-Fahrerlaubnis, die aufgrund der in § 28 Abs. 1 S. 1 FeV angeordneten Wirkungserstreckung – Fahrerlaubnis als im Einzelfall erfolgende Aufhebung des präventiven Verbots, im Straßenverkehr ein Kraftfahrzeug zu führen – auch für Deutschland zum Führen eines Kraftfahrzeugs berechtigt.[20] Aufgrund des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips ist Staaten die Aufhebung von Rechtsakten anderer Staaten verboten, es sei denn, dies ist durch zwischenstaatliche Vereinbarungen oder aufgrund von Rechtsakten der Europäischen Union ausnahmsweise zugelassen.[21] In diesem Sinne kommt grundsätzlich nur dem jeweiligen Erlassstaat die Befugnis zur Aufhebung der durch seine eigenen Behörden erlassenen Rechtsakte zu, Behörden anderer Staaten fehlt es hingegen an der Verbandskompetenz.[22]

Das Landratsamt hat eine Rücknahme der Fahrerlaubnis der A nicht nur mit Wirkung für Deutschland, sondern „insgesamt" und damit auch in Bezug auf die tschechische Erteilung verfügt. Es geht ihr gerade auch um die Beseitigung der von der zuständigen tschechischen Behörde erteilten Fahrerlaubnis.

Hinweis: Aus diesem Grund scheidet auch eine u.U. anzudenkende Umdeutung (§ 47 LVwVfG) des Rücknahmeverwaltungsakts in eine Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 46 Abs. 4 S. 1, Abs. 5 FeV

[17] BVerwG NVwZ 1998, 1061 (1062); BVerwG NVwZ 2014, 1679 (1680); *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 44 Rn. 104; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 10 Rn. 90.

[18] *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, Kommentar, 23. Aufl. 2022, § 44 Rn. 12; *Goldhammer*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, Kommentar, 2. Lfg., Stand: April 2022, § 44 Rn. 64.

[19] *Goldhammer*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, Kommentar, 2. Lfg., Stand: April 2022, § 44 Rn. 52; *Schemmer*, in: BeckOK VwVfG, Stand: Oktober 2022, § 44 Rn. 25.

[20] Zu einer solchen Wirkungserstreckung durch normative Anordnung als „echter" Transnationalität instruktiv *Ellerbrok*, JA 2022, 969 (971 ff.); *Lührs*, JuS 2022, 721 (723).

[21] Z.B. dürfen Einreisevisa gem. Art. 34 Abs. 1 S. 3 Visakodex auch von Behörden anderer Mitgliedstaaten aufgehoben werden, dazu *Ellerbrok*, JA 2022, 969 (972 f.); *Lührs*, JuS 2022, 721 (724).

[22] *Ellerbrok*, JA 2022, 969 (972 f.); *Lührs*, JuS 2022, 721 (724).

oder in eine Feststellung der fehlenden Berechtigung nach § 28 Abs. 4 S. 2 i.V.m. S. 1 FeV[23] aus. Denn sowohl die Fahrerlaubnisentziehung als auch die Feststellung der fehlenden Berechtigung ist in ihren Rechtswirkungen auf die Bundesrepublik Deutschland beschränkt (§ 46 Abs. 5 FeV bzw. § 28 Abs. 4 S. 2 i.V.m. S. 1 FeV), dem Landratsamt geht es hingegen explizit um die Aufhebung der tschechischen Fahrerlaubnis. Der Rücknahmeverwaltungsakt ist daher nicht i.S.v. § 47 Abs. 1 LVwVfG „auf das gleiche Ziel", sondern auf ein weitergehendes Ziel gerichtet, was die Umdeutung ausschließt.

Damit hat das Landratsamt in die Verbandskompetenz der Tschechischen Republik übergegriffen und somit die Verbandskompetenz des Landes Baden-Württemberg wie auch der Bundesrepublik Deutschland insgesamt überschritten.

Würde ein solcher Verwaltungsakt Wirksamkeit für sich beanspruchen können, wäre der zwischenstaatliche Rechtsverkehr erheblichen Einschränkungen unterworfen. Grundanforderung an eine ordnungsgemäße Verwaltung ist, dass sie nicht in Kompetenzbereiche anderer Staaten übergreift. Der Fehler ist daher schwerwiegend. Dass das Landratsamt eine tschechische Fahrerlaubnis aufhebt und so in die Verbandskompetenz der tschechischen Republik übergreift, ist auch ohne Weiteres ersichtlich und dem Rücknahmeverwaltungsakt demzufolge „auf die Stirn geschrieben". Der Fehler ist somit auch offensichtlich.

(3) Zwischenergebnis

Der Rücknahmeverwaltungsakt des Landratsamts vom 8.11.2021 ist damit nach § 44 Abs. 1 LVwVfG nichtig, ihm kommt daher keine Wirksamkeit zu, § 43 Abs. 3 LVwVfG. Die durch die tschechische Behörde gültig erteilte EU-Fahrerlaubnis der A hat somit nicht durch diesen Rücknahmeverwaltungsakt ihre Gültigkeit verloren. A verfügt damit über eine gültige EU-Fahrerlaubnis.

b) Vorliegen eines vertypten Tatbestands gem. § 28 Abs. 4 Nrn. 1–9 FeV

Es müsste einer der in § 28 Abs. 4 Nrn. 1–9 FeV vertypten Tatbestände vorliegen. In Betracht kommt hier die Nr. 2. A hatte am 3.9.2021 ihren Wohnsitz in der Gemeinde K, also in Deutschland und damit im Inland im Sinne der Vorschrift. Relevant für den Erlass des feststellenden Verwaltungsakts ist dies – wie Nr. 2 ausdrücklich festschreibt – allerdings nur, wenn sich dies aus dem Führerschein oder aus vom Ausstellungsmitgliedstaat herrührender unbestreitbarer Informationen ergibt. Dass dies bereits aus dem Führerschein hervorgeht, ist nicht ersichtlich. Es könnten jedoch „vom Ausstellungsmitgliedstaat herrührende unbestreitbare Informationen" hierzu vorliegen. Mit Behördenschreiben, das am 2.5.2022 beim Landratsamt eingegangen ist, hat die tschechische Ausstellungsbehörde bestätigt, dass A auf allen Formularen zur Beantragung der Fahrerlaubnis „79199 K" angegeben habe und dass sie für gewöhnlich 320 Tage im Jahr in Deutschland verbringe.

aa) Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt für die Sachlage

Fraglich ist jedoch, ob diese Mitteilung von Relevanz für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts ist. Die Mitteilung ist dem Landratsamt nämlich am 2.5.2022 und damit erst nach Erlass des Verwaltungsakts vom 29.11.2021 zugegangen. Im Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsakts lagen vom Ausstellungsmitgliedstaat herrührende unbestreitbare Informationen dementsprechend

[23] Siehe VGH BW NJOZ 2009, 167 ff.; OVG NRW DAR 2012, 416 (417); *Schneider*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, Grundwerk, Stand: Juli 2020, § 47 Rn. 21.

noch nicht vor. Entscheidend ist vor diesem Hintergrund darauf abzustellen, welcher Zeitpunkt für die gerichtliche Beurteilung der Sachlage (hier: der Tatsachen, die Grundlage des Verwaltungsakts sind) maßgeblich ist.

Die Frage nach dem maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt ist dabei nicht aus dem Verwaltungsprozessrecht, sondern aus dem materiellen Recht zu beantworten, das nicht nur die tatbestandlichen Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage normiert, sondern dem auch die Antwort auf die Frage zu entnehmen ist, zu welchem Zeitpunkt diese Voraussetzungen erfüllt sein müssen.[24] Die Auslegung des materiellen Rechts ergibt dabei, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen in der Anfechtungskonstellation regelmäßig im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung, also im Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheids gegeben sein müssen.[25] Änderungen der Sachlage, die sich erst nach Erlass des Widerspruchsbescheids ergeben, sind dann dementsprechend für die gerichtliche Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts außer Betracht zu lassen. Dies ergibt sich daraus, dass bei der Anfechtungsklage die Kontrolle der behördlichen Tätigkeit im Vordergrund steht, die Behörde ja aber nur diejenigen Tatsachen berücksichtigen kann, die im Zeitpunkt ihrer letzten Entscheidung vorliegen.[26] Zwar ergibt sich durch Auslegung des jeweiligen Fachrechts für manche Rechtsbereiche eine Abweichung von diesem Regelfall mit der Folge, dass der Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung den maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt darstellt. Es sind jedoch keine Anhaltspunkte ersichtlich, die eine solche Auslegung für den Fall der Feststellung der fehlenden Berechtigung nach § 28 Abs. 4 S. 1 FeV nahelegen würden.

Im Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheids als maßgeblichem Zeitpunkt für die Beurteilung der Sachlage gab es damit keine „vom Ausstellungsmitgliedstaat herrührenden unbestreitbaren Informationen“ dazu, dass der Wohnsitz der A zum Zeitpunkt der Ausstellung der Fahrerlaubnis in Deutschland gelegen hat.

bb) Bedingung als Nebenbestimmung zur Sicherstellung der gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts

Allerdings sieht das Landratsamt die Feststellung ja gerade nur für den Fall vor, dass solche vom Ausstellungsmitgliedstaat herrührenden unbestreitbaren Informationen noch eintreffen. In diesem Sinne wäre es dann gar nicht erforderlich, dass diese Tatbestandsvoraussetzung schon im Zeitpunkt der Bekanntgabe und damit der äußeren Wirksamkeit des Verwaltungsakts vorgelegen hat, da und wenn die innere Wirksamkeit des Verwaltungsakts gerade erst dann eintreten soll, sofern und sobald diese Tatbestandsvoraussetzung gegeben ist. Bei der Bestimmung „für den Fall, dass“ könnte es sich um eine Nebenbestimmung i.S.v. § 36 LVwVfG handeln. Fraglich ist, ob diese Bestimmung so als Nebenbestimmung getroffen werden durfte.

(1) Ermächtigungsgrundlage Nebenbestimmung

Als Ermächtigungsgrundlage kommt hier die allgemeine Vorschrift des § 36 LVwVfG in Betracht. Zwar sind mit Auflagen (§§ 23 Abs. 2 S. 1, 46 Abs. 2 FeV) auch in der FeV Nebenbestimmungen vorgesehen. Diese beziehen sich jedoch auf die Fahrerlaubniserteilung oder auf die Entziehung der Fahrerlaubnis,

[24] BVerwGE 120, 246 (250); *Rennert*, DVBl. 2019, 593 (594 f.); instruktiv zum gesamten Problemkomplex *W.-R. Schenke*, JuS 2019, 833 (833 ff.).

[25] BVerwGE 82, 260 (261); BVerwG, Beschl. v. 4.7.2006 – 5 B 90.05, Rn. 6.

[26] BVerwG NJW 1986, 1186 (1187); *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 24 Rn. 8; kritisch *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Kommentar, 33. Lfg., Stand: Juni 2017, § 113 Rn. 239.

nicht hingegen auf die Feststellung einer fehlenden Berechtigung i.S.v. § 28 Abs. 4 S. 2 FeV. Dementsprechend kann auf die allgemeine Vorschrift des § 36 LVwVfG zurückgegriffen werden.

> *Hinweis*: Da im Bearbeitungshinweis auf die beiden Vorschriften der §§ 23 Abs. 2 S. 1, 46 Abs. 2 FeV nicht gesondert hingewiesen wurde, kann nicht erwartet werden, dass Bearbeiter*innen das Verhältnis von § 36 LVwVfG zu diesen leges speciales erörtern.

Angesichts dessen, dass es sich bei der Feststellung nach § 28 Abs. 4 S. 2 FeV um einen Ermessensverwaltungsakt handelt („kann"), ist konkret die Vorschrift des § 36 Abs. 2 LVwVfG einschlägig.

(2) Formelle Rechtswidrigkeit

Die Zuständigkeit zum Erlass einer Nebenbestimmung folgt derjenigen für den Hauptverwaltungsakt,[27] die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Landratsamts ist daher auch hier zu unterstellen. Die Gelegenheit der A zur Stellungnahme bezog sich auch auf die „vorsorglich" zu erlassende Feststellung der fehlenden Berechtigung, in Deutschland von ihrer Fahrerlaubnis Gebrauch zu machen. Es ist daher davon auszugehen, dass die Anhörung auch auf die Nebenbestimmung erstreckt und damit den Anforderungen des § 28 Abs. 1 LVwVfG genügt worden ist.[28] Auch abgesehen hiervon sind weder Verfahrens- noch Formfehler ersichtlich.

(3) Materielle Rechtswidrigkeit

Die Bestimmung „für den Fall, dass" könnte materiell rechtswidrig sein.

(a) Art der Nebenbestimmung

Zunächst einmal ist fraglich, ob es sich hierbei überhaupt um eine Nebenbestimmung und wenn ja, um welche handelt. In Betracht kommt hier eine Einstufung als aufschiebende Bedingung i.S.v. § 36 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 LVwVfG. Eine aufschiebende Bedingung macht den Eintritt einer – hier im Fall – Belastung von dem ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängig.[29] Ein Ereignis ist ungewiss, wenn zum Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsakts vernünftige Zweifel daran bestehen können, ob es überhaupt eintreten wird, wenn also der Eintritt des Ereignisses nicht hinreichend sicher ist.[30] Hierbei kommt es auf die Vorstellungen der Behörde an.[31]

In Anbetracht der Erfahrungen des Landratsamts mit tschechischen Fahrerlaubnisbehörden in den letzten Jahren war aus seiner Sicht unsicher, ob die tschechische Behörde überhaupt antworten würde und wenn ja, ob sie die gewünschten Informationen überhaupt zur Verfügung stellen würde. Dementsprechend waren aus ihrer Sicht vernünftige Zweifel daran begründet, dass die tschechische Behörde die entsprechenden Informationen liefern würde, und ist das in Bezug genommene Ereignis damit ein ungewisses gewesen. Bei der Bestimmung handelt es sich damit um eine Bedingung i.S.v. § 36 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 LVwVfG.

---

[27] *Schröder*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, Kommentar, Grundwerk, Stand: Juli 2020, § 36 Rn. 103.

[28] Zur Anhörungspflicht auch in Bezug auf Nebenbestimmungen *Tiedemann*, in: BeckOK VwVfG, Stand: Oktober 2022, § 36 Rn. 31.

[29] *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2022, Rn. 647; *U. Stelkens*, in: P. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 36 Rn. 75.

[30] *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 12 Rn. 6.

[31] *Tiedemann*, in: BeckOK VwVfG, Stand: Oktober 2022, § 36 Rn. 42.

(b) Ermessensfehler

Der Erlass des Verwaltungsakts mit einer solchen Bedingung könnte allerdings ermessensfehlerhaft gewesen sein. In Betracht kommt eine Überschreitung der Grenzen des Ermessens, § 114 S. 1 Var. 1 VwGO. Eine solche liegt vor, wenn die Behörde eine Rechtsfolge trifft, die außerhalb des Ermessensrahmens liegt.[32]

Die Bedingung macht hier den Zugang unbestreitbarer Informationen durch die tschechische Fahrerlaubnisbehörde über den Wohnsitz der A zur Voraussetzung des Eintritts der inneren Wirksamkeit des Verwaltungsakts. Sie verknüpft so den Zeitpunkt, in dem diese Tatbestandsvoraussetzung vorliegt, mit dem Zeitpunkt, in dem die innere Wirksamkeit des Verwaltungsakts eintreten soll, und dient so der Sicherstellung der gesetzlichen Voraussetzungen des vom Landratsamt erlassenen – belastenden – Verwaltungsakts. Dieser Erlass der Bedingung zur Sicherstellung der gesetzlichen Voraussetzungen des belastenden Verwaltungsakts könnte allerdings außerhalb des vom Landratsamt Gedurften gelegen haben.

Grundsätzlich impliziert – zum einen – das Fachrecht, dass nur und erst dann, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Verwaltungsakts (nachweisbar) gegeben sind, ein solcher Verwaltungsakt auch erlassen werden darf.[33] Von diesem Erfordernis macht zwar § 36 Abs. 1 Alt. 2 LVwVfG eine Ausnahme. Diese Ausnahme gilt allerdings nur für begünstigende, nicht aber für belastende Verwaltungsakte („Verwaltungsakt, auf den ein Anspruch besteht“).[34] Zwar ist zu überlegen, ob diese Ausnahme nicht nur für Verwaltungsakte greift, auf die ein Anspruch besteht, sondern über die Wendung „unbeschadet des Absatzes 1“ in § 36 Abs. 2 LVwVfG auch für begünstigende Ermessensverwaltungsakte – ob also auch für begünstigende Ermessensverwaltungsakte die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts durch eine Nebenbestimmung sichergestellt werden darf.[35] Für belastende Verwaltungsakte – ob Ermessensverwaltungsakt (wie hier) oder gebundene Entscheidung – gilt dies jedenfalls nicht. Für diese verbleibt es vielmehr in Anbetracht des Vorbehalts des Gesetzes dabei, dass die Behörde nicht schon vor, sondern ausschließlich nur und erst bei Vorliegen aller von der Ermächtigungsnorm vorausgesetzten Tatbestandsmerkmale handeln darf.[36] Dass und wenn eine Behörde gleichwohl eine Bedingung zur Sicherstellung der gesetzlichen Voraussetzungen eines belastenden Verwaltungsakts erlässt, überschreitet demgemäß ihren Ermessensrahmen und ist daher ermessensfehlerhaft.

Bestätigt wird diese Auslegung – zum anderen – durch die teleologische Erwägung, dass die Behörde ihr Ermessen erst zu einem Zeitpunkt ausüben soll, in dem alle Tatbestandsvoraussetzungen für ihre Entscheidung vorliegen.[37] Denn nur und erst, wenn der Tatbestand gegeben ist, wird das Ermessen der Behörde im konkreten Fall eröffnet. Dementsprechend muss eine fehlerfreie Ermessensentscheidung von den Verhältnissen ausgehen, die bei Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind. Auf Grundlage der vom Landratsamt gewählten Bedingungskonstruktion, die den Eintritt der inneren Wirksamkeit des Verwaltungsakts mit dem Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzung des § 28 Abs. 4 Nr. 2 FeV koppelt, wären dies die Verhältnisse im Zeitpunkt des Bedingungseintritts.

---

[32] *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 25 Rn. 25; *Decker*, in: Posser/Wolff, VwGO, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 114 Rn. 19 f.

[33] *U. Stelkens*, in: P. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 36 Rn. 112.

[34] *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2022, Rn. 661.

[35] Vgl. *Tiedemann*, in: BeckOK VwVfG, Stand: Oktober 2022, § 36 Rn. 16; *U. Stelkens*, in: P. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 36 Rn. 132.

[36] *U. Stelkens*, in: P. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 36 Rn. 113; *Schröder*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, Kommentar, Grundwerk, Stand: Juli 2020, § 36 Rn. 130.

[37] *U. Stelkens*, in: P. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 36 Rn. 113.

Vor dem Hintergrund, dass die Dauer des Schwebezustandes, der durch eine Bedingung bewirkt wird, jedoch ungewiss ist, genauso wie die Frage, ob der Schwebezustand überhaupt enden wird (dazu oben B. III. 1. b) bb) (3) (a)), können die für die Ermessensentscheidung maßgeblichen Verhältnisse zum Zeitpunkt des Bedingungseintritts jedoch in aller Regel nicht im Vorhinein sicher prognostiziert werden.[38] Und so konnte auch das Landratsamt weder hinreichend sicher wissen, ob die tschechischen Behörden überhaupt und – wenn ja – wann antworten würden, noch, welche ermessensrelevanten Verhältnisse zu diesem Zeitpunkt gegeben sein würden. Es konnte daher bei seiner Entscheidung nicht von den Verhältnissen ausgehen, die im Zeitpunkt des Zugangs der Mitteilung der tschechischen Behörde vorherrschen würden bzw. vorherrschten.

Das Landratsamt hätte somit nicht „vorsorglich" die Feststellung aussprechen dürfen, dass A die Berechtigung fehle, unter Gebrauchmachen ihrer tschechischen Fahrerlaubnis in Deutschland ein Kraftfahrzeug zu führen. Dass sie es dennoch gemacht hat, stellt dementsprechend eine Ermessensüberschreitung dar. Die Bedingung ist daher rechtswidrig.

c) Zwischenergebnis

Der Tatbestand des § 28 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 FeV lag somit im für die gerichtliche Beurteilung maßgeblichen Zeitpunkt weder vor noch durfte das Landratsamt hierüber durch die von ihm gewählte Bedingungskonstruktion hinweghelfen. Der Verwaltungsakt ist damit materiell rechtswidrig.

2. Ermessen

Mangels Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen des § 28 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 FeV kommt es auf die Frage der fehlerfreien/-haften Ermessensausübung nicht mehr an. Im Übrigen sind aber auch keine weiteren – neben den die Nebenbestimmung betreffenden – Ermessensfehler ersichtlich.

IV. Subjektive Rechtsverletzung

A ist durch den Verwaltungsakt in ihrem durch die tschechische Fahrerlaubnis i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 FeV gewährten Recht, in Deutschland ein Kraftfahrzeug zu führen, verletzt.

C. Ergebnis

Die Klage ist zulässig und begründet und hat daher Aussicht auf Erfolg.

[38] Siehe VGH BW VBlBW 2001, 454 (457); *U. Stelkens*, in: P. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 36 Rn. 113.

Entscheidungsbesprechung

KG, Beschl. v. 31.10.2022 – 10 W 13/20[1]

Bestandsdatenauskunft/Rechtswidrigkeit abwertender Äußerungen gegen Politikerin

1. Bei einer wertenden Äußerung, die sich kritisch mit dem Zitat einer Person auseinandersetzt, ist bei der Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht miteinzubeziehen, ob das kritisierte Zitat inhaltlich korrekt oder falsch wiedergegeben ist.
2. Bei der kritischen Auseinandersetzung mit einem Falschzitat ist bei der Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht weiterhin zu berücksichtigen, ob der Äußernde die Möglichkeit hatte, das Falschzitat als solches zu erkennen.

(Leitsätze des *Verf.*)

GG Art. 5 Abs. 1
StGB § 185
TTDSG § 21
TMG § 14 Abs. 3 a.F.
NetzDG § 1 Abs. 3

Wiss. Mitarbeiter Julian Kanert, Chemnitz[*]

I. Sachverhalt[2]

In den 1980er-Jahren erwogen Teile der Partei Die Grünen, sich für eine Straflosigkeit bestimmter sexueller Handlungen mit Kindern einzusetzen.

In diesem Rahmen fragte ein Mitglied der Berliner Regierungskoalition im Abgeordnetenhaus eine den Grünen zugehörige Rednerin, wie sie zum Beschluss eines Landesverbandes stehe, die Strafdrohung für sexuelle Handlungen mit Kindern aufzuheben. Die spätere Antragstellerin, die zu diesem Zeitpunkt selbst Teil der Grünen-Fraktion im Abgeordnetenhaus war, schaltete sich mit einem Zwischenruf ein: „Komma, wenn keine Gewalt im Spiel ist!“

Als im Jahr 2015 die frühere Haltung der Partei zum genannten Thema erneut in der Öffentlichkeit diskutiert wurde, veröffentlichte ein Blogger eine inhaltlich verfälschte Version des Zitats der Antragstellerin, woraufhin sie ihn auf Unterlassung und Schmerzensgeld in Anspruch nahm. 2019 postete ebenjener Blogger im sozialen Netzwerk Facebook ein Foto der Antragstellerin. Neben der Aussage, die Antragstellerin zerre ihn vor Gericht, gab er erneut das fehlerhafte Zitat wieder: „Komma, wenn keine Gewalt im Spiel ist, ist der Sex mit Kindern doch ganz ok. Ist mal gut jetzt.“ Zusätzlich verwies er auf einen Zeitungsbericht über die Äußerung im Abgeordnetenhaus, in dem die Worte der Antragstellerin freilich korrekt wiedergegeben waren.

---

[*] Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter an der Technischen Universität Chemnitz, Professur Jura II – Privatrecht und Recht des geistigen Eigentums (Prof. *Dr. Gesmann-Nuissl*).

[1] Die Entscheidung ist in GRUR 2022, 1853 veröffentlicht.

[2] Nach BVerfG NJW 2022, 680 und KG, Beschl. v. 31.10.2022 – 10 W 13 /20.

Der Post rief eine Vielzahl abwertender Kommentare anderer Facebook-Nutzer gegen die Antragstellerin hervor. So wurde sie unter anderem als „Pädophilen-Trulla“, „Gehirn Amputiert“, „Kranke Frau“ und „Sie wollte auch die hellste Kerze sein, Pädodreck“ bezeichnet.[3]

Um gegen die kommentierenden Nutzer vorgehen zu können, begehrte die Antragstellerin Auskunft über deren Bestandsdaten. Nach Verfahren vor dem Landgericht Berlin[4] und dem Kammergericht[5], in denen letztlich bereits die Bestandsdatenauskunft über einige Nutzer gestattet wurde, war nach einem weiteren Verfahren vor dem BVerfG[6] noch unter anderem die Zulässigkeit einer Bestandsdatenauskunft über diejenigen Nutzer zu entscheiden, die die oben genannten Kommentare veröffentlicht hatten.

II. Der rechtliche Rahmen der Entscheidung

Zunächst muss man sich klarmachen, dass die Antragstellerin hier noch nicht gegen die kommentierenden Nutzer im Wege der §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB vorgeht. Das beschriebene Verfahren – Anordnung über die Zulässigkeit der Bestandsdatenauskunft[7] gem. § 21 Abs. 3 S. 1 TTDSG – ist nur eine Vorstufe, um später rechtlich gegen die Nutzer vorgehen zu können. Da die Nutzer von sozialen Netzwerken wie Facebook nicht zwangsläufig unter ihrem bürgerlichen Namen auftreten[8], muss, wer von ehrverletzenden Postings betroffen ist, in vielen Fällen zunächst einmal herausfinden, wer überhaupt Anspruchsgegner ist. Hierfür sieht § 21 Abs. 2 S. 1 TTDSG die Möglichkeit der Bestandsdatenauskunft vor[9] (siehe zum Begriff der Bestandsdaten § 2 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG). Die Auskunft müsste der Anbieter von Telemedien (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TTDSG) erteilen, hier demnach Facebook.

> *Hinweis*: Dem Verfahren der Antragstellerin lag noch § 14 Abs. 3 und 4 TMG a.F. zugrunde, der mittlerweile in § 21 Abs. 2 TTDSG überführt ist.

Die Bestandsdatenauskunft ist gedanklich zu unterteilen.

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Antragstellerin überhaupt einen Auskunftsanspruch gegen das soziale Netzwerk hat. Einen solchen Anspruch hat der Bundesgerichtshof im Fall einer anonymen Arztbewertung auf einem Bewertungsportal aus § 242 BGB hergeleitet[10], der Gesetzgeber des § 14 Abs. 3 TMG a.F. bezieht sich auf diesen Anspruch.[11]

Daneben muss die nach § 242 BGB geschuldete Bestandsdatenauskunft dem Telemedienanbieter aber auch datenschutzrechtlich gestattet sein.[12] Diese datenschutzrechtliche Erlaubnis ist die ei-

[3] Rechtschreibefehler im Original.

