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

2/2023 S. 196–398
16. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Die Business Judgment Rule bei der GmbH & Co. KG – ein Beitrag zur Schnittstellenbetrachtung zwischen Betriebswirtschaft und Rechtslehre

Wirtschaftsprüfer/Steuerberater Kai-Uwe Daebel, LL.M., Balingen 196

Strafrecht

Strafrechtliche Reform des „Containern“
Eine Bewertung der Änderungsmöglichkeiten

Long Bui, M. Iur., Münster 205

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Arbeitsunfähigkeit durch Ausübung gefährlicher Sportarten
Der Skiunfall des Manuel Neuer vor dem Hintergrund des § 3 EFZG und Grenzen vertraglicher Verbote

Wiss. Mitarbeiter Nico Halkenhäuser, Stud. iur. Tim Weingärtner, Mannheim 214

Öffentliches Recht

Der Weg des Verwaltungsakts

Dr. Sebastian Schlingloff, LL.M., Dortmund 228

© 2008–2023 ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Anfängerklausur: Ein gebrochener Arm und viele Scherben

Akad. Rat a.Z. Dr. Felix M. Wilke, LL.M. (Michigan), Stud. iur. Bastian Straub, Bayreuth 238

Übungsklausur im Kapitalgesellschaftsrecht: Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss bei genehmigtem Kapital

Wiss. Mitarbeiterin Amani Mehdawi, Berlin, Wiss. Mitarbeiter Raoul Schlichting, Hamburg 252

Übungsfall zu Verträgen über digitale Produkte: Minderung vorprogrammiert?

Wiss. Mitarbeiterin Julia Pielsticker, Stud. iur. Julia Buschmann, Bielefeld 266

Öffentliches Recht

Klausur im Polizei- und Ordnungsrecht: Ende für „Ende Gelände“?

Dr. Sven Jürgensen, Bochum 276

Binnenmarktrecht meets WTO-Recht im Vertragsverletzungsverfahren

Dipl.-Jur. Simon A. Miller, LL.M., MBA, Passau 287

Schwerpunktsbereichsklausur: Die verhängnisvolle Fahrt der Spack Jarrow

Johannes Ipsen, Ivo Manthei, Hamburg 305

Strafrecht

Fortgeschrittenenhausarbeit: Die Blockierer von der A 81

Staatsanwalt Simon Pschorr, Stud. jur. Niklas Blaschke, Konstanz 320

Fortgeschrittenenklausur: Cum-Cum des kleinen Mannes

Wiss. Mitarbeiter Jannik Heine, Ref. iur. und Wiss. Hilfskraft Jonathan Kuchinke, Marburg 342

© 2008–2023 ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 9.3.2022 und 27.10.2022 – 4 StR 200/21
(Gefahr erkannt, Gefahr gebannt?)
(Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau) 353

BGH, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22
(Strafbarkeit von Stealthing)
(Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M. [U.W.E.], Düsseldorf) 360

BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 5 StR 276/22
(Beurteilung der Erforderlichkeit einer Notwehrhandlung)
(Marc Prehler, LL.M. [San Francisco], Düsseldorf) 372

BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20
(Abgrenzung Täterschaft und Teilnahme)
(Wiss. Hilfskraft Constantin Schweer, B.A., Wiss. Mitarbeiter Florian Knoop, Osnabrück) 381

BUCHREZENSIONEN

Zivilrecht

Litten, Rüdiger: Kapitalmarktrecht, Das Recht der Finanzinstrumente, 2022
(Prof. Dr. Marcus Oehlrich, Bad Homburg) 389

Herles, Christian: Unternehmensinterne Rechtsberatung, Der Guide für die Inhouse-Rechtsabteilung, 2022
(Wiss. Mitarbeiterin Clarissa Katharina Julia Zentgraf, LL.M., Siegen) 392

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

Öffentliches Recht

von Schirach, Ferdinand: Jeder Mensch, 2021

(Paul Kluth, Schmalkalden) 394

Strafrecht

Waßmer, Martin Paul: Medizinstrafrecht, 2022

(Dr. Matthias Wachter, Freiburg/Augsburg) 397

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

Die Business Judgment Rule bei der GmbH & Co. KG – ein Beitrag zur Schnittstellenbetrachtung zwischen Betriebswirtschaft und Rechtslehre

*Wirtschaftsprüfer/Steuerberater Kai-Uwe Daebel, LL.M., Balingen**

I. Problemstellung 196
II. Betriebswirtschaftlicher Hintergrund: Unsichere Zeiten 197
III. Rechtlicher Hintergrund: Die Geschäftsführung bei der GmbH & Co. KG 198
IV. Die Haftung des Geschäftsführers bei der GmbH & Co. KG 198
V. Haftung nach § 43 GmbHG 199
1. Verpflichtungen nach § 43 Abs. 1 GmbHG und Sorgfaltsmaßstab 199
2. Einschränkung durch Business Judgment Rule 200
a) Voraussetzungen 200
b) Rechtsfolge 203
VI. Fazit und Anmerkungen zur Praxis 203

I. Problemstellung

Geschäftsführer sehen sich bei der Leitung ihrer Geschäfte einer steigenden Anzahl von Haftungsrisiken ausgesetzt. Oftmals sind Entscheidungen von Geschäftsführern im Tagesgeschäft von unsicheren Informationen, unvollständiger Kenntnis der Sachlage und Abwägung verschiedener Wahrscheinlichkeiten geprägt. Die Betriebswirtschaftslehre bezeichnet diesen Umstand der Unsicherheit als „VUCA“ – Volatile, Uncertain, Complex, Ambiguous.[1] Werden von Geschäftsführern getroffene Entscheidungen im Nachhinein bewertet, stellen sie sich u.U. als fehlerhaft heraus. Fehlentscheidungen von Geschäftsführern können Unternehmen wesentlichen wirtschaftlichen Schaden beibringen.

Zu den verbreitetsten Rechtsformen in Deutschland gehören die kapitalistischen Personengesellschaften, insbesondere in der Erscheinungsform der GmbH & Co. KG. So waren im Jahr 2020 knapp 150.000 Unternehmen in der Rechtsform der GmbH & Co KG in Deutschland unternehmerisch tätig.[2]

---

* Der *Autor* ist Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und ausgebildeter Wirtschaftsjurist FH (LL.M.) mit Schwerpunkt Insolvenzrecht und als Associate Partner tätig.

[1] Zu Deutsch: Unbeständig, Unsicher, Komplex, Uneindeutig; vgl. dazu *Sinha/Sinha*, Journal of Technology Management for Growing Economies 11 (2020), 17–21, open access unter https://tmg.chitkara.edu.in/index.php/tmge/article/view/159/103 (1.3.2023); sowie *Seibt*, DB 2018, 237.

[2] Statistisches Bundesamt, März 2020, Anzahl der umsatzsteuerpflichtigen Unternehmen/Steuerpflichtigen in Deutschland im Jahr 2020 nach Rechtsform, es waren 146.885 GmbH & Co. KGs registriert. Allerdings merken *Binz/Sorg*, in: Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 12. Aufl. 2018, § 1 Rn. 37 zu Recht an, dass in der Umsatzsteuerstatistik diejenigen GmbH & Co. KGs, die der Kleinunternehmerregelung nach § 19 UStG unterfallen, hier nicht erfasst sind. *Binz/Sorg* gehen davon aus, dass nur jede achte KG eine „normale“ KG sei, und schätzen einen Bestand von ca. 200.000 GmbH & Co. KGs in Deutschland. Zum Vergleich: Dieselbe Statistik des Statistischen Bundesamtes enthält für das Jahr 2020 gerade einmal 7.389 Aktiengesellschaften.

Der vorliegende Aufsatz befasst sich mit der Frage nach der Verantwortung von Geschäftsführern bei der GmbH & Co KG für von ihnen getroffene wirtschaftliche Entscheidungen unter Unsicherheit und Risiko und bewegt sich somit an der Schnittstelle zwischen Betriebswirtschaft und Rechtslehre.

II. Betriebswirtschaftlicher Hintergrund: Unsichere Zeiten

Wie eingangs erwähnt, bezeichnet die Betriebswirtschaft den Zustand der Unsicherheit im geschäftlichen Umfeld, in dem sich ein Unternehmen bewegt, mit dem Akronym „VUCA" für die Dimensionen Volatility, Uncertainty, Complexity, Ambiguity.[3]

Unter „Volatility" wird dabei verstanden, dass sich Lebensumstände unvorhersehbar schnell und oft ändern können.

> *Beispiel*: Kursschwankungen bei Wertpapieren oder Commodities, Image und Außenwirkung eines Unternehmens in den sozialen Medien.

„Uncertainty" beschreibt den Zustand, dass die Vorhersagbarkeit zukünftiger Verhältnisse aufgrund Erfahrungen der Vergangenheit oftmals nicht möglich ist.

> *Beispiel*: Markteingriffe der Politik durch Änderung der politischen Rahmenbedingungen aus dem Bereich der Wirtschafts- oder Umweltpolitik, Nachfrageschwankungen durch Begründung oder Einstellung von Fördermaßnahmen und Subventionen, Änderungen im Konsumentenverhalten, Markteintritt neuer Wettbewerber.

Der Faktor „Complexity" bezeichnet die zunehmende Komplexität von Zusammenhängen am Markt, sei es lokal oder global.

> *Beispiel*: Auftreten neuer Technologien, wie z.B. Künstlicher Intelligenz, Blockchain-Technologie, internationale Vernetzung von Lieferketten und Globalisierung des Arbeitsmarktes.

Die „Ambiguity" stellt heraus, dass die Realität in kaum eindeutig abgrenzbare Sachverhalte zersplittert ist – eine Unterscheidung in schwarz/weiß bzw. richtig/falsch ist in einer Vielzahl von Fällen annähernd unmöglich.

> *Beispiel*: Fake News und Desinformationen in sozialen Medien, eventuell widersprüchliche Forschungsergebnisse, Studien oder Marktumfragen.

Daraus folgt, dass in einer Welt, deren Rahmenbedingungen den „VUCA"-Kriterien unterfallen, Entscheidungen zwangsläufig risikobehaftet sein müssen, da eine vollständige Kenntnis des Sachverhalts in der Realität unmöglich ist. Fraglich ist daher aus rechtlicher Sicht, wie mit dem Umstand umgegangen werden muss, dass sich Entscheidungen in der Rückschau regelmäßig als fehlerhaft erweisen können.

---

[3] Vgl. dazu *Sinha/Sinha*, Journal of Technology Management for Growing Economies 11 (2020), 17; *Seibt*, DB 2018, 237 (237).

III. Rechtlicher Hintergrund: Die Geschäftsführung bei der GmbH & Co. KG

Die GmbH & Co. KG ist eine hybride Rechtsform, die Eigenschaften der Personenhandelsgesellschaften und Kapitalgesellschaften verknüpft. Dem Grunde nach handelt es sich um eine Personenhandelsgesellschaft in der Form einer Kommanditgesellschaft, bei der keine natürliche Person die Rolle des Komplementärs übernimmt, sondern eine Kapitalgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH (sog. „Komplementär-GmbH").[4] Die GmbH & Co. KG ist nicht durch eigene gesetzliche Bestimmungen geregelt, sondern bedient sich den allgemeinen Regelungen des HGB und ergänzend des GmbHG.

Die Führung der Geschäfte bei der GmbH & Co. KG erfolgt – abgeleitet aus den Regelungen zur KG – durch den Komplementär. Die Kommanditisten sind nach § 164 S. 1 HGB von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Daher obliegt die Geschäftsführung der GmbH & Co. KG ihrer Komplementär-GmbH. Da die GmbH als juristische Person naturgemäß nicht selbst für sich handeln kann, handelt diese durch ihren Geschäftsführer. Daraus folgt, dass die Geschäftsführung der GmbH & Co. KG durch den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH für diese vorgenommen wird.[5]

IV. Die Haftung des Geschäftsführers bei der GmbH & Co. KG

Da die Geschäftsführung eines gewerblichen Betriebes, wie oben dargestellt, naturgemäß das Risiko von verlustträchtigen Geschäften und wirtschaftlichen Fehlentscheidungen birgt, stellt sich zwangsläufig die Frage nach dem Haftungsmaßstab eines Geschäftsführers in einer GmbH & Co. KG.

Bei einer GmbH ist der Geschäftsführer dieser nach § 43 Abs. 2 GmbHG zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er seine Obliegenheiten verletzt. Allerdings gilt diese Regelung nach dem Wortlaut nur im Verhältnis zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer – nicht jedoch bei einer GmbH & Co. KG zwischen dem Geschäftsführer und der Kommanditgesellschaft.[6]

Ein direkter Haftungsanspruch der Kommanditgesellschaft entstünde daher zunächst nur gegenüber der GmbH (als ihrer Geschäftsführerin), die sich das Fehlverhalten ihres eigenen Geschäftsführers wiederum über die Organhaftung nach § 31 BGB zurechnen lassen müsste.[7]

Es ist daher h.M. und Rechtsprechung, dass der Kommanditgesellschaft auch ein direkter Haftungsanspruch bei Pflichtverletzungen des GmbH-Geschäftsführers im Rahmen seiner Tätigkeit für die KG zusteht.[8] Begründet wird dies in Rechtsprechung und Literatur dadurch, dass dem Anstellungsvertrag zwischen dem Geschäftsführer und der GmbH eine drittschützende Wirkung zugunsten der KG zugesprochen wird.[9] Dies ist gerade dann offenbar, wenn die Führung der Geschäfte der KG der

---

[4] *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, § 45 Rn. 1.

[5] *Drygala*, in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 45 Rn. 2; *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, § 45 Rn. 10.

[6] *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, § 45 Rn. 16.

[7] *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, § 45 Rn. 17.

[8] *Fest*, WM 2021, 18 (20); BGH WM 2020, 2035 = DB 2020, 2348; *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, § 45 Rn. 17.

[9] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 99; *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 119; *Drygala*, in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 45 Rn. 2; *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, § 45 Rn. 17 m.w.N.; zur historischen Entwicklung der Rechtsprechung vgl. auch *Werner*, NWB 2017, 2927; kritisch jedoch *Binz/Sorg*, in: Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 12. Aufl. 2018, § 9 Rn. 20 ff. unter anderem auch für die Fälle, in denen bei Begründung des Anstellungsverhältnisses des Geschäftsführers mit der GmbH eine spätere Komplementärstellung in der KG noch nicht ersichtlich war.

alleinige Geschäftszweck der GmbH ist[10] oder der Geschäftsführer der GmbH gleichzeitig Kommanditist der KG ist[11].

Darüber hinaus kann die drittschützende Wirkung bereits allein aus der Organstellung des Geschäftsführers bei der GmbH erwachsen.[12] Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Anstellungsvertrag des Geschäftsführers mit der GmbH fehlt.[13] Anspruchsgrundlage für die Haftung des Geschäftsführers der GmbH gegenüber der KG für Pflichtverletzungen im Rahmen der Tätigkeit für die KG ist auch hier § 43 Abs. 2 GmbHG.[14]

V. Haftung nach § 43 GmbHG

1. Verpflichtungen nach § 43 Abs. 1 GmbHG und Sorgfaltsmaßstab

Da die Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH in Angelegenheiten der KG, wie oben dargestellt, analog § 43 Abs. 2 GmbH auch gegenüber der GmbH & Co. KG haftet, seien im Folgenden die Voraussetzungen einer Geschäftsführerhaftung bei der GmbH skizziert.

Der Geschäftsführer einer GmbH hat nach § 43 Abs. 1 GmbHG in den Angelegenheiten der GmbH die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Verletzt er seine Obliegenheiten, so haftet er der Gesellschaft gegenüber nach § 43 Abs. 2 GmbHG für den entstandenen Schaden.

Wesentliche Verpflichtung des Geschäftsführers ist dabei die sog. Legalitätspflicht. Hierbei hat der Geschäftsführer bei jeder Handlung stets zum Vorteil der Gesellschaft zu agieren ohne dabei den Rahmen der geltenden Rechtslage zu übertreten.[15] Es ist dabei unerheblich, ob sich eine gesetzliche Vorgabe an die Gesellschaft oder an den Geschäftsführer persönlich richtet.[16] Dabei ist nicht um jeden Preis zum Vorteil der Gesellschaft zu handeln – es versteht sich, dass für die Gesellschaft wirtschaftlich vorteilhafte Rechtsbrüche, wie beispielsweise Korruption oder Erpressung von Geschäftspartnern, vom Geschäftsführer zu unterlassen sind.[17]

Bei seinen Handlungen ist der GmbH-Geschäftsführer nach § 37 Abs. 1 GmbHG jedoch an die Anweisung der Gesellschafterversammlung der GmbH gebunden.[18] Eine Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG scheidet aus, sofern sich der Geschäftsführer bei seinem Handeln nach einer Weisung der Gesellschafterversammlung gerichtet hat.[19] Das Weisungsrecht besteht im Innenverhältnis.[20] Ohne abweichende Regelungen im Gesellschaftsvertrag steht dieses Weisungsrecht bei der GmbH & Co. KG jedoch nur den Gesellschaftern der Komplementär-GmbH zu.[21] Die Kommanditisten der KG haben im gesetzlichen Regelfall weder Widerspruchs- noch Weisungsrecht gegenüber dem Geschäftsführer

---

[10] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 99.

[11] *Fest,* WM 2021, 18 (20); BGH WM 2020, 2035 = DB 2020, 2348 (2349) unter Berufung auf langjährige Rspr.

[12] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 99; BGH WM 2020, 2035 m.w.N.

[13] BGH WM 2020, 2035 = DB 2020, 2348.

[14] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 99; *Drygala*, in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 45 Rn. 2; BGH WM 2020, 2035 m.w.N.

[15] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 6.

[16] *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 10.

[17] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 6.

[18] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 7; *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 16, 17.

[19] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 122; *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 16.

[20] *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, § 45 Rn. 11.

[21] *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, § 45 Rn. 11.

der Komplementär-GmbH.[22] Es unterliegt jedoch der Vertragsfreiheit, entsprechende Regelungen im Gesellschaftsvertrag zu vereinbaren. Auch bei einer GmbH & Co. KG entfällt die Haftung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH, wenn er sich an die Weisungen der Gesellschafter der GmbH & Co. KG hält.[23]

2. Einschränkung durch Business Judgment Rule

a) Voraussetzungen

In der weitaus überwiegenden Zahl der vom Geschäftsführer zu treffenden Entscheidungen im Tagesgeschäft handelt dieser ohne explizite Anweisung der Gesellschafter. Beispiele sind hierbei der Abschluss von Verträgen im Vertrieb und die Auswahl geeigneter Lieferanten im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes oder die Anstellung von Mitarbeitern und Führungskräften. Im Rahmen der betrieblichen Organisation wird der Geschäftsführer Teile dieser Aufgaben an geeignete Mitarbeiter im Unternehmen delegieren. Dabei trägt der Geschäftsführer jedoch eine umfassende Überwachungspflicht hinsichtlich der delegierten Aufgaben.[24] Die Überwachung erstreckt sich dabei nicht auf eine direkte Kontrolle ausgeführter Tätigkeiten, sondern umfasst im Wesentlichen die Einrichtung eines geeigneten Kontrollsystems.[25]

In den Fällen, in denen ein Geschäftsführer nicht auf Weisung der Gesellschafter agiert, steht ihm nach Literatur und Rechtsprechung ein weitreichender „unternehmerischer Ermessensspielraum" zu.[26] Umfang und Grenzen dieses Ermessensspielraums sind für den Geschäftsführer der GmbH & Co. KG jedoch nicht gesetzlich definiert, auch im Schrifttum wird dies nur spärlich thematisiert.

Einzig für den Vorstand einer Aktiengesellschaft findet sich eine gesetzliche Regelung zur Definition des wirtschaftlichen Ermessens in § 93 Abs. 1 S. 1 und S. 2 AktG: „Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln."

Die Literatur bezeichnet diesen Schutz wirtschaftlicher Ermessensentscheidungen als „Business Judgment Rule".[27] Dieser Ermessensspielraum ist nach Rechtsprechung und Literatur auch dem Geschäftsführer einer GmbH zuzuschreiben.[28] Da der Sorgfaltsmaßstab bei Pflichtverletzungen eines

---

[22] *Binz/Sorg*, in: Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 12. Aufl. 2018, § 9 Rn. 22; *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, § 45 Rn. 11.

[23] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 122; *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 121; *Binz/Sorg*, in: Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 12. Aufl. 2018, § 9 Rn. 22; zu den Möglichkeiten einer nachträglichen Haftungsfreistellung für den Geschäftsführer der GmbH vgl. *Werner*, NWB 2017, 2927.

[24] Erst kürzlich entschieden und ausführlich erläutert OLG Nürnberg, Urt. v. 30.3.2022 – 12 U 1520/19, zitiert in *Bartz/Bittner*, CCZ 2022, 319; *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 17; *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, §43 Rn. 59.

[25] Das Schrifttum bezeichnet dies als „Überwachung der Überwacher", vgl. *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 17; *Bartz/Bittner*, CCZ 2022, 319 (320 f.).

[26] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 8; *Binz/Sorg*, in: Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 12. Aufl. 2018, § 9 Rn. 24.

[27] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 8 f.; *Binz/Sorg*, in: Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 12. Aufl. 2018, § 9 Rn. 24.

[28] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 8 f.; *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 34; *Binz/Sorg* in: Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 12. Aufl. 2018, § 9 Rn. 24.

Geschäftsführers einer Komplementär-GmbH ebenfalls nach § 43 Abs. 1 GmbHG gewertet wird,[29] ist es nur sachlogisch, auch die Anwendung der Business Judgment Rule auf den Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH auszuweiten.[30] Es ist jenseits dessen auch kein Grund ersichtlich, warum bei einer GmbH & Co. KG strengere Maßstäbe für eine Geschäftsführerhaftung gelten sollten, als bei einer Aktiengesellschaft oder GmbH.

Die Anwendung der Business Judgment Rule setzt Folgendes voraus:

Es muss sich um eine unternehmerische Entscheidung handeln.[31] Merkmal einer unternehmerischen Entscheidung ist dabei die Auswahl zwischen mehreren realistischen und legalen betrieblichen Handlungsalternativen, die zunächst vorteilhaft erscheinen, jedoch das Risiko in sich tragen, sich im Nachhinein als nachteilhaft zu erweisen.[32]

> *Beispiel*: Ein Geschäftsführer plant die Eröffnung einer neuen Betriebsstätte der GmbH & Co. KG. Dabei hat er die Wahl zwischen Standort A mit einer besseren Verkehrsanbindung als Standort B und Standort B mit einer niedrigeren Raummiete pro Quadratmeter als Standort A.

Eine Handlungsrichtlinie für den Geschäftsführer können dabei die von der Betriebswirtschaftslehre entwickelten Grundsätze der Entscheidungstheorie sein.[33] Das entscheidungstheoretische Modell zur „Entscheidung bei Ungewissheit" bietet sich hierbei an, da es sowohl unsichere Konsequenzen der Handlungen als auch nicht bekannte Eintrittswahrscheinlichkeiten von Entscheidungsszenarien berücksichtigt.

> *Beispiel*: Bei der oben thematisierten Standortwahl wird der Geschäftsführer die zu erwartenden Kosten der Betriebsstätten mit den zu erwartenden Erträgen vergleichen müssen und dabei sowohl die Verkehrsanbindung als auch die Raummieten beider Standorte in der Kostenplanung berücksichtigen müssen. Dies erfordert eine integrierte Unternehmensplanung mit mehreren Szenarien.

Das Beispiel verdeutlicht jedoch, dass betriebliche Planungsszenarien immer mit Annahmen über zukünftige Ereignisse verknüpft sind, bei denen der Geschäftsführer keine Sicherheit erlangen kann. Weder künftige Kosten noch künftige Erträge können mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit prognostiziert werden.

Das Treffen von Entscheidungen ist insbesondere in einer von „VUCA" geprägten Geschäftswelt eine der hauptsächlichen Herausforderungen für Geschäftsleiter von Unternehmen sämtlicher Rechtsformen.[34] Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Legislative gerade in wirtschaftlichen Umfeldern mit

---

[29] *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 120; *Fest*, WM 2021, 18 (20); BGH WM 2020, 2035.

[30] *Bartz/Bittner*, CCZ 2022, 319 (320). Hier hatte das OLG Nürnberg mit Urt. v. 30.3.2022 – 12 U 1520/19 die Business Judgment Rule auch auf den Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH beim Handeln für die KG angewendet.

[31] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 11; *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 34, 35; *Binz/Sorg*, in: Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 12. Aufl. 2018, § 9 Rn. 24; *Schneider*, DB 2011, 99 (100).

[32] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 11; *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 34, 35; *Schneider*, DB 2011, 99 (100).

[33] Vgl. zum allgemeinen Verständnis der betriebswirtschaftlichen Entscheidungstheorie beispielsweise *Wöhe*, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 26. Aufl. 2016, S. 86.

[34] *Sinha/Sinha*, Journal of Technology Management for Growing Economies 11 (2020), 17 (20): „The leadership

starkem Einfluss von „VUCA“ durch einen erhöhten Regulierungsgrad steuernd eingreift. Dies betrifft insbesondere Bereiche wie das Steuerrecht, den Datenschutz und den Anlegerschutz bzw. den Kapitalmarkt.[35] Die Auswirkungen einer verstärkten Regulierung beschleunigen jedoch wiederum selbst den Grad der Komplexität des betreffenden Umfeldes und treiben somit das „VUCA-Rad“ weiter an.

Als weitere Voraussetzung der Business Judgment Rule muss die unternehmerische Entscheidung zum Wohle der Gesellschaft getroffen werden.[36] Dabei ist das Interesse des Unternehmens in den Fokus der Entscheidung zu stellen. Dies soll jedoch nicht als Anweisung zur Risikoscheu verstanden werden. Auch risikobehaftete Geschäfte können zum Wohle der Gesellschaft und damit pflichtgemäß sein, z.B. wenn eine entsprechende Gewinnchance gegenübersteht.[37]

Der Geschäftsführer muss bei seiner unternehmerischen Entscheidung zum Wohle der Gesellschaft in gutem Glauben handeln[38]. Dieser fehle zumindest dann, wenn der Geschäftsführer das Risiko einer Entscheidung in nicht mehr verantwortlichem Maße fehlerhaft einschätzt.[39]

Darüber hinaus darf sich der Geschäftsführer bei seiner Entscheidung nicht von Sonderinteressen beeinflussen lassen.[40] Beispiele für schädliche Sonderinteressen sind hierbei persönliche Vorteile für den Geschäftsführer selbst oder ihm nahestehende Personen oder Unternehmen.

Schlussendlich muss der Geschäftsführer seine Entscheidung auf der Grundlage angemessener Information treffen.[41] In der Geschäftspraxis dürfte diese Voraussetzung am schwierigsten zu erfüllen sein, da sich Informationen bei einer ex-post-Betrachtung regelmäßig als unvollständig erweisen dürften. Maßgabe sei jedoch, zumindest alle dem Unternehmen verfügbaren Informationsquellen auszunutzen. Auch dies ist in der Praxis mit nicht unerheblichen Zeit- und Kostenfaktoren verbunden, da die Voraussetzung der Ausschöpfung „aller“ verfügbaren Quellen[42] in praxi annähernd utopisch ist. Dabei darf jedoch aus wirtschaftlicher Sicht nicht verkannt werden, dass die Uneindeutigkeit von Lebenssachverhalten in einer von „VUCA“ geprägten Welt dazu führen kann, dass der Geschäftsführer einem Ereignis eine zu geringe Bedeutung beimisst und dadurch keine zutreffenden Maßnahmen einleitet.[43] In der Literatur stieß diese Anforderung auf deutliche Kritik.[44] Das Schrifttum erkennt daher eine Beschränkung des notwendigen Informationsumfangs aufgrund wirtschaftlicher Faktoren an.[45] Dabei wird darauf abgestellt, welche Informationen „ein verantwortungsvoll handelnder Ge-

task now revolves more around managing the uncertainties, of dealing with risk and ambiguity and following the unwritten rules of the game as there are hardly any precedents left.“

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

[36] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 12; *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 38; *Schneider*, DB 2011, 99 (101).

[37] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 16.

[38] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 12; *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 38.

[39] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 12.

[40] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 13; *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 38; *Schneider*, DB 2011, 99 (101).

[41] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 14; *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 37.

[42] Hier stellt sich auch die Frage nach einer Konkretisierung der Verfügbarkeit „aller“ Informationsquellen, insbesondere vor dem Hintergrund der heute jederzeit verfügbaren modernen Informationstechnologien wie Internetrecherchen und sozialer Medien.

[43] *Sinha/Sinha*, Journal of Technology Management for Growing Economies 11 (2020), 17 (19).

[44] *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 37 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; *Seibt*, DB 2018, 237, (243).

[45] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 14; *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 37; *Seibt*, DB 2018, 237 (243); *Schneider*, DB 2011, 99 (101).

schäftsleiter in der konkreten Entscheidungssituation für entscheidungserheblich halten und deshalb beschaffen würde".[46]

b) Rechtsfolge

Sind die Kriterien der Business Judgment Rule erfüllt, so entsteht eine unwiderlegliche Vermutung für ein pflichtgemäßes Handeln des Geschäftsführers.[47] Trifft der Geschäftsführer eine wirtschaftliche Entscheidung, so unterfällt diese keiner richterlichen Kontrolle – auch eigene wirtschaftliche Entscheidungen des Gerichts an Stelle des Geschäftsführers sind unzulässig.[48]

Sollten die Voraussetzungen für die Business Judgment Rule jedoch verletzt sein, unterliegt die wirtschaftliche Entscheidung des Geschäftsführers der richterlichen Kontrolle.[49] Dies ist beispielsweise der Fall bei der pflichtwidrigen Berücksichtigung eigener Sonderinteressen des Geschäftsführers oder seiner Familienangehörigen.[50]

VI. Fazit und Anmerkungen zur Praxis

Der Anstellungsvertrag eines Geschäftsführers mit einer Komplementär-GmbH einer KG entfaltet Schutzwirkung zugunsten dieser KG. Im Falle eines nicht vorhandenen Anstellungsvertrages reicht auch die Organstellung des Geschäftsführers bei der Komplementär-GmbH für eine Schutzwirkung aus, wenn die Führung der Geschäfte der KG der alleinige Geschäftszweck der GmbH ist[51] oder der Geschäftsführer gleichzeitig Kommanditist der KG ist.[52]

Auch bei einer GmbH & Co. unterfällt der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Business Judgment Rule für Entscheidungen im Rahmen seiner Tätigkeit für die KG.

Die Anwendung der Business Judgment Rule auf die Geschäftsführer einer GmbH & Co. KG ist auch wirtschaftlich relevant, da die zunehmende Komplexität der modernen Geschäftswelt („VUCA") die Führungskräfte der Unternehmen vor ständig wechselnde Herausforderungen stellt. In einem wirtschaftlich unsicheren Umfeld muss zumindest seitens des Gesetzes und der Rechtsprechung gewährleistet sein, dass Geschäftsführer bei ihren Entscheidungen keine haftungsrechtlichen Konsequenzen fürchten müssen, nur weil sich ihre Entscheidungsgrundlage beispielsweise nachträglich als de facto unvollständig erweisen könnte.

Für die Praxis muss daher als klare Handlungsempfehlung gelten, dass Entscheidungen der Geschäftsführer in kritischen Fällen stets ausreichend dokumentiert sein müssen. Die Beweislast, dass das erforderliche Mindestmaß an Informationen zur Entscheidungsbegründung erlangt wurde, liegt

---

[46] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 14 m.w.N.; so auch *Seibt*, DB 2018, 237 (243) m.w.N.

[47] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 10.

[48] *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 33; *Binz/Sorg*, in: Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 12. Aufl. 2018, § 9 Rn. 24; Kritik erfährt die Business Judgment Rule allerdings auch bei *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 9 m.w.N., da sie lediglich besage, dass Entscheidungen von Geschäftsleitern naturgemäß mit Unsicherheiten und Risiken behaftet seien und deren Beweggründe nur eingeschränkt einer richterlichen Bewertung unterworfen wären. Dies mache die Business Judgment Rule redundant.

[49] *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 38.

[50] *Schneider*, DB 2011, 99 (101).

[51] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 99.

[52] *Fest*, WM 2021, 18 (20); BGH WM 2020, 2035 = DB 2020, 2348.

beim Geschäftsführer.[53] Insbesondere die Fragestellungen, wie notwendige Informationen recherchiert wurden und wie auf Grundlage dieser Informationen entschieden wurde, sowie die Gründe der Entscheidung sind nachvollziehbar zu dokumentieren. Dabei empfiehlt es sich, die Möglichkeiten moderner digitaler Archivsysteme auszunutzen, um beispielsweise papierhaften oder elektronischen Schriftverkehr mit Geschäftspartnern oder schriftliche (Vergleichs-)Angebote und Vertragsentwürfe rechtssicher aufzubewahren. Für versendete und empfangene Handelsbriefe gilt die Aufbewahrungsverpflichtung von sechs Jahren nach § 257 HGB.[54] Bei Besprechungen mit Beratern, Vor-Ort-Begehungen oder Messeterminen ist es ratsam für den Geschäftsführer, auch hierüber nachvollziehbare und nachweisbare Dokumentationen anzufertigen. Gerade im Bereich von kleineren und mittleren Unternehmen zeigt die praktische Erfahrung, dass Entscheidungen von den Führungsgremien oftmals eher intuitiv getroffen werden. Dabei gilt es stets zu bedenken, dass die Erfahrungen der Vergangenheit in einem von „VUCA“ geprägten Geschäftsumfeld nicht notwendigerweise auch richtig für die Zukunft sein müssen.[55] Mögen die unterschiedlichen Handlungsalternativen, die einem Geschäftsführer im konkreten Fall zur Auswahl stehen, noch nachvollziehbar sein, so sind es vor allem die Entscheidungsprozesse und deren Begründung, die in der Praxis bei der Dokumentation eher vernachlässigt werden. Dies erschwert in der Folge die Nachvollziehbarkeit, ob genügende Informationen eingeholt wurden. Es wird daher im Einzelfall zu beurteilen sein, ob Dokumentationen ausreichend vorliegen, dass entsprechende Handlungsalternativen sorgfältig ermittelt und abgewogen wurden. Bei Unsicherheiten empfiehlt es sich für den Geschäftsführer, ggf. rechtlichen Rat einzuholen.[56]

Interessant ist die rechtliche Konstruktion der Business Judgment Rule bei der GmbH & Co. KG für Studierende der Rechtswissenschaft insbesondere deshalb, da eine originär aktienrechtlich kodifizierte Regelung über die analoge Anwendung bei der GmbH auch Beachtung bei der kapitalistischen Personengesellschaft in Form einer GmbH & Co. KG findet.

---

[53] *Altmeppen*, in: Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 14; *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 43 Rn. 81; *Schneider*, DB 2011, 99 (101).

[54] Vgl. dazu *Reich/Szczesny/Voß*, in: Heidel/Schall, Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2020, § 257 Rn. 23. Nach der handelsrechtlichen Literatur seien Dokumente, die nicht zum erfolgreichen Zustandekommen eines Handelsgeschäftes geführt hätten, auch nicht aufbewahrungspflichtig. Vor dem Hintergrund der Beweislast des Geschäftsführers im Falle von § 43 Abs. 2 GmbHG empfiehlt sich jedoch eine freiwillige Archivierung in Zweifelsfällen auch von nicht angenommenen (Vergleichs-)Angeboten.

[55] Mit weiteren umfassenden Handlungsempfehlungen für Geschäftsleiter sämtlicher Rechtsformen auch im internationalen Kontext *Sinha/Sinha*, Journal of Technology Management for Growing Economies 11 (2020), 17 (21).

[56] Umfassend zur rechtlichen Beratung bei Entscheidungen unter Unsicherheit *Schneider*, DB 2011, 99 (101).

Strafrechtliche Reform des „Containern“ Eine Bewertung der Änderungsmöglichkeiten

*Long Bui, M. Iur., Münster**

„Containern“,also noch verzehrfähige Lebensmittel aus Abfallcontainern zu holen, kann nach geltender Rechtslage bestraft werden.[1] Doch hierbei wird es wahrscheinlich nicht bleiben. Nicht nur Bundesjustizminister Marco Buschmann will das Strafrecht in den Fokus seiner Arbeit rücken und das „Strafgesetzbuch systematisch durchforsten“;[2] auch Bundeslandwirtschaftsminister Cem Özdemir möchte Änderungen im Strafrecht vornehmen und sagte, „Wer noch verzehrfähige Lebensmittel aus Abfallbehältern retten will, sollte dafür nicht belangt werden.“.[3] Auch Umfragen zufolge sind ca. 80 % der Befragten gegen die Strafbarkeit des „Containern“.[4] Doch wie kann sich die strafrechtliche Handhabung des „Containern“ im Zuge der Reformbestrebungen der Bundesregierung ändern und wie sind die verschiedenen Änderungsmöglichkeiten zu bewerten?

I. Einführung 205
II. Materiell-rechtliche Strafbarkeit 206
1. Tatbestand: Fremdheit der Lebensmittel? 206
a) Verschiedene Szenarien des Eigentumsverzichts 206
b) Änderung des § 959 BGB und Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie 208
2. Rechtswidrigkeit: Notstand gem. § 34 StGB mit Art. 20a GG als Rechtsgut? 209
III. Strafverfolgung 210
1. Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen gem. § 248a StGB 210
2. Absehen von der Verfolgung bei Geringfügigkeit gem. § 153 StPO 211
IV. Bewertung und Ausblick 212

I. Einführung

Bisher gelten nicht mehr verkäufliche Lebensmittel, die Supermärkte zur Entsorgung in (regelmäßig abgeschlossenen) Abfallcontainern lagern, als fremde Sachen, deren Wegnahme als (ggf. besonders schwerer) Diebstahl bestraft werden kann. Um eine Bestrafung zukünftig zu vermeiden, gibt es un-

* Der *Autor* ist Doktorand an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und Wiss. Mitarbeiter sowie Dozent bei einem kommerziellen Repetitorium.

[1] BVerfG NJW 2020, 2953; BayObLG NStZ-RR 2020, 104.

[2] *Unger*, WAZ v. 30.12.2022, abrufbar unter https://www.waz.de/politik/strafrecht-veraltet-justiz-minister-buschmann-aktualisierung-id237259115.html (26.3.2023).

[3] *Özdemir* im Interview mit Rheinische Post, siehe *Strauß*, Rheinische Post v. 3.1.2023, abrufbar unter https://rp-online.de/politik/deutschland/cem-oezdemir-interview-containern-sollte-straffrei-sein_aid-82105643 (26.3.2023).

[4] https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1126022/umfrage/legalisierung-von-containern-in-deutschland/ (17.2.2023); https://politpro.eu/de/deutschland/umfrage/containern-sollte-straffrei-werden-412 (26.3.2023).

terschiedliche Möglichkeiten. So kann der Gesetzgeber entweder materiell-rechtliche Änderungen vornehmen oder neue Vorgaben für die Strafverfolgung treffen.

II. Materiell-rechtliche Strafbarkeit

Im materiell-rechtlichen Straftatbestand ist vor allem die Fremdheit der Lebensmittel ein entscheidender Punkt, der mit einer Gesetzesänderung im BGB entschärft werden kann. Auch die Rechtswidrigkeit bietet jetzt schon einen Anhaltspunkt, der gegen die Strafbarkeit des „Containern“ spricht und eine Gesetzesänderung obsolet machen könnte.

1. Tatbestand: Fremdheit der Lebensmittel?

Zwar handelt es sich bei weggeworfenen Lebensmitteln um bewegliche Sachen,[5] jedoch müssen diese für einen strafbaren Diebstahl auch fremd sein. Fremd ist eine Sache, wenn zumindest auch ein anderer als der Täter Eigentum an ihr besitzt.[6] Obwohl die Fremdheit ein strafrechtliches Tatbestandsmerkmal ist, richten sich die Eigentumsverhältnisse an Sachen nach dem Zivilrecht.[7] Hiernach gehörten weggeworfene Lebensmittel ursprünglich dem Supermarktbetreiber. Doch sollten die Lebensmittel im Zuge einer zivilrechtlichen Dereliktion gem. § 959 BGB herrenlos geworden sein, stünden sie im Zeitpunkt der Inbesitznahme durch Dritte in niemandes Eigentum und wären kein taugliches Tatobjekt eines Diebstahls.[8] Derjenige, der „containert“, würde sogar gem. § 958 Abs. 1 BGB das Eigentum an den Lebensmitteln erwerben. Doch dies setzt voraus, dass der ursprüngliche Eigentümer sein Eigentum aufgegeben hat, wofür wiederum eine Willenserklärung erforderlich ist, auf das Eigentum an den Lebensmitteln zu verzichten. Ob dies der Fall ist, ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei es nicht auf den objektiven Empfängerhorizont, sondern ausschließlich auf den tatsächlichen subjektiven Willen des Eigentümers ankommt.[9]

a) Verschiedene Szenarien des Eigentumsverzichts

Beim möglichen Eigentumsverzicht kann normalerweise zwischen verschiedenen Szenarien differenziert werden: Von einem Verzicht ist regelmäßig auszugehen, wenn dem ursprünglichen Eigentümer das weitere Schicksal seiner Sache gleichgültig ist. Beispielsweise nahm schon das Reichsgericht an, dass Speisereste in Mülleimern herrenlos sein dürften.[10] Gleiches gilt grds. auch für die Gegenstände, die in den Müll entsorgt oder zum Sperrmüll gestellt werden,[11] da Eigentümer „meistens jedes Interesse an ihnen verloren haben“ und der Wille dahingeht, dass „der Müll fortgeschafft wird und ihn nicht mehr belastet“.[12] Daher könne dies in der Regel sowohl durch die zuständige Müll-

[5] Kritisch *Jahn*, JuS 2020, 85 m.w.N.

[6] *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 31.

[7] *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 12; *Böse*, ZJS 2021, 224 (225) sieht keinen Verstoß gegen das Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG) bei der Auslegung des § 242 StGB und des darin enthaltenden Merkmals „fremd“, die sich maßgeblich an der zivilrechtlichen Eigentumslage orientiert.

[8] *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 15 ff.; *Böse*, ZJS 2021, 224 (225).

[9] *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 959 Rn. 3.

[10] RGSt 48, 121, 123.

[11] OLG Stuttgart JZ 1978, 691; LG Ravensburg NJW 1987, 3142; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 15, 17, 18 m.w.N.