[4] LG Berlin ZUM-RD 2020, 31; LG Berlin ZUM-RD 2020, 471.

[5] KG ZUM-RD 2020, 431.

[6] BVerfG NJW 2022, 680.

[7] Zur Nutzungsdatenauskunft nach neuer Rechtslage *Freytag*, GRUR-Prax 2023, 18.

[8] BGH MMR 2022, 375 (378 f. Rn. 40): nach § 13 Abs. 6 TMG a.F. dürfen die Nutzer auch nicht durch AGB verpflichtet werden, gegenüber den anderen Nutzern unter ihrem echten Namen aufzutreten.

[9] Siehe zur Vorgängervorschrift in § 14 Abs. 3 TMG a.F. BT-Drs. 18/13013, S. 23.

[10] BGH NJW 2014, 2651 (2651 f. Rn. 6), Bespr. *Gesmann-Nuissl*, InTeR 2014, 191.

[11] BT-Drs. 18/13013, S. 23.

[12] Daran scheiterte die Erfüllung des Auskunftsanspruchs in BGH NJW 2014, 2651 (2652 Rn. 9), Bespr. *Gesmann-Nuissl*, InTeR 2014, 191.

gentliche Funktion des § 21 Abs. 2 S. 1 TTDSG, denn ohne diese Vorschrift wäre die Erfüllung des Anspruchs aus § 242 BGB rechtlich unmöglich gem. § 275 Abs. 1 BGB.[13]

Mittlerweile gilt nach § 21 Abs. 2 S. 2 TTDSG, dass in dem Umfang, in dem die Bestandsdatenauskunft gem. § 21 Abs. 2 S. 1 TTDSG datenschutzrechtlich zulässig ist, auch ein Auskunftsanspruch gegen den Telemedienanbieter besteht.[14]

> *Hinweis*: In der Klausur wäre demnach zuerst die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Bestandsdatenauskunft zu prüfen, da aus dieser nun gem. § 21 Abs. 2 S. 2 TTDSG ohne weiteres auch die Auskunftspflicht folgt.

Die Zulässigkeit der Bestandsdatenauskunft muss gem. § 21 Abs. 3 S. 1 TTDSG zwingend gerichtlich angeordnet werden – in einem solchen Verfahren befand sich die Antragstellerin.

Die Bestandsdatenauskunft ist zulässig, soweit sie zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche erforderlich ist, und zwar konkret solcher Ansprüche „wegen der Verletzung absolut geschützter Rechte aufgrund rechtswidriger Inhalte, die von […] § 1 Abs. 3 des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes erfasst werden […]". D.h., der konkrete Inhalt, auf den die Antragstellerin zivilrechtliche Ansprüche (Unterlassung und/oder Schadensersatz gem. §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB, § 823 Abs. 2 i.V.m. § 185 StGB) stützt, muss unter den Begriff des rechtswidrigen Inhalts gem. § 1 Abs. 3 NetzDG zu subsumieren sein. Im konkreten Fall kommt namentlich die in § 1 Abs. 3 NetzDG angeführte Beleidigung i.S.d. § 185 StGB in Betracht.

> *Hinweis*: Die äußerungsrechtliche Klausur muss also nicht zwangsläufig nach einem Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruch wegen einer Äußerung fragen. Die Fallfrage kann durchaus auch auf die Frage abzielen, ob eine Bestandsdatenauskunft gerichtlich anzuordnen ist. Das Kernstück der äußerungsrechtlichen Klausur, nämlich die Abwägung zwischen Persönlichkeitsrechten und Meinungsfreiheit, ist dann eben bei der Frage zu prüfen, ob die in Bezug genommene Äußerung ein rechtswidriger Inhalt gem. § 21 Abs. 2 S. 1 TTDSG i.V.m. § 1 Abs. 3 NetzG ist, etwa eine Beleidigung gem. § 185 StGB. Von einer solchen Einkleidung müssen sich die Studierenden nicht verwirren lassen. Denn die Abwägung erfolgt nach denselben Kriterien, nach denen sie auch im Rahmen der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB vorzunehmen wäre.[15]

Beleidigung i.S.d. § 185 StGB ist ein Angriff auf die Ehre einer Person durch Kundgabe eigener Miss- oder Nichtachtung.[16] Dies kann bei den betreffenden Äußerungen ohne weiteres angenommen werden. Zweifelsfrei existiert aber auch ein Rahmen für negative, aber legale Äußerungen über andere Personen. Deshalb setzt die Annahme einer strafbaren Beleidigung gem. § 185 StGB immer voraus, dass die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person und die Meinungsfreiheit des sich Äußernden gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GG gegeneinander abgewogen werden.[17]

---

[13] BT-Drs. 18/13013, S. 23 zu § 14 Abs. 3 TMG a.F.: „[…] dieser Auskunftsanspruch [wird] nun durch die Regelung des § 14 Abs. 3 TMG für den Diensteanbieter auch erfüllbar." Siehe ebenfalls BGH NJW 2014, 2651 (2652 Rn. 9), Bespr. *Gesmann-Nuissl*, InTeR 2014, 191.

[14] BT-Drs. 19/18792, S. 55; *Freytag*, GRUR-Prax 2023, 18 weist darauf hin, dass im vorliegenden Beschluss das Kammergericht die Bestandsdatenauskunft nur gestattet hat, ohne aber eine Verpflichtung hierzu auszusprechen.

[15] *Söder*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Stand: 1.11.2022, BGB § 823 Rn. 172.

[16] BGH NJW 1951, 929 (929); *Valerius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 185 Rn. 16.

[17] BVerfG NJW 2020, 2622 (2623 Rn. 15).

Hierfür bietet sich ein zweistufiges Prüfprogramm an. Zuerst ist zu überprüfen, ob die Äußerung als Angriff auf die Menschenwürde auszulegen ist oder aber die Voraussetzungen einer Schmähkritik oder Formalbeleidigung erfüllt sind. Solche Äußerungen treten automatisch hinter dem Ehrenschutz zurück.[18]

Liegen diese besonderen Äußerungsformen nicht vor, hat die Abwägung verschiedene Kriterien zu berücksichtigen. Die Meinungsfreiheit genießt dabei nicht automatisch Vorrang vor dem Persönlichkeitsrecht.[19] Kriterien bei der Abwägung sind:

- Wie hoch ist der konkrete, ehrschmälernde Gehalt der Äußerung?[20]
- Geht es um einen Beitrag in einer Angelegenheit von hohem öffentlichem Interesse, oder bezweckt die Äußerung bloße Stimmungsmache gegen die betroffene Person?[21]
- Ist die Person in ihrem öffentlichen Wirken – etwa als Amtsträgerin – betroffen oder geht es um eine Auseinandersetzung mit Umständen aus der Privatsphäre?[22]
- Fiel die Äußerung spontan und mündlich in einer hitzigen Diskussion oder hatte der Äußernde Gelegenheit, seine (verschriftlichten) Worte zu überdenken, bevor er sie entäußerte?[23]
- Ist die Äußerung nur für einen kleineren Personenkreis wahrnehmbar geworden – auch wegen der Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes – oder erlangt aufgrund einer (Internet-)Veröffentlichung eine große Menge an Personen hiervon Kenntnis?[24]

III. Die Entscheidung des Gerichts

Das Kammergericht nahm für alle verfahrensgegenständlichen Äußerungen an, dass diese rechtswidrige Inhalte i.S.d. § 1 Abs. 3 NetzDG i.V.m. § 185 StGB seien.[25]

Das Gericht analysiert dabei nicht jede Äußerung für sich genommen, sondern alle gebündelt, denn diese seien allesamt ehrenrührig und herabsetzend, das Gewicht der Ehrbeeinträchtigung und die Zielrichtung der verschiedenen Äußerungen unterschieden sich allenfalls marginal voneinander.[26]

Zwar dürfe die frühere Haltung der Partei zur Entkriminalisierung des sexuellen Umgangs mit Minderjährigen durchaus „kritisch und auch in scharfer Form kommentiert werden […].“[27] Die Antragstellerin habe damals aber gar nicht eine derartige Haltung vertreten, weshalb sie diese Kritik nicht treffen dürfe.[28] Da Anlass für die ehrbeeinträchtigenden Kommentare der Nutzer ein der Antragstellerin untergeschobenes Falschzitat war, komme in der Abwägung der Meinungsfreiheit nicht dasjenige Gewicht zu, das ihr sonst bei die Öffentlichkeit wesentlich interessierenden Fragen zukomme.[29] „Beziehen sich […] sämtliche […] Äußerungen mit der hier geschehenen, stark ehrenrüh-

[18] BVerfG NJW 2020, 2622 (2623 Rn. 15).
[19] BVerfG NJW 2022, 680 (682 Rn. 30); hierzu *Muckel*, JA 2022, 437 (440).
[20] BVerfG NJW 2020, 2622 (2625 Rn. 28).
[21] BVerfG NJW 2020, 2622 (2626 Rn. 29).
[22] BVerfG NJW 2020, 2622 (2626 Rn. 30).
[23] BVerfG NJW 2020, 2622 (2626 f. Rn. 33).
[24] BVerfG NJW 2020, 2622 (2627 Rn. 34).
[25] KG, Beschl. v. 31.10.2022 – 10 W 13/20, Rn. 42 (juris).
[26] KG, Beschl. v. 31.10.2022 – 10 W 13/20, Rn. 44 (juris).
[27] KG, Beschl. v. 31.10.2022 – 10 W 13/20, Rn. 46 (juris).
[28] KG, Beschl. v. 31.10.2022 – 10 W 13/20, Rn. 46 (juris).
[29] KG, Beschl. v. 31.10.2022 – 10 W 13/20, Rn. 46 (juris).

rigen und polemischen Aufladung zum Nachteil der Antragstellerin auf eine Aussage, die die Antragstellerin überhaupt nicht kundgetan hat, sind diese Kommentare schon aus objektiver Sicht nicht geeignet, einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung zu leisten."[30]

Des Weiteren hätte einem durchschnittlichen Leser wegen der konkreten Gestaltung des Ausgangsposts – Bild-Text-Montage, Bezugnahme des Bloggers auf ein von der Antragstellerin angestrengtes Gerichtsverfahren gegen ihn, generelles Wissen um die Verbreitung von sog. Fake News im Internet – auffallen können, dass hier womöglich kein korrektes Zitat der Antragstellerin wiedergegeben wurde.[31] Die Nutzer hätten sich deshalb „zunächst kundig machen und sich von der Authentizität und Tragfähigkeit dieser Mitteilung überzeugen" müssen.[32] Da der Blogger in seinem Ausgangspost sogar einen Zeitungsartikel verlinkte, in dem das Zitat der Antragstellerin korrekt wiedergegeben war, wäre „bei einer Recherche […] die Verfälschung des Zitats sofort ersichtlich geworden."[33]

Daneben gelte auch für textliche Äußerungen im Internet, dass hier gegenüber nur mündlichen und damit flüchtigen Äußerungen „ein höheres Maß an Bedacht und Zurückhaltung zu erwarten" sei.[34]

Außerdem führt das Kammergericht aus, der Schutz der Persönlichkeitsrechte von Politikern liege im öffentlichen Interesse, denn nur so könne gewährleistet werden, dass weiterhin eine Bereitschaft zur Mitwirkung in Staat und Gesellschaft bestehe.[35]

Da die ehrverletzenden Äußerungen zusätzlich noch auf einem sozialen Netzwerk mit ca. 32 Millionen Nutzern in Deutschland verbreitet worden waren, stelle sich die Persönlichkeitsverletzung als besonders schwerwiegend dar.[36]

IV. Bewertung

Die Argumentation des Kammergerichts überzeugt unter allen Gesichtspunkten.

Das Vorgehen, die einzelnen in Frage stehenden Äußerungen nicht einzeln zu prüfen, sondern gebündelt, ist in der Praxis bei Äußerungen, die sich zwar in der konkreten Wortwahl, aber nicht im allgemeinen ehrschmälernden Gehalt unterscheiden und deren Ausgangssituation identisch ist (hier nahmen alle Kommentare auf dasselbe Falschzitat Bezug), sicherlich sachdienlich. Sind in der Klausur allerdings mehrere Äußerungen auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen, ist sorgfältig auf wörtliche und situative Unterschiede zu achten, aus denen sich auch verschiedene rechtliche Bewertungsmöglichkeiten ergeben könnten. Der Klausurersteller wird kaum mehrere Äußerungen in den Sachverhalt einbauen, wenn diese mit derselben Begründung als rechtmäßig oder rechtswidrig einzuordnen wären.

Das Kammergericht hat wertenden Nutzerkommentaren (also Meinungen), die sich auf ein im sozialen Netzwerk gepostetes Falschzitat beziehen, abgesprochen, einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung leisten zu können. Dies überzeugt und knüpft an die Rechtsprechung zu Äußerungen an, bei denen wertende und tatsächliche Elemente vermischt sind. Auch bei solchen gemischten Äu-

[30] KG, Beschl. v. 31.10.2022 – 10 W 13/20, Rn. 46 (juris).

[31] KG, Beschl. v. 31.10.2022 – 10 W 13/20, Rn. 47 (juris); die Frage, inwiefern die fälschliche Annahme der Nutzer, die Antragstellerin habe sich dergestalt geäußert, in die Abwägung einfließen muss, wirft bereits *Gerdemann*, ZUM 2022, 364 (369) auf.

[32] KG, Beschl. v. 31.10.2022 – 10 W 13/20, Rn. 47 (juris).

[33] KG, Beschl. v. 31.10.2022 – 10 W 13/20, Rn. 47 (juris).

[34] KG, Beschl. v. 31.10.2022 – 10 W 13/20, Rn. 48 (juris).

[35] KG, Beschl. v. 31.10.2022 – 10 W 13/20, Rn. 48 (juris); zu dieser Problematik eingehend Anm. zu BVerfG *Peifer*, GRUR 2022, 335 (340); Anm. zu BVerfG *Lehr*, AfP 2022, 134 (142).

[36] KG, Beschl. v. 31.10.2022 – 10 W 13/20, Rn. 48 (juris).

ßerungen ist in der Abwägung maßgeblich zu berücksichtigen, ob deren tatsächlicher Gehalt zutreffend ist.[37]

Im vorliegenden Fall könnten die Nutzerkommentare sogar als gemischte Äußerung eingeordnet werden. Wer sich wegen des Zitates einer Person echauffiert, behauptet gleichsam, dass die Person diese Worte so auch gesprochen hat. Das ist ähnlich dem Fall einer Online-Arztbewertung in Form der Vergabe von Schulnoten. Wer eine Schulnote vergibt, wertet vorrangig, behauptet aber gleichsam mindestens, beim bewerteten Arzt in Behandlung gewesen zu sein (Tatsache).[38] Ist aber das in Bezug genommene Zitat nie gefallen oder hat es die bewertete Behandlung nie gegeben, fehlt auch das berechtigte Interesse, eine Wertung hierüber kundzutun.[39]

Auch dass das Kammergericht maßgeblich zu Lasten der kommentierenden Nutzer auf deren Möglichkeit abstellt, das Falschzitat leicht als solches zu entlarven, erinnert an bekannte äußerungsrechtliche Prinzipien, hier nun an die Wahrnehmung berechtigter Interessen gem. § 193 StGB.[40]

Durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen wird der Äußernde privilegiert, wenn er Tatsachen behauptet, die eine die Öffentlichkeit wesentlich berührende Angelegenheit betreffen und sich nachträglich als unwahr herausstellen, deren Wahrheit aber aufgrund einer sorgfältigen Recherche im Zeitpunkt der Äußerung nahelag.[41] Dann scheiden Schadensersatz- und Geldentschädigungsansprüche sowie eine Strafe gegen den Äußernden aus, nicht jedoch ein Unterlassungsanspruch.[42]

Das Kammergericht gibt den kommentierenden Nutzern nun deutlich auf, sich ebenfalls Informationen über den Wahrheitsgehalt einer im Internet gefundenen Tatsachenbehauptung einzuholen. Aufgrund „der zweifelhaften Grundlage bei möglicherweise konstruierten Szenarien [muss] davon abgesehen werden, sich ohne weitere eigene Recherchen verbal zu exponieren."[43] Dies stellt die Nutzer auch nicht vor solch hohe Herausforderungen, dass der Gebrauch der Meinungsfreiheit als gefährdet angesehen werden müsste. Im gegebenen Fall hatte der Blogger, der den Ausgangspost veröffentlichte, sogar selbst noch auf die Quelle verwiesen, die sein Falschzitat offengelegt hätte.[44] Aber auch wenn die Einsicht nicht derart auf dem Silbertablett serviert wird, dürfte ein Gros der im Internet kursierenden Falschmeldungen mit ganz wenigen Mausklicks als eben solche zu erkennen sein.

Auch wer also nicht direkt eine Tatsache behauptet, sondern eine Wertung mit Tatsachengrundlage kundtut, muss äußerungsrechtlich dafür einstehen, wenn ihm die Unwahrheit der Tatsachengrundlage durch eine angemessene Recherche erkennbar gewesen wäre. Oder, vereinfacht gesprochen: erst recherchieren, dann echauffieren!

---

[37] BVerfG NJW 2004, 277 (278); BVerfG NJW 2012, 1643 (1644 Rn. 34); BGH NJW 2015, 773 (775 Rn. 21) – Hochleistungsmagnet; BGH NJW 2016, 2106 (2109 Rn. 36) – Ärztebewertungsportal III, Bespr. *Gesmann-Nuissl*, InTeR 2016, 98; siehe auch *Gerdemann*, Anm. zu KG NJW 2023, 161 (165).

[38] BGH NJW 2016, 2106 (2109 Rn. 34) – Ärztebewertungsportal III, Bespr. *Gesmann-Nuissl*, InTeR 2016, 98.

[39] BGH NJW 2016, 2106 (2109 Rn. 36) – Ärztebewertungsportal III, Bespr. *Gesmann-Nuissl*, InTeR 2016, 98.

[40] Ähnlich *Gerdemann*, Anm. zu KG NJW 2023, 161 (165); zur Wahrnehmung berechtigter Interessen allgemein *Söder*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Stand: 1.11.2022, BGB § 823 Rn. 134 und 135.

[41] BVerfG NJW 2006, 207 (210 Rn. 44) – „IM-Sekretär" Stolpe.

[42] *Söder*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Stand: 1.11.2022, BGB § 823 Rn. 139.

[43] KG, Beschl. v. 31.10.2022 – 10 W 13/20, Rn. 48 (juris).

[44] KG, Beschl. v. 31.10.2022 – 10 W 13/20, Rn. 47 (juris).

Entscheidungsbesprechung

BGH, Urt. v. 27.9.2022 – VI ZR 336/21 (LG Dresden)[1]

Eigentumsverletzung durch Gebrauchsbeeinträchtigung

1. Der Schadensbegriff des § 7 Abs. 1 StVG entspricht dem des § 823 Abs. 1 BGB.
2. Die Verletzung des Eigentums an einer Sache bzw. die Beschädigung einer Sache kann nicht nur durch eine Beeinträchtigung der Sachsubstanz, sondern auch durch eine sonstige die Eigentümerbefugnisse treffende tatsächliche Einwirkung auf die Sache selbst erfolgen, die deren Benutzung objektiv verhindert. Voraussetzung ist stets, dass die Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendung der Sache ihren Grund in einer unmittelbaren Einwirkung auf die Sache selbst hat. Werden die Eigentümerbefugnisse durch eine tatsächliche Einwirkung auf die Sache derart beeinträchtigt, dass deren Verwendungsfähigkeit vorübergehend praktisch aufgehoben ist, bedarf es für die Annahme einer Eigentumsverletzung bzw. einer Sachbeschädigung grundsätzlich nicht zusätzlich der Überschreitung einer zeitlich definierten Erheblichkeitsschwelle. Die erforderliche Intensität der Nutzungsbeeinträchtigung folgt hier grundsätzlich bereits aus dem Entzug des bestimmungsgemäßen Gebrauchs (hier: Blockade einer Schiene durch ein verunfalltes Kraftfahrzeug, die dazu führt, dass das Gleis deshalb an der blockierten Stelle nicht befahren werden kann).

(Amtliche Leitsätze)

StVG §§ 7 Abs. 1, 18 Abs. 1
BGB § 823
VVG § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1

Dipl.-Jur. Richard Zimmer, Halle (Saale)[*]

I. Einleitung

Bereits 1970 entschied der BGH im bekannten „Fleet-Fall“, dass eine Eigentumsverletzung i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB nicht zwingend die Beeinträchtigung der Sachsubstanz voraussetzt, vielmehr genügt hierfür auch eine sonstige die Eigentümerbefugnisse treffende tatsächliche Einwirkung auf die Sache, etwa eine Gebrauchsentziehung.[2] In diesem Fall wurde infolge des Absturzes einer Ufermauer eines Kanals (sog. Fleet) ein Schiff im Fleet eingesperrt, während ein anderes nicht hineinkonnte.[3] Der BGH entschied, dass trotz der fehlenden Substanzverletzung bezüglich des eingesperrten Schiffs eine Eigentumsverletzung und damit ein Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB zu bejahen sei, da diesem

[*] Der *Autor* hat Rechtswissenschaften an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg studiert.

[1] Die Entscheidung ist abrufbar unter http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=VI%20ZR%20336/21&nr=131578 (15.12.2022) sowie veröffentlicht in BeckRS 2022, 29708.

[2] BGH NJW 1971, 886; instruktiv dazu *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 76 II 3 c.

[3] BGH NJW 1971, 886.

jede Bewegungsmöglichkeit über das Fleetstück hinaus genommen war und dem Eigentümer der bestimmungsgemäße Gebrauch als Transportmittel somit gänzlich entzogen wurde.[4] Hinsichtlich des ausgesperrten Schiffs läge dagegen keine Eigentumsverletzung vor, da hier noch andere Nutzungsmöglichkeiten als Transportmittel außerhalb des Fleets verblieben und somit kein Nutzungsentzug, sondern eine bloße Nutzungseinengung vorläge.[5] Danach ist also der Benutzungsentzug, welcher eine Rechtsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB begründet, von der bloßen Nutzungseinengung abzugrenzen.[6] Anlässlich eines blockierten Straßenbahngleises hatte der BGH nun auch in einem aktuellen Fall die Gelegenheit, eine solche Abgrenzung vorzunehmen.

II. Sachverhalt

Die Klägerin betreibt als kommunales Nahverkehrsunternehmen öffentlichen Straßenbahnlinienverkehr. Sie nimmt die Beklagte als Haftpflichtversicherer auf Schadensersatz in Anspruch. Die Klägerin behauptet, bei der Beklagten versicherte Kraftfahrzeuge seien an vier Verkehrsunfällen beteiligt gewesen und hätten dabei ihre Straßenbahngleise blockiert. Sie macht dadurch entstandene Kosten für Schienenersatzverkehr, für Dispatchereinsätze, für Halterermittlung sowie Kostenpauschalen geltend.

III. Entscheidung

Der BGH hat anders als die Vorinstanz eine Eigentumsverletzung und somit eine Sachbeschädigung gem. §§ 18, 7 StVG angenommen, das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an das Landgericht Dresden zurückverwiesen.

1. Rechtsgrundlagen

Die Klägerin stützt ihre Schadensersatzklage auf die §§ 7, 18 StVG, § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG. In § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG wird normiert, dass ein Dritter, der einen Schaden erlitten hat, neben dem Schädiger auch direkt dessen Haftpflichtversicherung auf Schadensersatz in Anspruch nehmen kann, es besteht insoweit ein Wahlrecht.[7] Dies setzt nach § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG voraus, dass es sich um eine Haftpflichtversicherung zur Erfüllung einer nach dem Pflichtversicherungsgesetz bestehenden Versicherungspflicht handelt. Die Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung für die verunfallten Kraftfahrzeugführer ergibt sich aus § 1 PflVG, sodass die Voraussetzungen für die Ausübung des Wahlrechts durch die Klägerin hier vorlagen.[8] In § 18 Abs. 1 StVG ist hingegen die Schadensersatzpflicht des Fahrzeugführers geregelt, wobei hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen abgesehen von der Führereigenschaft auf § 7 Abs. 1 StVG verwiesen wird.[9] Tatbestandlich muss zunächst gem. § 18 Abs. 1 StVG i.V.m. § 7 Abs. 1 StVG eine Verletzung der Rechtsgüter Leben, Körper oder Gesundheit oder die Beschädigung einer Sache vorliegen. Diese muss bei Betrieb eines Kraft-

[4] BGH NJW 1971, 886 (888).

[5] BGH NJW 1971, 886 (888).

[6] BGH BeckRS 2022, 29708 Rn. 8 f.; BGH NJW-RR 2017, 219 (221 Rn. 18); BGH NJW 2015, 1174 (1175 Rn. 18); BGH NJW-RR 2005, 673 (674); BGH NJW 2004, 356 (358); *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 270.

[7] *Burmann*, in: Burmann u.a., Kommentar zum Straßenverkehrsrecht, 27. Aufl. 2022, VVG § 115 Rn. 2.

[8] *Burmann*, in: Burmann u.a., Kommentar zum Straßenverkehrsrecht, 27. Aufl. 2022, VVG § 115 Rn. 2.

[9] *Greger*, in: Greger/Zwickel, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 5. Aufl. 2016, § 4 Rn. 3; *Burmann*, in: Burmann u.a., Kommentar zum Straßenverkehrsrecht, 27. Aufl. 2022, StVG § 18 Rn. 3.

fahrzeugs (§ 1 Abs. 2 StVG) eingetreten sein und zu einem Schaden geführt haben.[10] Die Ersatzpflicht ist gem. § 18 Abs. 1 S. 2 StVG ausgeschlossen, wenn der Schaden nicht durch ein Verschulden des Führers verursacht worden ist.[11] Die Verschuldensvermutung des § 18 Abs. 1 S. 2 StVG konnte vorliegend allerdings nicht durch die Beklagte widerlegt werden, im Übrigen handelte es sich bei den versicherten Fahrern unproblematisch um Fahrzeugführer i.S.v. § 18 Abs. 1 StVG und ein etwaiger Schaden war bei Betrieb der Kraftfahrzeuge eingetreten.