[12] LG Ravensburg NJW 1987, 3142 (3143).

abfuhr geschehen als auch durch irgendjemanden, „der mit dem Müll noch irgendetwas anfangen will“.[13] Ausnahmen bestätigen aber die Regel. So kann bei persönlichen Schriftstücken, Bildern eines Künstlers,[14] Bankunterlagen, abgelaufenen Ausweispapieren oder alten Zahlungskarten[15] nicht angenommen werden, dass es dem ursprünglichen Eigentümer egal ist, ob ein beliebiger Dritter sie an sich nimmt und ggf. sogar für sich verwertet. Es ist sogar davon auszugehen, dass der Eigentümer ein Interesse daran hat,[16] die unkontrollierte Verbreitung zu verhindern und daher ausschließlich dem Müllentsorgungsunternehmen die Sachen übereignen möchte, damit dieser sie vernichtet.[17] Die Gründe hierfür können in der Vertraulichkeit der Sachen und in möglichen Rückschlüssen auf das eigene Konsumverhalten liegen.[18] In solchen Fällen verdeutlicht das Hinzustellen zum (Sperr-)Müll auf der Straße, dass ein Eigentümer seine Sachen „vernichtet wissen will“.[19] Die Gleichgültigkeit des Schicksals ist – zugunsten eines anderen Zwecks – auch für Sachen abzulehnen, die in öffentliche Sammelcontainer und -behälter von Hilfsorganisationen gegeben werden.[20] Doch auch für Abfälle, für die der Eigentümer hinsichtlich einer ordnungsgemäßen Entsorgung verantwortlich ist (Bsp. Elektroschrott),[21] wird mit der Bereitstellung zur Abholung in der Regel nicht auf das Eigentum verzichtet.[22] Es kommt dann nämlich geradezu darauf an, dass die Entsorgung durch ein Müllentsorgungsunternehmen durchgeführt wird und eine „unerwünschte Weitergabe an Dritte“ nicht erfolgt.[23] Dies entspricht auch der Idee des Kreislauf-Wirtschaftsgesetzes (KrWG),[24] wonach der Schutz von Mensch und Umwelt bei der Erzeugung und Bewirtschaftung von Abfällen sicherzustellen ist. Auch für Lebensmittel, die nicht mehr verzehrfähig sind oder erscheinen, ist der Wille eines Supermarktbetreibers oft so auszulegen, dass er wegen seiner lebensmittelrechtlichen Verantwortung das Eigentum an den zu entsorgenden Lebensmitteln ausschließlich an den von ihm beauftragten Müllentsorgungsunternehmen übertragen und die Lebensmittel jedenfalls nicht in den freien Verkehr gelangen lassen möchte.[25] Diesbezüglich ergeben sich öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflichten für einen Supermarktbetreiber aus Art. 14 Abs. 1 der VO (EG) 178/2002 (Lebensmittel-Basis-Verordnung). Dieser besagt, dass keine Lebensmittel in Verkehr gebracht werden dürfen, die nicht sicher sind, wovon gem. Art. 14 Abs. 2 VO (EG) 178/2002 auszugehen ist, wenn sie a) gesundheitsschädlich oder b) für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet sind. Kommt ein Supermarktbetreiber der Pflicht nicht nach, kann er sich gem. § 58 Abs. 1 Nr. 2 LFGB strafbar machen. Konsequenterweise müssen diese Lebensmittel als Abfall entsorgt werden, wobei Abfälle gem. § 15 Abs. 2 S. 1 KrWG so zu beseitigen sind, dass das Wohl der Allgemeinheit nicht beeinträchtigt wird, was gem. § 15 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 KrWG der Fall ist, wenn die Gesundheit des Menschen beeinträchtigt wird. Sollten Lebensmittel an sich noch verzehrfähig sein, aber für den Supermarktbetreiber nicht mehr verkehrsfähig erscheinen, riskiert er also lebensmittel- und abfallrechtliche Konsequenzen, wenn er die

[13] LG Ravensburg NJW 1987, 3142 (3143).
[14] LG Ravensburg NJW 1987, 3142.
[15] OLG Hamm BeckRS 2011, 7785.
[16] *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 959 Rn. 3.
[17] *Böse*, ZJS 2021, 224 (226); *Jahn*, JuS 2011, 755.
[18] *Bode*, JA 2016, 589 (590); vgl. *Grziwotz*, MDR 2008, 726 (727).
[19] LG Ravensburg NJW 1987, 3142 (3143); Differenzierung danach, ob Gegenständen auf dem Sperrmüll erkennbar rein persönlicher Natur sind vgl. LG Bonn NJW 2003, 673 (674).
[20] OLG Saarbrücken NJW-RR 1987, 500; BayObLG JZ 1986, 967 (967 f.).
[21] Für ein Dereliktionsverbot aus umweltschutzrechtlichen Abfallvorschriften vgl. OLG Stuttgart JZ 1978, 691.
[22] *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 15 ff.
[23] *Bode*, JA 2016, 589 (590).
[24] Auch die von Supermarktbetreibern zu entsorgenden Lebensmittel sind Abfall i.S.d. § 3 Abs. 1 KrWG.
[25] BayObLG NStZ-RR 2020, 104 (105); *Böse*, ZJS 2021, 224 (226).

Lebensmittel nicht entsorgt und die Entsorgung nicht ausreichend vor der ggf. gesundheitsbeeinträchtigenden Verwertung durch Dritte schützt. Zwar wird im Schrifttum das Argument entgegengebracht, dass der, der weggeworfene Lebensmittel aus Abfallcontainern nimmt und verzerrt, sich in Eigenverantwortung möglichen Gesundheitsrisiken aussetzt und dies nicht mehr dem Supermarktbetreiber zugerechnet werden kann.[26] Allerdings verkennt diese Auffassung, dass der Supermarktbetreiber schon vor einem solchen Vorgang das nachvollziehbare Interesse hat, entsprechende rechtliche Auseinandersetzungen und Prozessrisiken durch die Vernichtung der entsorgten Lebensmittel von Anfang an zu unterbinden.[27] Benutzt ein Supermarktbetreiber für den Schutz der Abfallcontainer sogar ein Schloss, ist auch für Dritte unzweifelhaft erkennbar, dass die Lebensmittel vor unbefugtem Zugriff geschützt werden sollen.[28] Von einer Gleichgültigkeit und einem Eigentumsverzicht kann dann keine Rede sein.[29] Es handelt sich mehr um eine Eigentumsübertragung an das Müllentsorgungsunternehmen, was auch der abfallrechtlichen Überlassungspflicht gem. §§ 7, 15, 17 KrWG (ggü. öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern) oder gem. § 22 KrWG (ggü. beauftragten Dritten) entspricht, wonach der zur Entsorgung bereitgestellte Abfall dem bisherigen Eigentümer zugerechnet wird, bis er bei der Abholung an den Entsorgungsträger übergeht. Da die Lebensmittel nach geltender Rechtslage nicht herrenlos sind, sondern regelmäßig weiterhin im Eigentum des Supermarktbetreibers stehen, bis sie durch ein Müllentsorgungsunternehmen abgeholt werden, sind sie für den, der „containert“, fremd. Fremd sind nach geltender Rechtslage – wenn überhaupt – nur die Lebensmittel nicht, die ein Supermarktbetreiber in öffentlich zugängliche (unverschlossene) Abfallcontainer entsorgt.

b) Änderung des § 959 BGB und Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie

Eine Möglichkeit, den Straftatbestand des Diebstahls zu entschärfen, wäre eine Änderung des § 959 BGB, sodass für in Abfallbehältnisse entsorgte Lebensmittel die Herrenlosigkeit gesetzlich fingiert wird. Wären entsorgte Lebensmittel herrenlos, würden sie für den, der „containert“, mangels Eigentum des Supermarktbetreibers nicht fremd sein. Eine solche Fiktion würde aber intensiv in die Eigentumsfreiheit eines Supermarktbetreibers eingreifen, was einer gewichtigen Rechtfertigung bedarf. Gerechtfertigt wäre der Eingriff jedenfalls nicht schon dadurch, auf die wirtschaftliche Wertlosigkeit der entsorgten Lebensmittel zu verweisen und deshalb die Strafbarkeit des Diebstahls solcher Sachen als unzumutbar zu erachten.[30] Schließlich wird durch Art. 14 Abs. 1 GG nicht nur eine „rein formale, letztliche inhaltsleere Eigentumsposition“, sondern auch das Recht geschützt, wirtschaftliche Interessen wahrzunehmen, „etwa durch den Ausschluss von Haftungs- und Prozessrisiken im Zusammenhang mit dem Verzehr abgelaufener und möglicherweise verdorbener Lebensmittel“.[31] Zwar garantiert Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG grds. die Herrschafts- und Nutzungsbefugnis eines Eigentümers,[32] je-

[26] *Dießner*, StV 2020, 256 (259); *Jäger*, JA 2020, 393 (394 f.); *Jahn*, JuS 2020, 85 (87).

[27] BVerfG NJW 2020, 2953 (2955 Rn. 42); zustimmend *Böse*, ZJS 2021, 224 (226); so auch *Zimmermann*, JZ 2021, 186 (190).

[28] *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 35.

[29] So auch BayOblG NStZ-RR 2020, 104; *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 35; *Vergho*, StraFo 2013, 15.

[30] BVerfG 2020, 2953 (2954 Rn. 33 ff.) sieht keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Strafbarkeit eines Diebstahls wirtschaftlich wertloser Sachen; so auch *Böse*, ZJS 2021, 224 (227 f.); zustimmend *Rennicke*, ZIS 2020, 343 (344).

[31] BVerfG NJW 2020, 2953 (2954 f. Rn. 38 ff.); *Böse*, ZJS 2021, 224 (224).

[32] *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Kommentar, Bd. 2, 83. Lfg., Stand: April 2018, Art. 14 Rn. 146.

doch könnte die Garantie hinter die vom Eigentum untrennbare[33] Sozialpflichtigkeit gem. Art. 14 Abs. 2 GG zurücktreten.[34] In Anbetracht der Entsorgung von noch verzehrfähigen Lebensmitteln kann aus gutem Grund von einer „Verschwendung“ gesprochen werden, die zugunsten der Allgemeinheit verhindert werden kann. Doch es wäre zu einfach, bloß zu fragen, was „das Entwenden von Brot gegen das Verbrennen von Brot“ sei,[35] denn bei der Abwägung zwischen den Befugnissen des Eigentümers und der Sozialpflichtigkeit des Eigentums kann schnell verkannt werden, dass Eigentümer bei der Entsorgung nicht einfach nur von ihren grundrechtlich eingeräumten Befugnissen Gebrauch machen, sondern mit der Entsorgung schon die Sozialpflichtigkeit der in ihrem Eigentum stehenden Lebensmitteln achten. Schließlich erfüllen Supermarktbetreiber mit einer gesicherten Entsorgung auch lebensmittel- und abfallrechtliche Pflichten, die dafür sorgen, dass von ihrem Eigentum keine weiteren Gefahren für die Allgemeinheit ausgehen. Es kann daher sehr wohl einen Unterschied machen, ob Brot entwendet oder verbrannt wird. Die Entsorgung ist somit schon Ausdruck der im GG verankerten Sozialpflichtigkeit, das Eigentum mit Rücksicht auf die Allgemeinheit zu nutzen. Sollte aber der Gesetzgeber erachten, dass die Herrenlosigkeit von Lebensmitteln – oder besser gesagt: es auf das weitere Schicksal von allen Lebensmitteln nicht weiter ankommt – weniger schädlich ist als eine sichere Entsorgung, müsste sich eine solche „Werteverschiebung“[36] wegen des Wesentlichkeitsgrundsatzes[37] ausdrücklich im gesetzgeberischen Willen manifestieren, was beispielsweise durch lebensmittelrechtliche Änderungen der Fall wäre. Die Sozialbindung des Eigentums allein kann jedenfalls keine unmittelbare Pflicht des Supermarktbetreibers begründen, fremden Zugriff auf nicht mehr zu Verkauf bestimmte Lebensmittel zu dulden.[38] Mit der Änderung des § 959 BGB würde der Gesetzgeber zudem intensiver in das Eigentumsrecht eingreifen als es bei einer Änderung von strafrechtlichen Normen der Fall wäre, was an der Erforderlichkeit einer solchen Änderung zweifeln lässt.[39] Vor allem wenn es darum geht, das „Containern“ zukünftig nicht mehr zu bestrafen, ist eine allumfassende Änderung, die auch und primär das Zivilrecht betrifft, zwar gleich geeignet, aber weniger mild als eine rein strafrechtlich bezogene Änderung. Um also der Erforderlichkeit eines Eingriffs in die Eigentumsgarantie gerecht zu werden und eine ausufernde Kasuistik im sachenrechtlichen Regelungskomplex zu vermeiden, sollte von einer Änderung des § 959 BGB abgesehen und der Fokus stattdessen auf strafrechtliche Normen gelegt werden.

2. Rechtswidrigkeit: Notstand gem. § 34 StGB mit Art. 20a GG als Rechtsgut?

Möglicherweise bedarf es sogar keiner Änderung, wenn das „Containern“ ohnehin wegen Notstandes gem. § 34 StGB gerechtfertigt ist. Hier stellt sich die Frage, ob die natürlichen Lebensgrundlagen i.S.d. Art. 20a GG als geschütztes Rechtsgut in Betracht kommen. So werde wegen der gegenwärtigen „Situation der Lebensmittelknappheit, drastisch steigernder Preise und der Ausbeutung der Umwelt durch Massenproduktion“ ersichtlich, dass eine Ressourcenvernichtung durch die Entsorgung noch verzehrfähiger Lebensmittel und eine Bestrafung von Menschen, die Lebensmittel als Form dieser

[33] BVerfGE 37, 132 (140).
[34] Vgl. *Jahn*, JuS 2020, 85.
[35] *Dießner*, Verfassungsblog v. 22.10.2019, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/was-ist-das-entwenden-von-brot-gegen-das-verbrennen-von-brot/ (26.3.2023).
[36] *Fanzutti/Huff*, JA 2022, 383 (385).
[37] BVerfGE 92, 1; BVerfG NVwZ 2015, 510 (515).
[38] *Böse*, ZJS 2021, 224 (228) m.w.N.
[39] Vgl. BT-Drs. 20/4421, S. 7.

Lebensgrundlagen retten wollen, nicht hinnehmbar sei.[40] Zwar muss es sich bei einem notstandsfähigen Rechtsgut nicht um eines mit individualrechtlicher Natur handeln,[41] allerdings ist Art. 20a GG „nur“ als Staatszielbestimmung zu verstehen,[42] die Verfassungsorgane dazu verpflichtet, durch ihr Handeln den Schutz der Lebensgrundlagen zu gewährleisten. Dieser Auftrag ist deshalb auch bei der Auslegung von § 34 StGB zu berücksichtigen, aber kann nicht darüber hinweghelfen, dass zunächst ein garantiertes Rechtsgut gebraucht wird. Da Art. 20a GG ausschließlich den Staat abstrakt zum Handeln verpflichtet, aber nicht auch Individuen, private Wirtschaftsunternehmen oder die Gesellschaft im Ganzen,[43] ist nicht davon auszugehen, dass mit dem staatlichen Schutz von natürlichen Lebensgrundlagen etwas ähnliches gemeint ist wie mit der gegenseitigen Achtung von Leben, Leib, Freiheit, Ehre und Eigentum i.S.d. § 34 StGB. Doch auch für den Fall, dass aus Art. 20a GG ein notstandsfähiges Rechtsgut hergeleitet werden kann, ist wegen der unwesentlichen Auswirkungen einer einzelnen „Container“-Handlung auf die natürlichen Lebensgrundlagen die Geeignetheit und Angemessenheit des Mittels zu bezweifeln.[44] Das „Containern“ kann daher nicht durch einen Notstand gem. § 34 StGB mit den natürlichen Lebensgrundlagen i.S.d. Art. 20a GG als Rechtsgut gerechtfertigt werden.

III. Strafverfolgung

Weil weder eine Änderung bezüglich der Fremdheit zielführend ist noch ein gerechtfertigter Notstand die materiell-rechtliche Strafbarkeit entfallen lässt, bietet es sich eher an, mithilfe der Vorschriften zur Strafverfolgung von einer Bestrafung abzusehen.

1. Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen gem. § 248a StGB

Nach geltender Rechtslage wird ein Diebstahl geringerwertiger Sachen gem. § 248a StGB nur auf Antrag verfolgt, sofern kein öffentliches Verfolgungsinteresse besteht. Die für die Geringwertigkeit maßgebliche Wertgrenze liegt bei ca. 25–50 €.[45] Zwar dürfte der Wert weggeworfener Lebensmittel meist unter 50 € liegen, weil ihr Wert in der Regel niedriger ist als der Wert von noch verkäuflichen Lebensmitteln,[46] aber ob „containerte“ Lebensmittel also geringwertig sind und der Gewahrsamsbruch an ihnen ohne Antrag nicht verfolgt wird, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab und kann daher nicht für alle „Container“-Fälle allgemeingültig beantwortet werden. Hieran knüpft ein von der Fraktion der Linken am 10.11.2022 in den Bundestag eingebrachter Änderungsvorschlag an,[47] wonach § 248a StGB mit einem neuen Abs. 2 so geändert werden soll, dass von der Verfolgung abzusehen sei, „wenn sich die Tat auf Lebensmittel bezieht, die vom Eigentümer in einem Abfallbehältnis, welches der Abholung und Beseitigung durch einen Entsorgungsträger dient, deponiert oder anderweitig zur Abholung bereitgestellt wurden“. Weil das „Containern“ aber regelmäßig mit den Straftatbeständen der Sachbeschädigung und des Hausfriedensbruchs einhergeht und daher oft

[40] BT-Drs. 20/4421, S. 6; auch zur Produktion freigesetzte Treibhausgase und eingesetzte Ressourcen als Bestandteil der von Art. 20a GG geschützten natürlichen Lebensgrundlagen vgl. *Rennicke*, ZIS 2020, 343 (348).

[41] BVerfG NJW 2021, 1723 (1727); BGH NStZ 1988, 558; OLG Naumburg NJW 2018, 2064; OLG Düsseldorf NJW 2006, 630.

[42] *Murswiek*, in: Sachs, GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 20a Rn. 17 f. m.w.N.

[43] *Murswiek*, in: Sachs, GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 20a Rn. 56a.

[44] So auch *Fanzutti/Huff*, JA 2022, 383 (385).

[45] *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 248a Rn. 10 m.w.N.

[46] *Rennicke*, ZIS 2020, 343 (346).

[47] BT-Drs. 20/4421.

auch ein besonders schwerer Fall des Diebstahls gem. § 243 StGB vorliegt, ist von einer Änderung des § 248a StGB abzusehen. Schließlich würde das bei einer Verwirklichung eines Regelbeispiels gesteigerte kriminelle Unrecht mangels Offizialdelikts nicht mehr unbedingt verfolgt werden müssen. Ferner würde die von der Fraktion der Linken vorgeschlagene Ergänzung der Norm nur zu einer unübersichtlichen Kasuistik bei den Eigentumsdelikten führen, wodurch in Zukunft weitere Einzelfallnormierungen im StGB folgen könnten. Um dies zu vermeiden, sollte sich der Gesetzgeber nicht auf § 248a StGB, sondern auf § 153 StPO fokussieren, da diese Norm eine von der Kodifikation losgelöste Handhabung erlaubt, um das „Containern“ weniger/nicht mehr zu bestrafen.

2. Absehen von der Verfolgung bei Geringfügigkeit gem. § 153 StPO

Schon jetzt gibt es gem. § 153 StPO die strafprozessuale Möglichkeit, von einem Verfahren, das ein Vergehen zum Gegenstand hat, abzusehen (Abs. 1) oder es einzustellen (Abs. 2).[48] Sollte bei einem „Container“-Fall die Schuld des Täters gering sein oder kein öffentliches Interesse an der Verfolgung bestehen, haben Staatsanwaltschaft und Gericht bereits ein taugliches Mittel, von einer Bestrafung abzusehen. Durch eine Ergänzung der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV), die als Verwaltungsvorschrift für Justizverwaltungen und Staatsanwaltschaften bindend sind, kann auf das Absehen der Strafverfolgung sogar verpflichtend „von oben“ hingewirkt werden. Angeblich beabsichtigt der RiStBV-Ausschuss der Justizministerkonferenz sogar schon die Einfügung der neuen Ziffer 235a, nach der Verfahren wegen Diebstahls und Diebstahls geringwertiger Sachen von weggeworfenen Lebensmitteln aus Abfallcontainern („Containern“) einzustellen sind.[49] Dies solle aber nicht für Fälle gelten, in denen auch ein „Hausfriedensbruch vorliegt, der über die Überwindung eines physischen Hindernisses ohne Entfaltung eines wesentlichen Aufwands hinausgeht oder gleichzeitig den Tatbestand der Sachbeschädigung erfüllt“.[50] Die Änderung ist also – aus guten Gründen – auf Fälle begrenzt, für die beim „Containern“ nur ein Diebstahl gem. § 242 StGB verwirklicht wird, denn durch einen Hausfriedensbruch oder eine Sachbeschädigung liegt meist auch ein besonders schwerer Fall des Diebstahls gem. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Nr. 2 StGB vor. Eine pauschale Ausweitung des Absehens von der Strafverfolgung würde den unrechtssteigernden[51] Regelbeispielen i.S.d. § 243 StGB nicht gerecht werden können. Eine zwischen § 242 StGB und §§ 243, 123, 303 StGB differenzierte Änderung ist somit grundsätzlich zu begrüßen. Weil aber Supermarktbetreiber lebensmittelrechtliche Haftungsrisiken tragen, liegt es nahe, dass ihre Abfallcontainer weiterhin regelmäßig durch Hindernisse wie Schlösser gesichert bleiben und beim „Containern“ die §§ 123, 303 StGB sowie Regelbeispiele des § 243 StGB verwirklicht werden. Das Absehen von der Strafverfolgung würde trotz der sinnvollen Ergänzung der RiStBV nur eine begrenzte Wirkung entfalten können, sollten keine zusätzlichen Anreize haftungsrechtlicher Natur geboten werden. Außerdem sollte nicht vergessen werden, dass eine faktische Entkriminalisierung durch eine umfassende Ausübung[52] des § 153 StPO dem berechtigten Strafverfolgungsinteresse der Supermarktbetreiber entgegenstehen könnte, was mit Blick auf deren Eigentumsfreiheit nicht unbedenklich ist.[53]

---

[48] Möglichkeit der Einstellung gem. § 153 StPO als weiterer Grund für die Verfassungsmäßigkeit eines weiten Anwendungsbereichs des § 242 StGB vgl. BVerfG NJW 2020, 2953 (2955 Rn. 44 ff.).

[49] *Suliak*, LTO v. 9.1.2023, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/50691/ (26.3.2023).

[50] *Suliak*, LTO v. 9.1.2023, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/50691/ (26.3.2023).

[51] *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 243 Rn. 4 f.

[52] Gefordert von *Schliemann*, KriPoZ 2019, 231 (235).

[53] *Rennicke*, ZIS 2020, 343 (346).

IV. Bewertung und Ausblick

Es wäre theoretisch möglich, ein neues Gesetz oder eine rein auf das „Containern“ zugeschnittene Gesetzesänderung auf den Weg zu bringen. So kann § 959 BGB mit der Fiktion der Herrenlosigkeit von in Abfallbehältnissen entsorgten Lebensmitteln ergänzt werden, jedoch wäre dieser Schritt mit Blick auf die Eigentumsfreiheit von Supermarktbetreibern verfassungsrechtlich nicht unbedenklich. Im Übrigen mindert eine kasuistische Herrenlosigkeit nicht die Haftungsrisiken der Supermarktbetreiber. Sollten also die Lebensmittel nicht mehr fremd sein, kann es zum Paradoxon führen, dass mangels Strafbarkeit sogar mehr Anreize fürs „Containern“ geschaffen werden und zugleich Supermarktbetreiber ihre Container wegen der Haftungsrisiken noch besser verschließen wollen/müssen. Eine alleinige Änderung des § 959 BGB ist somit trotz hoher Eingriffsintensität in die Eigentumsfreiheit nicht geeignet, die Lebensmittelverschwendung einzudämmen. Doch auch eine weitere Fallgruppe für das Absehen der Verfolgung gem. § 248a StPO zu normieren, würde bloß einen überflüssigen Kasuistik-Kreislauf in Gang setzen, der den gewünschten „Blick auf das Wesentliche“[54] versperrt. Vor allem weil der politische Wille darauf zielt, die Bestrafung des ausschließlichen „Containern“ – ohne zusätzliche Verwirklichung eines Hausfriedensbruchs oder einer Sachbeschädigung – zu verhindern, ist es zielführender, eine Änderung bei der praktischen Strafverfolgung vorzunehmen.

Begrüßenswert ist deshalb der gemeinsame Vorschlag von Bundesjustizminister *Marco Buschmann* und Bundeslandwirtschaftsminister *Cem Özdemir*, durch eine Weisung an die Staatsanwaltschaften auf das Absehen von der Verfolgung bei Geringfügigkeit gem. § 153 StPO hinzuwirken, indem eine weitere Ziffer in den für Justizverwaltungen und Staatsanwaltschaften bindenden RiStBV erlassen wird, sodass fortan von „Container“-Verfahren abgesehen wird bzw. sie eingestellt werden, sofern nicht zugleich auch eine Sachbeschädigung oder ein Hausfriedensbruch verwirklicht wurde.[55] Weil es sich um einen politischen Willen handelt, nur eine bestimmte Form des „Containern“ nicht mehr verfolgen zu wollen, bietet sich der Weg über eine Verwaltungsvorschrift hervorragend an. Doch weil Supermarktbetreiber ohne lebensmittelrechtliche Änderungen weiterhin Haftungsrisiken tragen müssen, ist nicht davon auszugehen, dass ihre Abfallcontainer von heute auf morgen geöffnet werden. Das Absehen von der Verfolgung betrifft schließlich nur die, die „containern“. Hierin liegt also kein Anreiz für Supermarktbetreiber, weniger Lebensmittel wegzuwerfen, was mit Blick auf die 11 Mio. Tonnen in Deutschland entsorgte Lebensmittel (2022)[56] eine vertane Chance ist. Ein weiterer sinnvoller Schritt ist also, sich entweder an den in Frankreich bestehenden Regelungen zu orientieren und Supermarktbetreiber zu verpflichten („LOI n° 2016-138 du 11 février 2016“) oder – wie es im Koalitionsvertrag der derzeitigen Regierung vereinbart ist[57] – haftungs- und steuerrechtliche Anreize zu schaffen, nicht mehr verkäufliche, aber verzehrfähige Lebensmittel an zertifizierte Hilfsorganisationen oder Sammelstellen zu spenden[58].[59] Die Einführung solcher Regelungen würde zwar auch in die Eigentumsfreiheit eingreifen, jedoch würde es sich um eine verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung handeln, die sich mit der Sozialpflichtigkeit rechtfertigen ließe.[60] Dadurch

[54] *Unger*, WAZ v. 30.12.2022, abrufbar unter https://www.waz.de/politik/strafrecht-veraltet-justiz-minister-buschmann-aktualisierung-id237259115.html (26.3.2023).

[55] https://www.tagesschau.de/inland/containern-ohne-strafe-101.html (26.3.2023).

[56] https://www.bmel.de/DE/themen/ernaehrung/lebensmittelverschwendung/studie-lebensmittelabfaelle-deutschland.html (26.3.2023).

[57] Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP), S. 36.

[58] Vgl. *Schiemann*, KriPoZ 2019, 231 (235 f.).

[59] So auch *Böse*, ZJS 2021, 224 (229); zustimmend *Rennicke*, ZIS 2020, 343 (348).

[60] So auch *Rennicke*, ZIS 2020, 343 (348).

würde der Gesetzgeber nicht nur erreichen, dass weniger verzehrfähige Lebensmittel entsorgt werden, sondern auch, dass sich die Möglichkeit der strafbaren „Container“-Fälle automatisch reduziert,[61] während die generelle Strafbarkeit des Gewahrsamsbruchs an (bewusst) nicht-herrenlosen Sachen unangetastet bleibt und im Strafrecht selbst eigentlich nicht viel getan werden müsste.

[61] *Rennicke*, ZIS 2020, 343 (348).

Arbeitsunfähigkeit durch Ausübung gefährlicher Sportarten Der Skiunfall des Manuel Neuer vor dem Hintergrund des § 3 EFZG und Grenzen vertraglicher Verbote

*Wiss. Mitarbeiter Nico Halkenhäuser, Stud. iur. Tim Weingärtner, Mannheim**

Die Autoren untersuchen in diesem Beitrag den Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers aus § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG am Beispiel des beim Skitourengehen verunfallten Fußballprofis Manuel Neuer. Hierbei wird das Merkmal des Verschuldens und die Kategorisierung von „gefährlichen Sportarten" näher beleuchtet. Sodann gehen sie auf arbeitsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten eines Verbotes der Ausübung von gefährlichen Sportarten ein. Um einen Mehrwert für die juristische Ausbildung zu schaffen und Klausurwissen aufzufrischen, werden zunächst arbeitsrechtliche Grundsätze untersucht; im Anschluss werden die erörterten Ergebnisse auf den Skiunfall des Manuel Neuer angewendet.

I. Einleitung ... 215

II. Der Entgeltfortzahlungsanspruch des § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG ... 215

1. Voraussetzungen ... 215
2. Insbesondere: Das Merkmal des Verschuldens in § 3 EFZG ... 217
   a) Maßstab ... 217
   b) Zwischenergebnis ... 218
   c) Fallgruppen ... 218
      aa) Besonders gefährliche Sportarten ... 219
      bb) Selbstüberschätzung ... 220
      cc) Verstoß gegen anerkannte Regeln des Sports ... 221
      dd) Zwischenergebnis ... 221
3. Besonderheiten bei Erkrankung im Urlaub ... 222

III. Ausblick: Vertragliches Verbot der Ausübung von gefährlichen Sportarten im Profifußball ... 222

1. Das Verbot der Ausübung gefährlicher Sportarten im Profifußball ... 222
2. AGB-Kontrolle ... 223
   a) Zum Vorliegen allgemeiner Geschäftsbedingungen ... 223
   b) Inhaltskontrolle ... 224
3. Angemessenheitskontrolle nach § 242 BGB ... 226

* *Nico Halkenhäuser* ist Doktorand und Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wirtschafts- und Arbeitsrecht (Prof. *Dr. Friedemann Kainer*), Universität Mannheim. *Tim Weingärtner* ist Studierender und Stud. Hilfskraft ebenda.

4. Rechtsfolgen eines wirksamen Klauselverbotes 226

IV. Schluss 226

I. Einleitung

Manuel Neuer, Stammtorhüter und Kapitän des FC Bayern München und der Fußballnationalmannschaft, ist Anfang Dezember 2022 beim Skitourengehen[1] am Roßkopf in Bayern gestürzt und brach sich dabei einen Unterschenkel.[2] Er wird dadurch voraussichtlich den Rest der Saison verpassen. *Neuer* befand sich zu dieser Zeit im Erholungsurlaub und soll mit Begleitern eine Piste befahren haben, die „schneearm, vereist und zudem buckelig" gewesen sei.[3] Ob das, wie *Lothar Matthäus* findet, „schon fahrlässig"[4] war, wird sich wohl nicht klären lassen. Für einen Moment wird man bei den Verantwortlichen aber sicher darüber nachgedacht haben, ob das rechtliche Konsequenzen, etwa für den Lohnzahlungsanspruch, nach sich ziehen könnte,[5] oder noch viel besser: ob man das Ausüben solcher „gefährlicher Sportarten" direkt vertraglich verbieten kann.

Der folgende Beitrag nimmt dies zum Anlass, Grundlagen über krankheitsbedingte Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG aufzufrischen und die altbekannte Frage zu erneuern, unter welchen Umständen eine sportbedingte Verletzung den Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber suspendieren kann. Dabei soll stets zunächst auf die allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundlagen und im Anschluss auf die Besonderheiten für den Bereich des Profifußballs, am Beispiel von *Manuel Neuer*, eingegangen werden. Im zweiten Teil widmet sich der Beitrag der Frage, inwieweit Fußballvereine von den gesetzlichen Regelungen durch Vertragsgestaltung abweichen können.

II. Der Entgeltfortzahlungsanspruch des § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG

Arbeitnehmern steht im Krankheitsfall ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung aus § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG zu. Es ist zwar umstritten, ob dieser aus § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG unmittelbar folgt[6] oder es sich um eine Modifikation des vertraglichen Anspruchs mit der Folge einer Durchbrechung des § 326 Abs. 1 BGB handelt (Anspruchsgrundlage wäre demnach § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag)[7]. Im Ergebnis spielt dieser Streit aber keine Rolle.[8]

1. Voraussetzungen

Voraussetzungen hierfür gibt es in persönlicher und sachlicher Hinsicht. So muss der Anspruchsteller zunächst Arbeitnehmer sein und die in § 3 Abs. 3 EFZG angeordnete Wartezeit im Betrieb verbracht

---

[1] Skitourengehen ist eine besondere Form des Wintersports auf Skiern, bei der der Sportler abseits „offizieller" Skipisten zunächst den Berg mit Skiern besteigt und dann herunterfährt, https://www.kompass.de/magazin/ratgeber/was-ist-eigentlich-skitourengehen/ (4.3.2023).

[2] https://www.br.de/nachrichten/sport/fc-bayern-neuer-faellt-fuer-rest-der-saison-aus,TPbbnZU (4.3.2023).

[3] https://www.br.de/nachrichten/sport/ski-unfall-manuel-neuer-musste-mit-helikopter-gerettet-werden,TPmj1MP (4.3.2023).

[4] https://www.br.de/nachrichten/sport/schon-fahrlaessig-matthaeus-uebt-kritik-an-neuers-ski-tour,TPpG4eG (4.3.2023).

[5] Vgl. etwa https://www.br.de/nachrichten/sport/jurist-profisportler-wie-neuer-ist-normaler-arbeitnehmer,TPimjxt (4.3.2023).

[6] So *Oetker*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2022, EFZG § 3 Rn. 194.

[7] So *Müller-Glöge*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 3; *Reinhard,* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 45.

[8] *Fischinger*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 511.

haben. Ferner muss der Arbeitnehmer arbeitsunfähig „infolge Krankheit" sein. Der Arbeitnehmer muss außerstande sein, seine Arbeit zu errichten; es genügt aber auch, dass er der Arbeit nur unter der Gefahr eines Krankheitsrückfalls nachgehen könnte.[9] Diese Unmöglichkeit muss monokausal auf eine Krankheit, d.h. einen regelwidrigen Körper- bzw. Geisteszustand[10], zurückzuführen sein.[11] Zu beachten sind Einreden aus § 7 EFZG, die sich (als dilatorische Einrede) auf die Anzeige- und Nachweispflicht des § 5 EFZG respektive (als peremptorische Einrede) auf die Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers beim gesetzlichen Forderungsübergang nach § 6 EFZG beziehen.[12]

Ein Entgeltfortzahlungsanspruch besteht auch, wenn die Arbeitsunfähigkeit auf einem ausschließlichen Verschulden eines Dritten beruht (wenn der Arbeitnehmer beispielsweise angefahren wurde).[13] § 6 Abs. 1 EFZG weist dem Arbeitgeber in diesem Fall aber über eine Legalzession des Anspruchs des Arbeitnehmers Ersatz zu.[14]

Hat hingegen der Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit verschuldet, besteht der Entgeltfortzahlungsanspruch bereits aus § 326 Abs. 2 S. 1 BGB.[15] Dafür kommt es darauf an, ob der Gläubiger der Arbeitsleistung (also der Arbeitgeber) die Unmöglichkeit der Leistungserbringung „allein oder weit überwiegend" verursacht hat. Das kann z.B. der Fall sein, wenn der Arbeitgeber ein nicht den Normen der Betriebssicherheitsverordnung (BetrSichV) entsprechendes, sicheres Arbeitsumfeld geschaffen hat und der Arbeitnehmer sich deshalb verletzt oder verletzt wird. § 326 Abs. 2 S. 1 BGB sollte in einer Klausur daher vor § 3 EFZG geprüft werden.

Der Anspruch besteht nach § 3 EFZG Abs. 1 S. 1 a.E. nur bis zur Dauer von sechs Wochen. Sind Arbeitnehmer danach weiter arbeitsunfähig, wird der Arbeitgeber von seiner Leistungspflicht frei (es gilt dann insoweit wieder die allgemeine Regel: „Kein Lohn ohne Arbeit"). Arbeitnehmer „fallen" dann in das Krankengeld gem. § 44 SGB V. Dabei handelt es sich um eine Entgeltersatzleistung der Krankenkasse, die 70 % des regelmäßigen Brutto-Gehalts bis max. 90 % des Netto-Gehalts zahlt, § 47 Abs. 1 S. 1, S. 2 SGB V. Auch dieser Anspruch ist aber zeitlich begrenzt, § 48 Abs. 1 S. 1 SGB V.

All das gilt freilich nur, soweit die Arbeitsunfähigkeit auf derselben Krankheit beruht. Erkrankt der Arbeitnehmer an einer anderen Erkrankung, die nicht auf demselben Grundleiden beruht, beginnt die Ausschlussfrist neu.[16] Unbefristet wird hingegen der Anspruch aus § 326 Abs. 2 S. 1 BGB gewährt.[17] Hat der Arbeitgeber also „allein oder weit überwiegend" die Arbeitsunfähigkeit verursacht, gilt die Ausschlussfrist des § 3 Abs. 1 S. 1 a.E. EFZG nicht.

Manuel Neuer ist als Angestellter des FC Bayern München Arbeitnehmer des Vereins. Profifußballer erbringen eine unselbstständige Leistung gegen Entgelt und unterliegen dabei den Weisungen des Vereins, insbesondere des Trainers und der Vereinsführung.[18] Damit kommen sie auch in den Genuss des EFZG und des Krankengeldes.

Beim Krankengeld gibt es übrigens Höchstsätze, die sich aus § 47 Abs. 6 SGB V i.V.m. der Verordnung über maßgebende Rechengrößen der Sozialversicherung[19] ergeben: *Manuel Neuer* bekommt

---

[9] *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2022, § 5 Rn. 279.
[10] St. Rspr., vgl. BSGE 100, 119 = NZS 2009, 95; BSG NJW 2011, 1899 (1900 oben).
[11] *Fischinger*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 517 ff.
[12] *Fischinger*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 530.
[13] *Ricken*, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.12.2022, EFZG § 3 Rn. 36.
[14] *Fischinger*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 528 ff.
[15] *Ricken*, in: BeckOK zum Arbeitsrecht, Stand: 1.12.2022, EFZG § 3 Rn. 36; *Reinhard*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 24.
[16] Dazu *Fischinger*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 535 ff.
[17] *Müller-Glöge*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 38.
[18] *Fischinger/Reiter*, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, § 3 Rn. 13.
[19] BGBl. I 2022, S. 2128.

daher nicht etwa einige Millionen im Monat von der Krankenkasse überwiesen,[20] sondern höchstens 116,38 € pro Tag.[21] Und so kann es auch bei gut situierten Menschen zu einem Problem werden, wenn das Einkommen ausfällt, die Fixkosten aber gleichbleiben. Profifußballer und „normale Menschen" schließen daher häufig private Ausfallversicherungen ab.[22]

2. Insbesondere: Das Merkmal des Verschuldens in § 3 EFZG

Die für diesen Beitrag entscheidende Voraussetzung des Entgeltfortzahlungsanspruchs aus § 3 EFZG ist, dass den Arbeitnehmer an seiner Arbeitsunfähigkeit kein Verschulden treffen darf. Gemeint ist dabei kein technisches Verschulden i.S.d. § 276 BGB, sondern ein „Verschulden gegen sich selbst". [23] Erforderlich ist dafür nach der Rechtsprechung des BAG, dass der Arbeitnehmer „in erheblichem Maße gegen die von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhaltensweise verstößt."[24] In der arbeitsrechtlichen Klausur ist das Verschulden stets als eigenes Tatbestandsmerkmal (ggf.) positiv festzustellen.

Während das BAG in früheren Entscheidungen dieser Definition noch beifügte, dass es unbillig sein müsse, den Arbeitgeber mit der Lohnfortzahlungsverpflichtung zu belasten, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit selbst verursacht habe,[25] wird diese Ergänzung heute explizit nicht (mehr) als Tatbestandsmerkmal des § 3 EFZG angesehen.[26]

a) Maßstab

Abzugrenzen ist das Verschulden gegen sich selbst zunächst von § 277 BGB. Nach dieser besonderen Verschuldensmodifikation, die etwa bei Schenkung und Leihe Anwendung findet (§§ 521, 599 BGB), hat der Schädiger nur die „eigenübliche Sorgfalt" (diligentia quam in suis) zu vertreten, es kommt mithin auf seine individuelle Sorgfältigkeit an.[27] Ist jemand generell „tollpatschig", mag dies zu einem Haftungsausschluss gegenüber dem Geschädigten führen.

Anders liegt es hingegen bei § 3 EFZG. Hier ist ein objektiver Maßstab anzulegen, der auf einen durchschnittlichen („verständigen") Menschen abstellt und darauf, wie dieser sich zu seinem eigenen Schutze in einer bestimmten Situation verhalten hätte.[28] Das Verschulden gegen sich selbst i.S.d. § 3 EFZG ist strukturell vergleichbar etwa mit dem Mitverschulden in § 254 Abs. 1 BGB.[29] Beiden wohnt der Grundgedanke der Billigkeit so verstanden inne, dass es in Anbetracht eines Mitverursa-

---

[20] Sein Gehalt soll bei über 20 Millionen Euro im Jahr liegen, https://fcbinside.de/2022/05/24/bericht-neuer-erhaelt-gehaltserhoehung-im-rahmen-seiner-verlaengerung/ (4.3.2023).

[21] https://www.aok.de/pk/leistungen/arbeitsunfaehigkeit/krankengeld/ (4.3.2023).

[22] Vgl. eingehend zur sozialen Absicherung von Sportlern, *Burmann/Jahnke*, NZS 2017, 52; vgl. ferner https://www.90min.de/posts/beispiel-neuer-das-kosten-versicherungen-fur-fussballer-fc-bayern-bundesliga?fbclid=IwAR2wbI1fZyk-8oCrDfyUoPLEwYQEatDlqhOSQi8oCMLkW1UKg5oZYb6PCbw (4.3.2023).

[23] *Fischinger*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 526; allerdings gab es lange Streit über die richtige Auslegung des Verschuldensbegriffs. Die Ansätze reichten etwa von einer Anwendung des § 276 BGB über die Differenzierung nach „Gefahrengeeignetheitsgraden" oder die Beschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Es hat lange gedauert, bis sich die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass der Lohnfortzahlungsanspruch nicht von einem Verschulden gegenüber dem Arbeitgeber, sondern einer Sorgfaltsobliegenheitsverletzung gegenüber sich selbst abhängt, vgl. umfassend zum historischen Streitstand *Künzl*, BB 1989, 62 (63 ff.).

[24] St. Rspr., BAG NJW 2015, 2444 (2445 Rn. 14).

[25] So noch BAG NJW 1983, 2659 (2660).

[26] BAG NJW 2015, 2444 (2445 Rn. 15).

[27] *Stadler*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 277 Rn. 1 ff.

[28] BAG NJW 2015, 2444 (2445 Rn. 14).

[29] *Oetker*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 254 Rn. 3.

chungsbeitrags des Gläubigers Grenzen dessen gibt, was der Schuldner angemessener Weise leisten muss.[30] Dabei gibt es aber keine Rechtspflicht zum Schutz der eigenen Interessen[31] – weder § 254 Abs. 1 BGB noch § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG würden daher den Anspruch des Gläubigers schon deshalb ausschließen, weil einer gefahrgeneigten Tätigkeit nachgegangen wurde oder etwas „unvernünftig" erscheint.

§ 3 EFZG wohnt nach Auffassung des BAG auch eine gesetzlich angeordnete Risikoverteilung zwischen Arbeitgeber und Krankenkasse inne.[32] Hiernach beteiligt sich der Arbeitgeber insoweit an den Kosten des Allgemeinwohls, als er die Krankenkassen für einen Zeitraum von sechs Wochen von der Zahlung von Krankengeld freihält.[33] Dabei handelt es sich im Kern um die rechtspolitische Entscheidung, welche Kosten Arbeitgebern durch den Ausfall von Arbeitskraft entstehen. Man kann darin die unterstützungswürdige Intention erkennen, Anreize für Arbeitgeber zur Schaffung besserer (im Sinne von: nicht krank machender) Arbeitsbedingungen zu setzen.

Diese Wertung spielt auch dann eine Rolle, wenn abzuwägen ist, was dem Arbeitnehmer als Verschulden anzulasten ist. Neben dem Arbeitnehmer, der statt seines Gehalts nur Krankengeld erhält, entstehen dann auch für die Krankenkassen und folglich für den Beitragszahler Kosten.[34]

b) Zwischenergebnis

Erforderlich für ein anspruchsausschließendes Verschulden i.S.d. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG ist nach alledem ein grober Verstoß gegen das Eigeninteresse eines verständigen Menschen; das Verhalten muss sich als besonders leichtfertig oder gar vorsätzlich erweisen.[35] Als leitendes Merkmal (aber nicht selbstständige Voraussetzung) lässt sich dabei der Frage nachgehen, was dem Arbeitgeber billigerweise zugemutet werden kann. Dabei ist aber zugunsten des Arbeitnehmers in Betracht zu nehmen, dass der Entgeltfortzahlungsanspruch keine Wohltätigkeit des Arbeitgebers, sondern einerseits verpflichtender Beitrag zum Gemeinwohl und andererseits Ausgleich dafür ist, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft langfristig dem Arbeitgeber zur Verfügung stellt.

c) Fallgruppen

Weil sich die Subsumtion unter die Frage, was ein „besonders leichtfertiges" Verhalten ist, trotz der Wertungsanreicherung in den meisten Fällen weiterhin schwierig gestaltet, hat die Rechtsprechung typisierende Fallgruppen gebildet.