2. Vorliegen einer Sachbeschädigung

Problematisch war im gegebenen Sachverhalt das Vorliegen einer Sachbeschädigung, schließlich erlitten die Schienen der Klägerin selbst keine Substanzverletzung, vielmehr war die Klägerin nur in ihrem Gebrauch beeinträchtigt. Nach ständiger Rechtsprechung richtet sich der Begriff der Sachbeschädigung i.S.d. § 7 Abs. 1 StVG nach dem BGB und erfordert, dass die Substanz der Sache nicht unerheblich verletzt oder ihre Brauchbarkeit zu der bestimmungsgemäßen Verwendung nicht unerheblich beeinträchtigt worden ist, ohne dass zugleich ein Eingriff in die Sachsubstanz vorliegt.[12]

Ohne Rücksichtnahme auf diese herkömmliche Definition bestimmt der BGH im vorliegenden Urteil das Tatbestandsmerkmal „eine Sache beschädigt“ des § 7 Abs. 1 StVG entsprechend dem Tatbestandsmerkmal „Eigentum verletzt“ i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB.[13] Er stellt darauf ab, dass die Verletzung des Eigentums an einer Sache nicht nur durch eine Beeinträchtigung der Sachsubstanz erfolgen könne, sondern auch durch eine sonstige die Eigentümerbefugnisse treffende tatsächliche Einwirkung auf die Sache selbst, die deren Benutzung objektiv verhindert.[14] Die Einwirkung muss sich jedenfalls auf die Sache selbst beziehen, sie darf nicht bloß die Person des Eigentümers betreffen.[15] Ein Beispiel für das bloße Vorliegen eines Personenbezugs ist der Entzug des Führerscheins, hier ist das Auto durch andere Personen nach wie vor nutzbar, die Einwirkung betrifft somit lediglich den Eigentümer.[16] Im gegebenen Straßenbahn-Fall liegt der Sachbezug dagegen aufgrund der Blockade der Schienen selbst unproblematisch vor.

Im Gegensatz zum LG Dresden in der Vorinstanz nimmt der BGH nun wie im „Fleet-Fall“ die Abgrenzung zwischen einer beachtlichen, eine Rechtsverletzung darstellenden Nutzungsbeeinträchtigung und einer i.R.d. § 823 Abs. 1 BGB unbeachtlichen Nutzungsbeeinträchtigung vor.[17] Die Notwendigkeit dieser Abgrenzung ergibt sich daraus, dass § 823 Abs. 1 BGB bekanntlich nicht das Vermögen als solches vor fahrlässigen Verletzungshandlungen schützt.[18] Diesem Grundsatz würde es

[10] Auf die Einzelheiten zu § 7 StVG kann hier aus Platzgründen nicht eingegangen werden, jedoch ist im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal „bei Betrieb“ an die Problematik des Betriebsbegriffes zu denken und insoweit je nach Indikation im Sachverhalt der verkehrstechnische vom maschinentechnischen Begriff abzugrenzen, siehe dazu *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 28. Aufl. 2021, Rn. 633.

[11] Es handelt sich hierbei um eine Vermutung, sodass entgegen der *Rosenberg*schen Formel nunmehr den Fahrzeugführer die Beweispflicht für das Fehlen des Verschuldens trifft, vgl. *Greger*, in: Greger/Zwickel, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 5. Aufl. 2016, § 4 Rn. 22 ff.; weitere Haftungstatbestände aus widerleglich vermutetem Verschulden sind etwa: §§ 831, 832, 833 S. 2, 834, 836–838 BGB.

[12] BGH NJW 2015, 1174; BGH NJW-RR 2008, 406; BGH NJW 2007, 1205 (1206 Rn. 10); OLG Brandenburg NJW-RR 2011, 962 (963); LG Leipzig BeckRS 2014, 8742.

[13] BGH BeckRS 2022, 29708 Rn. 7.

[14] BGH BeckRS 2022, 29708 Rn. 7.

[15] *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2018, § 74 Rn. 16; *Hager*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2017, § 823 B 89.

[16] BGH NJW 1975, 347; *Hager*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2017, § 823 B 89.

[17] BGH BeckRS 2022, 29708 Rn. 9.

[18] *Wagner*, Deliktsrecht, 14. Aufl. 2021, Kap. 5 Rn. 67; *ders.*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 269; bei vorsätzlichem Handeln ist an § 826 BGB zu denken, welcher auch reine Vermögensschäden erfasst, siehe

widersprechen, sämtliche fahrlässige Nutzungsbeeinträchtigungen mit Schadensersatzpflichten zu sanktionieren, da ansonsten ohne Einschränkung vielfach bloße Vermögensschaden, die an sich von § 823 Abs. 1 BGB nicht erfasst sind, ersatzfähig wären. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen im Rahmen des Gebrauchs der eigenen Sache eine fremde Sache nicht genutzt werden kann, so wie das Fleet im Hinblick auf das ausgesperrte Boot im Ausgangsfall. Wenn auch der Gebrauch solcher fremden Sachen von der Nutzungsbefugnis des Eigentümers nach § 903 S. 1 BGB und damit dem Schutz des § 823 BGB erfasst wäre, würden Gebrauchsvereitelungen regelmäßig Haftungspflichten zulasten der fahrlässig handelnden Person auslösen, was aufgrund der Alltäglichkeit solcher Beeinträchtigungen (z.B. normaler Verkehrsstau als Nutzungsbeeinträchtigung aller betroffenen Fahrzeuge im Hinblick auf die Straße) mit der allgemeinen Handlungsfreiheit des fahrlässig Handelnden nicht vereinbar wäre.[19] Um also Schadensersatzpflichten bei bloßen Gebrauchsbeeinträchtigungen nur in angemessenen Fällen zu statuieren, bedarf es einer Abgrenzung der relevanten Eigentumsverletzungen i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB von den ersatzlos hinzunehmenden Nutzungsbeeinträchtigungen.[20]

Relevantes Abgrenzungskriterium ist hierbei die Intensität der Nutzungsbeeinträchtigung.[21] Maßgeblich soll sein, ob eine Aufhebung der bestimmungsgemäßen Nutzung der Sache oder eine bloße Einengung der bestimmungsgemäßen Nutzung der Sache vorliegt.[22]

Im Falle einer Nutzungsaufhebung, d.h. bei der Aufhebung sämtlicher bestimmungsgemäßer Verwendungsmöglichkeiten einer Sache, soll eine Eigentumsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB vorliegen.[23] Wenngleich nach den obigen Grundsätzen eine allgemeine Fahrlässigkeitshaftung für Vermögensschäden verhindert werden muss, erscheint es in den Fällen der Nutzungsaufhebung ausnahmsweise angemessen, diese als relevante Eigentumsverletzung einzuordnen, da die Aufhebung sämtlicher Nutzungsmöglichkeiten einer Wegnahme der Sache, welche unstreitig unter § 823 Abs. 1 BGB fällt, gleichkommt.[24] Bejaht wurde ein Schadensersatz wegen Nutzungsaufhebung unter anderem bei dem Einsperren von zwei Schiffen im Hafen,[25] der behördlich angeordneten Räumung des Fabrikgrundstücks eines Unternehmers für die Dauer von zwei Stunden infolge eines Feuers auf dem Nachbargrundstück[26] und bei einer Zufahrtsblockade durch Demonstranten, infolge derer über mehrere Tage hinweg die dort abgestellten Baumaschinen nicht mehr genutzt werden konnten.[27] Nach bisheriger Rechtsprechung und weiten Teilen der Literatur darf der Nutzungsentzug in zeitlicher Hinsicht jedoch nicht bloß kurzfristig sein.[28] Nach der Auffassung des BGH genügte etwa eine wenige Stunden andauernde Blockade durch ein im Halteverbot geparktes Auto mangels ausreichender zeitlicher Intensität nicht für eine Eigentumsverletzung aus.[29] Auf dieses zusätzliche Kriterium ver-

Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 28. Aufl. 2021, Rn. 605; *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2022, § 826 Rn. 1.

[19] Vgl. *Larenz/Canaris,* Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 76 II 3 c.

[20] *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 9. Aufl. 2019, § 16 Rn. 30.

[21] BAG NJW 2016, 666 (667 Rn. 32); *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 270.

[22] BGH NJW-RR 2017, 219 (221 Rn. 17 f.).

[23] BGH NJW-RR 2017, 219 (221 Rn. 17.).

[24] BGH NJW-RR 2017, 219 (221 Rn. 17 f.); vgl. *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 76 II 3 c; *Hager*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2017, § 823 B 91.

[25] BGH NJW-RR 2017, 219.

[26] BGH NJW 1977, 2264.

[27] BGH NJW 1998, 377 (380).

[28] BGH NJW 2004, 356 (358); *Sprau*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 823 Rn. 7; *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2022, § 823 Rn. 50.

[29] BGH NJW 2004, 356 (358).

zichtet der BGH allerdings im vorliegenden Fall.[30] Nach seiner Auffassung bedarf es bei einer vollständigen Aufhebung der Eigentümerbefugnisse nicht zusätzlich der Überschreitung einer zeitlich definierten Erheblichkeitsschwelle, die erforderliche Intensität der Nutzungsbeeinträchtigung folge hier vielmehr bereits aus dem Entzug des bestimmungsgemäßen Gebrauchs.[31]

Eine bloße Nutzungseinengung, die keine Eigentumsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB begründet, soll dagegen vorliegen, wenn nur eine bestimmte Verwendungsmodalität bzw. eine Mehrzahl von Verwendungszwecken, die das Einsatzpotential der Sache nicht erschöpfen, ausgeschlossen ist.[32] Von einer Mehrzahl möglicher bestimmungsgemäßer Verwendungen muss zumindest noch eine als möglich verbleiben, lediglich wenn die Sache in gar keiner Hinsicht mehr bestimmungsgemäß verwendet werden kann, liegt keine Nutzungseinengung, sondern eine Nutzungsaufhebung vor.[33] Eine bloße Nutzungseinengung ist etwa dann anzunehmen, wenn ein Fahrzeug unter Beibehaltung seiner Bewegungsmöglichkeit im Übrigen an einer konkret geplanten Fahrt gehindert und seine Nutzung dadurch nur zeitweilig beschränkt wird, z.B., wenn lediglich ein bestimmter Weg einer Elektrolok durch beschädigte Fahrleitungsdrähte unbefahrbar wird[34] oder die Autobahn durch einen auf dem Verzögerungsstreifen befindlichen und teilweise in die rechte Fahrbahn hineinragenden Sattelzug nur noch auf dem linken Fahrstreifen benutzt werden kann.[35]

Im vorliegenden Fall bejahte der BGH das Vorliegen einer Nutzungsentziehung an den Gleisen infolge der Blockade derselben durch die verunfallten Fahrzeuge.[36] Anders als im Fleet-Fall stellt der BGH als Anknüpfungspunkt für die Eigentumsverletzung nicht auf die Nutzung der Straßenbahn als Transportmittel ab, sondern betrachtet vielmehr die blockierte Schiene als Objekt der Verletzungshandlung, da die Blockade dazu führe, dass das Gleis an der blockierten Stelle nicht mehr befahren werden kann.[37]

Somit lag im Ergebnis eine Eigentumsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB und aufgrund der entsprechenden Auslegung des § 7 Abs. 1 StVG eine Sachbeschädigung nach dieser Vorschrift vor.

3. Schutzzweck der Norm

Problematisch war weiterhin, ob der vorliegende Schaden vom Schutzzweck der Norm erfasst war. Dies hatte das LG Dresden in der Vorinstanz noch verneint. Eine Schadensersatzpflicht besteht nur, wenn die Tatfolgen, für die Ersatz begehrt wird, aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen oder die verletzte vertragliche oder vorvertragliche Pflicht übernommen worden ist.[38] Die maßgebliche Norm muss den Schutz des Rechtsguts gerade gegen die vorliegende Schädigungsart bezwecken.[39] Daran fehlt es, wenn sich eine Gefahr realisiert hat, die

[30] Wie bereits in BGH NJW-RR 2017, 219 (221 Rn. 19); so auch *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 76 II 3 c.

[31] BGH BeckRS 2022, 29708 Rn. 8; BGH NJW-RR 2017, 219 (221 Rn. 19).

[32] BGH BeckRS 2022, 29708 Rn. 9.

[33] Vgl. BGH BeckRS 2022, 29708 Rn. 8 f.

[34] BGH NJW-RR 2005, 673 (674); vgl. bereits *Zeuner*, in: FS Flume, 1978, Bd. 1, S. 775 (785).

[35] BGH NJW-RR 2012, 163 (163 Rn. 8).

[36] BGH BeckRS 2022, 29708 Rn. 10.

[37] BGH BeckRS 2022, 29708 Rn. 10.

[38] BGH BeckRS 2022, 29708 Rn. 12; BGH NJW 2019, 1741 (1744 Rn. 30); BGH NJW 2014, 2190 (2191 Rn. 10); BGH NJW 1958, 1041; *Vieweg/Lorz*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl. 2020, Rn. I 124; *Grüneberg*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, Vorb. v. § 249 Rn. 29.

[39] BGH BeckRS 2022, 29708 Rn. 12; *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 9. Aufl. 2019, § 16 Rn. 139; *Flume*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2022, § 249 Rn. 288.

dem allgemeinen Lebensrisiko und damit dem Risikobereich des Geschädigten zuzurechnen ist.[40] Wann ein Schaden dem allgemeinen Lebensrisiko zuzurechnen ist und somit nicht mehr dem Schutzzweck der jeweiligen Norm unterfällt, ist im Rahmen einer wertenden Betrachtung zu bestimmen.[41]

Der BGH nimmt im vorliegenden Fall unproblematisch an, dass die Blockade einer Schiene dem Schutzzweck des § 7 Abs. 1 StVG unterfällt.[42] So habe sich vorliegend nicht bereits deswegen das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht, weil sich Schienenblockaden infolge von Verkehrsunfällen öfter ereignen.[43] Vielmehr handele es sich bei dem Unfall um ein besonderes Risiko, dessen Hinnahme dem Einzelnen nicht ohne weiteres zuzumuten sei.[44] Zuletzt ging der BGH auf das Argument der Revisionserwiderung ein, dass bei der Blockade eines Linienbusses durch einen infolge eines Unfalls verursachten Stau keine Rechtsverletzung, sondern die Verwirklichung des allgemeinen Lebensrisikos anzunehmen wäre und sich so ein Wertungswiderspruch zum vorliegenden Fall ergäbe. Der BGH spricht diesen vermeintlichen Wertungswiderspruch zwar an, verweist aber lediglich pauschal darauf, dass hierauf nicht näher eingegangen werden müsse, da vorliegend nun mal eine Straßenbahn und kein Linienbus blockiert wurde.[45] Tatsächlich wird man annehmen müssen, dass der von der Revisionserwiderung angeführte Beispielsfall mit dem vorliegenden nur bedingt vergleichbar ist. Ein Unfall im normalen Straßenverkehr kann potenziell jeden Autofahrer betreffen, die Blockade einer Straßenbahnschiene naturgemäß nur die Straßenbahn, sodass bei letzterer aufgrund des eng begrenzten Kreises der potenziell Betroffenen kaum mehr von einem *allgemeinen* Lebensrisiko gesprochen werden kann. Im Rahmen der normativen Betrachtung bei der Beurteilung des Schutzzweckzusammenhangs ist somit eine abweichende Beurteilung gerechtfertigt.[46]

IV. Sonstige Ansprüche

Im Ergebnis bejaht der BGH damit die Möglichkeit eines Anspruchs des Klägers auf Schadensersatz aus §§ 7, 18 StVG, § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG, verweist die Sache zur weiteren Klärung aber an das LG Dresden zurück. Explizit offen lässt er dabei, ob weitere Anspruchsgrundlagen in Betracht kommen. Zu denken wäre etwa an § 16 StVG i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Ein solcher Anspruch scheidet jedoch aus, da ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eine Unmittelbarkeit (sog. Betriebsbezogenheit) voraussetzt, d.h. der Eingriff muss sich spezifisch gegen den Betrieb richten.[47] Hier ist es aber lediglich dem Zufall geschuldet, dass die verunglückten Fahrzeuge auf den Schienen der Klägerin stehen geblieben sind, sodass es an der betriebsbezogenen Eingriffsrichtung fehlt. Eine Unmittelbarkeit hätte vielmehr eine gezielte Blockade der Strecke erfordert.[48] Im Übrigen bedarf es des ohnehin viel kritisierten Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als subsidiärem Auffangrecht nicht, wenn wie vorliegend bereits eine Eigentumsverletzung gegeben ist, das Recht am eingerichteten und

[40] BGH BeckRS 2022, 29708 Rn. 12; BGH NJW 2014, 2190 (Rn. 10); *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2022, § 823 Rn. 7; *Flume*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2022, § 249 Rn. 288.

[41] BGH BeckRS 2022, 29708 Rn. 12; BGH NJW 2014, 2190 (Rn. 10).

[42] BGH BeckRS 2022, 29708 Rn. 12.

[43] BGH BeckRS 2022, 29708 Rn. 13.

[44] BGH BeckRS 2022, 29708 Rn. 13.

[45] BGH BeckRS 2022, 29708 Rn. 14.

[46] Vgl. *Wagner*, Deliktsrecht, 14. Aufl. 2021, Kap. 5 Rn. 90; *Vieweg/Lorz*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl. 2020, Rn. I 124.

[47] *Sprau*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 823 Rn. 139.

[48] Vgl. zur gezielten Besetzung eines Baggers: LG Aachen NJW-RR 2007, 89.

ausgeübten Gewerbebetrieb tritt insoweit subsidiär zurück.[49] Jedoch kommt ein Schadensersatzanspruch aus § 16 StVG i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB bzw. § 16 StVG i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 858 BGB wegen Verletzung des berechtigten Besitzes in Betracht.[50] Wenn man mit dem BGH auf die Schienen als Verletzungsobjekt abstellt, dürfte es jedoch bereits an der Besitzbegründung an selbigen fehlen.[51] Wenn man schon die kurze Berührung der Straßenbahn mit dem Schienenweg für eine Besitzerlangung als ausreichend betrachten will, so fehlt es im gegebenen Fall schon von vornerein an der Erreichbarkeit der Schienen, da der Zugang zu ihnen versperrt war, sodass im Ergebnis keine tatsächliche Herrschaftsbeziehung zu den Schienen und damit auch kein Besitz i.S.v. § 854 Abs. 1 BGB begründet werden konnte, sodass beide Ansprüche ausscheiden.[52] Zuletzt käme ein Anspruch aus § 16 StVG i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 EBO[53] in Betracht. Nach § 64 EBO ist es verboten, Fahrthindernisse für Eisenbahnen zu bereiten, bei der Norm handelt es sich auch um ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.[54] Unter den Begriff der Eisenbahn i.S.v. § 1 EBO fallen allerdings nur Bahnen, die sich im Rad/Schienensystem Eisenbahn bewegen (vgl. auch § 2 AEG), dagegen nicht Straßenbahnen, die sich mittels Oberleitung fortbewegen.[55]

V. Bewertung

Das Urteil fügt sich in eine Reihe von kaum überschaubaren Entscheidungen[56] zur Eigentumsverletzung ohne Substanzeinwirkung ein und kann im Ergebnis überzeugen, kommt die Blockade im vorliegenden Fall doch einem Sachentzug gleich. Fragwürdig erscheint jedoch, dass anders als im „Fleet-Fall“[57] auf die Benutzbarkeit der Schienen und nicht auf die der Straßenbahn als Transportmittel abgestellt wird. Hierfür bestand keine Notwendigkeit, denn bei einer Straßenbahn, die nicht mehr vorwärtsfahren kann, ist kein bestimmungsgemäßer Gebrauch mehr möglich, sodass in dieser Hinsicht bereits eine Nutzungsaufhebung vorlag. Das physische Hindernis des verunfallten Fahrzeugs betrifft lediglich die Bahn, die Schienen als passives Hilfsmedium des Transports werden hiervon nicht tangiert. Andernfalls hätte etwa auch im „Fleet-Fall“ des BGH auf das nicht mehr befahrbare Wasser innerhalb des Fleets abgestellt werden müssen, sodass im Ergebnis eine Eigentumsverletzung des Schiffseigentümers ausgeschieden wäre – eine solche Betrachtungsweise würde allerdings gekünstelt und kontraintuitiv wirken und ist wie darlegt nicht notwendig, um zum richtigen Ergebnis zu gelangen. Auch der Verzicht auf eine zeitliche Erheblichkeitsschwelle überzeugt nicht. Selbst wenn jegliche Nutzungsmöglichkeiten temporär aufgehoben sind, sollten ganz kurzfristige Beeinträchtigungen außer Betracht bleiben, hierbei handelt es sich um bloße „Belästigungen“ und keine Verletzungen des geschützten Rechtsguts. Eine Zeitschwelle sollte auch für erhebliche, mög-

[49] *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2022, § 823 Rn. 81; *Hager*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2017, § 823 B 95.

[50] Zumindest der berechtigte Besitz stellt nach der h.M. ein sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB dar, vgl. *Sprau*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 823 Rn. 13; ob § 858 BGB ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB darstellt, ist umstritten, wird aber ebenfalls von der h.M. bejaht, vgl. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 28. Aufl. 2021, Rn. 621.

[51] Vgl. BGH NJW-RR 2005, 673 (674 f.).

[52] BGH NJW-RR 2005, 673 (674 f.).

[53] Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung.

[54] BGH NJW-RR 2005, 673.

[55] *Lampe*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 242. Aufl. 2022, EBO § 1 Rn. 1.

[56] Vgl. nur BGH NJW-RR 2017, 219 (221 Rn. 18); BGH NJW 2015, 1174 (1175 Rn. 18); BGH NJW-RR 2005, 673 (674); BGH NJW 2004, 356 (358); BGH NJW 1998, 377 (380); BGH NJW-RR 1990, 1172 (1173); BGH NJW 1977, 2264.

[57] BGH NJW 1971, 886 (888).

licherweise wirtschaftlich stark einschneidende Gebrauchsentziehungen veranschlagt werden, wenngleich sie in diesen Fällen geringer angesetzt werden muss als bei vernachlässigbaren wirtschaftlichen Schäden, insbesondere im privaten Bereich. Schlussendlich bleibt festzustellen, dass der Fall allgemeine Probleme des Deliktsrechts (Rechtsverletzung, Schutzzweck der Norm) mit dem regelmäßig zum Pflichtfachstoff der Ersten Juristischen Prüfung gehörenden StVG[58] kombiniert und sich demnach gut für zukünftige Examensklausuren eignen dürfte.

[58] Explizite Nennung in: Baden-Württemberg: § 8 Abs. 2 Nr. 1 JAPrO BW: „aus dem Straßenverkehrsgesetz: Abschnitt 2. Haftpflicht"; Bayern: § 18 Abs. 2 Nr. 1 lit. b JAPO Bayern: „Grundzüge des Rechts der Gefährdungshaftung aus dem Straßenverkehrsgesetz"; Bremen: § 5 Abs. 1 Nr. 1 lit. b JAPG: „Haftpflichtrecht des Straßenverkehrsgesetzes"; Hamburg: § 1 Abs. 1 Nr. 3 PrüfungsgegenständeVO: „aus dem Straßenverkehrsgesetz: der Zweite Abschnitt"; Hessen: § 7 S. 1 Nr. 2 lit. b JAG: „Haftungsvorschriften des Straßenverkehrsgesetzes"; Mecklenburg-Vorpommern: § 11 Abs. 2 Nr. 1 lit. b JAPO M-V: „aus dem Straßenverkehrsgesetz in Grundzügen Abschnitt II"; Niedersachsen: § 16 Abs. 1 Nr. 7 NJAVO: „die §§ 7 bis 20 des Straßenverkehrsgesetzes"; NRW: § 11 Abs. 2 Nr. 1 lit. c JAG NRW: „im Überblick die Haftungsregeln des Straßenverkehrsgesetzes"; Saarland: § 8 Abs. 2 Nr. 2 JAG: „aus dem Straßenverkehrsgesetz: Abschnitt II"; Sachsen: § 14 Abs. 3 Nr. 2 SächsJAPO: „aus dem Straßenverkehrsgesetz: Abschnitt II"; Sachsen-Anhalt: § 14 Abs. 2 Nr. 1 lit. c JAPrVO LSA: „im Überblick das Recht der Gefährdungshaftung, insbesondere nach dem Straßenverkehrsgesetz"; Schleswig-Holstein: § 3 Abs. 3 Nr. 1 lit. b sublit. cc JAVO: „im Überblick: die Halterhaftung nach dem Straßenverkehrsgesetz". Keine explizite Nennung in: Berlin (§ 3 Abs. 4 JAO); Brandenburg (§ 3 Abs. 4 BbgJAO); Rheinland-Pfalz (§ 37 JAPO); Thüringen (§ 14 ThürJAPO), das StVG fällt in diesen Bundesländern allerdings womöglich unter den Begriff des „Schuldrechts".

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21 (OLG Köln)[1]

Konkurrenz von Berufung und Revision

Jedenfalls dann, wenn zwei Angeklagte gegen dasselbe Urteil parallel Berufung und Revision eingelegt haben und deshalb gem. § 335 Abs. 3 S. 1 StPO über beide Rechtsmittel bereits zusammen als Berufung verhandelt worden ist, kann die von dem einen Angeklagten eingelegte Revision selbst nach zwischenzeitlicher endgültiger Einstellung des Verfahrens gem. § 153a Abs. 2 StPO gegenüber dem anderen Angeklagten auch weiterhin als Berufung und nicht als Revision behandelt werden.

(Leitsatz des *Verf.*)

StPO § 335 Abs. 1 S. 1
GVG § 121 Abs. 2 Nr. 1

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster

I. Einführung

Die hier besprochene Entscheidung thematisiert mit der Divergenzvorlage einen wichtigen Aspekt des Revisionsrechts, wenn auch zugegebenermaßen anhand einer sehr speziellen prozessualen Konstellation im Rechtsmittelrecht, die allerdings von einiger praktischer Relevanz ist: Werden in demselben Verfahren zugleich zwei Angeklagte[2] vom Amtsgericht (gleichviel ob vom Strafrichter oder dem Schöffengericht) verurteilt und wollen sie das Urteil anfechten, so steht beiden die Wahl zu, ob sie gegen das Urteil Berufung (§ 312 StPO) oder (Sprung-)Revision einlegen wollen (§ 335 Abs. 1 StPO). Treffen beide ihre Wahl in unterschiedlicher Weise, so könnte dies zum problematischen Nebeneinander zweier getrennter Rechtsmittelverfahren und im äußersten Fall sogar zu einander widersprechenden rechtskräftigen Entscheidungen des Berufungs- und des Revisionsgerichts[3] führen. Um das zu verhindern, schreibt § 335 Abs. 3 S. 1 StPO für diesen Fall zunächst als Grundsatz vor, die Revision ebenfalls als Berufung zu behandeln, womit beide Rechtsmittel vor demselben Berufungsgericht, der kleinen Strafkammer,[4] zu behandeln wären, im Idealfall zudem in derselben Berufungshauptverhandlung. Demjenigen Angeklagten, der Revision eingelegt hatte, steht – ebenso wie selbstverständlich dem Berufungsführer – im Anschluss an das nunmehr ergehende Berufungsurteil der kleinen Strafkammer allerdings immer noch zu, Revision gegen dieses einzulegen (§§ 333, 335 Abs. 3 S. 3 StPO).

Von diesem Grundsatz der einheitlichen Behandlung beider Rechtsmittel als Berufung macht § 335 Abs. 3 S. 1 StPO allerdings zwei Ausnahmen: Wird die von dem einen Angeklagten eingelegte

[1] Die Entscheidung ist abrufbar unter http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=2f756964452398b86f46ee9ef0cb5469&nr=131658&pos=0&anz=1 (6.1.2023).