Für diesen Beitrag entscheidend ist die Fallgruppe der Sportverletzungen.[36] Hier ist zunächst noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass § 3 EFZG auch der Gedanke der Risikoverteilung zwischen Arbeitgebern und Krankenkassen innewohnt. Für die Krankenkassen und damit das Gemeinwohl ist

---

[30] Für § 254 BGB, BGH NJW 1997, 2234 (2235 a.E.); für § 3 EFZG ist die Billigkeit zwar ausdrücklich kein Tatbestandsmerkmal, die Norm trägt den Gedanken aber gleichwohl in sich. Die Korrektur der älteren Rspr. in BAG NJW 2015, 2444 (2445 Rn. 15) erfolgte auf Grund einer gedanklichen Anreicherung um den Aspekt des Gemeinwohls, der in § 3 EFZG angelegt ist. Das Urteil betont vielmehr den „Gedanken" der Billigkeit. *Ricken*, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.12.2022, EFZG § 3 Rn. 34, bezeichnet die Korrektur daher richtigerweise als „begriffliche Klarstellung".

[31] Vgl. *Oetker*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 254 Rn. 3.

[32] BAG, Urt. v. 26.10.2016 – 5 AZR 167/16 = BeckRS 2016, 110297 Rn. 37.

[33] BAG NJW 2015, 2444 (2445 Rn. 15).

[34] Vgl. BAG NJW 2015, 2444 (2445 Rn. 15).

[35] BAG NZA 2017, 240 (242 Rn. 36); BAG NJW 2015, 2444 (2445 Rn. 14); *Müller-Glöge*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 36; *Reinhard*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 23.

[36] Eingehend *Reinhard*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 26 ff.

sportliche Betätigung der Bevölkerung äußerst erstrebenswert. Sport zu treiben ist, trotz eines gewissen immanenten Verletzungsrisikos,[37] gesund und verhindert zahlreiche Erkrankungen, die sowohl Arbeitgeber als auch Krankenkassen signifikant höhere Kosten verursachen würden.[38] Es kann daher nicht prinzipiell zum Nachteil des Arbeitnehmers gereichen, dass er (auch intensiv) Sport treibt.[39]

Das BAG hat im Wesentlichen drei Fallgruppen herausgebildet, in denen diese Prämisse nicht gilt: Es liege ein Verschulden vor, wenn a) einer „besonders gefährlichen Sportart" nachgegangen wird (siehe unten a)), die sportliche Betätigung die individuellen Fähigkeiten und Kräfte des Arbeitnehmers deutlich übersteigt (siehe unten b)) oder der Arbeitnehmer gegen anerkannte Regeln der jeweiligen Sportart verstößt (siehe unten c)).[40]

aa) Besonders gefährliche Sportarten

Die erste angesprochene Kategorie, die „besonders gefährlichen Sportarten", ist zugleich die umstrittenste, um nicht zu sagen: überflüssigste. Das BAG vermochte es nämlich bis heute nicht, überhaupt eine solche Sportart zu markieren.[41] Selbst das Drachenfliegen[42] soll keine sein.[43] In der Instanzgerichtsbarkeit wurde zwar etwa Kickboxen[44] als solche angesehen. Andere Instanzgerichte lehnen aber bereits die Figur der besonders gefährlichen Sportarten ab.[45]

Eine besonders gefährliche Sportart sei jedenfalls dadurch zu charakterisieren, dass das ihr immanente Verletzungsrisiko so groß sei, dass auch ein gut ausgebildeter Sportler unter Beachtung sämtlicher (Sicherheits-)Regeln des Sports dieses Risiko nicht abwenden könne,[46] sich also „unbeherrschbaren Gefahren"[47] aussetze. So gesehen sei schon die Aufnahme einer Tätigkeit, die mit solchen Risiken einhergeht, „leichtsinnig und unvernünftig und damit schuldhaft im Sinne der Lohnfortzahlungsbestimmungen"[48].

Jedenfalls mit dem heutigen Verständnis muss aber betont werden, dass Leichtsinn und Unvernunft für sich betrachtet gar nicht dazu geeignet sind, einen Verschuldensvorwurf i.S.d. § 3 EFZG zu begründen. Erforderlich ist schließlich ein *besonders leichtfertiges* Verhalten.[49] Und es ist kein trag-

---

[37] Zur Verletzungsstatistik vgl. den Gesundheitsbericht „Sportunfälle" des Landes Nordrhein-Westfalen, 2004, S. 5, abrufbar unter https://www.lzg.nrw.de/_php/login/dl.php?u=/_media/pdf/service/Pub/gesundheitsindikatoren/sportunfaelle.pdf (4.3.2023).

[38] *Henke/Luig/Schulz*, Sportunfälle im Vereinssport in Deutschland, Bundesgesundheitsblatt 2014, 628 (629), abrufbar unter https://www.researchgate.net/publication/262637631_Sportunfalle_im_Vereinssport_in_Deutschland_Aspekte_der_Epidemiologie_und_Pravention#pfa (4.3.2023).

[39] Vgl. schon BAG NJW 1958, 1204 (1205).

[40] BAG, Urt. v. 7.10.1981 – 5 AZR 338/79, Rn. 17 (juris) = BAGE 36, 371 (373) = NJW 1982, 1014 (1014); *Vogelsang*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 10. Aufl. 2022, EFZG § 3 Rn. 60; *Ricken*, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.12.2022, EFZG § 3 Rn. 46 f.; *Otto/Bieder*, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2020, 2. Teil Rn. 558.

[41] *Greiner*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, § 80 Rn. 60.

[42] Gemeint ist hier nicht das Steigenlassen eines „Drachen", sondern die Sportart, bei der Menschen sich in ein flugfähiges Gestell spannen und bspw. von Berggipfeln losfliegen, vgl. die Informationen des Deutschen Gleitschirm- und Drachenflugverband e.V., https://www.dhv.de/fliegenlernen/drachenfliegen/ (4.3.2023).

[43] BAGE 36, 371 = NJW 1982, 1014 (Ls. 1).

[44] ArbG Hagen, Urt. v. 15.9.1989 – 4 Ca 648/87 = NZA 1990, 311.

[45] Etwa LAG Saarland, Urt. v. 9.7.1975 – 2 Sa 15/75ArbG = BeckRS 1975, 31132178; kritisch auch LAG München, Urt. v. 20.2.1979 – 3 (4) Sa 1065/77 = BB 1979, 1453.

[46] ArbG Hagen (Westfalen), Urt. v. 15.9.1989 – 4 Ca 648/87, Rn. 56 (juris).

[47] BAG, Urt. v. 7.10.1981 – 5 AZR 338/79, Rn. 12 (juris) = BAGE 36, 371 (374) = NJW 1982, 1014 (1014).

[48] BAG, Urt. v. 7.10.1981 – 5 AZR 338/79, Rn. 12 (juris) = BAGE 36, 371 (374) = NJW 1982, 1014 (1014).

[49] BAG NZA 2017, 240 (242 Rn. 36); BAG NJW 2015, 2444 (2445 Rn. 14); *Müller-Glöge*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 36; *Reinhard*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 23.

fähiges Argument, dass die Aufnahme einer bestimmten Sportart die „bewusste und gewollte Überschreitung des allgemeinen Lebensrisikos“[50] sei und dies den Verschuldensvorwurf begründe.[51] Es ist schon gar nicht klar, welche Tätigkeiten vom „allgemeinen Lebensrisiko“ erfasst sind. Die tödlichste „Sportart“ in Deutschland ist schließlich die Betätigung im Haushalt; Sportunfälle sind dagegen völlig unwesentlich.[52] Auch dogmatisch kann dieses Argument nicht verfangen, denn mit einer solchen Begründung eröffnete man eine Gefährdungshaftung.[53] Es käme dann nämlich nicht mehr darauf an, ob der Sportler in der konkreten Situation etwas falsch gemacht hat, sondern allein darauf, dass er überhaupt dem Sport nachgegangen ist. Gefährdungshaftungen, etwa § 7 Abs. 1 StVG, § 32 GenTG oder §§ 25, 26 AtG knüpfen nicht an ein individuelles Verschulden, sondern die abstrakte Gefährlichkeit einer bestimmten Verhaltensweise an und folgen dem Gedanken der „Gefahrenschaffung und -beherrschung“[54]. Bei § 3 EFZG geht es aber, wie gezeigt, um die Prüfung einer individuellen Sorgfaltsverletzung, also um ein subjektives Zurückbleiben hinter den objektiven Anforderungen, die man von einer Person zu ihrem eigenen Schutz erwarten kann. Ebenfalls würde die Annahme dazu führen, dass der Arbeitgeber seine Freizeitgestaltung nach einem unbestimmten Rechtsbegriff ausrichten müsste, was mit der besonderen Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers nicht zu vereinbaren ist.[55] Das Konzept der „besonders gefährlichen Sportart“ ist daher abzulehnen.[56]

bb) Selbstüberschätzung

Ein Verschulden gegen sich selbst soll auch vorliegen, wenn sich der Arbeitnehmer sportlich in einer Weise betätigt, die seine Kräfte und Fähigkeiten deutlich übersteigt. Verlangt wird, dass der Sport die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers erheblich übersteigt und ihm dies bewusst sein müsste.[57] Anhaltspunkte dafür können sein, dass der Arbeitnehmer schon in der Vergangenheit bei diesem Sport Verletzungen erlitten hat oder bei „übertrieben häufiger“ sportlicher Betätigung.[58] Für die Beurteilung, ob es sich um eine Tätigkeit handelt, die die individuellen Kräfte und Fähigkeiten deutlich übersteigt, kommt es beispielsweise darauf an, wie lange und häufig der Arbeitnehmer diesem Sport schon nachgegangen ist und welche körperliche Konstitution er aufweist.[59] Einem Ski-Anfänger wird man es deshalb u.U. als selbstverschuldet auslegen können, wenn er direkt die schwarze Piste fährt und dabei verletzt wird.[60]

---

[50] *Künzl*, BB 1989, 62 (65 a.E.)

[51] So aber *Gerauer*, NZA 1994, 496.

[52] Statistisches Bundesamt, Sterbefälle nach Unfallkategorien 2021, https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Todesursachen/Tabellen/sterbefaelle-unfaelle.html (4.3.2023).

[53] *Houben*, SpuRt 2000, 185 (188).

[54] *Houben*, SpuRt 2000, 185 (188).

[55] *Greiner*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, § 80 Rn. 60.

[56] Kritisch auch *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2022, § 5 Rn. 282 a.E., der folgerichtig nurmehr von „älteren Urteilen“ spricht und diese Fallgruppe nicht mehr zählen lässt; vgl. ferner *Greiner*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, § 80 Rn. 60; *Reinhard*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 26; generell für nur individuelle Betrachtungen auch *Müller-Glöge*, in: MüKoBGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 40 und *Vogelsang*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 10. Aufl. 2022, EFZG § 3 Rn. 61.

[57] BAG NJW 1958, 1204 (1205).

[58] *Glaser*, in: Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2021, § 24 Rn. 44 a.E.

[59] Vgl. LAG Saarland NZA-RR 2003, 568 (569).

[60] *Reinhard*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, EFZG § 3 Rn. 26; im „Drachenflug-Fall“ hat das BAG etwa betont, dass der Sportflieger ein „durchtrainierter Sportler und besonders qualifizierter Drachenflieger“ sei, BAG, Urt. v. 7.10.1981 – 5 AZR 338/79, Rn. 27 (juris) = BAG NJW 1982, 1014 (1015).

In die Beurteilung einzubeziehen sind demgemäß etwa Alter, Trainingsstand, allgemeiner Gesundheitszustand, Ausdauer, Geschicklichkeit und sportliche Veranlagung.[61] Waren eines oder mehrere dieser konstitutionellen Merkmale offensichtlich ungeeignet, der konkreten Betätigung nachzugehen und musste der Arbeitnehmer dies erkennen, handelte er schuldhaft i.S.d. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG.

cc) Verstoß gegen anerkannte Regeln des Sports

Endlich soll es sich um eine selbstverschuldete Krankheit handeln, wenn der Arbeitnehmer bei der sportlichen Betätigung gegen anerkannte Regeln des jeweiligen Sports verstoßen hat. Erforderlich ist aber auch hier nicht bloße Fahrlässigkeit, sondern ein leichtsinniger Verstoß in „besonders grober Weise“[62]. Für das Drachenfliegen hat das BAG etwa als Regeln identifiziert, dass ein serienmäßig gebauter und überprüfter Drache und nur an besonders dafür zugelassenen Hängen verwendet werde, der Flugkörper geprüft und gesichert sei, „besonders riskantes Fliegen“ unterlassen und die Windrichtung und -stärke berücksichtigt werde.[63] Anknüpfungspunkt kann auch sein, dass der Sport auf einer offensichtlich ungeeigneten, weil verkehrsunsicheren Anlage, betrieben wird.[64]

Letzteres Indiz könnte im Fall von *Manuel Neuer* zu diskutieren sein. Nach den Ausführungen der zuständigen Bergwacht Schliersee, die ihn nach seinem Sturz geborgen und mit dem Helikopter ins Krankenhaus geflogen hat, sei die Piste wegen ausgebliebenen Neuschnees vereist und daher „bockhart“ gewesen.[65] Der Südhang, an dem *Neuer* verunglückt ist,[66] sei steil und daher auch „bei guten Verhältnissen nicht ohne“. Die Strecke soll zum Zeitpunkt des Unfalls „schneearm, vereist und bucklig“ gewesen sein.[67] Insoweit darf man durchaus die Frage stellen, ob unter solchen Bedingungen Skitouren mit noch vertretbarem Risiko absolviert werden können. Für die Subsumtion unter dieses Merkmal wäre es aber zunächst erforderlich, dass für das Skitourengehen anerkannte Regeln aufgestellt sind.[68] Ferner käme es dann auf die Gesamtumstände des Einzelfalls an, die hier nicht abschließend beurteilt werden können.

dd) Zwischenergebnis

Nach alledem sind die ursprünglich drei Fallgruppen, bei denen die Rechtsprechung von einem Verschulden i.S.d. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG ausgeht, wohl auf zwei zu reduzieren. Zu unbestimmt und auch mit der Systematik des Verschuldenserfordernisses unvereinbar ist die Kategorie der „besonders gefährlichen Sportarten“. In der Klausur ist es freilich dennoch ratsam, hierauf kurz einzugehen.

Die Fallgruppe der Selbstüberschätzung ist indes deutlich ergiebiger. Entscheidend muss hier stets sein, ob der Sportler nach seiner körperlichen Konstitution, seinem Trainingsstand und seiner

---

[61] Vgl. LAG Bayern BB 1972, 1324 (Ls. 2); LAG München BB 1979, 1453 (1454); *Houben*, SpuRt 2000, 185 (188).

[62] BAG, Urt. v. 7.10.1981 – 5 AZR 338/79, Rn. 17 (juris) = BAGE 36, 371 (373) = BAG NJW 1982, 1014 (1014).

[63] BAG, Urt. v. 7.10.1981 – 5 AZR 338/79, Rn. 25 (juris) = BAGE 36, 371 (373) = BAG NJW 1982, 1014 (1015).

[64] *Linck*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl. 2021, § 98 Rn. 34 a.E.

[65] https://www.merkur.de/lokales/region-miesbach/schliersee-ort29415/vier-verletzte-in-einer-woche-bergwacht-schliersee-skitourengeher-am-rosskopf-91967640.html?itm_source=story_detail&itm_medium=interaction_bar&itm_campaign=share&fbclid=IwAR0zppiCZuI—qJqZKT1nhR25LKTCKKb2zqzZG-hN_Ym5AjYyQwcODpZRJY (4.3.2023).

[66] https://www.merkur.de/lokales/region-miesbach/schliersee-ort29415/vier-verletzte-in-einer-woche-bergwacht-schliersee-skitourengeher-am-rosskopf-91967640.html?itm_source=story_detail&itm_medium=interaction_bar&itm_campaign=share&fbclid=IwAR0zppiCZuI—qJqZKT1nhR25LKTCKKb2zqzZG-hN_Ym5AjYyQwcODpZRJY (4.3.2023).

[67] https://www.merkur.de/lokales/region-miesbach/schliersee-ort29415/manuel-neuer-ski-unfall-am-spitzingsee-tour-keeper-torwart-fc-bayern-war-nationaltorhueter-91969283.html (4.3.2023).

[68] Vgl. im Ansatz: https://www.alpenverein.de/der-dav/presse/pressemeldungen/skitouren-so-ist-man-mit-wenig-risiko-unterwegs_aid_30755.html (4.3.2023).

Vorerfahrung davon ausgehen durfte, die konkrete sportliche Betätigung mit vertretbarem Risiko ausüben zu können. Gleiches gilt für Verstöße gegen anerkannte Regeln des Sports. Wer sich besonders grob über die zur sicheren Betätigung aufgestellten Sportregeln hinwegsetzt, geht in unvertretbarer Weise Risiken ein, die eine Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber unbillig erscheinen lassen.

Begegnet man in einer Klausur einem solchen Sportunfall, sollte man die Grundsätze des Verschuldensbegriffs des § 3 EFZG darstellen, darf sich dann aber auf die etablierten Fallgruppen des BAG beziehen und am Einzelfall die Umstände auslegen und unter die Fallgruppen subsumieren.

3. Besonderheiten bei Erkrankung im Urlaub

Manuel Neuer ist in seinem Erholungsurlaub zwischen Weltmeisterschaft und Saisonauftakt in München verunfallt. Für seinen Entgeltfortzahlungsanspruch macht dies aber, wie generell für Arbeitnehmer, keinen Unterschied. Gem. § 9 BurlG werden sogar die Tage, welche der Arbeitnehmer arbeitsunfähig durch Krankheit ist, nicht auf den Jahresurlaub angerechnet. Wer also im Erholungsurlaub erkrankt, muss durch Nachweis mit ärztlichem Zeugnis nicht seinen Urlaub „opfern". Und es gelten auch für die Zeit des Erholungsurlaubs keine besonderen Verhaltenspflichten des Arbeitnehmers, mit Ausnahme des Verbots der anderweitigen Erwerbstätigkeit in § 8 BurlG. Aus der Norm geht zwar hervor, dass der Gesetzgeber von einem bestimmten „Urlaubszweck", nämlich der Erholung des Arbeitnehmers (vgl. die Formulierung in § 1 BUrlG) ausgeht.[69] Wie diese Erholung auszusehen hat, ob der Arbeitnehmer also nur „zuhause rumsitzt", verreist oder Sport treibt, ist aber ihm überlassen.

III. Ausblick: Vertragliches Verbot der Ausübung von gefährlichen Sportarten im Profifußball

Nach alledem ist die gesetzliche Regelung für sportunfallbedingte Krankheitsfälle und den Entgeltfortzahlungsanspruch dargelegt. Der Anspruch aus § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG ist auch nicht disponibel, die Parteien können ihn also nicht zulasten des Arbeitnehmers abbedingen, § 12 EFZG.

Weil Fußballspieler wie *Manuel Neuer* also regelmäßig einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung haben, selbst wenn sie bei privaten sportlichen Betätigungen mit nicht unerheblichem Verletzungsrisiko verunfallt sind, dürfte man sich als FC Bayern München vielleicht fragen, wie man dem Spieler so etwas anderweitig verbieten kann. In Frage kommen dafür besondere Klauseln in den Lizenzspielerverträgen (den Arbeitsverträgen).

Fußballvereine reglementieren zahlreiche Lebensbereiche der Spieler, so auch die sportliche Betätigung in der Freizeit.[70] Für den in vielerlei Hinsicht speziellen Arbeitsrechtsbereich des Profifußballs (im Berufsfußball sind z.B. Vertragsbefristungen außerhalb der Regelungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes regelmäßig zulässig)[71] sind auch hier mit Rücksicht auf die Besonderheiten der Branche vertragliche Modifikationen durchaus denkbar.[72]

1. Das Verbot der Ausübung gefährlicher Sportarten im Profifußball

Im Grundsatz besteht für Arbeitsverträge, wie im übrigen Zivilrecht, die aus den Art. 12, 2 Abs. 1 GG folgende Vertragsfreiheit, sodass den Vertragsparteien der Inhalt des Arbeitsvertrages obliegt, soweit nicht zwingendes Gesetz entgegensteht (beispielsweise § 12 EFZG).

---

[69] *Lampe*, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.12.2022, BurlG § 1 Rn. 5.
[70] *Fischinger/Reiter*, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, § 8 Rn. 153 ff. m.w.N.
[71] Dazu ausführlich *Fritschi*, SpuRt 2017, 90; ferner *Stopper/Dressel*, NZA 2018, 1046.
[72] Beispiele dafür bietet *Fischinger/Reiter*, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, § 7 Rn. 45.

Will ein Fußballverein seinen Spielern nun die Ausübung (bestimmter) gefährlicher Sportarten untersagen, kämen dafür beispielsweise folgende Varianten in Betracht:[73]

> *Variante 1*: „Das Ausüben von gefährlichen Sportarten ist dem Spieler untersagt."
> *Variante 2*: „Das Ausüben von gefährlichen Sportarten ist dem Spieler untersagt. Die Wirksamkeit dieses Verbotes bedarf einer gesonderten Einwilligung des Spielers."
> *Variante 3*: „Das Ausüben von gefährlichen Sportarten durch den Spieler während der laufenden Saison bedarf der vorherigen Genehmigung des Vereines, der hierüber nach billigem Ermessen (§ 315 Abs. 1 BGB) zu entscheiden hat. Als gefährliche Sportarten gelten solche mit einem besonders hohen Verletzungsrisiko, wie (Drachenfliegen und Skitourengehen). Folge Sportarten sind vom Begriff der gefährlichen Sportart ausgenommen: _____."

Der vertraglichen Gestaltung des Verbotes von Risikosport sind, neben Arbeitnehmerschutzgesetzen wie dem EFZG, vor allem durch die allgemeine Angemessenheitskontrolle Grenzen gesetzt. Letztere findet bei Formulararbeitsverträgen im Rahmen der AGB-Kontrolle (§§ 307 ff. BGB), im Übrigen über § 242 BGB statt.[74]

2. AGB-Kontrolle[75]

a) Zum Vorliegen allgemeiner Geschäftsbedingungen

Die Klauseln könnten der AGB-Kontrolle i.R.d. §§ 305 ff. unterliegen. Hierzu müssen zunächst AGB i.S.d. § 305 BGB vorliegen, was der Fall ist, wenn die Klausel eine vorformulierte Vertragsbedingung ist, die einseitig vom Verwender für eine Vielzahl von Verträgen vorgesehen ist. Handelt es sich um einen Verbrauchervertrag, genügt nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB schon die einmalige Verwendung.[76] Bei Arbeitsverträgen handelt es sich ganz regelmäßig um solche Verbraucherverträge.[77]

In der *Variante 1* handelt es sich unzweifelhaft um eine AGB. In den *Varianten 2 und 3* ist das fraglich. In *Variante 2* wird die Wirksamkeit der Klausel (vermeintlich) zur Disposition gestellt. Sie sieht einen Einwilligungsvorbehalt vor, der Spieler muss dieser Klausel also ausdrücklich und neben der Gesamtunterschrift unter dem Vertrag zustimmen. Die Klausel könnte dann nicht mehr einseitig gestellt, sondern beidseitig vereinbart worden sein. Würde es sich folglich nicht um eine AGB handeln, wäre eine Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB nicht möglich. Hierfür spricht die Möglichkeit des Arbeitnehmers, über die Aufnahme der Regelung in den Vertrag durch gesonderte Erklärung zu entscheiden. Er könnte sie theoretisch auch ablehnen. Es handelt sich aber trotz der Wahlmöglichkeit weiterhin um eine einseitig vom Verwender vorformulierte Bedingung, womit der Wortlaut des § 305 Abs. 1 BGB erfüllt ist und die damit auch nicht das Merkmal des „Aushandelns" i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB erfüllt.[78] Entscheidend ist auch hier, ob eine der Parteien einseitig die Einbeziehung der Klausel

[73] In Anlehnung an die Vorschläge von *Fischinger/Reiter*, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, § 8 Rn. 173 ff.
[74] *Fischinger*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 206.
[75] Umfassend zur AGB-Kontrolle in der Klausur *Möhrke*, ZJS 2015, 31.
[76] Gegen die Annahme des Arbeitsvertrages als Verbrauchervertrag: *Jacobs*, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.12.2022, BGB § 307 Rn. 32.
[77] *Fischinger*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 210; a.A. *Jacobs*, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.12.2022, BGB § 307 Rn. 32.
[78] Vgl. ebenso *Jacobs*, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.12.2022, BGB § 305 Rn. 27.

verlangt hat,[79] was unzweifelhaft der Fall ist: Der Sportler selbst hat gar kein Interesse daran, seinen Freiheitsbereich zu beschränken. Ebenfalls sind hier die Wertungen des Arbeitsrechtes zu beachten, § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB: Der Arbeitnehmer könnte wegen der sozialen Bedeutung seines Arbeitsverhältnisses zur Einwilligung in die vom Arbeitgeber gestellten Formulierungen gedrängt sein. Dieses Problem wird jemand wie *Manuel Neuer* vermutlich nicht haben, Jungprofis vor Abschluss ihres ersten Lizenzspielervertrags aber ganz regelmäßig schon.

Ein ähnliches Problem stellt sich in *Variante 3*, wo zwar nicht die Klausel selbst unter Einwilligungsvorbehalt steht, aber eine individuelle Vereinbarung über die erfassten gefährlichen Sportarten getroffen wird. So hätte der Sportler große Möglichkeiten, seinen individuellen Freiheitsbereich zu bestimmen und die Wirkungen der Klausel für ihn abzumildern. Es gilt aber auch hier das bereits Gesagte: Es kommt wesentlich auf den Einzelfall an,[80] ob es sich also beispielsweise um einen etablierten Fußballstar (bzw. dessen Berater) handelt, der tatsächlich gleichberechtigt über den Inhalt der Klausel verhandelt, oder um einen Jungprofi, dem Bedingungen diktiert werden.

b) Inhaltskontrolle

Sind die AGB nach den §§ 305 Abs. 2–305 c BGB außerdem wirksam Bestandteil des Vertrages geworden („Einbeziehungskontrolle"), so hat die Klausel der Inhaltskontrolle nach den §§ 307–309 BGB standzuhalten. Vorrangig sind hierbei die spezielleren §§ 309, 308 BGB zu prüfen.[81] Verstößt die Klausel nicht gegen einen dieser Katalogtatbestände, so findet eine Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB statt: Eine Vertragsbedingung ist dann unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.[82] In § 307 Abs. 2 Nrn. 1, 2 BGB konkretisiert der Gesetzgeber in einer Zweifelsregelung genauer, wann eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen ist. Diese sind in der Klausur ebenfalls vor dem Grundtatbestand des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB zu prüfen.

Ebenfalls gilt es erneut, die Besonderheiten des Arbeitsrechtes zu beachten, § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB. Welche dies sind, ist bisher nur in Grundzügen geklärt.[83] Allgemein gilt festzuhalten, dass dies nicht nur die rechtlichen Besonderheiten des Arbeitsrechtes betrifft, sondern auch die tatsächlichen Sachumstände und Begebenheiten des Arbeitslebens (wie die Machtasymmetrie zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer).[84]

Fraglich ist zunächst, ob die Klauseln in der *Variante 1 und 2* einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307–309 BGB standhalten. Verstöße gegen die Klauselverbote der §§ 309, 308 BGB sind nicht ersichtlich, es handelt sich wegen ihrer Üblichkeit auch nicht um überraschende Klauseln i.S.d. § 305c BGB.[85] In Betracht kommt aber ein Verstoß gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, weil die Klauseln nicht festlegen, was eine gefährliche Sportart ist. Wie oben ausgeführt, ist eine solche Definition auch nur schwer möglich. Für den Sportler ist es unmöglich, sein Verhalten nach der

---

[79] *Becker*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 305 Rn. 27; *Möhrke*, ZJS 2015, 31 (33).

[80] Wegen der Anwendung des § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB auf Arbeitsverträge, *Fischinger*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 224.

[81] *Möhrke*, ZJS 2015, 31 (35).

[82] Welche Anhaltspunkte für eine unangemessene Benachteiligung herangezogen werden können, hat der Unionsgesetzgeber in den Erwägungsgründen der Richtlinie 93/13/EWG („Klausel-RL") näher konkretisiert, wobei diese Richtlinie originär nicht für Arbeitsverträge gelten sollte, vgl. Abl. Nr. L 95 v. 21.4.1993, S. 30.

[83] *Fischinger*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 207; vgl. *Jacobs*, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.12.2022, BGB § 310 Rn. 20.

[84] Vgl. *Fischinger*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 207.

[85] Vgl. *Fischinger/Reiter*, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, § 8 Rn. 173.

Klausel auszurichten; im Zweifel müsste er fast jeden Sport unterlassen, was ersichtlich nicht zielführend für Berufsfußballer sein kann. Ohne Konkretisierung des Begriffs der gefährlichen Sportart ist wohl von der Unwirksamkeit so formulierter Klauseln auszugehen.[86]

Die Klauseln könnten auch unwirksam gem. § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB sein. Das ist der Fall, wenn sie dem Grundgedanken des § 3 EFZG widersprechen. Wie gezeigt, führt der kategorische Ausschluss gefährlicher Sportarten im Ergebnis zu einer Gefährdungshaftung, die mit dem individuellen Verschuldenscharakter des § 3 EFZG nicht in Einklang zu bringen ist. Die Klausel soll allerdings auch nicht die Entgeltfortzahlung suspendieren (das könnte sie gem. § 12 EFZG auch nicht), sondern sieht im Regelfall eine Vertragsstrafe bei Zuwiderhandeln vor.[87] Und es ist auch hier zu berücksichtigen, dass der Berufssport insoweit eine Sonderstellung einnimmt, als der körperliche Zustand des Spielers die für das Arbeitsverhältnis besonders entscheidende „Ware" ist. Weil Fußballvereine zudem für die Spieler – teils gigantomanische – Ablösesummen zahlen und der Ausfall eines Spielers entsprechend teuer ist, mag man ihnen auch ein schutzwürdiges Interesse am Erhalt der Arbeitskraft des einzelnen Spielers zugestehen. Die Klausel widerspricht folglich nicht dem Grundgedanken des § 3 EFZG und ist daher nicht nach § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

Denkbar ist aber, dass die Klauseln nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB wegen einer unangemessenen Benachteiligung entgegen den Grundsätzen von Treu und Glauben unwirksam sind.[88] Das ist der Fall, wenn „der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen"[89]. Vorzunehmen ist daher eine Abwägung der Gesamtumstände des Einzelfalls. Auch hier ist zugunsten des Arbeitgebers festzuhalten, dass er ein legitimes Interesse am Erhalt der Arbeitskraft seiner Spieler hat – sowohl finanziell als auch ideell (in Form gewonnener Trophäen o.ä.). Für den Spieler bedeutet die Klausel aber, vor allem wenn man den Begriff der „gefährlichen Sportart" extensiv auslegt, eine krasse Einschränkung seiner grundrechtlich garantierten Privatsphäre. Je nachdem, wie weit der Anwendungsbereich gezogen wird, könnten dem Spieler so sehr viele sportliche Betätigungen verboten werden. Dass Sport für Berufssportler indes einen wesentlichen Teil ihrer Persönlichkeit ausmacht, muss nicht erläutert werden. Es spricht auch hier viel für die Unzulässigkeit der Formulierung in *Variante 1* und *2*.[90]

Bei *Variante 3* stellt sich das Problem nur deutlich abgeschwächt dar. Spieler und Verein handeln, jedenfalls in der Theorie, individuell aus, welche Sportarten nicht als gefährlich gelten. Das ist mit der Vertragsfreiheit unproblematisch möglich. Hier besteht kein Konflikt mit dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, weil der Arbeitnehmer durch die Individualvereinbarung bestimmen kann, welchen Sportarten er nachgehen darf. Er kann dementsprechend in einem Umkehrschluss (und durch Auslegung der sonstigen Klausel) ableiten, welchem Sport er besser nicht nachgehen sollte. Und auch der grundsätzliche Einwand gegen die Bestimmung gefährlicher Sportarten verfängt hier nur zum Teil. Wenn es dem Arbeitnehmer in den Verhandlungen freisteht, seine bevorzugten Sportarten vom Definitionsbereich auszunehmen, gerät er – bei vertragsgemäßem Verhalten – nicht in eine Gefährdungshaftung. Übt er freigegebene Sportarten aus, kommt es wiederum nur auf seine individuelle Sorgfalt im Einzelfall an, unabhängig von der abstrakten Gefährlichkeit der Sportart. Zu-

[86] Ebenso *Fischinger/Reiter*, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, § 8 Rn. 175.

[87] Ein Verstoß stellt eine Pflichtverletzung aus dem Arbeitsverhältnis dar, die regelmäßig mit einer Vertragsstrafe sanktioniert wird, vgl. *Fischinger/Reiter*, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, § 8 Rn. 28 ff.

[88] Dazu *Möhrke*, ZJS 2015, 31 (36).

[89] BGH NJW 2001, 2331.

[90] Vgl. *Fischinger/Reiter*, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, § 8 Rn. 173 ff.

letzt greift die vertragliche Regelung weniger intensiv in die Privatsphäre des Spielers ein, weil sich das Verbot lediglich auf die Zeit des aktiven (Pflicht-)Spielbetriebs erstreckt und damit eine zeitliche Relation zur Hauptleistungspflicht des Spielers einhält.[91] Man kann daher von der grundsätzlichen Wirksamkeit einer solchen Klausel ausgehen, wiederum abhängig von den Umständen des Einzelfalls.

3. Angemessenheitskontrolle nach § 242 BGB

Liegen keine AGB vor, etwa weil die Parteien Klauseln mit Einwilligungsvorbehalt bzw. Aushandlungsvereinbarung geschlossen haben und dabei echte „Waffengleichheit" bestand, ist der Anwendungsbereich der §§ 307 ff. BGB versperrt. Es kommt eine Angemessenheitskontrolle lediglich über § 242 BGB in Betracht, wobei die Anforderungen an die Unwirksamkeit hierbei höher sind.[92] Voraussetzung ist eine strukturelle Störung der Vertragsparität, bei der eine Seite ungewöhnlich stark belastet wird.[93] Auf die grundsätzlich wirksame Formulierung in *Variante 3* hat es daher keinen Einfluss, ob über § 307 BGB oder § 242 BGB kontrolliert wird.

In *Variante 2* wird es wesentlich auf den Einzelfall ankommen. Auch im Rahmen der allgemeinen Angemessenheitskontrolle nach § 242 BGB ist nämlich ein Mindestmaß an Transparenz erforderlich.[94] Dem Vertragspartner muss jedenfalls klar oder zumindest erkennbar sein, welchen Sportarten er nachgehen kann und welchen nicht. Ohne Konkretisierung des Begriffs der gefährlichen Sportart wird eine solche Klausel auch der Angemessenheitskontrolle nach § 242 BGB wohl nicht standhalten.

4. Rechtsfolgen eines wirksamen Klauselverbotes

Auf den Entgeltfortzahlungsanspruch hat all dies keine Auswirkungen, der Anspruch aus § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG lässt sich durch vertragliche Regelungen nicht zulasten des Arbeitnehmers modifizieren. Möglich sind aber Vertragsstrafen, § 339 S. 1 BGB, die für einen pauschalisierten Ausgleich des erlittenen Schadens sorgen.[95] So kann der Arbeitgeber jedenfalls mittelbar auf die Aktivitäten des Sportlers, der Vertragsstrafen vermeiden will, steuernd einwirken. Auch hinsichtlich der Vertragsstrafe selbst gilt es aber, die Gebote von Transparenz sowie Treu und Glauben zu beachten: Hierbei ist insbesondere die Höhe der Vertragsstrafe relevant, die in jedem Fall nicht zu einer Nivellierung des gesetzlichen Anspruches aus dem EFZG führen darf.[96]

IV. Schluss

Trotz der umfassenden Kasuistik, die sich zum Komplex sportunfallbedingter Arbeitsunfähigkeiten und die Auswirkungen auf den Entgeltfortzahlungsanspruch gebildet hat, ist die Beurteilung des „Verschuldens" in § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG weiterhin in hohem Maße wertungsgeprägt. Der Anspruch des Arbeitnehmers steht nicht losgelöst im Raum, sondern ist eingebunden in ein rechtspolitisches Korsett, das berechtigterweise in die Abwägung einzubeziehen ist.

---

[91] Zum Prinzip der wellenartig auf- und absteigenden Pflichtenintensität des Spielers: *Fischinger/Reiter*, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, § 8 Rn 165.

[92] *Böttcher*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2022, § 242 Rn. 138.

[93] *Fischinger*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, Rn. 229.

[94] Vgl. *Coester-Waltjen*, AcP 190 (1990), 23 ff.

[95] Dabei muss die Klausel § 309 Nr. 6 BGB standhalten. Das wird aber regelmäßig der Fall sein, vgl. *Fischinger/Reiter*, Das Arbeitsrecht des Profisports, 2021, § 8 Rn. 28; *Müller-Glöge*, in: Erfurter Kommentar zum BGB, 23. Aufl. 2023, § 345 Rn. 6.

[96] Vgl. *Müller-Glöge*, in: Erfurter Kommentar zum BGB, 23. Aufl. 2023, § 345 Rn. 10a.

Für Arbeitgeber (insbesondere solche im Profifußball) sind vertragliche Gestaltungen zum Erhalt der Arbeitskraft ihrer Spieler schwierig, aber nicht unmöglich. Wie wohl immer im (Arbeits-)Recht kommt es dafür aber entscheidend auf den Einzelfall an. Die Fans des FC Bayern München hoffen nun auf eine schnelle Genesung ihres Kapitäns. Wenigstens um seinen Entgeltfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall müssen sie sich nach diesem Beitrag aber keine Gedanken mehr machen.

Der Weg des Verwaltungsakts

*Dr. Sebastian Schlingloff, LL.M., Dortmund**

Im juristischen Studium wird regelmäßig zentral vermittelt, wie sich der Ablauf eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens darstellt. Auch in Klausursituationen ist in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle zu begutachten, ob ein Rechtsstreit vor den Verwaltungsgerichten Aussicht auf Erfolg hat. Klassischerweise werden in diesem Zusammenhang die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts bzw. das Vorliegen eines entsprechenden Anspruchs geprüft, wobei der Dreischritt aus Ermächtigungs-/Anspruchsgrundlage, formeller Rechtmäßigkeit und materieller Rechtmäßigkeit Gegenstand der Begutachtung ist. Recht stiefmütterlich werden dabei die internen Abläufe der tätigen Behörde behandelt: Meist handelt „die zuständige Bauaufsicht" oder die Entscheidung erfolgt „nach ordnungsgemäßer Anhörung". Der vorliegende Beitrag möchte daher den Ablauf eines Verwaltungsverfahrens innerhalb der Behörde darstellen und soll in diesem Zusammenhang den Weg eines Verwaltungsakts von der erstmaligen Kenntnisnahme der Behörde bis zur (ggf. nötigen) zwangsweisen Durchsetzung skizzieren. Wenn landesrechtliche Normen einschlägig sind, liegt der Fokus des vorliegenden Beitrags auf Nordrhein-Westfalen.

I. Begriff und Maximen des Verwaltungsverfahrens 229

1. Nichtförmlichkeit des Verwaltungsverfahrens 229
2. Hinweis-, Unterrichtungs- und Beratungspflichten 229
3. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 230

II. Der Beginn des Verwaltungsverfahrens 231

1. Der Grundsatz: Das pflichtgemäße Ermessen (§ 22 S. 1 VwVfG) 231
2. Das notwendige Tätigwerden von Amts wegen (§ 22 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 VwVfG) 231
3. Das Handeln aufgrund eines Antrags (§ 22 S. 2 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG) und das zu unterlassene Handeln mangels eines notwendigen Antrags (§ 22 S. 2 Nr. 2 VwVfG) . 232
4. Wer wird tätig? Zur Frage der Zuständigkeit 232

III. Die Ermittlung des Sachverhalts 233

IV. Die Ausübung des behördlichen Ermessens 233

1. Kommt der Behörde ein Ermessensspielraum zu? 233
2. Wie ist das Ermessen auszuüben? 234

V. Der Weg zum Bürger: Form- und Fristvorschriften 235

VI. Tatsächliche Durchsetzung des Verwaltungsakts 236

VII. Fazit 236

* Der *Verf.* ist Städtischer Verwaltungsdirektor bei der Stadt Dortmund.

I. Begriff und Maximen des Verwaltungsverfahrens

§ 9 VwVfG enthält die Legaldefinition des Verwaltungsverfahrens und stellt klar, dass das Verwaltungsverfahren u.a. die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden darstellt, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsakts gerichtet ist. Das VwVfG enthält dabei verschiedene Grundsätze des Verfahrens, die im gesamten Verfahren zu beachten sind. Da diese Maximen grundsätzliche Bedeutung für die Arbeit der Behörde und für das Verhältnis zwischen Behörde und Bürger innerhalb des Verwaltungsverfahrens haben, sollen sie im Folgenden vorab dargestellt werden.

1. Nichtförmlichkeit des Verwaltungsverfahrens

§ 10 VwVfG gibt die Grundsatzentscheidung vor, dass das Verwaltungsverfahren grundsätzlich an keine bestimmte Form gebunden ist, sondern einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen ist. Die Formfreiheit gilt nur insoweit, als dass keine besonderen Rechtsvorschriften eine bestimmte Form vorsehen. Die Kommunikation zwischen Bürger und Behörde kann daher in jeder denkbaren Form (im persönlichen Gespräch, per Brief, per Telefax, per E-Mail, telefonisch etc.) erfolgen. „Besondere Rechtsvorschriften“ i.S.d. § 10 S. 1 VwVfG enthält z.B. das VwVfG selbst, indem es in § 14 Abs. 1 S. 3 VwVfG die Schriftform der Vollmacht voraussetzt oder in § 37 VwVfG verschiedene Regelungen über die Form trifft. Weitere besondere Formvorschriften finden sich z.B. in §§ 70 Abs. 1, 74 Abs. 2 S. 1 BauO NRW (Schriftform des Bauantrags und der Baugenehmigung).

Um die elektronische Kommunikation und den entsprechenden Zugang zu Behörden zu vereinfachen, sieht § 3a VwVfG die grundsätzliche Möglichkeit zur Übermittlung elektronischer Dokumente vor. Für die Behörden des Bundes sieht § 2 EGovG Bund die Pflicht zur Eröffnung eines Zugangs für die Übermittlung elektronischer Dokumente vor. Die Landesgesetzgeber sind diesem Ansatz gefolgt (z.B. § 3 EGovG NRW, § 2 EGovG BW, Art. 3 BayEGovG, § 4 EGovG Bln).