[2] Das Gleiche gilt im Übrigen, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft unterschiedliche Rechtsmittel einlegen.

[3] Zuständig ist insoweit der *Strafsenat* des OLG (§ 121 Abs. 1 Nr. 1 lit. b GVG).

[4] §§ 74 Abs. 3, 76 Abs. 1 S. 1 GVG.

Berufung entweder zurückgenommen oder als unzulässig verworfen (z.B. wegen nicht fristgerechter Einlegung), so ist über das von dem anderen Angeklagten eingelegte Rechtsmittel dann doch als Revision durch das Oberlandesgericht zu entscheiden. Mit diesen beiden Ausnahmen werden jedoch keineswegs alle Konstellationen erfasst, in welchen die Berufung des einen Angeklagten zwischenzeitlich ihre endgültige Erledigung finden kann. Vor allem die Fälle einer Einstellung des Verfahrens gegen den Berufungsführer aus Opportunitätsgründen oder nach § 206a StPO wegen eines Verfahrenshindernisses, die den genannten Ausnahmefällen strukturell ähneln, erwähnt die Vorschrift nicht. Daher stellt sich für solche und ihnen verwandte Fälle die Frage, ob die Revision weiterhin als Berufung zu behandeln oder die Sache gegen den Revisionsführer doch dem Revisionsgericht zur Behandlung als Revision zuzuleiten ist. Eine solche Fragestellung lag der Entscheidung des *2. Strafsenats* zu Grunde.

II. Der Sachverhalt

Der Angeklagte sowie ein Mitangeklagter waren vom Amtsgericht Leverkusen wegen Betruges zu Geldstrafen verurteilt worden. Beide legten fristgerecht gegen die Entscheidung ein Rechtsmittel ein, und zwar der Angeklagte Revision und der Mitangeklagte Berufung. Beide Rechtsmittel waren daher gem. § 335 Abs. 3 S. 1 StPO als Berufung zu behandeln, womit die Sache bei der kleinen Strafkammer des Landgerichts Leverkusen anhängig wurde. Diese beraumte auch gem. § 323 StPO eine Berufungshauptverhandlung an und verhandelte gegen beide Angeklagte.[5] Anscheinend ergab sich dort nur für den Mitangeklagten die Möglichkeit, das Verfahren gem. § 153a Abs. 2 StPO vorläufig einzustellen, während man diese Erledigungsform gegen den Angeklagten nicht ins Auge fasste; die Gründe dieser unterschiedlichen Behandlung sind nicht ersichtlich (und für das weitere Geschehen auch unwichtig).[6] Jedenfalls trennte die Berufungsstrafkammer das Verfahren gegen den Mitangeklagten ab (§ 4 Abs. 1 StPO) und stellte sodann das abgetrennte Verfahren gem. § 153a Abs. 2 StPO zunächst vorläufig gegen eine Geldauflage von 400 € ein. Die Hauptverhandlung gegen den Angeklagten wurde ebenfalls nicht weitergeführt, sondern ausgesetzt,[7] wohl schon mit dem Hintergedanken, nicht mehr selbst darüber entscheiden zu können (oder zu wollen).

Nachdem der Mitangeklagte die Geldauflage pünktlich bezahlt hatte, wurde das Verfahren gegen ihn endgültig eingestellt (vgl. § 153a Abs. 1 S. 5 StPO); es war damit nicht mehr als Berufungsverfahren anhängig. Für die Entscheidung über das als Revision eingelegte Rechtsmittel des Angeklagten hielt sich die kleine Strafkammer im Weiteren für unzuständig und legte die Sache daher dem Revisionsgericht, dem *Strafsenat* des OLG Köln, vor.[8] Dieses wiederum war gegenteiliger Ansicht und entschlossen, die Sache der Berufungskammer zurückzugeben. An dieser Vorgehensweise sah sich das OLG Köln jedoch gehindert, weil im Jahr 1994 das BayObLG[9] bereits gegenteilig entschieden habe.[10]

[5] BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21, Rn. 2.

[6] Denkbar ist hier Vieles, etwa Vorstrafen bei dem Angeklagten oder andere Umstände, die ein gesteigertes öffentliches Interesse an seiner Verurteilung nahelegten, vielleicht auch nur seine fehlende Zustimmung zur Einstellung.

[7] BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21, Rn. 2.

[8] BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21, Rn. 3.

[9] BayObLG, Beschl. v. 14.2.1994 – 1 St RR 222/93 = BeckRS 1994, 7534 Rn. 5 (in den Parallelfundstellen NStZ 1997, 388 und NZV 1994, 283 ist die hier interessierende Passage des Beschlusses nicht mit abgedruckt).

[10] BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21, Rn. 4.

Es hat deswegen die Sache als Divergenzvorlage (§ 121 Abs. 2 GVG) dem *Senat* vorgelegt,[11] nachdem das BayObLG auf Anfrage mitgeteilte hatte, bei seiner Rechtsauffassung bleiben zu wollen.[12]

III. Die Entscheidung des Senats

Der *Senat* hat die Vorlage als unzulässig angesehen und die Sache zur Entscheidung an das OLG Köln zurückgegeben. Anders als das OLG meine, beträfen die Entscheidungen nämlich nicht dieselbe Prozesslage, weil in dem Fall des OLG Köln bereits eine Berufungshauptverhandlung stattgefunden hätte, im Fall des BayObLG hingegen nicht.[13] Deshalb sei das OLG Köln nicht gehindert, sein Verfahren anders zu behandeln als damals das BayObLG das seine. Es könne daher die Sache seiner Absicht entsprechend an das LG Leverkusen zum Zwecke der Entscheidung als Berufungssache zurückgeben, ohne sich in Widerspruch zur Rechtsprechung des BayObLG zu setzen. Diese Argumentation greift jedoch möglicherweise zu kurz, weshalb eine nähere Betrachtung angezeigt erscheint.

1. Sinn und Voraussetzungen einer (zulässigen) Divergenzvorlage

Die Pflicht zur Divergenzvorlage ergibt sich aus § 121 Abs. 2 GVG. Sie setzt eine Verfahrenssituation voraus, in welcher ein OLG beispielsweise wie hier eine Revisionsentscheidung[14] treffen möchte, bei welcher es von einer Entscheidung eines anderen OLG oder des BGH abweichen würde. In einer solchen Situation soll der BGH festlegen, welche der beiden Rechtsauffassungen die richtige ist, und so für eine einheitliche, widerspruchsfreie Spruchpraxis der Obergerichte sorgen.[15] Eine gleichartige Pflicht enthält § 132 Abs. 2 GVG für den Fall einer anstehenden Abweichung innerhalb der einzelnen *Senate* des BGH. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass in letzterem Fall nicht ein einzelner *Senat*, sondern der *Große Senat für Strafsachen* des BGH (§ 132 Abs. 5 S. 1 GVG) zu entscheiden hat.[16]

Eine die Vorlagepflicht auslösende Widersprüchlichkeit zwischen der älteren Entscheidung des anderen OLG (bzw. des BGH) und der geplanten Entscheidung des vorlegenden OLG setzt allerdings grundsätzlich voraus, dass die divergierenden Auffassung jeweils tragende Erwägungen der betroffenen Entscheidungen darstellen.[17] Unzulässig wäre eine Vorlage daher, wenn die Auffassung in einer der Entscheidungen nur ein obiter dictum wäre[18] oder wenn das vorlegende Gericht mit einer anderen Hilfserwägung zum gleichen Ergebnis gelangen, also z.B. einer Revision auch aus weiteren Grün-

[11] OLG Köln, Beschl. v. 23.4.2021 – III 1 RVs 214/20.

[12] BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21, Rn. 5.

[13] BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21, Rn. 9 f.

[14] Hier § 121 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 lit. b GVG; die übrigen in § 121 Abs. 2 GVG genannten Divergenzfälle betreffen ausgewählte andere, dem OLG vorbehaltene Entscheidungen von zahlenmäßig deutlich geringerer Bedeutung.

[15] *Gittermann*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 11, 27. Aufl. 2023, GVG § 121 Rn. 25; *Frister*, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 9, 5. Aufl. 2016, GVG § 121 Rn. 11; *Schmidt*, in: Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2019, GVG § 121 Rn. 11; BGHSt 11, 31 (34 f.); 33, 310 (313); 46, 16 (20).

[16] Bei anstehenden Abweichungen von Entscheidungen eines Zivilsenates (denkbar etwa i.R.v. § 832 Abs. 2 BGB) ist nach § 132 Abs. 2 GVG in vergleichbarer Weise den Vereinigten Großen Senaten vorzulegen. Die Pflicht zur Divergenzvorlage für die Zivilsenate ist in der genannten Vorschrift entsprechend geregelt.

[17] *Gittermann*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 11, 27. Aufl. 2023, GVG § 121 Rn. 58, 65 ff.; *Frister*, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 9, 5. Aufl. 2016, GVG § 121 Rn. 24 ff.; *Feilcke*, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, GVG § 121 Rn. 37 f.; BGHSt 43, 241 (244); 47, 32 (34).

[18] *Gittermann*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 11, 27. Aufl. 2023, GVG § 121 Rn. 65 ff.; BGHSt 28, 165 (166).

den zum Erfolg verhelfen könnte. Ferner darf es nicht um – dem Tatrichter vorbehaltene – Tatfragen gehen (wie z.B. die Auslegung eines Verwaltungsaktes[19]), sondern die Divergenz muss Rechtsfragen betreffen.[20]

Die Frage, ob die in § 335 Abs. 3 S. 1 StPO erwähnten Ausnahmen über ihren Wortlaut hinaus auch auf Fälle der Verfahrenseinstellung gegen den Mitangeklagten auszudehnen sind, betrifft recht eindeutig eine solche Rechtsfrage, da es um die Auslegung einer Norm des Strafverfahrensrechts geht. Ihre Beantwortung war zudem in beiden Verfahren entscheidungserheblich. Von ihr hing nämlich ab, ob das Verfahren überhaupt von dem jeweiligen OLG abschließend in der Sache entschieden werden durfte (falls man sie – wie es das BayObLG getan hatte – bejaht) oder stattdessen an das Berufungsgericht abzugeben war (falls man sie verneint, wie es das OLG Köln vorhatte). Soweit dürfte auch der *Senat* keine Bedenken haben. Er sieht allerdings im Ergebnis hinsichtlich der Auffassung des OLG Köln überhaupt keine Abweichung zur Entscheidung des BayObLG, weil den beiden Entscheidungen eine jeweils andere Prozesslage zu Grunde gelegen hätte. Das OLG Köln könne deshalb seiner Rechtsauffassung folgen, ohne in Widerspruch zur Entscheidung des BayObLG zu geraten.[21]

Wenn dies denn so wäre, hätte der *Senat* die Vorlage völlig zu Recht als unzulässig behandelt. Aber liegt die Sache wirklich so? Immerhin könnte man die zu klärende Rechtsfrage darauf zuspitzen, ob der Wortlaut des § 335 Abs. 3 S. 1 StPO abschließend und damit ohne Wenn und Aber verbindlich ist. Bejahte man ein solches Normverständnis, so wäre die Entscheidung des BayObLG falsch gewesen, hingegen müsste das OLG Köln das tun, was es ohnehin vorhatte. Der *Senat* hingegen neigt offenbar zu einem anderen Normverständnis, indem er einige Argumente für eine differenzierende Auslegung der Norm anführt und andeutet, prozessökonomisch sei es sinnvoll, eine angefangene Berufungshauptverhandlung (wie im Fall des OLG Köln) in der Berufungsinstanz auch zu Ende zu führen, während die Verfahrenseinstellung gegen den Mitangeklagten im Fall des BayObLG schon vor der Berufungshauptverhandlung erfolgt war. Dort wurden also keine „justiziellen Ressourcen durch die Anberaumung und (teilweise) Durchführung der [Anm.: Berufungs-]Hauptverhandlung unwiederbringlich verbraucht“[22], wenn die Sache gegen den fraglichen Angeklagten nicht weiter als Berufung, sondern als Revision behandelt würde. Der *Senat* hält § 335 Abs. 3 S. 1 StPO damit grundsätzlich für erweiterungsfähig, stimmt jedoch dem OLG Köln darin zu, eine solche Erweiterung im dortigen Fall nicht vorzunehmen.

Das klingt erst einmal plausibel. Erste Zweifel erheben sich freilich, wenn man die Entscheidung des BayObLG in der fraglichen Passage einmal im Wortlaut betrachtet:

> „Die Sprungrevision ist statthaft (§ 335 Abs. 1 StPO). Die von dem Mitangeklagten B. gegen das Urteil des Amtsgerichts eingelegte Berufung steht dem nicht entgegen, denn das Berufungsverfahren wurde *noch vor der Durchführung der Hauptverhandlung* mit Beschluß vom 30.11.1993 des Landgerichts Ingolstadt nach § 153a StPO endgültig eingestellt. Dieses endgültige Verfahrenshindernis steht einer Zurücknahme oder Verwerfung der Berufung als unzulässig (§ 335 Abs. 3

[19] Vgl. BGHSt 31, 314, wo klärungsbedürftig war, ob die in einer Duldungsbescheinigung erwähnte Beschränkung des „gewöhnlichen Aufenthalts“ eines Asylbewerbers auch kurzzeitigem Verlassen des Aufenthaltsortes im Wege stand; der BGH gab eine entsprechende Vorlage des OLG Oldenburg zurück, weil sie keine Rechts-, sondern eine Tatfrage betreffe.

[20] *Gittermann*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 11, 27. Aufl. 2023, GVG § 121 Rn. 58a; *Schmidt*, in: Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2019, GVG § 121 Rn. 24; *Frister*, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 9, 5. Aufl. 2016, GVG § 121 Rn. 21.

[21] BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21, Rn. 8 f., 11.

[22] BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21, Rn. 14.

StPO) gleich, *weil durch die endgültige Einstellung auch hier eine Anhängigkeit der Sache bei verschiedenen Rechtsmittelgerichten verhindert wird* […].“[23]

Einerseits findet sich zwar auch hier der Hinweis auf die Einstellung vor einer Berufungshauptverhandlung, jedoch legt die weitere Begründung nahe, dass dieser Aspekt für das BayObLG gar nicht maßgebend war. Sein Argumentationsschwerpunkt liegt vielmehr auf der Endgültigkeit des Verfahrensabschlusses und der damit beseitigten Gefahr paralleler Verfahren, sofern man die eingelegte Revision im Anschluss als solche behandelt. Eine Deutung, das BayObLG würde die Ausnahmen in § 335 Abs. 3S. 1 StPO auf alle Fälle endgültiger Verfahrenserledigung ohne Sachentscheidung ausdehnen, läge von daher wohl sehr nahe. Dann aber hätte man tatsächlich eine Divergenz zwischen den Rechtsansichten der beiden Oberlandesgerichte. Allerdings: Eine derart grundsätzliche Aussage zur Auslegung von § 335 Abs. 3 S. 1 StPO wäre dann wiederum keine tragende Rechtsansicht, soweit sie über den konkret zu entscheidenden Fall hinausreicht. Dem *Senat* könnte daher möglicherweise zuzustimmen sein, wenn er die Vorlage für unzulässig hält.

2. Weiterführende Gedanken zu § 335 Abs. 3 S. 1 StPO

Gleichwohl bleibt ein Unbehagen, das zwei Weichenstellungen bei der Anwendung von § 335 Abs. 3 S. 1 StPO betrifft, dessen Auslegung angesichts offenbar unterschiedlicher Auffassungen der beiden Oberlandesgerichte und der Verweigerung einer Sachentscheidung durch den *Senat* als weiterhin ungeklärt gelten muss. Die eine Weichenstellung war oben schon auf den maßgebenden Aspekt zugespitzt worden: Ist die Bestimmung nun abschließend formuliert oder kann sie – auf welche Fallkonstellationen auch immer – ausgeweitet werden? Die andere baut darauf auf und betrifft die behauptete Unterschiedlichkeit der Prozesslagen: Spielt es tatsächlich eine Rolle, ob schon eine Berufungshauptverhandlung begonnen hatte, oder ist nicht vielmehr über die Anwendung von § 335 Abs. 3 S. 1 StPO unabhängig von diesem Kriterium zu entscheiden?

a) Zur Erweiterbarkeit auf weitere Ausnahmefälle

Klärungsbedürftig ist zunächst, ob die Ausnahmen „zurückgenommen oder als unzulässig verworfen“ in § 335 Abs. 3 S. 1 StPO ausdehnungsfähig oder abschließend sind. Der Wortlaut ist hier freilich eindeutig und lässt keinen Raum für Erweiterungen. Folgerichtig wäre eine Ergänzung um „oder das Verfahren endgültig eingestellt“ (wie sie BayObLG und offenbar auch der *Senat* im Sinn haben) und ebenso auf weitere vergleichbare Fallgestaltungen nur im Wege einer Analogie möglich. Eine entsprechende Regelungslücke wird man vor dem historischen Hintergrund der Bestimmung annehmen dürfen, die mit der sog. *Emminger*-Reform[24] 1924 in die StPO eingeführt wurde. Zuvor war ein Nebeneinander von Berufung und Revision gar nicht möglich, weil erstere nur gegen die Urteile der Schöffengerichte[25] beim Amtsgericht (§ 354 RStPO a.F.) und letztere allein gegen die erstinstanzlichen Urteile der Land- und Schwurgerichte statthaft war (§ 374 RStPO a.F.). Im Jahr 1924 waren neben den in § 335 Abs. 3 S. 1 StPO genannten Verfahrenserledigungen jedoch keine weiteren bekannt. Einstellungen nach § 153a Abs. 2 StPO wurden erst 1975 eingeführt. Die damals schon bekannten §§ 153, 154 StPO bildeten seinerzeit keine endgültigen Verfahrensabschlüsse. Verfahrenshindernisse

[23] BayObLG BeckRS 1994, 7534 Rn. 5, *Hervorhebung* nicht im Original.

[24] § 34 der „Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege“ vom 4.1.1924, RGBl. I 1924, S. 15, üblicherweise allerdings mit dem o.g. Namen nach dem damaligen Reichsjustizminister benannt.

[25] Bis 1924 gab es den „Strafrichter“ (heute §§ 22 Abs. 1, 25 GVG) noch nicht; den rangniedrigsten Spruchkörper bildete vielmehr das Schöffengericht.

(die heute zur Einstellung nach § 206a StPO führen können, der erst 1942 eingeführt wurde[26]) wurden ausschließlich per Urteil nach § 260 Abs. 3 StPO[27] entschieden[28] (d.h. im Zweifel zeitgleich mit der als Berufung behandelten Revision eines anderen Angeklagten). § 335 Abs. 3 StPO wurde somit erst nachträglich durch neu entstehende Verfahrenserledigungen zu einer Vorschrift, die nur unvollkommen vorzeitige Erledigungen einer eingelegten Berufung erfasste. Man darf also von einer im Prinzip analogiefähigen ungewollten Regelungslücke ausgehen.

Ob ein Analogiebedarf besteht, wäre mit Blick auf den Regelungszweck zu beurteilen, der oben bereits angedeutet wurde. § 335 Abs. 3 S. 1 StPO will das Nebeneinander zweier unterschiedlicher Rechtsmittel vor zudem verschiedenen Gerichten vermeiden[29] und so widersprüchliche Entscheidungen zu mehreren Beschuldigten wegen derselben Tat verhindern.[30] Bei den beiden gesetzlich genannten Ausnahmen wird das Berufungsverfahren beendet, ohne dabei eine erneute Sachentscheidung zu treffen, weshalb es zu keinen widersprüchlichen Sachentscheidungen zwischen Berufungs- und Revisionsgericht kommen kann. Eine ähnliche Situation läge jedoch vor, sobald das originäre Berufungsverfahren gem. § 153a Abs. 2 StPO endgültig eingestellt ist, bei Einstellungen wegen nur den Berufungsführer betreffenden,[31] endgültigen Verfahrenshindernissen[32] oder im Falle der Nichtannahme einer nach § 313 StPO annahmepflichtigen Berufung nach § 322a StPO,[33] nicht dagegen bei vorläufigen Verfahrensbeendigungen (wie z.B. nach § 154 Abs. 2 StPO vor Ablauf der Wiederaufnahmefrist nach § 154 Abs. 4 StPO), denn dann könnte es am Ende doch zu einer Wiederaufnahme des Berufungsverfahrens kommen, während das zweite Rechtsmittelverfahren schon in der Revision verhandelt wurde. Diskutiert wird eine entsprechende Gleichsetzung bereits für die Berufungsverwerfung nach § 329 StPO,[34] weil auch dieses Urteil keine Sachentscheidung des Berufungsgerichts enthält, sondern eine gebundene Entscheidung darstellt, weshalb es – wie bei der Berufungsrücknahme oder der Verwerfung als unzulässig – stets bei der amtsgerichtlichen Entscheidung verbleibt. Freilich wäre insoweit die Einschränkung vorzunehmen, dass zuvor Revisions- und Wiedereinsetzungsfristen[35] gegenüber dem Verwerfungsurteil verstrichen sein müssten und die Entscheidung daher rechtskräftig geworden ist. Andernfalls könnte es auch hier wieder zu einer späteren Sachbefassung durch das Berufungsgericht kommen. Nicht genügen kann dagegen eine schlichte Abtrennung des Verfahrens

[26] Durch Art. 1 der „Verordnung über die Beseitigung des Eröffnungsbeschlusses“ v. 13.8.1942, RGBl. I 1942, S. 512 (damals noch als § 206 RStPO).

[27] § 259 Abs. 2 RStPO a.F. bzw. § 260 Abs. 2 RStPO i.d.F. von 1924.

[28] *Paeffgen*, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 4, 5. Aufl. 2015, § 206a Rn. 1.

[29] *F.-C. Schroeder*, NJW 1973, 308 (309); *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II, 1957, § 335 Rn. 5.

[30] *Frisch*, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 7, 5. Aufl. 2018, § 335 Rn. 18; *Franke*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 7/2, 26. Aufl. 2023, § 335 Rn. 21.

[31] Ginge es hingegen um die absolute Verjährung der Tat, so bestünde letztlich doch wieder die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen, wenn das Berufungsgericht beispielsweise meint, die Tatbeendigung sei zu einem anderen Zeitpunkt eingetreten, als es das Revisionsgericht annimmt.

[32] Etwa dessen Tod, ein fehlender Strafantrag nach § 247 StGB, nicht hingegen wegen Verhandlungsunfähigkeit, soweit diese vorübergehender Natur sein kann.

[33] *Franke*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 7/2, 26. Aufl. 2023, § 335 Rn. 25; *Hartwig*, NStZ 1997, 111 (114); a.A. OLG Karlsruhe NStZ 1995, 562; OLG Zweibrücken NStZ 1994, 203.

[34] So *F.-C. Schroeder*, NJW 1973, 308 (309); in diese Richtung ferner *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II, 1957, § 335 Rn. 11; a.A. *Gericke*, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 335 Rn. 11; *Franke*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 7/2, 26. Aufl. 2023, § 335 Rn. 25.

[35] Vgl. § 329 Abs. 7 StPO.

gegen den Berufungsführer (§ 4 Abs. 1 StPO i.V.m. § 3 StPO),[36] solange beide Verfahren weiterhin dieselbe Tat betreffen. Zwar würden in diesem Fall zwei formell selbstständige Verfahren geführt, weshalb nicht dieselbe Sache bei unterschiedlichen Gerichten anhängig wird. Allerdings entscheiden am Ende doch beide Gerichte über dieselbe Tat, könnten sie also unterschiedlich (und damit widersprüchlich) rechtlich bewerten, was § 335 Abs. 3 StPO vor allem anderen verhindern will.

Der Regelungszweck von § 335 Abs. 3 S. 1 StPO wäre also auch – und sogar noch besser – erreicht, wenn die dort genannten Ausnahmen auf alle Verfahren erstreckt würden, in denen in der Berufungsinstanz ohne erneute Sachentscheidung eine endgültige Verfahrensbeendigung gegen den Berufungsführer erfolgt. Eine solche Ausdehnung der Vorschrift dürfte dem BayObLG[37] vorgeschwebt haben und ist zudem bereits im Schrifttum erwogen worden.[38] Zudem besteht ein weiterer sachlicher Grund, die gesetzlichen Ausnahmefälle analog auf die genannten Beendigungsfälle auszudehnen, weil damit dem ursprünglichen Anliegen des Revisionsführers am besten entsprochen wird. Dieser wird sich schließlich ganz bewusst für die Sprungrevision entschieden haben, etwa in Erwartung eines schnellen Aufhebungserfolges wegen eines vermeintlich klaren revisiblen Fehlers im amtsgerichtlichen Urteil. Das Verfahren wäre im Erfolgsfall sodann erneut beim Amtsgericht anhängig und der betreffende Angeklagte hätte wieder zwei Tatsacheninstanzen (statt nur noch einer) zur Verfügung, um seinen Standpunkt zu vertreten. Sofern kein sachlich rechtfertigender Grund mehr existiert, entgegen seinem Wunsch seine Revision zu einer Berufung umzufunktionieren, wäre es also nur fair, die Revisionserklärung auch ernst zu nehmen und sie als solche zu behandeln.

b) Spielt es eine Rolle, ob in der Berufungsinstanz schon verhandelt wurde?

Der *Senat* hat als sachlich rechtfertigenden Grund für eine weitere Behandlung als Berufung demgegenüber jedenfalls dann, wenn bereits – wie im hier zu entscheidenden Fall – in der Berufungsinstanz verhandelt wurde, justizökonomische Aspekte ins Spiel gebracht: Es gingen infolge der teilweisen, vergeblichen Durchführung der Berufungsverhandlung justizielle Ressourcen unwiederbringlich verloren, würde man nunmehr in die Revisionsinstanz überwechseln.[39] Dieses Argument trägt freilich aus zwei Gründen nicht. Zum einen ist die ökonomische Berechnung eines angeblichen Verlustes von Ressourcen irreführend, weil die Berufungshauptverhandlung gegen den Revisionsführer ja ausgesetzt worden war, also ohnehin von vorne (mit entsprechender Verhandlungsvorbereitung) hätte beginnen müssen.[40] Zum anderen stünde eine entsprechende Differenzierung weiterer Erledigungsfälle danach, ob in der Berufungsinstanz schon verhandelt worden ist oder nicht, systematisch in Widerspruch zu dem gesetzlich geregelten Ausnahmefall der zurückgenommenen Berufung.[41] Eine

[36] So seinerzeit aber *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II, 1957, § 335 Rn. 9.

[37] Vgl. BayObLG BeckRS 1994, 7534 Rn. 5.

[38] *Frisch*, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 7, 5. Aufl. 2018, § 335 Rn. 24; ähnlich auch *Temming*, in: Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2019, § 335 Rn. 7; a.A. *Knauer/Kudlich*, in: MüKo-StGB, Bd. 3/1, 2019, § 335 Rn. 17; *Franke*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 7/2, 26. Aufl. 2023, § 335 Rn. 25.

[39] BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21, Rn. 14.

[40] Auch entsprechende Vorbereitungszeit dürfte kaum doppelt anfallen: Schon zur Vorbereitung der ersten Berufungshauptverhandlung musste die Akte allein wegen des Berufungsführers komplett durchgearbeitet werden; insoweit eine (verlorene) Mehrarbeit hinsichtlich des Revisionsführers zu behaupten, dürfte an der Realität regelmäßig vorbeigehen. Zudem würde auch zur Vorbereitung der (zweiten) Berufungshauptverhandlung gegen den Revisionsführer jedenfalls dann erneut ein nicht ganz unerheblicher Aufwand geleistet werden müssen, wenn einige Zeit zwischen den beiden Verhandlungen verstrichen ist.

[41] *F.-C. Schroeder*, NJW 1973, 308 (309).

solche Rücknahme ist auch noch innerhalb der Berufungshauptverhandlung möglich und führt nach dem klaren Gesetzeswortlaut stets zur weiteren Behandlung des parallelen Rechtsmittels als Revision,[42] selbst wenn zum Zeitpunkt der Rücknahme schon die gesamte Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz durchgeführt worden sein sollte.

Nach dem klaren Sinn der gesetzlichen Regelung soll es also gerade kein Kriterium für die weitere Behandlung als Revision oder Berufung darstellen, ob schon (und wenn ja, welcher) Aufwand in der Berufungsinstanz hinsichtlich der umgewidmeten Revision getrieben worden ist und nunmehr „unwiederbringlich verbraucht“[43] wäre. Hätte der *Senat* daher § 335 Abs. 3 S. 1 StPO systematisch stringent ausgelegt, so hätte er dem vorlegenden OLG Köln den Ausweg, mit Blick auf eine angeblich andere Prozesslage anders zu entscheiden als das BayObLG, nicht aufzeigen dürfen. An diesem Befund ändert auch der abschließende Rechtfertigungsversuch des *Senats* nichts, bei der Anwendung von § 153a Abs. 2 StPO besäße das Berufungsgericht im Unterschied zur Situation bei der Berufungsrücknahme einen Handlungsspielraum.[44] Denn gerade die missbrauchsanfällige Möglichkeit, die Einstellung wahlweise so vorzunehmen, dass man sich zugleich des weiteren Rechtsmittels entledigt oder auch nicht, spricht nachhaltig dafür, wie bei der Berufungsrücknahme eine fixe und einheitliche Regelung zu präferieren und gerade nicht von der Systematik der gesetzlich geregelten Fälle abzugehen. Folgerichtig bestand für das OLG Köln also gar keine andere Tatsachenbasis, die Vorlegungsvoraussetzungen wären damit erfüllt gewesen und die Vorlage hätte nicht als unzulässig zurückgewiesen werden dürfen.

IV. Bewertung

Der *Senat* hat es sich also offenbar etwas zu leicht gemacht, indem er sich einer Sachentscheidung mit der Behauptung einer Unzulässigkeit der Vorlage entzogen hat. Gerade wenn man argumentativ den klaren Gesetzeswortlaut verlässt und dessen Ausdehnung auf vergleichbare Fälle erwägt, ist es angezeigt, besonders sorgfältig zu überlegen, ob sich die möglichen Lösungen jeweils auch systematisch in das Gesetzesgefüge einfügen. Die Lösungen des BayObLG (wenn sie so allgemein gemeint sein sollte, wie es scheint) wie auch des OLG Köln (das streng beim Wortlaut bleibt) sind systematisch vertretbar; die den Konflikt zu vermeiden suchende Linie des *Senats* ist es nicht. Sofern das OLG Köln nun das ihm vom *Senat* Angesonnene tut, indem es das Verfahren tatsächlich an das LG Leverkusen zur Behandlung als Berufungssache zurückgibt (und sich nicht doch noch anders besinnt), wird es im Ergebnis zu dem kommen, was § 121 Abs. 2 GVG gerade verhindern will: einander widersprechende Entscheidungen zweier Oberlandesgerichte.

[42] *Knauer/Kudlich*, in: MüKo-StGB, Bd. 3/1, 2019, § 335 Rn. 17; *Frisch*, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 7, 5. Aufl. 2018, § 335 Rn. 22; OLG Düsseldorf MDR 1988, 165.

[43] BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21, Rn. 14.

[44] BGH, Beschl. v. 12.10.2022 – 2 StR 201/21, Rn. 15.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 28.6.2022 – 6 StR 68/21[1]

Zur Abgrenzung zwischen Suizidbeihilfe und Tötung auf Verlangen

1. Die Abgrenzung strafbarer Tötung auf Verlangen von strafloser Beihilfe zum Suizid erfordert eine normative Betrachtung.
2. Der ohne Wissens- und Verantwortungsdefizit gefasste und erklärte Sterbewille führt zur situationsbezogenen Suspendierung der Einstandspflicht für das Leben des Ehegatten.

(Amtliche Leitsätze)

StGB § 216

*Wiss. Mitarbeiterin Hannah Ofterdinger/Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Hamburg**

I. Sachverhalt

Die Angeklagte war mit R.S. verheiratet. Dieser war seit Jahren krank, wobei sich sein Zustand stetig verschlechterte und er an starken Schmerzen litt. Die Angeklagte pflegte ihn zuhause, wobei die Pflege auch die Bereitstellung der notwendigen Medikamente umfasste. So drückte die Angeklagte etwa für ihren Mann die erforderlichen Tabletten aus den Blistern und verabreichte ihm Insulinspritzen, da er beides aufgrund von Arthrose in seinen Händen nicht mehr selbst ausführen konnte. R.S. äußerte mehrfach den Wunsch zu sterben und kam mit der Angeklagten dahingehend überein, dass kein Arzt gerufen werden solle, wenn er seinem Leben ein Ende setzen wolle. Die Inanspruchnahme von Sterbehilfe durch Dritte kam für ihn nicht in Betracht, da zu diesem Zeitpunkt § 217 StGB (Straftatbestand der geschäftsmäßigen Suizidhilfe) noch in Kraft war.[2] Ab dem Frühjahr 2019 sagte R.S. aber beinahe wöchentlich, „gehen“ zu wollen.

Als es R.S. eines Tages besonders schlecht ging, sagte er zu der Angeklagten: „Heute machen wir’s“. Ihr war klar, dass er damit meinte, seinem Leben ein Ende setzen zu wollen. Er ersuchte die Angeklagte darum, ihm alle im Hause verfügbaren Tabletten zu geben. Sie trug seinem Wunsch entsprechend alle verfügbaren Medikamente zusammen, brach die Tabletten aus den Verpackungen und gab ihm diese Medikamente in die Hand. Die Angeklagte schüttete zudem ein flüssiges Beruhigungsmittel in ein Wasserglas und reichte es ihm. Er nahm alle Tabletten selbständig ein und schluckte sie mit dem Inhalt des Trinkglases hinunter. R.S. bat die Angeklagte sodann, ihm das noch im Haus verfügbare Insulin zu holen. Währenddessen legte er sich hin und rauchte. Die Angeklagte

* *Milan Kuhli* ist Inhaber der Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich ihrer internationalen und historischen Bezüge an der Universität Hamburg. *Hannah Ofterdinger* ist Wiss. Mitarbeiterin an dieser Professur sowie an derjenigen von Prof. *Dr. Kai Cornelius* (Hamburg).

[1] Die Entscheidung ist veröffentlicht in NJW 2022, 3021 sowie abrufbar unter http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=130875&pos=0&anz=1 (16.1.2023).

[2] Dieser Straftatbestand wurde mit Wirkung vom 10.12.2015 durch Gesetz vom 3.12.2015 (BGBl. I 2015, S. 2177) eingeführt. Die Vorschrift wurde gem. BVerfG, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 2527/16 = BGBl. I 2020, S. 525 für nichtig erklärt.

holte die Insulinspritzen. Ihr war bewusst, dass sie ihm nunmehr entsprechend der üblichen Vorgehensweise die Insulinspritzen injizieren sollte. Sie verabreichte ihm daraufhin sechs Spritzen. Sie wusste, dass die Insulingabe in dieser Menge geeignet war, seinen Tod herbeizuführen. Nachdem sie ihm die Spritzen verabreicht hatte, fragte R.S., ob dies auch alle vorrätigen Spritzen gewesen seien, „nicht, dass er noch als Zombie“ zurückkehre. Die Angeklagte bejahte seine Frage. Ihm fiel es daraufhin zunehmend schwer, seine letzte Zigarette sicher in der Hand zu halten, weshalb die Angeklagte ihm die Zigarette aus der Hand nahm. Nachdem R.S. eingeschlafen war, stellte die Angeklagte schließlich seinen Tod fest.

R.S. starb an Unterzuckerung infolge des injizierten Insulins. Die anfangs mittels der Tabletten eingenommenen Wirkstoffe waren ebenfalls geeignet, seinen Tod herbeizuführen, jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt. Das Landgericht Stendal verurteilte die Angeklagte wegen Tötung auf Verlangen nach § 216 Abs. 1 StGB. Hiergegen legte die Angeklagte Revision ein.

II. Entscheidung

Nach der Entscheidung des BGH hat sich die Angeklagte unter keinem Gesichtspunkt strafbar gemacht. Sie war demnach freizusprechen. Die maßgeblichen Passagen der Entscheidung lauten:

> „Die Verurteilung der Angekl[agten] wegen Tötung auf Verlangen (§ 216 I StGB) wird von den Feststellungen nicht getragen. Das Verhalten der Angekl[agten] stellt sich nicht als Tötung ihres Ehemanns durch aktives Tun, sondern als straflose Beihilfe zu dessen Suizid dar.
> […] Täter einer Tötung auf Verlangen ist, wer das zum Tode führende Geschehen tatsächlich beherrscht, auch wenn er sich damit einem fremden Selbsttötungswillen unterordnet. Entscheidend ist, wer den lebensbeendenden Akt eigenhändig ausführt. Gibt sich der Suizident nach dem Gesamtplan in die Hand des anderen, um duldend von ihm den Tod entgegenzunehmen, dann hat dieser die Tatherrschaft. Behält der Sterbewillige dagegen bis zuletzt die freie Entscheidung über sein Schicksal, dann tötet er sich selbst, wenn auch mit fremder Hilfe. Dies gilt nicht nur, wenn die Ursachenreihe von ihm selbst, sondern auch, wenn sie vom anderen bewirkt worden war. Solange nach Vollzug des Tatbeitrags des anderen dem Sterbewilligen noch die volle Freiheit verbleibt, sich den Auswirkungen zu entziehen oder sie zu beenden, liegt nur Beihilfe zur Selbsttötung vor […].“[3]

Weiter heißt es:

> „Danach beherrschte nicht die Angekl[agte] das zum Tode führende Geschehen, sondern ihr Ehemann. Dem steht nicht entgegen, dass die Angekl[agte] ihm das todesursächliche Insulin durch aktives Tun verabreichte. Eine isolierte Bewertung dieses Verhaltens trägt dem auf die Herbeiführung des Todes gerichteten Gesamtplan nicht hinreichend Rechnung. […] Bei wertender Betrachtung bildeten die Einnahme der Tabletten und die Injektion des Insulins nach dem Gesamtplan einen einheitlichen lebensbeendenden Akt, über dessen Ausführung allein R.S. bestimmte. Die Medikamente nahm er eigenständig ein, während die Angekl[agte] ihm der jahrelangen Übung entsprechend die Insulinspritzen setzte, weil ihm dies aufgrund seiner krankheitsbedingten Beeinträchtigungen schwerfiel. Nach dem Gesamtplan war es letztlich dem Zufall geschuldet, dass das Insulin seinen Tod verursachte, während die Medikamente ihre tödliche Wirkung erst zu

[3] BGH NJW 2022, 3021 (3022 Rn. 13 f.).

> einem späteren Zeitpunkt entfaltet hätten. In Anbetracht dessen wird die Annahme des […] [Landgerichts], dass R.S. sich in die Hand der Angekl[agten] begeben und den Tod duldend von ihr entgegengenommen habe, den Besonderheiten des Falls nicht gerecht.
> Dies gilt umso mehr, als R.S. das zu seinem Tod führende Geschehen auch noch beherrschte, nachdem die Angekl[agte] ihm das Insulin injiziert und ihren aktiven Beitrag damit abgeschlossen hatte. Er blieb anschließend noch eine gewisse Zeit lang bei Bewusstsein und sah eigenverantwortlich davon ab, Gegenmaßnahmen einzuleiten, etwa die Angekl[agte] aufzufordern, den Rettungsdienst zu alarmieren. […]“[4]

Der BGH kommt also zum Ergebnis, dass im vorliegenden Fall R.S. das Tatgeschehen beherrscht habe, womit die Angeklagte nur Beihilfe zu seinem Suizid geleistet habe. Ihre Handlung sei im Lichte des Gesamtplanes nicht als aktive Tötung zu werten, sondern sei nur Teil eines einheitlichen lebensbeendenden Aktes, welchen R.S. beherrscht habe. Er habe den Tod gerade nicht von ihr entgegengenommen, sondern sich mit ihrer Hilfe selbst das Leben genommen.

Darüber hinaus setzt sich der BGH noch mit einer möglichen Strafbarkeit wegen Tötung auf Verlangen durch Unterlassen (§§ 216 Abs. 1, 13 StGB) auseinander:

> „Die Angekl[agte] hat sich auch nicht wegen Tötung auf Verlangen durch Unterlassen (§ 216 I, § 13 I StGB) strafbar gemacht, indem sie davon absah, Rettungsmaßnahmen zu veranlassen, nachdem R.S. eingeschlafen war. Denn es fehlte insoweit an einer strafbarkeitsbegründenden Einstandspflicht für die Abwendung seines Todes. Sie ergab sich weder aus der bestehenden Ehe noch aus Ingerenz.
> […] Zwar erwuchs der Angekl[agten] aus § 1353 I 2 BGB die Stellung als Garantin für Leib und Leben ihres Ehemannes […]. Aus dieser Verantwortungsstellung folgte aber für das konkrete Geschehen keine Pflicht zur Abwendung seines Todes. Denn der ohne Wissens- und Verantwortungsdefizit frei gefasste und erklärte Sterbewille ihres Mannes, der sich darin manifestierte, dass er ihr verbot, ärztliche Hilfe zu holen, führte zur situationsbezogenen Suspendierung ihrer Einstandspflicht für sein Leben. […]“[5]

Auch wird die Annahme abgelehnt, dass die Angeklagte eine Rettungspflicht aus Ingerenz treffe:[6] Hiergegen stünden „die freiverantwortlichen Entscheidungen des Sterbewilligen, die Medikamente einzunehmen und die durch das Spritzen des Insulins in Gang gesetzte Ursachenreihe nicht zu unterbrechen.“[7]

III. Kritik der Entscheidung

Berücksichtigt man die Situation, in der sich die Angeklagte und R.S. befunden haben, ist der Freispruch der Angeklagten menschlich äußerst nachvollziehbar. Er wird in dieser Besprechung im Ergebnis auch in strafrechtlicher Hinsicht geteilt, wenngleich die vom BGH gegebene Begründung teilweise kritikwürdig erscheint. Um dies zu veranschaulichen, werden im Folgenden – im Einklang mit der Auffassung des BGH – zwei in Betracht kommende Strafbarkeiten unterschieden, zum einen eine

[4] BGH NJW 2022, 3021 (3022 Rn. 16 f.).
[5] BGH NJW 2022, 3021 (3023 Rn. 24 f.).
[6] BGH NJW 2022, 3021 (3024 Rn. 31).
[7] BGH NJW 2022, 3021 (3024 Rn. 32).

Tötung auf Verlangen (§ 216 Abs. 1 StGB) und zum anderen eine Tötung auf Verlangen durch Unterlassen (§§ 216 Abs. 1 StGB, 13 StGB):

1. Tötung auf Verlangen (§ 216 Abs. 1 StGB)

Anknüpfungspunkt für den Tatvorwurf der Tötung auf Verlangen (§ 216 Abs. 1 StGB) könnte das Setzen der Insulinspritze durch die Angeklagte sein. Hierfür spricht der Umstand, dass diese Injektion nach den tatrichterlichen Feststellungen kausal für den (früheren) Todeseintritt des R.S. war. Die zuvor von diesem eingenommenen Medikamente wären zwar ebenfalls geeignet gewesen, den Tod herbeizuführen, jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt.

Stellte man isoliert auf die Injektionshandlung ab, so würde einiges für die Tatherrschaft der Angeklagten sprechen. Allerdings unternimmt der BGH eine gesamtplanbezogene Sichtweise, die den von R.S. artikulierten Todeswunsch, die Einnahme der Tabletten und die unterlassenen Rettungsbemühungen durch R.S. in die Betrachtung einbezieht. Wie im Folgenden darzulegen ist, sind diese Überlegungen zum Teil kritikwürdig:

a) Anschließendes Unterlassen durch R.S.

Durchaus nachvollziehbar ist die Berücksichtigung des Umstands, dass R.S. später keine Bemühungen unternommen hat, ärztliche Rettung zu veranlassen. So schreibt der *Senat* in der oben bereits wiedergegebenen Passage:

> „Er [also R.S.] blieb anschließend noch eine gewisse Zeit lang bei Bewusstsein und sah eigenverantwortlich davon ab, Gegenmaßnahmen einzuleiten, etwa die Angekl[agte] aufzufordern, den Rettungsdienst zu alarmieren."[8]

An dieser Stelle wird in der vorliegenden Entscheidungsbesprechung – im Einklang mit einer gängigen[9] Ansicht – die Annahme zugrunde gelegt, dass eine straflose Beihilfe zum Suizid von einer strafbaren Tötung auf Verlangen (§ 216 Abs. 1 StGB) nach dem Kriterium der Tatherrschaft abzugrenzen ist. Entscheidend ist danach, wer die volle Kontrolle über den lebensbeendenden Akt hat.[10] Geht man davon aus, dass R.S. nach der Injektion des Insulins noch selbst seine Rettung hätte veranlassen können, wäre die Annahme der Geschehensherrschaft des R.S. über diesen (todbringenden) Zeitraum maßgeblich, soweit man diesem nachträglichen Unterlassungsstadium kein nachrangiges normatives Gewicht gegenüber der Injektion einräumt. Teilweise wird jedoch vertreten, dass Passivität eines Suizidenten – wie hier das Nichteinleiten von Rettungsmaßnahmen – keine Tatherrschaft begründen könne. So sei schließlich anerkannt, dass man durch Nichtstun nichts beherrschen könne.[11] Auch die bloße Möglichkeit zum Abbruch eines tödlichen Kausalverlaufs könne für sich betrachtet nicht tatherrschaftsbegründend wirken.[12] In Bezug auf die vorliegende Entscheidung lässt sich allerdings ein-

[8] BGH NJW 2022, 3021 (3022 Rn. 16 f.).

[9] BGHSt 64, 135 (138); *Neumann*, in: NK-StGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, Vor § 211 Rn. 50 ff.; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 216 Rn. 11.

[10] *Neumann*, in: NK-StGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, Vor § 211 Rn. 50 ff.; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 216 Rn. 11.

[11] *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 216 Rn. 47 m.w.N.

[12] Ebenda.

wenden, dass das Nichtstun des R.S. nicht allein, sondern gerade in Kumulation mit seiner vorangegangenen Veranlassung der tödlichen Situation die Tatherrschaft begründet.[13]

Zu kritisieren ist jedoch, dass der BGH in der Entscheidung ein Kriterium der Eigenhändigkeit ins Spiel bringt, dessen Anwendungsbereich zumindest nebulös bleibt. So hießt es in der oben genannten Passage der Entscheidung:

> „Täter einer Tötung auf Verlangen ist, wer das zum Tode führende Geschehen tatsächlich beherrscht, auch wenn er sich damit einem fremden Selbsttötungswillen unterordnet. Entscheidend ist, wer den lebensbeendenden Akt eigenhändig ausführt."[14]

Der Begriff der Eigenhändigkeit wird in der strafrechtlichen Dogmatik häufig im Zusammenhang mit den eigenhändigen Delikten (z.B. §§ 153, 316 StGB)[15] verwendet. Dort meint er, dass das betreffende Delikt nur von einer bestimmten Person selbst ausgeführt werden kann.[16] Der oben wiedergegebene Kontext des eben genannten Zitates deutet jedoch darauf hin, dass der Begriff der Eigenhändigkeit hier zur Abgrenzung zwischen Suizidbeihilfe und Tötung auf Verlangen verwendet wird. Ob ein solcher Bedeutungsgehalt der Eigenhändigkeit zielführend ist, mag hier dahinstehen.

b) Tabletteneinnahme durch R.S.

Nach dem bis hierhin Gesagten ist die Annahme vertretbar, dass R.S. insoweit Tatherrschaft über den todbringenden Zeitpunkt hatte, als er nach der Injektion keine Gegenmaßnahmen veranlasste. Bereits dieser Umstand spricht gegen die Tatherrschaft der Angeklagten. Vor diesem Hintergrund ist es allerdings unnötig, dass der BGH die Tatherrschaft der Angeklagten noch mit einem zweiten Umstand ablehnt – dem Umstand nämlich, dass R.S. selbständig die Tabletten zu sich genommen hat. So heißt es in der oben bereits wiedergegebenen Passage der Entscheidung:

> „Bei wertender Betrachtung bildeten die Einnahme der Tabletten und die Injektion des Insulins nach dem Gesamtplan einen einheitlichen lebensbeendenden Akt, über dessen Ausführung allein R.S. bestimmte. Die Medikamente nahm er eigenständig ein, während die Angekl[agte] ihm der jahrelangen Übung entsprechend die Insulinspritzen setzte, weil ihm dies aufgrund seiner krankheitsbedingten Beeinträchtigungen schwerfiel. Nach dem Gesamtplan war es letztlich dem Zufall geschuldet, dass das Insulin seinen Tod verursachte, während die Medikamente ihre tödliche Wirkung erst zu einem späteren Zeitpunkt entfaltet hätten."[17]

Die Aussage, es sei nach dem Gesamtplan letztlich dem Zufall geschuldet gewesen, dass das Insulin den Tod von R.S. verursachte, erscheint im vorliegenden Fall unnötig. Nach den Feststellungen starb R.S. an Unterzuckerung durch das injizierte Insulin. Die Handlung der Angeklagten war mithin genau diejenige, die kausal für den Tod ihres Ehemannes wurde. Auch wenn die Handlung der Angeklagten

---

[13] Vgl. *Hoven/Kudlich*, NStZ 2022, 667.

[14] BGH NJW 2022, 3021 (3022 Rn. 14).

[15] *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vorbem. zu §§ 153 ff. Rn. 33; *Zieschang*, in: NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 316 Rn. 12

[16] *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vorbem. zu §§ 153 ff. Rn. 33; *Zieschang*, in: NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 316 Rn. 12.

[17] BGH NJW 2022, 3021 (3022 Rn. 16).

im Rahmen eines Gesamtplanes erfolgte, bildete sie doch ein „überholendes" Zweitereignis.[18] Ein Kausalzusammenhang ist nach allgemeinen Grundsätzen dann zu verneinen, wenn ein späteres Ereignis die Fortwirkung der ursprünglichen Bedingung beseitigt und unter Eröffnung einer neuen Ursachenreihe den Kausalverlauf herbeiführt.[19] Die Injektion des Insulins eröffnete hier gerade eine neue Kausalreihe, welche zum Tod durch Unterzuckerung führte. Diese Todesursache wäre ohne das Eingreifen der Angeklagten nicht eingetreten. Somit ist gerade auf ihre Handlung abzustellen, da eben nur diese den Tod in dieser Weise herbeiführte.

2. Tötung auf Verlangen durch Unterlassen (§§ 216 Abs. 1, 13 StGB)

Die Argumentation in Bezug auf die Aufhebung der Garantenstellung der Angeklagten ist durchaus überzeugend. Hier stellt der BGH fest, dass die Angeklagte sich nicht wegen Tötung auf Verlangen durch Unterlassen strafbar gemacht habe, indem sie davon absah, Rettungsmaßnahmen zu veranlassen. Die Ablehnung einer Garantenpflicht aufgrund des Sterbewillens des Ehemannes erscheint insbesondere auch im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[20] nur folgerichtig. Sofern das Selbstbestimmungsrecht nämlich auch das Recht zu sterben umfasst, muss die Ausübung desselben faktisch möglich bleiben. So sollte es auch außerhalb von Fällen, in denen eine Patientenverfügung vorliegt, möglich sein, in Betracht kommende Garantenpflichten Dritter aufzuheben, damit ein Sterbewilliger sterben kann. Insbesondere ein freiverantwortlich geäußerter Wunsch, keine Rettungsmaßnahmen einzuleiten, sollte Beachtung finden können, ohne dass sich Dritte der Gefahr einer Strafbarkeit durch Unterlassen aussetzen.

IV. Weitere Ausführungen des BGH

Obwohl sich die Angeklagte nach der – hier im Ergebnis geteilten – Lösung des BGH nicht strafbar gemacht hat, führt das Gericht weiter aus:

> „Da die Angekl[agte] den Tatbestand des § 216 I StGB danach mangels Tatherrschaft nicht durch aktives Tun verwirklicht hat, kann dahinstehen, ob und inwieweit die Vorschrift diesbezüglich mit Blick auf das verfassungsrechtlich verbürgte Recht auf selbstbestimmtes Sterben auf Bedenken stößt.
> […] Der legitime Einsatz des Strafrechts zum Schutz der autonomen Entscheidung des Einzelnen über die Beendigung seines Lebens findet indessen seine Grenze dort, wo die freie Entscheidung nicht mehr geschützt, sondern unmöglich gemacht wird […].
> […] Der Senat […] hält es für naheliegend, dass § 216 I StGB einer verfassungskonformen Auslegung bedarf, wonach jedenfalls diejenigen Fälle vom Anwendungsbereich der Norm ausgenommen werden, in denen es einer sterbewilligen Person faktisch unmöglich ist, ihre frei von Willensmängeln getroffene Entscheidung selbst umzusetzen, aus dem Leben zu scheiden, sie vielmehr darauf angewiesen ist, dass eine andere Person die unmittelbar zum Tod führende Handlung ausführt […]."[21]

[18] Siehe hierzu *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 51. Aufl. 2021, Rn. 245; *Freund*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vorbem. zu § 13 Rn. 343.

[19] BGH NStZ 2016, 721 (722); BGH NStZ 2001, 29 (30).

[20] BVerfGE 153, 182 = NJW 2020, 905.

[21] BGH NJW 2022, 3021 (3023 Rn. 21–23).

In (von der vorliegenden Konstellation abweichenden) Fällen, in denen ein suizidwilliger Mensch auf die Tötungshandlung durch einen anderen Menschen zwingend angewiesen ist und keinerlei spätere Verhinderungsmöglichkeit hat, wäre in der Tat zu erwägen, ob eine Strafbarkeit gem. § 216 StGB ebenfalls ausscheidet.[22] Man denke etwa an einen Menschen, der körperlich so eingeschränkt ist, dass er nicht eigenständig Suizidmittel einnehmen kann. In derartigen Fällen ließe sich etwa damit argumentierten, dass § 216 StGB das Recht auf ein selbstbestimmtes Sterben nicht unmöglich machen darf, sodass der Schutzzweck dieser Vorschrift in den eben genannten Fällen nicht einschlägig wäre.