2. Hinweis-, Unterrichtungs- und Beratungspflichten

§ 25 Abs. 1 und 2 VwVfG legen der Behörde Beratungs- und Auskunftspflichten auf. So hat sie die Beteiligten (dieser Begriff ist in § 13 VwVfG definiert) nach § 25 Abs. 1 VwVfG auf Fehler oder Ungenauigkeiten in den von ihnen eingereichten Anträgen bzw. Erklärungen hinzuweisen sowie die im Sinne der Beteiligten notwendigen Ergänzungen, Berichtigungen und Klarstellungen anzuregen und die Beteiligten ggf. entsprechend zu belehren. Zudem sind die Beteiligten über ihre Rechte und Pflichten im konkreten Verfahren aufzuklären. Diese Pflichten treffen die Behörde, sobald sich ihr der Eindruck aufdrängen muss, dass Anträge oder Erklärungen versehentlich oder aus Unkenntnis unterblieben oder unrichtig abgegeben sind. Der Umfang der solcherart entstehenden Hinweis- und Belehrungspflicht richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls; dabei sind die Komplexität des Verfahrens, der Wissens- und Kenntnisstand der Beteiligten sowie seine (fehlende) Erfahrung im Umgang mit Behörden zu berücksichtigen.[1] So wird die Behörde beispielsweise an einen Jungunternehmer, der erstmals eine Erlaubnis nach § 2 GastG beantragt, andere Maßstäbe anlegen müssen als an einen erfahrenen Gastronomen, der bereits mehrere Gaststätten im Gemeindegebiet unterhält. Keinesfalls kann die Behörde aber fehlende Unterlagen direkt zum Anlass nehmen, den Antrag aus formellen Gründen abzuweisen; erst wenn der Beteiligte sich auch nach entsprechender Beratung

[1] *Herrmann*, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2023, § 25 Rn. 6.

durch die Behörde weigert, entsprechende zweckdienliche Korrekturen vorzunehmen oder ergänzende Unterlagen beizubringen, kann die Behörde nach der vorliegenden Aktenlage entscheiden.[2]

§ 25 Abs. 2 S. 1 VwVfG verpflichtet die Behörde zudem, den Antragsteller ggf. bereits vor der Einreichung des Antrags darüber aufzuklären, welche Nachweise und Unterlagen von ihm beizubringen sind. Die als „Soll-Vorschrift" ausgestaltete Regelung des § 25 Abs. 2 S. 2 VwVfG verpflichtet die Behörde dazu, dem Antragsteller die Vollständigkeit der Antragsunterlagen zu bestätigen und über die voraussichtliche Verfahrensdauer zu informieren.

Daneben haben die Beteiligten das Recht, Einsicht in die das Verfahren betreffenden Akten zu nehmen, soweit dies zur Geltendmachung oder Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen erforderlich ist (§ 29 VwVfG).

Im juristischen Studium sehr präsent dürfte schließlich die Norm des § 28 VwVfG sein: Danach muss ein Beteiligter zuvor angehört werden, sofern der zu erlassende Verwaltungsakt in dessen Rechte eingreifen soll. Wie auch bereits die vorgenannten Vorschriften ist diese Regelung letztlich eine Ausprägung des fairen Verfahrens, welche dem Beteiligten die Geltendmachung und Wahrung seiner Interessen gewährleisten soll. In diesem Zusammenhang darf darauf hingewiesen werden, dass die oft zu lesende Ansicht, die bloße Äußerung des Beteiligten in einem etwaig folgenden Gerichtsverfahren könne eine zuvor unterbliebene Anhörung heilen, in dieser Pauschalität nicht zutreffend ist.[3] Vielmehr dürfte es für eine wirksame Nachholung einer zuvor unterbliebenen Anhörung im gerichtlichen Verfahren notwendig sein, dass der Betroffene durch die Verwaltungsbehörde ausdrücklich aufgefordert wird, ihr gegenüber nachträglich zu den wesentlichen Fragen Stellung zu nehmen. Dieser Vorgang sollte, um dies explizit zu machen, auch ausdrücklich als Anhörung bezeichnet werden.[4]

3. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG[5] ergibt sich u.a. das Prinzip der Verhältnismäßigkeit (auch als „Übermaßverbot" bekannt). Diesem liegt der Gedanke zugrunde, dass staatliche bzw. behördliche Maßnahmen nicht unbegrenzt und unbegründet sein dürfen, sondern ihre Rechtfertigung in einem bestimmten Zweck haben und sich an diesem Zweck in ihrem Umfang und Ausmaß messen lassen müssen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit soll damit sicherstellen, dass staatliche Maßnahmen begrenzt sein müssen, damit der Bürger der staatlichen Gewalt nicht unbegrenzt und willkürlich ausgeliefert ist.[6] Das Übermaßverbot ist daher in jedem Stadium des Verwaltungsverfahrens zu beachten und stellt entscheidende Leitlinien für das Handeln der Verwaltung auf.

---

[2] *Kallerhoff/Fellenberg*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 25 Rn. 42.

[3] BVerwG NVwZ 2018, 268 (269); *Schneider*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 3. Lfg., Stand: August 2022, VwVfG § 28 Rn. 84.

[4] *Herrmann*, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2023, VwVfG § 28 Rn. 48.

[5] In Art. 20 GG selbst wird der Rechtsstaat nicht genannt. Dennoch wird das Prinzip des Rechtsstaats regelmäßig aus Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. Art. 20 GG abgeleitet: *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 98. Lfg., Stand: März 2022, Art. 20 Rechtsstaat Rn. 1.

[6] *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 98. Lfg., Stand: März 2022, Art. 20 Rechtsstaat Rn. 109.

II. Der Beginn des Verwaltungsverfahrens

Das Verwaltungsverfahren ist kein Selbstzweck, sondern ist auf ein Ergebnis gerichtet: Es soll regelmäßig geprüft werden, ob die Voraussetzungen für den Erlass eines Verwaltungsakts vorliegen. Für den Beginn eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens kann es zwei Anknüpfungspunkte geben: Einerseits kann die zuständige Behörde von Amts wegen ein Verfahren beginnen, andererseits kann auch der Antrag eines Bürgers die Aufnahme eines entsprechenden Verfahrens einleiten.[7] In jedem Fall ist es denknotwendige Voraussetzung, dass die Behörde auf einen Sachverhalt aufmerksam wird bzw. von ihm Kenntnis erlangt, um in einem geordneten Verwaltungsverfahren darauf reagieren zu können. Diese Kenntnis kann auf fast jede denkbare Art und Weise erfolgen: So können Mitarbeitende der Bauaufsicht im Rahmen eines Ortstermins auf einen Schwarzbau aufmerksam werden, ein Bürger kann einen Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung stellen oder ein erboster Anwohner kann die Behörde darauf aufmerksam machen, dass sein Nachbar in seinem Garten eine Laube errichtet hat und um bauordnungsrechtliche Überprüfung bitten. Aufgrund dieser Kenntnis der Behörde erfolgt sodann die (ggf. zunächst behördeninterne) Entscheidung, mit dem Verfahren zu beginnen.[8] Eine entscheidende Weichenstellung dahingehend enthält § 22 VwVfG, der zwischen den verschiedenen Arten der Einleitung des Verfahrens differenziert.

1. Der Grundsatz: Das pflichtgemäße Ermessen (§ 22 S. 1 VwVfG)

Den Regelfall des behördlichen Tätigwerdens stellt die in § 22 S. 1 VwVfG enthaltene Offizialmaxime dar: Die Behörde wird danach aus eigener Entschließung tätig (Entschließungsermessen). Die Norm räumt der Behörde ein Ermessen hinsichtlich ihres Tätigwerdens ein (Opportunitätsprinzip) und eröffnet der Behörde somit die Möglichkeit, auf den ihr bekannt gewordenen Sachverhalt zu reagieren. Es steht der Behörde damit offen, ob sie nach der pflichtgemäßen Ausübung ihres Ermessens ein Verwaltungsverfahren einleitet oder ob sie sich dagegen entscheidet.[9]

2. Das notwendige Tätigwerden von Amts wegen (§ 22 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 VwVfG)

§ 22 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 VwVfG stellt eine Ausnahme von dem soeben genannten Grundsatz dar: Anstelle des im Opportunitätsprinzip enthaltenen Ermessens, muss die Behörde in dem Fall, in dem sie eine Norm zu einem Handeln von Amts wegen verpflichtet, auch tätig werden (Legalitätsprinzip). Es liegt in diesen Fällen eine Ermessensreduzierung auf Null vor. Eine entsprechende Verpflichtung wird regelmäßig aus dem jeweils einschlägigen Fachrecht stammen: So legen beispielsweise § 35 Abs. 1 S. 1 GewO, § 15 Abs. 1 und 2 GastG und § 45 Abs. 1 WaffG der Behörde die Pflicht auf, in der Sache tätig zu werden.

Der Begriff „Rechtsvorschriften“ in § 22 S. 2 VwVfG umfasst dabei Gesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen. Auch sog. „Soll“-Vorschriften stellen Rechtsvorschriften i.S.d. § 22 S. 2 VwVfG dar, wenn sie die Behörde materiellrechtlich zum Eingreifen verpflichten und Anhaltspunkte für die Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes vorliegen. Die Frage, ob die Tatbestandsvoraussetzungen wirklich vorliegen, ist sodann im Rahmen des einzuleitenden Verwaltungsverfahrens zu klären.[10]

---

[7] *Gerstner-Heck*, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2023, § 9 Rn. 12 f.
[8] *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 9 Rn. 105.
[9] *Heßhaus*, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2023, § 22 Rn. 5 f.
[10] *Engel/Pfau*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar, 2. Aufl. 2019, § 2 Rn. 24.

3. Das Handeln aufgrund eines Antrags (§ 22 S. 2 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG) und das zu unterlassene Handeln mangels eines notwendigen Antrags (§ 22 S. 2 Nr. 2 VwVfG)

Die sog. Dispositionsmaxime im Verwaltungsverfahren beinhaltet den Gedanken, dass bestimmte Verwaltungsverfahren nur auf einen Antrag hin eingeleitet werden. Klassischerweise handelt es sich dabei um Verfahren, die Genehmigungen, Erlaubnisse oder Zulassungen zum Gegenstand haben.

§ 22 S. 2 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG legt dabei fest, dass der Behörde kein Ermessen hinsichtlich der Einleitung eines Verwaltungsverfahrens nach § 22 S. 1 VwVfG zusteht, wenn sie aufgrund eines Antrags tätig werden muss (z.B. muss die Baubehörde tätig werden, wenn ein Bauantrag bei ihr eingeht, §§ 70, 71 BauO NRW). Spiegelbildlich dazu kann sie nach § 22 S. 2 Nr. 2 VwVfG auch nicht einfach ohne Antrag tätig werden, wenn ein solcher notwendige Bedingung für die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens ist (die Baubehörde kann daher nicht die mögliche Bebauung eines Grundstücks „ins Blaue hinein“ prüfen, sondern ist an einen konkreten Bauantrag des Eigentümers gebunden).

4. Wer wird tätig? Zur Frage der Zuständigkeit

Sachverhalte in der juristischen Ausbildung gehen regelmäßig davon aus, dass die zuständige Behörde tätig wird. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass die konkret zuständige Stelle im Einzelfall schwer zu ermitteln sein und dieses Wissen im Studium nicht vorausgesetzt werden kann. Dabei ist die Frage nach der Zuständigkeit und die Ermittlung derselben kein Ausdruck einer (in der allgemeinen Wahrnehmung oft belächelten) reflexartigen Abwehrhaltung der Mitarbeitenden der öffentlichen Verwaltung. Vielmehr sind in den verschiedenen Organisationseinheiten z.B. einer Kommunalverwaltung regelmäßig Spezialisten vorhanden, die eine effektive Bearbeitung der einzelnen Anliegen gewährleisten. So werden in einem Bauamt Bauingenieure arbeiten, in einem Gesundheitsamt Ärzte und in einem Rechtsamt Juristen. Die genaue Aufteilung und personelle Ausstattung ist dabei von der Größe der jeweiligen Kommune, von dem finanziellen Spielraum und von den organisatorischen Entscheidungen des Hauptverwaltungsbeamten abhängig. Die zuständige Stelle zu bestimmen, ist demnach (auch) die Frage nach der inhaltlichen Kompetenz der handelnden Organisationseinheit. Schon vor dem Hintergrund der Tatsache, dass z.B. die Kommunen in ihrem Gebiet ausschließliche und eigenverantwortliche Träger der öffentlichen Verwaltung sind (vgl. § 2 GO NRW), ist die Organisation der (Kommunal-)Verwaltung an den Maßstäben der Effektivität und Effizienz auszurichten. Letztlich ist eine solche sachgerechte Organisation bereits als Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips angezeigt.

Im Grundsatz statuiert z.B. § 2 GO NRW, dass die Gemeinden auf ihrem Gebiet die ausschließlichen und eigenverantwortlichen Träger der öffentlichen Verwaltung darstellen. Dem Bürgermeister in NRW kommt dabei ein umfassendes Organisationsrecht zu: Er kann Organisationseinheiten (z.B. Ämter oder Referate) schaffen, abschaffen, zusammenlegen oder neu gliedern.[11] In diesem Zusammenhang werden auch interne Zuständigkeiten festgelegt und z.B. in einem Geschäftsverteilungsplan niedergelegt, so dass innerhalb einer Kommunalverwaltung stets klar ist, welche Einheit für welche Art von Anträgen etc. zuständig ist.

Weil demnach die Feststellung der Zuständigkeit vom Wissen über die konkrete Behördeneinrichtung der jeweiligen Gebietskörperschaft abhängt, hier aber keine juristischen Probleme erscheinen, begnügen sich Klausuren typischerweise mit der Unterstellung, dass von der Zuständigkeit auszugehen ist.

---

[11] *Oebbecke*, NWVBl. 2013, 469 (470); *Heinisch*, in: BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 1.12.2022, GO NRW § 62 Rn. 36.

III. Die Ermittlung des Sachverhalts

§ 24 Abs. 1 VwVfG legt der zuständigen Behörde die Pflicht zur Amtsermittlung hinsichtlich des entscheidungsrelevanten Sachverhalts auf. Grundsätzlich hat die Behörde daher alle relevanten Umstände, die sie ihrer Verwaltungsentscheidung zugrunde legen will bzw. aufgrund etwaiger gesetzlicher Vorgaben zugrunde zu legen hat, selbst festzustellen[12] und muss alle für den Einzelfall bedeutsamen Umstände berücksichtigen, unabhängig davon, ob sie für die Beteiligten günstig oder ungünstig sind (§ 24 Abs. 2 VwVfG). In der behördlichen Praxis erfolgt die notwendige Erforschung des Sachverhalts durch die Hinzuziehung der in § 26 Abs. 1 VwVfG (nicht abschließend) aufgeführten Beweismittel. § 26 Abs. 2 VwVfG statuiert in diesem Zusammenhang, dass die Beteiligten bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken und z.B. Tatsachen oder Beweismittel angeben „sollen". Einzelne gesetzliche Grundlagen legen auch erweiterte Mitwirkungspflichten der Bürger fest: So sind z.B. mit dem Bauantrag auch alle für die Beurteilung des Bauvorhabens und die Bearbeitung des Bauantrags erforderlichen Unterlagen (Bauvorlagen) einzureichen (§ 70 Abs. 2 BauO NRW). Andere Normen legen wiederum fest, dass die Behörde im Rahmen ihrer Amtsermittlung bestimmte Umstände in jedem Fall ermitteln muss: So hat die Behörde im Rahmen der Prüfung der Erlaubnis eines Bewachungsgewerbes mindestens die in § 34a Abs. 1 S. 5 GewO aufgezählten Auskünfte und Stellungnahmen einzuholen.

Die Pflicht zur Amtsermittlung und der Untersuchungsgrundsatz verleihen der Behörde freilich nicht unbegrenzte Möglichkeiten des Erkenntnisgewinns. Bereits aus dem oben genannten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss es Grenzen der Ermittlung des Sachverhalts geben, an die die Behörde gebunden ist. Für einschneidende Befugnisse gegenüber den Bürgern benötigt die Behörde spezielle Ermächtigungsnormen: So vermittelt z.B. § 58 Abs. 7 BauO NRW der Bauaufsichtsbehörde das Recht, Grundstücke und Anlagen einschließlich der Wohnungen zu betreten.

IV. Die Ausübung des behördlichen Ermessens

Wenn die Behörde ihrer Pflicht zur Amtsermittlung umfänglich nachgekommen ist, steht am Ende ein Gesamtbild an Informationen, aus dem heraus die Behörde ihre Entscheidung (sprich: den Verwaltungsakt) treffen kann. Eine entscheidende Weichenstellung bei der sich nun anschließenden Entscheidung ist, ob der Behörde Ermessen eröffnet ist oder nicht.

1. Kommt der Behörde ein Ermessensspielraum zu?

Einige Normen sehen dabei keinen Ermessensspielraum vor: Wenn dem Vorhaben z.B. keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, so „ist" die Baugenehmigung zu erteilen (§ 74 BauO NRW). Es handelt sich in diesem Fall um eine gebundene Entscheidung der Behörde. Wenn die Behörde jedoch zu einer Ermessensentscheidung ermächtigt wurde (meist durch das Wort „kann"), so hat sie § 40 VwVfG zu beachten und ihr Ermessen pflichtgemäß auszuüben. „Pflichtgemäß" handelt die Behörde dann, wenn sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einhält.[13] Bei der Verwendung der Formulierungen „soll" oder „in der Regel" bringt der Gesetzgeber dagegen zum Ausdruck, dass die Behörde im Regelfall an die

[12] *Heßhaus*, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2023, Vorb. § 24.
[13] *Aschke*, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2023, § 40 Rn. 46.

im Gesetz bestimmte Rechtsfolge gebunden ist, aber in atypischen Fällen einen Ermessensspielraum hat.[14]

Die sorgfältige Prüfung, ob der Behörde Ermessen zukommt oder nicht sowie die Berücksichtigung aller relevanten Umstände, ist in der Praxis von entscheidender Bedeutung. Sollte die Möglichkeit, Ermessen auszuüben, übersehen werden (sog. Ermessensausfall oder Ermessensnichtgebrauch), so können Ermessenserwägungen in einem sich anschließenden gerichtlichen Verfahren nicht nachgeschoben werden: Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 114 S. 2 VwGO, der von „ergänzen" spricht. Ergänzt werden kann aber nur eine Sache bzw. ein Umstand, der bereits vorhanden ist. Bei einem kompletten Fehlen von Ermessenserwägungen ist eine entsprechende Verbesserung seitens der Behörde nicht möglich.[15]

2. Wie ist das Ermessen auszuüben?

Wenn die Möglichkeit der Ermessensausübung besteht und diese auch seitens der Behörde erkannt wurde, so muss diese ihre Entscheidung unter Berücksichtigung der ihr im konkreten Einzelfall auferlegten rechtlichen Grenzen und in Anschauung der tatsächlichen Umstände in vertretbarer Weise treffen. Ein (früher vertretenes) „freies Ermessen" steht der Behörde dabei nicht zu; vielmehr muss sie sich an die Grenzen des pflichtgemäßen Ermessens (s.o.) halten. In einem gerichtlichen Verfahren kann das Gericht gem. § 114 VwGO überprüfen, ob die Behörde die rechtlichen Grenzen eingehalten und das Ermessen insbesondere entsprechend dem gesetzlichen Zweck ausgeübt hat.[16] Hinsichtlich der Grundlage ihrer Entscheidung hat die Behörde alle relevanten Gesichtspunkte des Einzelfalls in ihre Abwägung einzubeziehen. Fehler an dieser Stelle können zu einem Ermessensdefizit führen.[17]

Von entscheidender Bedeutung ist dabei der Zweck der Norm, die der Behörde das Ermessen vermittelt: Wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm gar nicht gegeben sind, die Behörde dies aber irrigerweise annimmt, liegt eine sog. Ermessensüberschreitung vor.

Weiterhin hat die Behörde bei ihrer Ermessensentscheidung den Vorrang des Gesetzes zu beachten: Ihre Entscheidung muss nicht nur im Einklang mit der ermessenseröffnenden Norm stehen, sondern darf auch nicht im Widerspruch zu anderen Normen stehen. Insbesondere sind dabei auch verfassungsrechtliche Anforderungen an die behördliche Entscheidung zu berücksichtigen: So darf die Behörde nicht gegen Grundrechte verstoßen und muss die Gebote des Rechtsstaats (z.B. Vertrauensschutzes und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) beachten. Auch Verstöße gegen diese Grundsätze stellen eine Ermessensüberschreitung dar.[18]

Im Zusammenhang mit dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und mit dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes ist zudem die Selbstbindung der Verwaltung zu beachten.[19] Wenn die Behörde einen Vertrauenstatbestand dahingehend setzt, künftig gleiche Sachverhalte auch in immer gleicher Weise entscheiden zu wollen, muss sie sich an diesem Vertrauenstatbestand festhalten lassen, woraus sich ein subjektives Recht für den Bürger an einer entsprechenden gleichartigen Entscheidungspraxis der Behörde ergibt. Die Selbstbindung der Verwaltung kann aus gege-

[14] *Aschke*, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2023, § 40 Rn. 39.
[15] *Geis*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 3. Lfg., Stand: August 2022, VwVfG § 40 Rn. 116.
[16] *Riese*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 3. Lfg., Stand: August 2022, VwGO § 114 Rn. 51.
[17] *Geis*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 3. Lfg., Stand: August 2022, VwVfG § 40 Rn. 107.
[18] *Schönenbroicher*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar, 2. Aufl. 2019, VwVfG § 40 Rn. 210.
[19] BVerwG NVwZ 2014, 589 (597).

benen Zusicherungen (§ 38 VwVfG), aus Rechtsnormen wie kommunalen Satzungen oder aus eingeübter Verwaltungspraxis entstehen. Die letztgenannte Praxis liegt dann vor, wenn die Behörde bei der Beurteilung und Behandlung vergleichbarer Fälle nach einem gleichbleibenden System verfährt. Von einem solchen System kann sie sodann nicht mehr im Einzelfall abweichen, da sie dadurch willkürlich handeln und gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen würde. Die Behörde ist daher (wenn und soweit eine entsprechende Praxis besteht und ein darunter fallender Sachverhalt zu entscheiden ist) verpflichtet, in gleicher Weise wie bisher zu verfahren.[20] Die Selbstbindung der Verwaltung führt jedoch nicht soweit, dass eine rechtswidrige Verwaltungspraxis der Behörde auf solchen Weise verfestigt wird und sich der Bürger auf diese berufen kann („Keine Gleichheit im Unrecht").