[22] Ebenso: *Leitmeier* NStZ 2020, 508 (512); a.A. *Safferling*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 212 Rn. 38.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21 (LG Ingolstadt)[1]

Zum Gefährdungs- und Schädigungsvorsatz sowie dem Schutzzweckzusammenhang bei einem tödlich endenden Alleinrasen nach § 315d Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, Abs. 5 StGB

Ein zur Verwirklichung der §§ 315d Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, Abs. 5 StGB notwendiger Gefährdungsvorsatz setzt voraus, dass der Täter über die allgemeine Gefährlichkeit des Alleinrennens hinaus auch die Umstände kennt, die den in Rede stehenden Gefahrerfolg im Sinne eines Beinaheunfalls als naheliegende Möglichkeit erscheinen lassen, und er sich mit dem Eintritt dieser Gefahrenlage zumindest abfindet.

(Leitsatz des *Verf.*)

StGB §§ 315d Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, Abs. 5, 229, 222, 212, 211
StPO §§ 400, 358 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, 353 Abs. 1, Abs. 2

*Wiss. Mitarbeiter Hao-Hao Wu, München**

I. Einführung

Gegenstand der Besprechung ist eine neuere Entscheidung zum sog. Alleinrasen[2], das 2017 unter Strafe gestellt wurde. Der Gesetzgeber erachtete den Umstand, dass die Veranstaltung von und die Teilnahme an illegalen Kraftfahrzeugrennen nur als Ordnungswidrigkeit (§§ 29 Abs. 1, 49 Abs. 2 Nr. 5 StVO a.F.) sanktioniert werden konnte, als unbefriedigend.[3] Einige Gerichte bemühten sich bei Kraftfahrzeugrennen mit tödlichem Ausgang ersichtlich um eine Verurteilung wegen eines bedingt vorsätzlichen Tötungsdelikts (§§ 211, 212 StGB), um zu einem möglichst hohem Strafrahmen zu gelangen.[4] Im Zuge der darauffolgenden Gesetzesreform[5] wurde in § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB auch das Al-

* Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik in München. Er dankt Herrn Rechtsanwalt *Michael Wuschko* und Herrn Wiss. Mitarbeiter *Max Mewes* für wertvolle Anmerkungen.

[1] Die Entscheidung ist online abrufbar unter https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=a682db98783e2dec59f045c5c420a879&nr=131194&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf. Sie ist auch erschienen in der NZV 2022, 569 m. Anm. *Preuß*, in der DAR 2023, 44 und in BeckRS 2022, 24049. Eine Entscheidungsbesprechung findet sich bei *Jäger*, JA 2022, 1044.

[2] Auch als Einzelrasen bezeichnet. Kritisch zum Begriff des „Rennens" in der gesetzlichen Überschrift *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 315d Rn. 1.

[3] BT-Drs. 18/10145, S. 9. Dazu *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 315d Rn. 3.

[4] Vgl. etwa den sog. „Ku'damm-Raser-Fall", BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17 = BGHSt 63, 88 (siehe dazu auch Fn. 70). Zur insoweit maßgeblichen Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit vgl. etwa *Zehetgruber*, KriPoZ, 2018, 358; krit. *Piper*, NZV 2017, 70 (72 ff.).

[5] Sechsundfünfzigstes Strafrechtsänderungsgesetz – Strafbarkeit nicht genehmigter Kraftfahrzeugrennen im Straßenverkehr vom 30.9.2017 (BGBl. I 2017, S. 3532), in Kraft getreten am 13.10.2017.

leinrasen als ein „Rennen gegen sich selbst“[6] unter Strafe gestellt.[7] In der Sache handelt es sich dabei um ein abstraktes Gefährdungsdelikt,[8] dessen Ausgangspunkt in der grob verkehrswidrigen und rücksichtslosen Fortbewegung mit nicht angepasster Geschwindigkeit liegt. In der Literatur werden gerade zum Tatbestand des Alleinrasens von Beginn an (teilweise noch vor Verabschiedung des Gesetzentwurfs) kontroverse Diskussionen geführt[9] und verfassungsrechtliche Bedenken geäußert[10]. Die obergerichtliche Rechtsprechung hatte indes zunächst keine Probleme, zu entsprechenden Verurteilungen zu gelangen.[11] Lediglich das AG Villingen-Schwenningen[12] formulierte in einem viel beachteten Vorlagebeschluss Bedenken zur Verfassungskonformität des Straftatbestands und legte diesen daher gem. Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG dem BVerfG vor. Dieses setzte mit seinem Beschl. v. 9.2.2022[13] einen vorläufigen Schlusspunkt unter die Debatte und billigte die Regelung als mit dem Grundgesetz vereinbar. Die Norm wirft jedoch – wie die vorliegende Entscheidung zeigt – weiterhin Schwierigkeiten auf, wenn in Fällen mit tödlichem Ausgang das Vorliegen eines vorsätzlich begangenen Tötungsdelikts verneint, eine billigend in Kauf genommene Gefährdung des Lebens jedoch bejaht werden soll (§ 315d Abs. 2 StGB). An dieser Fragestellung scheiterte auch die landgerichtliche Entscheidung, die in einem wesentlichen Punkt keinen Bestand hatte.

II. Der festgestellte Sachverhalt

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen verbotenen Kraftfahrzeugrennens mit Todesfolge in Tateinheit mit vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs unter anderem zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Einen (bedingten) Tötungsvorsatz hat es verneint.

Nach den Feststellungen des Landgerichts befuhr der Angeklagte mit seinem hochmotorisierten BMW M4 kurz nach 23:00 Uhr des Tattages die Bundesautobahn A 9, auf der aus Lärmschutzgründen ab 1.400 m vor der Unfallstelle die Geschwindigkeit von 22:00 Uhr bis 6:00 Uhr auf 120 km/h beschränkt, ab 750 m vor dieser auf 100 km/h beschränkt war.[14] Tagsüber gab es für diesen Streckenabschnitt keine Geschwindigkeitsbegrenzung. Der Streckenabschnitt der A 9 verlief gerade und verfügte über drei Spuren mit separatem Standstreifen. Das Verkehrsaufkommen in der tatgegenständ-

[6] Vgl. so die Formulierung bei *Ruhs*, SVR 2018, 286 (287).

[7] § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB war im ursprünglichen Gesetzesentwurf des Bundesrates (BR-Drs. 362/16 = BT-Drs. 18/10145) noch nicht enthalten und wurde erst durch den federführenden Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz ergänzt (BT-Drs. 18/12936, S. 3 [Beschlussempfehlung], BT-Drs. 18/12964, S. 5 f. [Bericht]).

[8] Vgl. BT-Drs. 18/12964, S. 5; *Ernemann*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 315d Rn. 1; *Ruhs*, SVR 2018, 286 (287).

[9] Vgl. *Ernemann*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 315d Rn. 12; *Dahlke/Hoffmann-Holland*, KriPoZ 2017, 306; *Jansen*, NZV 2019, 285; *Preuß*, NZV 2018, 537; *Ruhs*, SVR 2018, 286; *Schäfer*, SVR 2022, 127.

[10] Die verfassungsrechtlichen Bedenken betrafen jedoch das Tatbestandsmerkmal der Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen (vgl. dazu statt vieler *Czimek*, ZJS 2020, 337), und sind nicht Gegenstand der vorliegenden Entscheidungsbesprechung.

[11] KG, Beschl. v. 15.4.2019 – (3) 161 Ss 36/19 (25/19) = BeckRS 2019, 8319; OLG Stuttgart, Beschl. v. 4.7.2019 – 4 Rv 28 Ss 103/19 = NJW 2019, 2787 m. Anm. *Zopfs*.

[12] AG Villingen-Schwenningen, Aussetzungs- und Vorlagebeschl. v. 16.1.2020 – 6 Ds 66 Js 980/19 = SVR 2020, 146 m. Anm. *Krumm*, ergänzt durch AG Villingen-Schwenningen, Beschl. v. 17.2.2020 – 6 Ds 66 Js 19311/19 und Beschl. v. 28.7.2020 – 6 Ds 66 Js 19311/19.

[13] BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvL 1/20 = NJW 2022, 1160 m. Bespr. *Schneider*, ZJS 2022, 460; dazu auch *Zieschang*, JR 2022, 274.

[14] BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, Rn. 2.

lichen Nacht war „moderat“, nur „von Zeit zu Zeit“ befanden sich Fahrzeuge auf allen drei Spuren.[15] Die Sicht war gut und die Fahrbahn trocken.[16] Die linke Spur wurde für Überholvorgänge genutzt.

Innerhalb der Geschwindigkeitsbegrenzung überholte der links fahrende Angeklagte zunächst einen mit ca. 100 km/h fahrenden Pkw, wechselte vor diesem auf die mittlere Spur, dann auf die rechte Spur und ließ sich anschließend hinter den Pkw zurückfallen, so dass dieser an dem Angeklagten vorbeifuhr. Anschließend wechselte der Angeklagte wieder über die mittlere Spur auf die linke Spur und setzte zu einer massiven Beschleunigung an und passierte den vorbezeichneten Pkw mit nicht näher feststellbarer Geschwindigkeit. Das gesamte Fahrmanöver nahm der Angeklagte in der Absicht vor, eine möglichst schnelle Beschleunigung und die höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, um die Leistungssteigerung seines Fahrzeugs „auszuleben“.[17] Dabei ignorierte er die Geschwindigkeitsbegrenzungen auf 120 km/h und 100 km/h. Der Angeklagte schloss auf der linken Spur im Weiteren auf einen anderen Pkw auf, woraufhin dieser auf die mittlere Spur wechselte. Der Angeklagte überholte ihn sodann mit weit überhöhter Geschwindigkeit und beschleunigte weiter auf mindestens 233 km/h.[18]

Noch im Sichtbereich des Fahrers des zuvor überholten Pkw nahm der Angeklagte im letzten Augenblick den mit eingeschalteten Abblendlicht vor ihm mittig auf der linken Spur fahrenden Audi A4 des Geschädigten wahr.[19] Trotz einer eingeleiteten Vollbremsung und eines Ausweichmanövers fuhr der Angeklagte mit 207 km/h auf das Heck des Audis auf.[20] Der Geschädigte, der angeschnallt war, hatte etwa 4,2 Sekunden vor der Kollision seinen Blinker gesetzt und war anschließend auf die linke Spur gewechselt, um ein vor ihm mit ca. 100 km/h fahrendes Wohnwagengespann zu überholen.[21] Als der Geschädigte den Blinker setzte, war der Angeklagte noch 125 m entfernt. Der Geschädigte hätte zu diesem Zeitpunkt die Lichter des BMW im Rück- und Seitenspiegel erkennen und den Spurwechsel unterlassen können.[22] Eine zutreffende Einschätzung der Position und Geschwindigkeit des BMW war indes nur mit hoher Fehlertoleranz möglich.[23] Der Unfall wäre bei einer Geschwindigkeit von 197 km/h vermeidbar gewesen. Der Geschädigte verstarb infolge seiner unfallbedingten Verletzungen,[24] während der Angeklagte wegen der Sicherheitsausstattung seines Fahrzeuges nur leichte Verletzungen erlitt.[25] An beiden Fahrzeugen entstand ein Totalschaden.

III. Die Entscheidung des Senats und kritische Würdigung

Der für das Verkehrsstrafrecht ausschließlich zuständige *4. Strafsenat* hob auf die Revisionen des Angeklagten *und* des Nebenklägers die Entscheidung des Landgerichts mit den Feststellungen zur subjektiven Tatseite auf und verwies die Sache im Umfange ihrer Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurück. Der *Senat* sah den Grundtatbestand des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB als verwirklicht an (1.). Allerdings habe das Landgericht den nach

[15] BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, Rn. 2.
[16] BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, Rn. 2.
[17] BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, Rn. 3.
[18] BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, Rn. 3.
[19] BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, Rn. 4.
[20] BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, Rn. 4.
[21] BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, Rn. 4.
[22] BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, Rn. 4.
[23] BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, Rn. 4.
[24] BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, Rn. 5.
[25] BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, Rn. 5.

§ 315d Abs. 2 StGB erforderlichen Gefährdungsvorsatz nicht widerspruchsfrei festgestellt, so dass die Verurteilung wegen verbotenen Kraftfahrzeugrennens mit Todesfolge rechtlicher Überprüfung nicht standhalte (2.). Der die Beweiswürdigung betreffende Rechtsfehler führe auch zum Erfolg der Revision des Nebenklägers, der eine Verurteilung wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts anstrebte (3.). Im Übrigen hat der *Senat* die weitergehende Revision verworfen (4.).

1. Grundtatbestand des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB

Der *Senat* sah § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB als unproblematisch erfüllt an und widmete diesem daher nur zwei Sätze:[26] Der Angeklagte habe den Grundtatbestand verwirklicht, „indem er die Bundesautobahn A 9 trotz einer ihm bekannten Geschwindigkeitsbegrenzung mit Geschwindigkeiten bis zu 233 km/h befuhr".[27] Überdies sei auch die Absicht des Angeklagten, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, rechtsfehlerfrei festgestellt.[28] Die Knappheit der Ausführungen wirft Fragen auf. Jedenfalls zur nicht angepassten Geschwindigkeit hätte der *Senat* noch ein paar Worte verlieren können.

Nach der Gesetzesbegründung meint eine Fortbewegung mit nicht angepasster Geschwindigkeit ein zu schnelles Fahren, das Geschwindigkeitsbegrenzungen verletzt oder der konkreten Verkehrssituation zuwiderläuft.[29] Die Geschwindigkeit ist insbesondere den Straßen-, Sicht- und Wetterverhältnissen anzupassen. Der Straftatbestand orientiert sich damit an der Generalklausel des § 3 Abs. 1 StVO.[30] Dabei reicht im Grundsatz die Überschreitung der angeordneten Geschwindigkeit aus; sie hat nicht lediglich eine indizielle Bedeutung.[31] Auch das Landgericht stützt den Geschwindigkeitsverstoß und damit einhergehend die Tatbestandsverwirklichung ausschließlich auf die durch Beschilderung angeordnete Geschwindigkeitsbegrenzung auf 120 km/h bzw. 100 km/h. Diese Anordnung erfolgte indes nur aus Gründen des Lärmschutzes.[32] Im Übrigen gaben die Straßen-, Sicht- und Wetterverhältnisse jedenfalls nach den landgerichtlichen Feststellungen keinen Anlass zur Anpassung der Geschwindigkeit. Der *Senat* gibt den Grund der Geschwindigkeitsbegrenzung selbst in seinen Urteilsgründen wieder, so dass sich die Frage stellt, welche Bedeutung er diesem Umstand beimisst. Umso überraschender ist es, dass dies nicht weiter aufgegriffen wird.

Die Anordnung einer Geschwindigkeitsbegrenzung aus Lärmschutzgründen dient nicht dem Schutz der Verkehrssicherheit oder dem Leben und der Gesundheit *der Verkehrsteilnehmer*, welcher von § 315d StGB intendiert wird[33], sondern dem öffentlichen Interesse an einer möglichst geringen Belästigung durch Geräuschimmissionen. Damit bezweckt der in Verkehrsschildern gegossene Ver-

[26] BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, Rn. 7.

[27] BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, Rn. 7.

[28] BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, Rn. 7.

[29] BT-Drs. 18/12964, S. 5.

[30] BT-Drs. 18/BT-Drs. 18/12964, S. 5; *Ruhs*, SVR 2018, 286 (288); krit. *Kusche*, NVZ 2017, 414 (417); *Jansen*, NZV 2019, 285 (286).

[31] So aber *Ernemann*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 315d Rn. 13 m.w.N.; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 315d Rn. 14; dagegen *König*, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2021, § 315d Rn. 24 mit gründlicher wie überzeugender Argumentation.

[32] Vgl. § 45 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nrn. 3 und 5, Abs. 9 S. 3 StVO; vgl. Zusatzzeichen Nr. 1012-36 (§ 39 Abs. 3 StVO i.V.m. Anlage 7 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Straßenverkehrs-Ordnung [VwV-StVO]). Dazu *Metz*, NZV 2018, 60.

[33] BT-Drs. 18/10145, S. 9 f.; 18/12964, S. 6; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 315d Rn. 2; *Kulhanek*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 315d Rn. 7; *Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315d Rn. 2; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 44a Rn. 1; vgl. in Abgrenzung dazu der Schutzzweck des § 29 Abs. 1 StVO a.F., der „zumindest zusätzlich die Verhinderung übermäßiger Straßennutzungen und die Abwehr von Umweltbelastungen (z.B. übermäßige Lärm- bzw. Abgasemissionen)" bezweckt (*Blanke-Roeser*, JuS 2018, 18 [19]); siehe auch *Schneider*, ZJS 2013, 362 (371).

waltungsakt[34] „lediglich" den Schutz der Gesundheit *der Anwohner* und steht in keinem Zusammenhang mit den spezifischen Gefahren des Straßenverkehrs. Die Anordnung gilt dementsprechend nur zu den nächtlichen Ruhezeiten (zwischen 22:00 und 6:00 Uhr),[35] in denen Geräuschbelästigungen besonders gesundheitsschädlich sind. Es bestehen daher Bedenken, die gegenständlichen Geschwindigkeitsverstöße im Rahmen einer Straftat nach § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB für ausreichend zu erachten, weil zwar ein solcher Verstoß gegeben ist, diese jedoch in keinem *inneren Zusammenhang* zu den von § 315d StGB erfassten Schutzgütern steht (Leben und körperliche Integrität der Teilnehmer des Straßenverkehrs sowie dessen Sicherheit als Ganzes). Überdies ist bei dieser Fallkonstellation auch die grobe Verkehrswidrigkeit jedenfalls zweifelhaft,[36] weil der Lärmschutz zwar ein legitimes öffentliches Interesse darstellt, allerdings gegenüber dem Gesundheits- und Lebensschutz der Verkehrsteilnehmer sowie der allgemeinen Verkehrssicherheit eine untergeordnete Rolle spielt[37]. Wäre der Unfall während der Tageszeit passiert, hätte sich das Landgericht zumindest bemühen müssen, um einen Geschwindigkeitsverstoß zu begründen. Eine Geschwindigkeit mit 233 km/h mag extrem hoch sein, bewegt sich jedoch gerade vor dem Hintergrund eines im deutschen Rechtskreis nicht bekannten allgemeinen Tempolimits nicht so weit aus dem Rahmen, dass sich *allein* hieraus eine nicht angepasste Geschwindigkeit i.S.d. § 3 Abs. 1 S. 2 StVO herleiten ließe.[38] Allerdings ist eine entsprechend tatrichterliche Würdigung gleichwohl nicht ausgeschlossen und daher denkbar, vielleicht sogar naheliegend – gerade unter Berücksichtigung der eingeschränkten Sicht bei Nacht und der Erwartungshaltung der anderen Straßenverkehrsteilnehmer (dazu sogleich). Diese Frage kann an dieser Stelle nicht abschließend beantwortet werden, weil die Bestimmung der (nicht) „angepassten" Geschwindigkeit i.S.d. § 3 Abs. 1 S. 2 StVO eine umfassende Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalles erfordert.[39] Letztlich hätte diese Aufgabe dem Tatrichter – also dem Landgericht – oblegen.[40] Kri-

[34] BVerwG, Urt. v. 9.6.1967 – VII C 18/66; BVerwGE 27, 181 = NJW 1967, 1627; BVerwG, Urt. v. 13.12.1979 – 7 C 46/78 = NJW 1980, 1640.

[35] Vgl. Ziffer 6.4. der Sechsten Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm – TA Lärm) sowie exemplarisch § 9 Abs. 1 LImschG NRW.

[36] In der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung zu Bußgeldsachen wird indes eine grobe Pflichtverletzung i.S.d. §§ 25 Abs. 1 S. 1 StVG, 4 Abs. 1 S. 1 BKatV angenommen, vgl. etwa OLG Bamberg, Beschl. v. 21.11.2006 – 3 Ss OWi 1516/06 = BeckRS 2006, 14598; KG, Beschl. v. 15.4.2005 – 2 Ss 56/05 - 3 Ws (B) 182/05 = NZV 2005, 596 (597); BayObLG, Beschl. v. 16.6.1994 – 1 Ob OWi 173/94 = NZV 1994, 370 m. krit. Bespr. *Scheffler*, NZV 1995, 214 (215): „Das bedeutet nun aber, daß die Überschreitung einer aus Lärmschutzgründen angeordneten Geschwindigkeitsbegrenzung an sich noch keine ‚grobe' Pflichtverletzung ist, weil für die Anwohner keine Gefahr, auch keine abstrakte, hervorgerufen wird, sondern eine bloße Belästigung."

[37] Die obergerichtliche Rechtsprechung betont jedoch den hohen verfassungsrechtlichen Rang der durch die Lärmschutzanordnung geschützten Rechtsgüter (Art. 2 Abs. 2, 14 Abs. 1 GG), vgl. KG, Beschl. v. 15.4.2005 – 2 Ss 56/05 - 3 Ws (B) 182/05 = NZV 2005, 596 (597) m.w.N.

[38] Vgl. den unlängst bekannten Fall eines tschechischen Autofahrers, der mit 417 km/h über die Bundesautobahn A 2 fuhr. Die Staatsanwaltschaft Stendal stellte das gegen ihn eingeleitete Strafverfahren ein, weil es der Tatbestandverwirklichung ermangelte (vgl. LTO v. 22.4.2022, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/48226/ [25.1.2023], bestätigt durch die Generalstaatsanwaltschaft Naumburg, vgl. Pressemitteilung der Generalstaatsanwaltschaft v. 15.8.2022, abrufbar unter https://gensta.sachsen-anhalt.de/fileadmin/tx_tsarssinclude/generalstaatsanwaltschaft_15_08_2022_pressemitteilung_autobahnraser-verfahren-bleibt-eingestellt.pdf [25.1.2023]).

[39] Vgl. zu den zu berücksichtigenden Aspekten bei der Bestimmung einer nicht angepassten Geschwindigkeit etwa *Gutt*, in: Gesamtes Verkehrsrecht, Kommentar, 3. Aufl. 2021, StVO § 3 Rn. 3 ff.; *Samuel/Krenberger*, in: BeckOK Straßenverkehrsrecht, Stand: 15.10.2022, StVO § 3 Rn. 44 ff.; plakativ *Bender*, in: MüKo-StVR, Bd. 1, 2016, StVO § 3 Rn. 3: „Der Gesetzgeber knüpft an die nicht abschließend aufgezählten zentralen Punkte *Umwelt, Mensch und Fahrzeug* an" (*Hervorhebung* im Original).

[40] Zu den Anforderungen an die richterliche Feststellung der Geschwindigkeitsüberschreitung im Strafverfahren vgl. *Burmann*, in: Straßenverkehrsrecht, Kommentar, 27. Aufl. 2022, StVO § 3 Rn. 71.

tisiert kann daher nach alledem nicht das Ergebnis der rechtlichen Prüfung selbst, sondern der Begründungsweg dorthin.

Im Ergebnis ist die Annahme einer Tatbestandsverwirklichung jedoch auch jenseits dessen überzeugend. Bei genauerer Betrachtung ist die Einhaltung der Geschwindigkeitsanordnung nämlich auch für den konkreten Straßenverkehr selbst von Bedeutung, weil die Verkehrsteilnehmer aufgrund der Beschilderung davon ausgehen dürfen, andere Autofahrer würden sich gleichfalls an die Beschränkung der Geschwindigkeit halten.[41] Eine Überschreitung der Geschwindigkeit begründet daher auch ungeachtet ihres Anordnungsgrundes spezifische Gefahren für den konkret betroffenen Straßenabschnitt, weil die anderen Verkehrsteilnehmer sich auf eine entsprechend angepasste Geschwindigkeit verlassen dürfen und daran ihr Verhalten ausrichten. Auch im konkreten Fall ist dies nicht ausgeschlossen. Von der (berechtigten) Erwartung ausgehend, dass sich Fahrzeuge in seinem Umfeld maximal mit der zulässigen Höchstgeschwindigkeit fortbewegen, hätte der Geschädigte annehmen dürfen, dass sich der Angeklagte nicht mit einer derart hohen Geschwindigkeit (an-)nähert. Er hätte in der Konsequenz daher nicht mit einer unmittelbaren Kollisionslage bereits beim Spurwechsel rechnen müssen. Damit hat jede Geschwindigkeitsbegrenzung eine zumindest *mittelbar individualschützende* Wirkung, auch wenn sie im konkreten Fall primär andere Ziele verfolgt. Dieser „reflexartige“ Zusammenhang ist jedenfalls für § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB ausreichend (vielleicht sogar entbehrlich), weil er als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet ist. Daher sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. So ist es etwa auch bei § 316 StGB unbeachtlich, dass das Überschreiten der die „absolute Fahruntüchtigkeit“ verursachenden Blutalkoholkonzentration von 1,1 Promille auch dann ausreichend ist, wenn sie die Fahrtüchtigkeit in tatsächlicher Hinsicht nicht beeinflusst und der Fahrzeugführer das Fahrzeug sicher beherrscht.[42] Für diese Auslegung spricht schließlich auch die klare Intention des Gesetzgebers, eine Tatbestandsverwirklichung an die formale Überschreitung einer angeordneten Geschwindigkeitsbegrenzung zu knüpfen.

2. Qualifikation nach § 315d Abs. 2 StGB

a) Objektiver Tatbestand – insbesondere Schutzzweckzusammenhang

aa) Auch hinsichtlich des objektiven Tatbestands des § 315d Abs. 2 StGB (konkrete Gefährdung des Lebens anderer Menschen und fremder Sachen von bedeutendem Wert) bleiben die Ausführungen in tatsächlicher Hinsicht knapp. Der objektive Tatbestand sei „mit Blick auf das festgestellte Unfallgeschehen ebenfalls verwirklicht“.[43] Der *Senat* konkretisiert dies im Weiteren, indem er auf seine Rechtsprechung verweist. Danach ist der Qualifikationstatbestand in objektiver Hinsicht verwirklicht, „wenn [der Täter] durch sein Fahrverhalten während des Alleinrennens eine konkrete Gefahr für eines der genannten Individualrechtsgüter verursacht und zwischen seinem Verursachungsbeitrag und dem Gefährdungserfolg ein innerer Zusammenhang besteht“.[44] Dazu müsse die Tathandlung „über die ihr innewohnende latente Gefährlichkeit hinaus in eine Verkehrssituation geführt haben, in der die Sicherheit eines der benannten Individualrechtsgüter so stark beschädigt worden ist,

[41] So argumentierend auch VGH BW, Beschl. v. 9.4.1991 – 10 S 745 = NZV 1991, 328 (328).

[42] Ganz h.M., vgl. nur *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 316 Rn. 1; *Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 316 Rn. 1; a.A. *Zieschang*, in: NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 316 Rn. 4.

[43] BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, Rn. 8.

[44] BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, Rn. 9 unter Verweis auf BGH, Urt. v. 11.11.2021 – 4 StR 511/20 = NStZ 2022, 292.

dass der Eintritt einer Rechtsgutverletzung nur noch vom Zufall abhing“ und daher von einem Geschehen auszugehen ist, das „auf Grundlage einer objektiv nachträglichen Prognose als ein sog. Beinaheunfall beschrieben werden kann“.[45] Der Tatbestand orientiert sich daher weitestgehend an demjenigen des § 315c Abs. 1 StGB.[46] Die massive Geschwindigkeitsüberschreitung könnte damit als „achte Todsünde“ aufgefasst werden.

bb) Bei der Frage, ob der Angeklagte den objektiven Tatbestand des § 315d Abs. 2 StGB erfüllt hat, rückt der Grund für die angeordnete Geschwindigkeitsbegrenzung wieder in den Vordergrund. Die Anordnung der Geschwindigkeitsbegrenzung diente – wie bereits aufgezeigt – nicht dem Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit der Verkehrsteilnehmer, sondern in erster Linie dem Anwohnerschutz. Der Schutz der Verkehrsteilnehmer ist *allenfalls reflexhaft*[47] gegeben, weil sich andere Verkehrsteilnehmer im Vertrauen auf ein regelkonformes Verhalten auf entsprechende Geschwindigkeiten einrichten und ihr Verhalten danach ausrichten (vgl. oben). Damit liegt der Erfolg (die konkrete Gefährdung des Lebens anderer Menschen) *möglicherweise* außerhalb des Schutzzwecks der Norm[48], welcher bei der Prüfung des § 315d Abs. 2 StGB zu beachten ist.[49] Der *Senat* spricht in seiner Entscheidung von der Notwendigkeit eines *inneren Zusammenhangs* zwischen dem Verursachungsbeitrag des Täters und dem Gefährdungserfolg. Ein solch innerer Zusammenhang ist in Gestalt des Schutzzweckzusammenhangs indes nur dann gegeben, wenn die konkrete Gefährdung jedenfalls mitursächlich auf den Geschwindigkeitsverstoß zurückzuführen ist[50] und die durch den Täter verletzte Verkehrsregel gerade die Verhinderung des Gefahrerfolges bezweckt.[51] Nach den landgerichtlichen Feststellungen ist zwar auch das wahrscheinlich verkehrswidrige Verhalten des Geschädigten, der trotz aufscheinender Scheinwerfer des BMW und nur noch geringer Distanz zum Angeklagten auf die linke Spur wechselte und so den Auffahrunfall jedenfalls mitverantwortete, in den Blick zu nehmen. Es ist jedoch nach den Feststellungen unstreitig, dass der Geschwindigkeitsverstoß des Angeklagten jedenfalls mitursächlich war. Ausschlaggebend bleibt daher der Umstand, dass die Geschwindigkeitsbeschränkung nicht den Schutz der Verkehrsteilnehmer bezweckte. Da das Vorliegen eines Schutzzweckzusammenhangs allgemeine Voraussetzung einer objektiven Zurechnung ist, ist es im vorliegenden Fall ohne Relevanz, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Einführung des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht weiter auf den jeweiligen Zweck der Geschwindigkeitsbegrenzung einging, sondern mit dem Verweis auf § 3 Abs. 1 StVO auf allgemeine straßenverkehrsrechtliche Maßstäbe zur Bestimmung einer angemessenen Geschwindigkeit rekurrierte. Diese allgemeine Verweisung er-

[45] BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, Rn. 9.

[46] *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 315d Rn. 22; *Gerhold/Meglalu*, ZJS 2018, 321 (322 f.).

[47] Vgl. *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 86: „Aber auch dort, wo der Kausalverlauf durchaus in adäquatem Zusammenhang mit dem unerlaubten Risiko steht […], ist die Zurechnung des Erfolges noch ausgeschlossen, wo die Verhinderung solcher Folgen nicht der Schutzzweck, sondern nur ein Schutzreflex der Sorgfaltspflicht ist“.

[48] Diese spielt regelmäßig nur bei Fahrlässigkeitsdelikten (§§ 222, 229 StGB) eine tragende Rolle, kann allerdings auch bei Vorsatzdelikten Bedeutung gewinnen, vgl. *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 13 Rn. 75 f.; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 86.

[49] *Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315d Rn. 29.

[50] Vgl. *Kulhanek*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 315d Rn. 46, der auch Beispiele für den fehlenden Schutzzweckzusammenhang aufzählt.

[51] Vgl. *König*, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2021, § 315c Rn. 182. Der Umstand, dass die Prüfung des Schutzzweckzusammenhangs bei § 315c StGB keine Rolle spielt, findet seine Ursache in der von § 315d Abs. 2 StGB abweichenden Tatbestandstruktur, welche eine Ursächlichkeit des gefahrträchtigen Verhaltens für die konkrete Gefährdung voraussetzt („und *dadurch*“). Eine solche Verknüpfung fehlt in § 315d StGB, so dass an die Stelle der Ursächlichkeit der Schutzzweckzusammenhang zu prüfen ist. Allgemein zur Figur des Schutzzweckzusammenhangs *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 261.

möglicht unter Heranziehung der Schutzanliegen des Gesetzgebers eine präzise und individuelle Beantwortung von Zurechnungsfragen. Klar ist jedenfalls, dass es im Rahmen des Kraftfahrzeugrennens nicht um den Schutz vor Lärmimmissionen geht[52]. Dies ist bei der Auslegung des Tatbestands daher zugrunde- und als Bezugspunkt für die Prüfung des Schutzzweckzusammenhangs festzulegen.

cc) Der vorliegende Fall ist im weitesten Sinne mit dem Lehrbuchbeispiel vergleichbar, in welchem ein Autofahrer eine für einen bestimmten Straßenabschnitt geltende Geschwindigkeitsbegrenzung missachtet, dadurch früher an einem bestimmten, anderem Ort ankommt (bei welchem er sich nunmehr verkehrskonform verhält) und hierdurch (unvermeidbar) den Tod oder die Körperverletzung eines dann die Straße überquerenden Passanten verursacht, der die Straße bereits überquert hätte, wenn der Autofahrer in dem vorherigen Verkehrsabschnitt nicht zu schnell gefahren wäre.[53] In dem Lehrbuchfall leuchtet die Verneinung des für § 222 StGB bzw. § 229 StGB notwendigen Schutzzweckzusammenhangs[54] ohne weiteres ein und entspricht auch einer von der Intuition getragenen Falllösung. Der zur Entscheidung gestellte Fall liegt bei genauerer Betrachtung nicht anders. Auch in diesem Fall würde eine Strafbarkeit (nur) nach § 222 StGB sicherlich am fehlenden Schutzzweckzusammenhang scheitern, wenn man ausschließlich auf den Verstoß gegen die angeordnete Geschwindigkeitsbeschränkung rekurriert. Nur sind bei § 315d Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 StGB die konkrete Gefährdung und der Geschwindigkeitsverstoß viel enger verknüpft, so dass eine entsprechende Verneinung des Schutzzweckzusammenhangs zunächst merkwürdig anmutet. Dieses scheinbar unbefriedigende Ergebnis lässt sich aber weiter untermauern, wenn man sich ein anderes Beispiel vor Augen führt. In einem anderen Zusammenhang wird etwa die Frage aufgeworfen, ob ein aus Gründen des Lärmschutzes oder zum Zwecke der „Luftreinhaltung" geschwindigkeitsregulierter Verkehrsabschnitt auch von nahezu geräusch- und emissionslosen Elektrofahrzeuge mit lediglich der angeordneten Höchstgeschwindigkeit befahren werden darf.[55] Losgelöst von der Frage, ob darin ein (bußgeldbewehrter) Geschwindigkeitsverstoß zu sehen ist oder nicht, läge eine durch Geschwindigkeitsverstoß fahrlässig verursachte Tötung eines anderen Menschen sicherlich nicht im Schutzbereich dieser Norm, weil die konkrete Anordnung (etwa einer „Tempo 30"-Zone) nicht dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit eines zufällig die Straße passierenden Fußgängers dient. An der Ablehnung des Schutzzweckzusammenhangs vermag der Umstand nichts zu ändern, dass auch Elektrofahrzeuge jedenfalls aufgrund der Reibung mit dem Boden nicht völlig geräuschlos sind.[56] Das gefundene Ergebnis wird durch einen weiteren Umstand gestützt: Da die Anordnung einer Geschwindigkeitsbegrenzung aus Gründen des Lärmschutzes an andere straßenverkehrsrechtliche Voraussetzungen geknüpft ist,[57] als eine solche zum Zwecke des Schutzes von Leib und Leben (etwa ein baulich beding-

[52] Vgl. dazu Fn. 33.

[53] Vgl. dazu nur bei *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 52 Fall 2; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 262; das Lehrbuchbeispiel ist angelehnt an OLG Karlsruhe, Urt. v. 7.11.1957 – 1 Ss 150/57 = NJW 1958, 430.

[54] So die h.M., vgl. grundlegend BGH, Beschl. v. 6.11.1984 – 4 StR 72/84 = BGHSt 33, 61 = NJW 1985, 1350; siehe ferner die Lehrbuchausführungen bei *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 52 Rn. 38; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 262, 1127; vgl. überdies *Duttge*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 15 Rn. 187, der auf anderem Wege zum selben Ergebnis gelangt.

[55] KG, Beschl. v. 13.12.2018 – 3 Ws (B) 296/18 – 162 Ss 133/18) = DAR 2019, 214 m. Anm. *Brandt*; zustimmend auch *Koehl*, SVR 2019, 96; zur (parallel gelagerten) Problematik einer aus Gründen der Luftreinhaltung eingerichteten Geschwindigkeitsbegrenzung bereits OLG Stuttgart, Beschl. v. 12.6.1998 – 1 Ss 338/98 = NZV 1998, 422.

[56] Darauf abstellend etwa auch OLG Zweibrücken, Beschl. v. 5.11.2018 – 1 OWi 2 Ss Bs 75/18 = DAR 2019, 218 (218).

[57] Vgl. zu § 45 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StVO BVerwG, Beschl. v. 18.10.1999 – 3 B 105.99 = NZV 2000, 386; BVerwG, Beschl. v. 24.6.2002 – 3 B 69/02 = NVwZ-RR 2003, 102; VG Bremen, Urt. v. 10.6.2021 – 5 K 1958/18 = BeckRS 2021, 1; VG Düsseldorf, Beschl. v. 16.5.2022 – 6 L 1011/22; zur Anordnung von Tempo 30 aus Lärmschutzgründen vgl. *Suslin/Zilsdorf*, NZV 2020, 407.

tes, erhöhtes Unfallrisiko) ist es dem Verordnungsgeber auch nicht in das Belieben gestellt, die Begründung je nach Verstoß „auszutauschen". Argumentiert werden kann etwa nicht damit, dass eine aus Gründen des Lärmschutzes angeordnete Geschwindigkeitsbegrenzung jedenfalls auch dem Schutz von Leib und Leben diene. Dies gilt vor allem in den Fällen, in denen die Geschwindigkeitsbeschränkung nur tagsüber gilt, also zu einem Zeitpunkt, in welchem jedenfalls die Sicht- und Wetterverhältnisse als besser anzusehen sind. Dies vor Augen führend, kann man noch ein letztes Beispiel in den Blick nehmen: Noch deutlicher wird der fehlende Schutzzweckzusammenhang, wenn man Geschwindigkeitsbeschränkungen heranzieht, die lediglich für bestimmte Kraftfahrzeuge (z.B. Lkws) gelten. Eine solche richtet sich nicht an Führer von Pkws, weshalb ein „Verstoß" durch entsprechende Fahrer unstreitig folgenlos bleibt und nicht zur Begründung einer Sorgfaltspflichtverletzung oder der Annahme einer nicht angepassten Geschwindigkeit herangezogen werden darf. Dieser Fall ist mit dem vorliegenden insoweit vergleichbar als die aus Gründen des Lärmschutzes erfolgte Beschränkung der Geschwindigkeit zwar für alle Fahrzeuge gilt, jedoch in ihrer Schutzrichtung nur auf die Verhinderung von Geräuschemissionen zugeschnitten ist. Rein gedanklich kann man also differenzieren zwischen einer Beschilderung zu Zwecken des Gesundheits-, Lebens- und Verkehrsschutzes und einer Beschilderung aus Gründen des Lärmschutzes. Im vorliegenden Fall handelt der Fahrer aber nur lärmschutzrechtlichen Erwägungen zuwider. Dass er dennoch durch den Geschwindigkeitsverstoß eine Gefahr für Leib und Leben geschaffen hat, ist vor dem Hintergrund des § 315d Abs. 2 StGB als rein zufällig anzusehen. Anders wäre dies nur bei einem sog. „Motivbündel", bei dem Lebens- und Lärmschutz zufällig aufeinandertreffen (etwa in verkehrsberuhigten Gegenden). Dann wäre aber der Zusatz „Lärmschutz" entbehrlich.

dd) In dogmatischer Hinsicht lässt sich der Schutzzweckzusammenhang nach alledem nur überzeugend herstellen, wenn man auch der aus Gründen des Lärmschutzes angeordneten Geschwindigkeitsbegrenzung gleichfalls die Intention eines Schutzes der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens der Verkehrsteilnehmer zuspricht oder aber diesen Zusammenhang bei § 315d Abs. 2 StGB für gänzlich unbeachtlich hält. Dies ließe sich mit guten Gründen vertreten. Man könnte etwa daran denken, dass der Bezugspunkt des Schutzzweckzusammenhangs lediglich die für § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB notwendig nicht angepasste Geschwindigkeit, nicht aber die angeordnete Geschwindigkeitsbeschränkung selbst ist. Dann käme es auf ihre primäre Zwecksetzung nicht an. Dies wird jedoch dem in § 315d Abs. 2 StGB deutlich erhöhten Strafrahmen nicht hinreichend gerecht, weil die Gefährdung des Lebens lediglich „zufällige" Folge des Geschwindigkeitsverstoßes ist. Allerdings war bzw. ist es dem Tatgericht nicht verwehrt, auch jenseits der konkreten Geschwindigkeitsbegrenzung eine nicht angepasste Geschwindigkeit anzunehmen, weil auch optimale Wetter-, Sicht- und Verkehrsbedingungen gerade bei Nacht keine Geschwindigkeit jenseits der 200 km/h rechtfertigen. Insofern entstünde auch keine als unbefriedigend empfundene Strafbarkeitslücke – ganz abgesehen von der fehlenden Strahlkraft dieser Argumentationsfigur.[58] Die Anordnung einer Geschwindigkeitsbegrenzung aus Gründen des Lärmschutzes zwingt das Tatgericht lediglich zu einer genaueren Prüfung, ob auch jenseits dessen eine Gefährdung von Leib und Leben einhergeht. Bedauernswert ist daher nur, dass der *Senat* das vorbezeichnete Problem nicht einmal aufwirft.

b) Subjektiver Tatbestand – Gefährdungs- und Tötungsvorsatz

aa) Der für den *Senat* ausschlaggebende Fehler findet sich in der Beweiswürdigung zur inneren Tatseite. Diese sei widersprüchlich und damit revisionsrechtlich angreifbar[59], „weil die Erwägungen, mit

[58] Vgl. dazu z.B. *Kertai*, JuS 2011, 976.

[59] Zur revisionsgerichtlichen Überprüfbarkeit von Fehlern in der Beweiswürdigung vgl. BGH, Urt. v. 18.9.2008 –

denen das Landgericht die Annahme eines bedingten Gefährdungsvorsatzes bejaht hat, nicht mit den Ausführungen in Übereinstimmung gebracht werden können, die der Verneinung eines bedingten Tötungsvorsatzes zugrunde liegen".[60] Der *Senat* fasst zunächst die Rechtsprechung zum Gefährdungsvorsatz zusammen. Danach handelt der Täter „nur dann mit dem erforderlichen, zumindest bedingten Gefährdungsvorsatz, wenn er über die allgemeine Gefährlichkeit des Alleinrennens hinaus auch die Umstände kennt, die den in Rede stehenden Gefahrerfolg im Sinne eines Beinaheunfalls als naheliegende Möglichkeit erscheinen lassen, und er sich mit dem Eintritt dieser Gefahrenlage zumindest abfindet"[61]. Er betont, dass es von den Umständen des Einzelfalles abhängig ist, wie konkret die Vorstellung des Täters sein muss und in welchem Umfang Feststellungen zu treffen sind.[62] Dabei dürfen die Anforderungen nicht überspannt werden; ausreichend ist etwa, wenn „sich der Täter aufgrund seiner Fahrweise und der gegebenen Verhältnisse eine kritische Verkehrssituation vorstellt, die in ihren wesentlichen gefahrbegründenden Umständen […] dem tatsächlich eingetretenen Beinaheunfall entspricht"[63].

bb) Nach diesen Maßstäben sei die landgerichtliche Beweiswürdigung rechtsfehlerhaft, weil widersprüchlich. Der *Senat* führte hierzu wörtlich aus:

> „Die Strafkammer hat unter anderem mit Blick darauf, dass der Angeklagte kurz vor der Kollision mit dem Fahrzeug des Geschädigten auf einen anderen mit 120 km/h auf der linken Spur fahrenden Pkw getroffen war, dessen Fahrer ihm bereitwillig Platz gemacht hatte, den Schluss gezogen, dass er spätestens zu diesem Zeitpunkt sicher wusste, dass sich überholende Fahrzeuge mit erheblich langsamerer Geschwindigkeit auf der linken Spur befinden oder auf diese wechseln können und in einem solchen Fall infolge des erheblichen Geschwindigkeitsunterschiedes die hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass es zu einem schwerwiegenden Unfall mit möglicherweise sogar tödlichen Folgen kommt […]. Im Rahmen der Würdigung des voluntativen Elements des bedingten Tötungsvorsatzes ist sie dann aber davon ausgegangen, die Einlassung des Angeklagten nicht widerlegen zu können, er habe darauf vertraut, dass andere Verkehrsteilnehmer sein Fahrzeug sehen und die Spur nicht wechseln würden, da sie ihn und seine Geschwindigkeit erkannt haben […]. Dies zugrunde gelegt hat der Angeklagte aber – jedenfalls nicht ausschließbar – angenommen, dass es überhaupt nicht zu einer konkreten Gefahrenlage kommen werde. Denn er vertraute nicht lediglich darauf, dass im Fall des Eintritts einer Gefahrenlage eine Erfolgsvermeidung durch ihn oder die gefährdeten Verkehrsteilnehmer doch noch möglich wäre. Stattdessen rechnete er mit dem Ausbleiben von Gefahrenlagen aufgrund der Umsicht der anderen Verkehrsteilnehmer."[64]

cc) Der *Senat* äußert sich im Weiteren nicht mehr zur Rechtsfrage, wie sich Schädigungs- (also in diesem Fall Tötungs-) und Gefährdungsvorsatz zueinander verhalten. Er verweist lediglich auf eigene Entscheidungen aus Januar 2019 zur Brandstiftung mit Todesfolge[65] sowie aus dem Jahre 1967[66]. Nach der insoweit gefestigten Rechtsprechung des *Senats* haben Gefährdungs- und Schädigungsvor-

---

5 StR 224/08 = NStZ 2009, 401 (402); BGH, Urt. v. 20.6.2013 – 4 StR 159/13 = BeckRS 2013, 11307 Rn. 19; BGH, Urt. v. 12.1.2017 – 1 StR 360/16 = NStZ-RR 2017, 185 (Ls.) = BeckRS 2017, 104320 Rn. 10.

[60] BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, Rn. 12.

[61] BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, Rn. 10.

[62] BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, Rn. 11.

[63] BGH, Urt. v. 18.8.2022 – 4 StR 377/21, Rn. 11.

[64] BGH, Urt. v. 31.01.2019 – 4 StR 432/18, Rn. 13.

[65] BGH, Urt. v. 31.01.2019 – 4 StR 432/18, Rn. 13.

[66] BGH, Urt. v. 15.12.1967 – 4 StR 441/67 = BGHSt 22, 67 (73 ff.).

satz unterschiedliche Bezugspunkte.[67] Allerdings beschreibe die Gefahr begrifflich nichts anderes als die naheliegende Möglichkeit einer Schädigung, so dass beim Vorliegen eines auf die Gefahr des Todes bezogenen Vorsatzes kein Raum mehr für die Verneinung des kognitiven Elements eines bedingten Tötungsvorsatzes bleibe.[68] Derjenige, der die Gefahrenlage für das Leben anderer erkenne und sich mit ihr abfinde, wisse um die Möglichkeit des Eintritts eines tödlichen Erfolges.[69] Gerade im Kontext von Kraftfahrzeugrennen gewinnt die Diskussion an Bedeutung, weil die tatgerichtliche Rechtsprechung seit jeher Schwierigkeiten hatte, einen bedingten Tötungsvorsatz festzustellen[70] und der Gesetzgeber daher mit der Schaffung des neuen § 315d Abs. 5 StGB eine vermeintliche Strafbarkeitslücke[71] schließen wollte. Diese Intention ginge fehl, wenn Tötungs- und Gefährdungsvorsatz stets nur einheitlich bejaht oder verneint werden könnten.[72] In der Literatur wird dem teilweise entgegengehalten, dass es sehr wohl möglich sei, einen Gefährdungsvorsatz auch dann anzunehmen, wenn der Tötungsvorsatz verneint worden ist.[73] Es sei durchaus denkbar und möglich, dass der Täter eine konkrete Gefahr wahrnehme, diese jedoch rücksichtslos beiseiteschiebe.[74] Er billige dann die Gefahr, nicht jedoch zwingend eine etwaige tatsächliche Verletzung.[75] Letztere Ansicht überzeugt. Übertragen auf den Straßenverkehr bedeutet dies für entsprechende Fallkonstellationen nämlich, dass der Täter zwar mit einer Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer rechnet, also davon ausgeht, es käme immer wieder zu „Beinaheunfällen". Er vertraut in diesen Fällen jedoch darauf, dass ein tatsächlicher Unfall mit entsprechenden Verletzungs(er)folgen nicht eintritt.[76] Damit ist das kognitive, nicht aber das voluntative Element des (bedingten) Vorsatzes gegeben. Dies entspricht schließlich auch der Intention gerade jüngerer Täter[77], „waghalsige Aktionen und Situationen herbeizuführen", die sie

[67] Vgl. BGH, Urt. v. 15.12.1967 – 4 StR 441/67 = BGHSt 22, 67 (73 ff.); BGH, Urt. v. 24.7.1975 – 4 StR 165/75 = BGHSt 26, 176 (182); BGH, Urt. v. 12.6.2008 – 4 StR 78/08 = NStZ-RR 2008, 309 (310); BGH, Urt. v. 31.1.2019 – 4 StR 432/18 = BeckRS 2019, 1667 Rn. 13.

[68] BGH, Urt. v. 31.1.2019 – 4 StR 432/18 = BeckRS 2019, 1667 Rn. 13.

[69] BGH, Urt. v. 31.1.2019 – 4 StR 432/18 = BeckRS 2019, 1667 Rn. 13.

[70] Vgl. den „Ku'damm-Raser-Fall", der zweimal vor dem BGH verhandelt wurde (BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17 = BGHSt 63, 88 und BGH, Urt. v. 18.6.2020 – 4 StR 482/19 = BGHSt 65, 42 = NJW 2020, 2900 m. Anm. *Grünewald*). Im dritten Rechtszug hat der BGH die Revision des noch verbleibenden Angeklagten im Beschlusswege und ohne weitere Begründung verworfen (BGH, Beschl. v. 19.1.2022 – 4 StR 319/21). Das BVerfG hat die gegen die zweite Entscheidung des BGH gerichtete Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, den Nichtannahmebeschluss allerdings umfassend begründet (BVerfG, Beschl. v. 7.12.2022 – 2 BvR 1404/20 = BeckRS 2022, 36007 m. Anm. *Burhoff*, StRR 2023, 22).

[71] Auch *Nowrousian*, NZV 2022, 292 (293).

[72] So etwa LG Deggendorf, Urt. v. 22.11.2019 = BeckRS 2019, 35102, 4. amtlicher Leitsatz, wonach „[d]ie Annahme, der Täter billige zwar eine Gefahr für ein geschütztes Rechtsgut, nicht aber den Eintritt einer tatsächlichen Schädigung desselben, […] einer tragfähigen Grundlage [entbehre]", insoweit gebilligt durch die Revisionsentscheidung (BGH, Beschl. v. 8.12.2021 – 4 StR 224/20 = NZV 2022, 290 m. Anm. *Nowrousian*); *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 439 (444): „Wer einen bedingten Tötungsvorsatz verneint, dürfte sich mit der Annahme eines Gefährdungsvorsatzes […] ebenfalls schwer tun"; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 44a Rn. 14 f.; *ders.*, in: Festschrift für Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019, S. 779 (785 ff.). Vgl. auch *Jäger*, JA 2022, 1044 (1046), wonach der Gesetzgeber nachbessern sollte: „So zeigt der vorliegende Fall am Ende, dass der Gesetzgeber noch einmal tätig werden müsste, wenn er diese aus einem mitunter schwer nachzuweisenden Gefährdungsvorsatz resultierenden Konsequenzen vermeiden will."

[73] Vgl. *Jäger*, JA 2021, 777 (779); *Kulhanek*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 315d Rn. 50.

[74] *Kulhanek*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 315d Rn. 50.

[75] *Kulhanek*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 315d Rn. 50.

[76] Vgl. *König*, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. 2021, § 315 Rn. 100; *Preuß*, NZV 2022, 571 (572). So auch *Jäger*, JA 2022, 1044 (1045 f.), wonach auch dem hier besprochenen Urteil des BGH nichts Gegenteiliges zu entnehmen sei.

[77] Vgl. *Franzke*, Kriminalistik 2017, 362: „Jung, männlich und im Geschwindigkeitsrausch". Zur Einstellung junger Menschen (15- bis 24-Jährige) zum Autofahren überblicksartig *Barthelmess*, NZV 2019, 289, insbesondere bezugnehmend auf die Studie der Bundesanstalt für Straßenwesen „Wirkungsvolle Risikokommunikation für junge Fahrerinnen und Fahrer", 2014, frei abrufbar unter https://bast.opus.hbz-nrw.de/opus45-bast/front-

„durch (eingebildetes) fahrerisches Können gleichwohl zu meistern“ gedenken.[78]

c) Exkurs: Erfolgsqualifikation gem. § 315d Abs. 5 StGB

Auch eine Strafbarkeit nach 315d Abs. 5 StGB – dazu musste sich der *Senat* nicht mehr äußern – scheidet aus, weil das erfolgsqualifizierte Delikt einen mindestens durch fahrlässiges Verhalten verursachten Eintritt der schweren Folge voraussetzt (§ 18 StGB). Eine solch fahrlässige Tötung setzt aber wiederum die Verletzung einer Verhaltensnorm voraus, welche den Schutz des Lebens bezweckt. Das ist nach alledem nicht gegeben, wenn man nicht nur § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB in den Blick nimmt, sondern die der Bejahung eines Geschwindigkeitsverstoßes zugrunde liegenden Beschilderung, welche die Geschwindigkeitsbeschränkung anordnet.

3. Revision des Nebenklägers

Auch die nach § 400 Abs. 1 StPO zulässige[79] Revision des Nebenklägers, der eine Verurteilung wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts anstrebte, hatte Erfolg. Der vom *Senat* aufgezeigte Rechtsfehler betrifft auch die Beweiswürdigung, mit welcher das Landgericht den bedingten Tötungsvorsatz abgelehnt hat. Es handelt sich – vereinfacht ausgedrückt – um die Kehrseite des revisionsgerichtlichen Angriffes gegen den Gefährdungsvorsatz. Auf den ersten Blick ändert sich für den Angeklagten nichts, weil das Urteil in diesem Punkt ohnehin der Aufhebung unterlag. Allerdings hat die erfolgreiche Revision des Nebenklägers gravierende Folgen für den Fortgang des weiteren Verfahrens. Das nun zur Entscheidung berufene Tatgericht wird die Karten gänzlich neu zu mischen haben. Aufgrund der erfolgreichen Revision des Nebenklägers greift das in § 358 Abs. 2 S. 1 StPO normierte Verschlechterungsverbot („reformatio in peius“) nicht ein. Für den Angeklagten kommt daher auch eine Verurteilung wegen eines vorsätzlich begangenen Tötungsdelikts mit den entsprechenden Rechtsfolgen in Betracht. Bei Annahme eines bedingt vorsätzlichen Tötungsdelikts droht etwa wegen des in der Rechtsprechung angenommenen Heimtückemoments[80] eine lebenslange Freiheitsstrafe wegen Mordes (§ 211 Abs. 1 StGB).

4. Verwerfung der weiter gehenden Revision

Da der *Senat* nur die Feststellungen zur inneren Tatseite aufhob (vgl. § 353 Abs. 1, Abs. 2 StPO), wird

door/deliver/index/docId/786/file/M249neu_b.pdf (25.1.2023); die Angeklagten waren in allen prominenten „Raser-Fällen“ zum Tatzeitpunkt (weit) unter 30 Jahre alt und wurden teilweise noch als Heranwachsende und nach Jugendstrafrecht abgeurteilt: Im „Kölner Raser-Fall“ (BGH, Urt. v. 6.7.2017 – 4 StR 415/16 = NStZ 2018, 29) waren die Angeklagten 21 bzw. 22 Jahre alt, im „Bremer Raser-Fall“ (BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 311/17 = NStZ-RR 2018, 154) war der Angeklagte 23 Jahre alt, im „Frankfurter Raser-Fall“ (BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 158/17 = NStZ 2018, 460) war der Angeklagte 20 Jahre alt, im „Berliner Raser-Fall“ (BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17 = BGHSt 63, 88 und BGH, Urt. v. 18.6.2020 – 4 StR 482/19 = BGHSt 65, 42 = NJW 2020, 2900 m. Anm. *Grünewald*) waren die Angeklagten 24 bzw. 26 Jahre alt, im „Stuttgarter Raser-Fall“ (BGH, Beschl. v. 17.2.2021 – 4 StR 225/20 = NJW 2021, 1173) war der Angeklagte 20 Jahre alt und auch in dem dieser Besprechung zugrunde liegenden „Ingolstädter Raser-Fall“ war der Angeklagte erst 22 Jahre alt.

[78] So auch *Kulhanek*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 315d Rn. 50.

[79] Nach § 400 Abs. 1 StPO kann der Nebenkläger das Urteil nicht mit dem Ziel anfechten, dass eine andere Rechtsfolge der Tat verhängt oder dass der Angeklagte wegen einer Gesetzesverletzung verurteilt wird, die nicht zum Anschluss des Nebenklägers berechtigt. Damit ist eine reine Strafmaßrevision unzulässig. Ihm ist es daher auch nicht gestattet, eine allgemeine Sachrüge ohne nähere Ausführungen zu erheben, weil das Revisionsgericht dann nicht in die Lage versetzt wird, die Angriffsrichtung zu identifizieren.

[80] Vgl. BGH, Urt. v. 18.6.2020 – 4 StR 482/19 = BGHSt 65, 42 = NJW 2020, 2900 (2905 f.); krit. *Bohlander*, NJ 2022, 310 (311).

sich der nunmehr zur Entscheidung berufene Tatrichter nicht mit der Frage auseinanderzusetzen haben, wie die äußeren Tatumstände beschaffen waren (Witterungs-, Straßen- und Verkehrsverhältnisse etc.); die bisherigen Feststellungen sind insoweit in Rechtskraft erwachsen.[81] Allerdings gäbe es schon nach diesen Feststellungen Anlass für das neue Tatgericht, vertieft über die Frage nachzudenken, ob der konkrete Geschwindigkeitsverstoß auch für die Verwirklichung des Grundtatbestands einerseits und die Verwirklichung des objektiven Tatbestands der Qualifikation andererseits als ausreichend anzusehen ist. Es handelt sich um reine Rechtsfragen[82], ob der Angeklagte mit einer „nicht angepassten Geschwindigkeit" i.S.d. § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB gefahren ist und dabei zurechenbar eine konkrete Gefahr für die in § 315d Abs. 2 StGB benannten Rechtsgüter verursacht hat. Diese Annahmen wird der Tatrichter nicht seiner neuen Entscheidung zugrunde legen müssen. Der *Senat* hat die Rechtsfragen nicht etwa dadurch bindend beantwortet, indem er zunächst konstatierte, das Landgericht sei „zutreffend" von der Verwirklichung des Grundtatbestands ausgegangen. Gleiches gilt bezüglich des objektiven Tatbestands des § 315d Abs. 2 StGB, bei welchem der *Senat* ebenfalls eine Verwirklichung feststellte. Das Tatgericht ist vielmehr in die Lage versetzt, auch eine andere rechtliche Wertung zu treffen, weil die vorbezeichneten Klarstellungen des *Senats* aufgrund ihres die Entscheidung nicht tragenden Charakters nicht an der Bindungswirkung des § 358 Abs. 1 StPO teilnehmen.[83] Allerdings kann eine abweichende Bewertung selbstverständlich in einem zweiten Durchgang zur Aufhebung des Urteils führen, wenn die Fragen dann entscheidungserheblich werden.[84] Es besteht insoweit eine faktische Bindung des Tatgerichts an die Hinweise des *Senats*[85], zumal aufgrund der Geschäftsverteilung wieder der *4. Strafsenat* zur Entscheidung berufen sein wird.

IV. Bewertung

Der Entscheidung ist nur im Ergebnis zuzustimmen. Der vom *Senat* identifizierte Rechtsfehler liegt offenkundig vor, weil sich die landgerichtliche Beweiswürdigung als widersprüchlich erweist. Jedoch hinterlässt er einige offene Fragen, mit denen sich das nun zur Entscheidung berufene Tatgericht im neu eröffneten Rechtszug wegen faktischer Bindung an die revisionsgerichtlichen Ausführungen nicht mehr auseinandersetzen wird. Es wäre der Rechtssicherheit und -klarheit[86] indes dienlich gewesen, wenn der *Senat* noch einige ergänzende Hinweise gerade zur Einordnung des Grundes der Geschwindigkeitsbegrenzung gegeben hätte. Hinsichtlich der rechtlichen Parameter bei der Bestimmung des Gefährdungs- und Verletzungsvorsatzes wird das Tatgericht weiterhin im unklaren

[81] *Knauer/Kudlich*, in: MüKo-StPO, Bd. 3, 2019, § 354 Rn. 96; zur Bindung des Tatrichters an die aufrechterhaltenen Feststellungen siehe *Gericke*, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Aufl. 2023, § 354 Rn. 42.

[82] Solche Rechtsfragen – soweit sie für den Erfolg der Revision nicht tragend waren – binden das nachfolgende, zur neuen Entscheidung berufene Tatgericht nicht (vgl. § 358 Abs. 1 StPO), vgl. BGH, Beschl. v. 30.5.1963 – 1 StR 6/63 = BGHSt 18, 376 (378) = NJW 1963, 1627; BGH, Beschl. v. 3.11.1998 – 4 StR 523/98 = NStZ 1999, 154 (155); *Knauer/Kudlich*, in: MüKo-StPO, Bd. 3, 2019, § 354 Rn. 96; *Wiedner*, in: BeckOK StPO, Stand: 1.4.2022, § 358 Rn. 2, 5.

[83] BGH, Urt. v. 19.12.1952 – 1 StR 2/52 = BGHSt 3, 357 (357 f.): „Hebt das Revisionsgericht ein Urteil auf, weil die Feststellungen Widersprüche enthalten, ohne im übrigen die Rechtsauffassung des Tatrichters zu beanstanden, so ist der Tatrichter durch § 358 Abs. 1 StPO nicht verpflichtet, der neuen Entscheidung die vom Revisionsgericht gebilligte rechtliche Beurteilung der ersten Entscheidung zugrunde zu legen." Siehe auch *Gericke*, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Aufl. 2023, § 358 Rn. 3; ungenau, weil nur auf die Aufhebung wegen Verfahrensfehler abstellend *Knauer/Kudlich*, in: MüKo-StPO, Bd. 3, 2019, § 358 Rn. 8.

[84] *Wiedner*, in: BeckOK StPO, Stand: 1.4.2022, § 358 Rn. 4.

[85] *Wiedner*, in: BeckOK StPO, Stand: 1.4.2022, § 358 Rn. 4.

[86] Zur Sicherung der Rechtseinheit und Fortbildung des Rechts als revisionsgerichtliche Aufgabe vgl. etwa *Knauer*, NStZ 2016, 1 (7).

Gewässer navigieren müssen, weil der *Senat* es versäumt hat, der in Literatur und Rechtsprechung bestehenden Kontroverse im Kontext von Kraftfahrzeugrennen einen höchstrichterlichen Schlusspunkt zu setzen.

Buchrezension

Ruthig, Josef/Storr, Stefan: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg 2020, 550 S., 32,- €.[1]

*Ref. iur. Pascal Bayer, Stadecken-Elsheim**

I. Einleitung

Das öffentliche Wirtschaftsrecht umfasst eine große Bandbreite an Teilrechtsgebieten.[2] Für den staatlichen Teil der Ersten Juristischen Prüfung werden diese in den Pflichtvorlesungen der Universitäten wenn überhaupt nur am Rande angeschnitten.[3] So kann es vorkommen, dass in der Großen Übung an der Universität ein Fall über die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden gestellt wird.[4] Hier müssen dann aber im Regelfall nur die Grundzüge beherrscht werden.[5] Völlig zu Recht ist dieses Lehrbuch daher in der Reihe „Schwerpunktbereich" des C.F. Müller-Verlags vertreten.

II. Zum Inhalt

Neben den allgemeinen Grundlagen gehen die *Autoren* auf die klassischen Materien[6] des öffentlichen Wirtschaftsrechts ein, daneben finden sich auch ausführliche Darstellungen zu den neueren Materien[7]: Wirtschaft und Verwaltung (§ 1), unions- und verfassungsrechtlicher Ordnungsrahmen (§ 2), Gewerberecht (§ 3), Gaststättenrecht (§ 4), Handwerksrecht (§ 5), Grundzüge einer sektorenspezifischen Regulierung (§ 6), Privatisierungsrecht (§ 7), Recht der Öffentlichen Unternehmen (§ 8), Subventions- und Beihilferecht (§ 9) und das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe (§ 10). Im Einzelnen:

Unter § 1 stellen die *Autoren* den Gegenstand und die Entwicklung des öffentlichen Wirtschaftsrechts in ihren historischen Grundzügen dar. § 2 des Lehrbuches befasst sich u.a. mit den Grundlagen der europäischen Grundfreiheiten und legt hier, teilweise vertieft, die aus dem Grundstudium bekannten Inhalte dar. Weiterhin werden Ausführungen zu den wirtschaftsbezogenen Grundrechten getätigt. Neben den Gesetzgebungskompetenzen wird insbesondere die Organisation der Wirtschaftsverwaltung dargestellt. Unter § 3 findet sich eine sehr ausführliche Darstellung des Gewerberechts. Hier werden die Grundzüge des Gewerberechts, das Reisegewerbe und das Marktrecht be-

* Der *Autor* ist Rechtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Koblenz. Er absolvierte im Wintersemester 2022 die Verwaltungsstation an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer.

[1] Eine Rezension der 2. Aufl. aus 2008 findet sich bei *Hufeld*, ZJS 2009, 102.

[2] Vgl. *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 20.

[3] In Rheinland-Pfalz zählt das öffentliche Wirtschaftsrecht, insbesondere das Gewerberecht und seine Nebengebiete, nicht zu den Kernbereichen des Öffentlichen Rechts, also nicht zum Pflichtfach des Ersten Staatsexamens, siehe § 1 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 lit. c i.V.m. Anlage JAPO Nr. C. IV. Dagegen zählt die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden nach den §§ 85 ff. GemO zum Überblick des Kommunalrechts, Anlage JAPO Nr. C. IV. 4. lit. b sublit. bb; eine Übungsklausur hierfür findet sich bei *Sollmann*, ZJS 2019, 300.

[4] Vgl. *Hummel*, JA 2022, 659; vgl. *Grundhewer*, JuS 2021, 412; siehe für eine Fortgeschrittenenklausur zur Unzuverlässigkeit nach § 34c Abs. 2 Nr. 1 GewO *Linke*, JuS 2018, 259.

[5] Das ist in Rheinland-Pfalz wegen § 1 Abs. 1 S. 2 JAPO für das Erste Staatsexamen zulässig.

[6] Siehe hierzu *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 20.

[7] Siehe hierzu *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 20.

handelt. § 4 thematisiert das Gaststättenrecht in seinen Grundzügen, § 5 widmet sich dem zulassungspflichtigen Handwerk und seiner Überwachung. § 6 handelt insbesondere von der Marktzutrittsregulierung des TKG, EnWG und KWG, aber auch der Zugangs- und Preisregulierung in EnWG und TKG. § 7 behandelt kurz die verschiedenen Begriffe der Privatisierung und sich diesbezüglich ergebende Rechtsfragen. § 8 stellt umfassend den Begriff und die Erscheinungsformen des öffentlichen Unternehmens dar und widmet sich den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen. Es werden die Voraussetzungen für eine Beteiligung des Staates an wirtschaftlichen Unternehmen, aber auch die europarechtlichen Rahmenbedingungen erläutert.

In § 9 werden der Begriff der Subvention und die Grundlagen der Subventionsvergabe dargestellt. Weiterhin widmet sich das Lehrbuch der Aufhebung von Bewilligungsbescheiden nach den §§ 48, 49 VwVfG und deren Rückforderung. Daneben findet sich eine ausführliche Darstellung des Beihilfenbegriffs aus Art. 107 Abs. 1 AEUV und seiner Legal- und Ermessensausnahmen. Auch wird das Verfahren der Beihilfekontrolle dargestellt.

§ 10 erörtert u.a. den Begriff des öffentlichen Auftraggebers und den des öffentlichen Auftrags aus dem GWB. Es werden die Verfahrensarten in ihren Grundzügen und der grundsätzliche Ablauf des Vergabeverfahrens vorgestellt. Weiterhin werden Probleme beim fehlerhaften Vergabeverfahren besprochen. Die Darstellung der Unterschwellenvergabe ist nicht Inhalt des Lehrbuchs.

III. Bewertung

1. Äußeres/Form

Das Lehrbuch besticht mit einer großen Übersichtlichkeit. Viele Absätze und Überschriften gliedern das Lehrbuch sinnvoll und erleichtern damit das Zurechtfinden in der jeweiligen Materie ungemein. Dazu trägt auch bei, dass die wichtigsten Schlagwörter fett gedruckt sind. Das vereinfacht u.a. beim schnellen Nachschlagen das Auffinden bestimmter Aspekte. Darüber hinaus schafft es ein Bewusstsein für die wichtigen Begriffe und Schlagwörter des öffentlichen Wirtschaftsrechts und unterstützt damit ein effizientes Lernen.

2. Inhalt

Sicherlich vor dem Hintergrund der Grundrechtsrelevanz und der Tendenzen der Europäisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts[8] stellen die *Autoren* häufig Bezüge zum Verfassungsrecht und dem Europarecht, insbesondere den Grundfreiheiten, her. Hieran dürfte mittlerweile kein modernes Lehrbuch zum öffentlichen Wirtschaftsrecht mehr vorbeikommen. Das stellt eine gute Wiederholungs- und Vertiefungsmöglichkeit des von vielen Studierenden bisher wohl eher vernachlässigten Europarechts dar.

Weiter fällt positiv auf, dass umfangreiche Fußnoten in jedem Kapitel sowohl auf Kommentarstellen als auch auf (aktuelle) Rechtsprechung verweisen. Das Lehrbuch kann somit auch für Haus- oder Seminararbeiten eingesetzt werden.

Interessant ist, dass sich im Lehrbuch zahlreiche Verweise auf Klausurfälle finden. Damit verweisen die *Autoren* auf den „Klausurenkurs im Öffentlichen Wirtschaftsrecht“, 2. Aufl. 2017, von *Gurlit/Ruthig/Storr*,[9] der sicherlich eine sinnvolle Ergänzung zum Lehrbuch darstellt. Durch diese Verknüp-

[8] Siehe hierzu *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 35.
[9] Siehe hierzu das Vorwort des Lehrbuches *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020.

fung wird – sofern man die Klausurfälle löst – das mit dem Lehrbuch bereits angeeignete Wissen vertieft und gefestigt.

Sehr positiv hinsichtlich der Art der Wissensvermittlung ist, dass das Lehrbuch am Beginn vieler Abschnitte, in grauen Kästen abgesetzt, Fälle voranstellt. Die dazugehörigen Lösungshinweise finden sich später an inhaltlich passender Stelle wieder. Dieses System ist einerseits eine gute Übung für eventuell anstehende Klausuren und vermittelt den Lernstoff sehr anschaulich. Andererseits ist es an manchen Stellen zwingend notwendig, die Fälle und deren Lösungen zu lesen, um nicht einen wichtigen Inhalt des Lehrbuches zu verpassen, der im „normalen" Lehrbuchtext nicht dargestellt wird. Man sollte also nicht über die Lösungshinweise hinweggehen. Ob das gut oder schlecht ist, mag hier jeder für sich entscheiden – das ist sicherlich abhängig vom Lerntyp.

Negativ erwähnenswert ist allerdings, dass die Lösungshinweise an manchen Stellen des Lehrbuchs erst viele Seiten nach dem Falltext am Anfang des (Unter-)Kapitels erläutert werden, nachdem dieser schon längst wieder aus dem Kopf verschwunden ist. Das sollte man sich beim Durcharbeiten des Lehrbuchs immer vor Augen halten. In dieser Situation ist dann ein wenig Blättern angesagt. Auf den ersten Blick ein wenig verwirrend ist es manchmal, dass die Fälle nicht in der nummerierten Reihenfolge gelöst werden. Hier muss man durchaus gedankliche Flexibilität beweisen, was dem Lernerfolg aber bestimmt nicht abträglich sein wird.

Ein großer Kritikpunkt ist, dass es trotz der herausragend übersichtlichen Gestaltung des Lehrbuchs nur einen Prüfungsvorschlag, also Schema, gibt.[10] Gegen Ende so manchen Abschnitts wäre ein die wichtigsten Eckpunkte darstellendes Prüfungsschema sicherlich sehr hilfreich. Dies würde das bisher Erlernte in einer übersichtlichen Art und Weise kurz und knapp zusammenfassen.

IV. Fazit

Das verständlich geschriebene und empfehlenswerte Lehrbuch behandelt die komplette Bandbreite des öffentlichen Wirtschaftsrechts in einer ansprechenden Form. Das Buch ist sowohl für Studierende eines entsprechenden öffentlich-rechtlichen Schwerpunkts als auch für Referendare mit dem Wahlfach Verwaltung geeignet. Aufgrund der breiten Abdeckung der Materien des öffentlichen Wirtschaftsrechts ist der Preis in Höhe von 32,- € angemessen.

[10] Siehe hierzu *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 959.

Buchrezension

Brettel, Hauke/Schneider, Hendrik: Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021, 366 S., 26,90 €

VorsRiLG Dr. Alexander Schäfer, Kaiserslautern[*]

Die *Autoren* legen in bereits dritter Auflage ein Lehrbuch zum Wirtschaftsstrafrecht vor, das sich an Studierende im universitären Schwerpunktbereich wendet. Ziel ist nach Darstellung der *Autoren* nicht die umfassende enzyklopädische Aufarbeitung des gesamten wirtschaftsstrafrechtlichen Stoffes, sondern die Vermittlung von fallrelevantem Grundwissen (wie die *Autoren* wohl zu Recht schreiben, wäre die „Befriedigung des Vollständigkeitsanspruchs aussichtslos" [S. 29]). Dieses Vorhaben wird einerseits von den dogmatischen und kriminalpolitischen Bezügen flankiert, andererseits aber – und das ist für Studierende vielleicht noch interessanter – soll das „klausurpraktische Gespür" der Leser*innen geschärft werden – ein Nutzen, der, wenn er sich realisieren lässt, über das Wirtschaftsstrafrecht hinausreichen kann. Denn wer wirtschaftsstrafrechtliche Fallkonstellationen beherrschen lernt, wird sich auch mit allgemein strafrechtlichen Fragestellungen leichter tun. Fair ist es darauf hinzuweisen, dass die Schwerpunktbereiche und deren Ausgestaltung sich von Universität zu Universität unterscheiden und deshalb den Studierenden zu raten ist, den Inhalt des gewählten Lehrbuchs mit den Inhalten ihres konkreten Curriculums abzugleichen.

Im Hinblick auf die Praxisrelevanz der Ausführungen des Lehrbuchs scheint bemerkenswert zu sein, dass der Autor *Schneider* seine akademische Karriere als ordentlicher Universitätsprofessor 2020 aufgegeben hat, um sich ganz der Rechtsberatung und der Anwaltstätigkeit zu verschreiben.

Die dritte Auflage geht mit dem Rechtsstand sowie dem Stand von Rechtsprechung und Literatur vom Frühjahr 2020 an den Start, was jedenfalls für die Zwecke des Studiums ausreichend aktuell ist, auch wenn Einzelheiten sich in stetem Fluss befinden. Gegenüber den Vorauflagen wurden neu das Geschäftsgeheimnisgesetz und das (wie wir heute wissen weiter im Entwurfsstadium verharrende[1]) Verbandssanktionengesetz eingearbeitet sowie die Rechtssprechungsneuerungen im Bereich des § 266a StGB.

In Fortschreibung der Vorauflagen besteht das Lehrbuch aus fünf als Paragrafen bezeichneten Abschnitten, gewidmet den Grundlagen des Wirtschaftsstrafrecht (§ 1), den bereichsübergreifenden Aspekten im materiellen Wirtschaftsstrafrecht (§ 2), Teilbereichen des materiellen Wirtschaftsstrafrecht (§ 3), einer Darstellung der Maßnahmen zur Prävention aus Unternehmensperspektive – Compliance – (§ 4) und den Sanktionen (§ 5). Dabei ist es gelungen, den Umfang weiter auf beherrschbare knapp 370 Seiten inklusive der üblichen Verzeichnisse – „netto" also etwa 320 Seiten – zu begrenzen. Die in der Besprechung von *Raschke* zur ersten Auflage[2] gelobten zahlreichen Schaubilder und Tabellen mussten in einem Zielkonflikt wohl reduziert werden. Sie finden sich jedenfalls in der dritten Auflage kaum noch. Geblieben sind jedoch – didaktisch sinnvoll – die Wiederholungsfragen und die Hinweise zu vertiefender Literatur am Ende eines Abschnitts.

---

[*] Der *Autor* ist Vorsitzender der 2. Großen Strafkammer (Wirtschaftsstrafkammer) am LG Kaiserslautern.

[1] Vgl. *Kudlich*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, Einl. Rn. 44a ff.

[2] *Raschke*, ZJS 2014, 596.

Den konkreten Inhalt (und Nutzen) des Buches habe ich anhand einer aus meiner Praxis kommenden Frage zum § 263 StGB geprüft. Die nachgeschlagene Abgrenzung von Eingehungsbetrug, echtem und unechtem Erfüllungsbetrug wird zum einen kurz, zum anderen aber durchaus auf den Punkt dargestellt. Dabei gefällt, dass nicht in erster Linie theoretische Betrachtungen angestellt werden, sondern dass vielmehr dargestellt wird, wo die Unterschiede liegen und – wichtig – welche Auswirkungen dies für die Sachverhaltsbeurteilung und die rechtliche Prüfung hat. Etwas kurz kam bei der Durchsicht das praktisch wichtige Thema der Konkurrenzen. Gerade im Betrugsbereich kommen häufig sich überlagernder Betrugs- und Erfüllungshandlungen in Betracht, deren tatbegriffliches und konkurrenzrechtliches Verhältnis zu klären ist.

Belegt werden die Ausführungen mit einem Verzeichnis von richtungsweisenden höchstrichterlichen Entscheidungen in den Fußnoten. Diese sind hinreichend, allerdings nicht wirklich aktuell. Ausnahmen stellen insoweit die neu eingefügten Teile dar, etwa zum Geschäftsgeheimnisgesetz, wobei sich diese Ausführungen im Wesentlichen auf Gesetzesmaterialien stützen können. Deshalb wäre der Fußnotenapparat überarbeitungsbedürftig. Exemplarisch hierfür heißt es in § 3 Fn. 135 am Ende: „Zu neueren Entwicklungen zusammenfassend: *Schünemann*, Zur Quadratur des Kreises in der Dogmatik des Gefährdungsschadens, NStZ 2008, 430 ff.“ Wer sichergehen will, dass die geschilderte Rechtsprechungslinie nicht geändert, ausgeweitet oder eingeschränkt wurde, muss im zweiten Angriff auf Datenbanken oder einen Kommentar zurückgreifen, was für ein Lehrbuch zu verschmerzen ist.

Insgesamt ist der Nutzen des Buches als Lehrbuch – insbesondere für Studierende und Referendare im Schwerpunktbereich – in den Mittelpunkt zu stellen. Dabei liegt die Stärke in der didaktischen Aufarbeitung und der Verknüpfung zur Falllösetechnik. Praktiker indes werden nicht umhinkommen, sich der umfangreichen Handbücher zum Wirtschaftsstrafrecht zu bedienen. Man kann also festhalten, dass hier ein zielgruppengerechtes und gut verdauliches Lehrbuch entstanden ist, das nunmehr in dritter Auflage vorliegt und die Bereiche des allgemeinen und besonderen Strafrechts vertieft, die von Schwerpunktstudierenden beherrscht werden müssen. Soweit diese Schwerpunktbereiche einen rechtsberatenden Blickwinkel in der Ausbildung tatsächlich umsetzen, macht sich das Lehrbuch aufgrund seines Blicks auf Compliance-Fragen sicher in besonderer Weise bezahlt.