Eine besondere Form der Selbstbindung der Verwaltung stellen dabei interne Verwaltungsvorschriften dar: Diese sind als verschriftliche Abbildung der Verwaltungspraxis zu sehen und geben der Behörde verwaltungsintern als abstrakt-generelle Regelungen Ermessensrichtlinien vor. Solche Richtlinien müssen sich selbstverständlich ihrerseits an die Grenzen des geltenden Rechts halten und können nur die rechtmäßige Verwaltungspraxis leiten.[21] Eine solche Praxis befreit die Behörde indes nicht von der Pflicht, den Einzelfall auf etwaige Besonderheiten zu prüfen, die einer Anwendung der Verwaltungsvorschriften entgegenstehen können.[22]

V. Der Weg zum Bürger: Form- und Fristvorschriften

Am Ende dieses Prozesses steht sodann der Verwaltungsakt. Vor der Bekanntgabe (§ 41 VwVfG) muss sich die Behörde jedoch noch Gedanken darüber machen, in welcher Form der Verwaltungsakt zu demjenigen gelangen soll, für den er bestimmt ist. Solange keine abweichenden Formvorschriften (z.B. § 74 Abs. 2 S. 1 BauO NRW) einschlägig sind, gilt grundsätzlich die Formfreiheit gem. § 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG.

Soll der Verwaltungsakt dem Bürger elektronisch (§§ 37a, 3a VwVfG) übermittelt werden, so muss seitens der Behörde beachtet werden, dass § 3a Abs. 1 VwVfG die elektronische Übermittlung an den Bürger von der Voraussetzung abhängig macht, dass dieser einen elektronischen Zugang eröffnet hat. Das VwVfG enthält für den Bürger keine allgemeine Pflicht, einen elektronischen Zugang (klassischerweise in Form einer E-Mail-Adresse) für die Kommunikation mit Behörden zur Verfügung zu stellen; die Behörde kann sich daher nicht darauf verlassen, dass eine etwaig bekannte E-Mail-Adresse regelmäßig von dem Bürger kontrolliert wird und kann daher nicht ohne Weiteres elektronische Verwaltungsakte an ihn senden.[23] Ob die Angabe einer E-Mail-Adresse im Briefkopf eines Antragstellers oder die Kontaktaufnahme per E-Mail durch den Bürger bereits als (konkludente) Zugangseröffnung zu verstehen ist, ist noch umstritten.[24] Solange diese Frage nicht abschließend geklärt ist, bietet es sich an, seitens der Behörde zur Sicherheit die ausdrückliche Einwilligung des Bürgers einzuholen, wenn eine elektronische Übermittlung des Verwaltungsakts geplant ist.

---

[20] *Geis*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 3. Lfg., Stand: August 2022, VwVfG § 40 Rn. 74 ff.

[21] *Schönenbroicher*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar, 2. Aufl. 2019, VwVfG § 40 Rn. 146.

[22] *Geis*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 3. Lfg., Stand: August 2022, VwVfG § 40 Rn. 181.

[23] *Müller*, BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2023, § 3a Rn. 5a ff.

[24] *Schulz*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz, Großkommentar, 2. Aufl. 2019, § 3a Rn. 73 lässt diese Umstände bereits als entsprechende Widmung ausreichen. *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 3a Rn. 12 sowie *Hornung*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 3. Lfg., Stand: August 2022, VwVfG § 3a Rn. 42 ff. sehen zumindest in einem Antrag per E-Mail durch den Bürger die Eröffnung eines elektronischen Zugangs. *Müller*, BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2023, § 3a Rn. 6 vertritt dagegen die Auffassung, die elektronische Kontaktaufnahme durch den Bürger stelle noch keine Zugangseröffnung seinerseits dar.

Wenn die Bekanntgabe des Verwaltungsakts per Briefpost erfolgt, gilt er am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben (§ 41 Abs. 2 S. 1 VwVfG). Da der Adressat den Zeitpunkt des Zugangs jedoch bestreiten kann und die Behörde in diesem Fall die Pflicht zum Nachweis des Zugangszeitpunktes treffen kann (§ 41 Abs. 2 S. 3 VwVfG), bietet es sich an, besonders wichtige Verwaltungsakte z.B. mittels Einschreiben mit Rückschein zuzustellen, so dass der genaue Zeitpunkt der Zustellung seitens der Behörde gerichtsfest dokumentiert werden kann. Hierbei sind die Vorschriften des VwZG des Bundes bzw. der entsprechenden Landesgesetze zu beachten.

VI. Tatsächliche Durchsetzung des Verwaltungsakts[25]

Im idealen Fall geht so ein formell und materiell rechtmäßiger Verwaltungsakt dem Bürger formgerecht zu. Wenn sich dieser nicht an die dort getroffene Regelung hält, so muss der Verwaltungsakt zwangsweise durchgesetzt werden.

Das VwVG des Bundes und der Länder bieten dazu diverse rechtliche Instrumente. Grundsätzlich bleibt die Behörde, die den grundlegenden Verwaltungsakt erlassen hat, auch als Vollzugsbehörde zuständig (§ 7 VwVG). Voraussetzung ist dabei stets, dass der Grundverwaltungsakt unanfechtbar geworden ist (sprich: die jeweilige Widerspruchs- oder Klagefrist abgelaufen ist), die sofortige Vollziehung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO angeordnet wurde oder die aufschiebende Wirkung kraft Gesetz (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1–3, S. 2 VwGO) ausgeschlossen ist (sog. „gestrecktes Verwaltungszwangsverfahren“, § 6 Abs. 1 VwVG). Nur ausnahmsweise kann Verwaltungszwang ohne vorhergehenden Verwaltungsakt angewendet werden (sog. „gekürztes Verwaltungszwangsverfahren“, § 6 Abs. 2 VwVG).

Die der Behörde zur Verfügung stehenden Zwangsmittel sind in § 9 VwVG abschließend aufgezählt; der allgemeine Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der auf allen Stufen des Vollstreckungsverfahrens (Androhung, Festsetzung und Anwendung) gilt, ist in § 9 Abs. 2 VwVG nochmals einfachgesetzlich niedergelegt und von der Behörde in jedem Fall zu beachten.[26]

Gem. § 13 Abs. 1 VwVG ist das jeweilige Zwangsmittel vor der Anwendung schriftlich und unter Fristsetzung anzudrohen. Dies entspricht dem Grundsatz der Eigenvornahme des Bürgers. Bereits in § 13 Abs. 2 VwVG wird der Behörde die Möglichkeit eingeräumt, die Androhung bereits im grundlegenden Verwaltungsakt auszusprechen. Die Behörde sollte sich daher bereits beim Erlass des Verwaltungsaktes Gedanken darüber machen, welche Zwangsmittel ggf. einzusetzen sind. Sie muss dabei jedoch beachten, dass die Zwangsmittel in der Androhung bereits zu präzisieren sind (§ 13 Abs. 3 VwVG).

VII. Fazit

Das Verfahren, welches zu dem (in der Prüfungssituation regelmäßig vorliegenden) Verwaltungsakt führt, ist im VwVfG ausführlich und detailliert beschrieben. Entscheidende Meinungsstreitigkeiten sind hier so gut wie nicht vorhanden, was die Beschäftigung mit dem Verfahren z.B. in der Klausur dankbar macht. Auch das Vollstreckungsverfahren ist sehr präzise und ohne größere normative Schwierigkeiten beschrieben. In beiden Fällen sollte jedoch in der Prüfungssituation auf das genaue

[25] Es soll hier nur auf die Vollstreckung von Verwaltungsakten eingegangen werden, die ein Handeln, Dulden oder Unterlassen zum Gegenstand haben. Die Regelungen hinsichtlich der Vollstreckung von Geldforderungen würde den Rahmen dieses Beitrags übersteigen und ist auch auf Bundes- und Landesebene deutlich differenzierter ausgestaltet.

[26] *Deutsch/Burr*, BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2023, § 3 Rn. 8 ff.

Studium des Gesetzeswortlauts geachtet werden: Die allermeisten Problemfelder einer Klausur dürften durch saubere Anwendung der entsprechenden Normen zu lösen sein, so dass künstlich herbeigedachte Probleme in der Regel nicht zu diskutieren sein dürften.

Anfängerklausur: Ein gebrochener Arm und viele Scherben*

*Akad. Rat a.Z. Dr. Felix M. Wilke, LL.M. (Michigan), Stud. iur. Bastian Straub, Bayreuth***

Die Klausur behandelt im Schwerpunkt Themen des Delikts- und Bereicherungsrechts. Im Ausgangsfall geht es um die Verkehrspflichten eines Grundstückseigentümers, wobei die Aus- und Verwertung der Sachverhaltsangaben von hoher Bedeutung ist. Gegenstand des zweiten Teils ist die Tierhalterhaftung und darauf aufbauend die Ersatzleistung an einen Nichtberechtigten, die zu den schwierigsten Fragen des Falles rund um ein etwaiges Surrogat führen. Abschließend steht mit der Verfügung eines Nichtberechtigten ein Klassiker des Bereicherungsrechts auf dem Programm.

Sachverhalt

Emil (E) hat sich im Ruhestand aufs Land zurückgezogen und bewohnt dort ein ihm gehöriges Einfamilienhaus. Es befindet sich in sehr ruhiger Lage. Die nächsten Nachbarn wohnen bereits einige hundert Meter entfernt. Emils Grundstück hat einen kleinen Vorgarten und einen großen Garten hinter dem Haus. Beide sind durch ein schmales Stück Rasen links des Hauses verbunden. Um wenigstens eine optische Trennung zu haben, hat Emil dort aber eine ca. 50 cm hohe Hecke gepflanzt. Von der Straße aus gesehen gleich hinter dieser Hecke befindet sich ein Schacht mit einer Kellertreppe aus Beton, der seitlich, nicht aber zur Hecke hin mit einem Metallgeländer gesichert ist.

An diesem Wochenende ist Hilde (H) mit ihrem Hund Lumpi zu Besuch bei ihrer Tante in Es Nachbarschaft. Die Landluft scheint dem sonst sehr gut gehorchenden Lumpi nicht gut zu bekommen. Er ist schon den ganzen Tag über ungewöhnlich aufgeregt. Als die Tante am späten Abend noch einmal die Haustür öffnet, nutzt Lumpi die Gelegenheit und büxt aus. Er rennt die Straße entlang und auf Es Grundstück; dort zwängt er sich durch die Hecke und gelangt, am Kellerschacht vorbei, in den hinteren Garten.

H, die mittlerweile auf der Straße auf und ab gelaufen ist und nach Lumpi gerufen hat, hört ihn nun im Garten hinter Es Haus winseln. Das Grundstück ist unbeleuchtet. Auch in Es Haus brennt kein Licht mehr, denn E ist schon zu Bett gegangen und hat, weil er etwas schwerhörig ist, nichts von den Geschehnissen mitbekommen. H, die in der Dunkelheit nur Schemen erkennen kann, sucht nach einem Weg zu Lumpi. Sie steigt über die Hecke – und fällt in den Schacht, den sie nicht bemerkt hatte. Dabei bricht sie sich den Arm.

Fallfrage 1

Hat H gegen E einen Anspruch auf Schadensersatz und Schmerzensgeld?

---

* Die Klausur wurde in leicht veränderter Form als Abschlussklausur zur Vorlesung „Recht der Gesetzlichen Schuldverhältnisse“ im Sommersemester 2022 an der Universität Bayreuth gestellt. Die Bearbeitungszeit betrug zwei Stunden. Die Bearbeitenden, überwiegend aus dem dritten juristischen Fachsemester, erreichten im Durchschnitt 4,43 Punkte; die Misserfolgsquote lag bei 50 %. Je 3 % der Bearbeitenden erreichten ein „sehr gut“ und „gut“; dagegen erzielte niemand ein „vollbefriedigendes“ Ergebnis. Eine derart ausführliche Lösung wie hier war (natürlich) nicht einmal für die Bestnoten nötig.

** Der Autor *Wilke* ist am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. *Stefan Leible*) der Universität Bayreuth beschäftigt und hat die in der vorigen Fn. genannte Vorlesung gehalten. Der Autor *Straub* ist dort als Stud. Hilfskraft tätig.

Abwandlung 1

H ist nicht in den Schacht gestürzt, sondern konnte Lumpi ohne Verletzung einfangen. Zuvor allerdings hatte Lumpi eine Decke von Es Gartentisch gezerrt, auf dem noch Geschirr vom Abendessen im Wert von 250 € gestanden hatte. Dieses war auf die Fliesen gestürzt und zerbrochen. Am nächsten Morgen entschuldigt H sich bei E und übergibt ihm 250 € in bar „für sein Geschirr". Das Geschirr hatte E erst zwei Tage zuvor auf einem Flohmarkt von dessen Eigentümerin Gertrud (G) erworben. Einige Tage nach dem Vorfall mit Lumpi stellt sich heraus, dass G dabei schon geschäftsunfähig gewesen war.

Fallfrage Abwandlung 1

Hat G gegen H oder E Anspruch auf Zahlung von 250 €?

Abwandlung 2

Das Geschirr war G von einem Unbekannten bei einem größeren Wohnungseinbruch gestohlen worden. Der Einbrecher hatte sich des Geschirrs am Straßenrand im Wohngebiet des Dieter (D) entledigt, der dieses gefunden und angenommen hatte, der Eigentümer oder die Eigentümerin habe das Eigentum daran wohl aufgegeben. Er hat das Geschirr gereinigt und unter Einsatz von 25 € restauriert, es war dann 280 € wert. Später hat D es E für 300 € auf dem Flohmarkt verkauft.

Fallfrage Abwandlung 2

Hat G einen Anspruch gegen D auf Zahlung? Wenn ja, in welcher Höhe? Was muss sie (bzw. ihr gesetzlicher Vertreter) dafür ggf. noch tun?

Bearbeitungsvermerke

Die drei Fragen sind in einem umfassenden Rechtsgutachten zu beantworten.

Auf § 935 BGB wird hingewiesen.

Planen Sie ungefähr die gleiche Bearbeitungszeit für alle Fragen ein, denn auch für die Bewertung sind die drei Abschnitte in etwa gleichwertig.

Lösungsvorschlag

Frage 1: Anspruch der H gegen E auf Schadensersatz/Schmerzensgeld 241

I. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB 241

1. Rechts-/Rechtsgutsverletzung 241
2. Verletzungshandlung 241
   - a) Verletzungshandlung durch Unterlassen 241
     - aa) Umfang der Verkehrspflicht 242
     - bb) Insbesondere: Verkehrspflicht bei unbefugter Nutzung eines Grundstücks 242
   - b) Zwischenergebnis: Keine Verkehrspflichtverletzung 243

3. Zwischenergebnis 243
II. Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB (i.V.m. StGB) 243
III. Anspruch aus § 826 BGB 243
IV. Ergebnis zu Frage 1 243
Frage 2: Anspruch der G gegen H und/oder E auf Zahlung von 250 € 244
I. Anspruch der G gegen H auf Zahlung von 250 € 244
1. Anspruch entstanden 244
a) Anspruch aus § 833 S. 1 BGB 244
aa) Verletzung eines genannten Rechts/Rechtsguts 244
bb) Verursachung durch „Luxustier“ 244
cc) Verwirklichung einer spezifischen Tiergefahr 244
dd) Haftung des Halters 244
ee) Rechtsfolge; Haftungsausfüllung 245
b) Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB 245
c) Zwischenergebnis 245
2. Erlöschen des Anspruches der G gegen H wegen Leistung durch H an E? 245
a) Zur Leistung von Schadensersatz aus Beschädigung einer beweglichen Sache verpflichtet 245
b) Ersatzleistung an einen nichtberechtigten Dritten, in dessen Besitz sich die Sache zum Zeitpunkt der Beschädigung befunden hat 245
c) Kein Ausschluss gem. § 851 Hs. 2 BGB 245
d) Zwischenergebnis 245
3. Ergebnis 246
II. Anspruch von G gegen E auf Zahlung von 250 € 246
1. Anspruch aus condictio indebiti 246
a) Etwas erlangt 246
b) Durch Leistung 246
c) Ohne Rechtsgrund 246
d) Rechtsfolge 246
e) Ergebnis 247
2. Anspruch aus § 816 Abs. 2 BGB 247
a) Leistungsbewirkung an Nichtberechtigten 247
b) Wirksamkeit gegenüber dem Berechtigten 247
c) Rechtsfolge 247
d) Ergebnis 247

Frage 3: Anspruch der G gegen D 248
I. Anspruch aus §§ 677, 681 S. 1, 667 BGB 248
II. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB 248
III. Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB 248
1. Verfügung 248
2. Eines Nichtberechtigten 248
3. Entgeltlichkeit 248
4. Wirksamkeit gegenüber dem Berechtigten 249
5. Rechtsfolge 249
a) Höhe des Bereicherungsanspruchs: Das durch die Verfügung Erlangte 249
b) Wegfall der Bereicherung wegen Verwendungsersatzes 250
c) Zwischenergebnis 251
IV. Ergebnis 251

Frage 1: Anspruch der H gegen E auf Schadensersatz/Schmerzensgeld[1]

I. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

1. Rechts-/Rechtsgutsverletzung

Der Arm der H ist gebrochen, ihre körperliche Integrität verletzt. Mithin liegt eine Verletzung des Körpers als absolutes Rechtsgut i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB vor.

2. Verletzungshandlung

Zudem müsste eine zurechenbare Verletzungshandlung seitens des E vorliegen. Die Verletzungshandlung i.R.d. § 823 Abs. 1 BGB kann in einem positiven Tun oder Unterlassen liegen.[2] Ein positives Tun des E ist jedenfalls nicht ersichtlich.

a) Verletzungshandlung durch Unterlassen

Fraglich ist, ob ein tatbestandsmäßiges Unterlassen des E vorliegt: Nicht jedes Unterlassen genügt für eine Verletzungshandlung i.S.d. § 823 ff. BGB; vielmehr muss den Schädiger eine Pflicht zur Gefahrenabwehr treffen und die Gefahrenabwehr für denselben möglich sein.[3]

E müsste also zur Abwehr der Gefahr verpflichtet gewesen sein. Eine gesetzliche oder gar vertragliche Pflicht zum Handeln ist nicht ersichtlich. E könnte aber eine Verkehrspflicht treffen. Derjenige, der eine Gefahrenquelle – gleich welcher Art – schafft, ist grundsätzlich verpflichtet, die notwendigen

[1] Dieser Teil der Klausur wurde wesentlich von einer Entscheidung des OLG Düsseldorf (NJW-RR 2001, 1173) inspiriert.
[2] *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 16 Rn. 108.
[3] *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 16 Rn. 112.

und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern.[4] E unterhält als Eigentümer des Grundstücks den Schacht und hat die Bestimmungsgewalt über die Gefahrenquelle.

aa) Umfang der Verkehrspflicht

Fraglich ist insofern, ob die durch E vorgenommenen Maßnahmen zur Sicherung des Kellerschachts zum Vorgarten hin durch die Pflanzung der Hecke ausreichend waren oder ob ihn besondere, darüber hinaus gehende Pflichten zur Sicherung der Gefahrenquelle trafen.[5] Dabei ist zu beachten, dass keine allgemeine Pflicht zur Abwehr abstrakter Gefahr existiert, schon weil es keine Verkehrssicherungsmaßnahmen, die zur Abwehr jedweder Gefahr geeignet sind, gibt.[6] Vielmehr darf vom Verkehrspflichtigen nur das Treffen derjenigen Maßnahmen verlangt werden, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schäden zu bewahren.[7] Maßgebliche Kriterien zur Bestimmung des Umfangs einer Verkehrspflicht sind die Wahrscheinlichkeit des Gefahreneintritts, die Qualität der gefährdeten Rechtsgüter, die zu erwartende Schadenshöhe sowie die Erkennbarkeit für die gefährdete Person und der wirtschaftliche Vermeidungsaufwand für den (potenziell) Verkehrspflichtigen.[8]

Die Wahrscheinlichkeit des Gefahreintritts ist eher gering einzustufen: Das Grundstück befindet sich in sehr ruhiger Lage auf dem Land, auch wird das Grundstück von der Straße durch eine Hecke getrennt. Eine Nutzung durch Dritte steht nicht zu erwarten. Für die Annahme einer Verkehrspflicht spricht indes die hohe Qualität der gefährdeten Rechtsgüter: der körperlichen Unversehrtheit und im schlimmsten Fall sogar des Lebens. Auch die zu erwartende Schadenshöhe ist als erheblich einzuschätzen, da ein Sturz auf Beton droht. Der Vermeidungsaufwand ist zudem eher gering, weil sich eine deutliche Verbesserung der Gefährdungslage insbesondere schon etwa durch eine (bessere) Beleuchtung oder das Anbringen einer günstigen Absicherung wie einer Schnur erreichen lässt. Der Aspekt der Erkennbarkeit ist vorliegend janusköpfiger Natur: Zwar ist der Schacht bei Tageslicht gut erkennbar, in der Dunkelheit wegen der mangelnden Beleuchtung jedoch nicht. Insgesamt spricht nach bisherigerer Analyse einiges für die Annahme einer Verkehrspflicht.

bb) Insbesondere: Verkehrspflicht bei unbefugter Nutzung eines Grundstücks

Zu beachten bleibt jedoch, dass den Eigentümer eines Grundstücks gemeinhin keine Pflicht zur Sicherung vor Unbefugten (insbesondere – wie hier – Erwachsenen[9]) trifft; eine etwaige Ausweitung des Schutzbereichs auf Unbefugte kommt vielmehr nur dann in Betracht, wenn innerhalb des Grundstücks erhebliche Gefahren zu erwarten sind oder gerade eine bestimmungswidrige Nutzung nahe liegt.[10] H handelt unbefugt; insbesondere das Verfolgungsrecht des § 867 BGB rechtfertigt nicht das

---

[4] *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 59 Rn. 6.; st. Rspr., etwa BGH NJW 2021, 1090 (1091 Rn. 8) m.w.N.

[5] An dieser Stelle war es also von besonderer Bedeutung, die Informationen des Sachverhalts umfassend auszuwerten.

[6] BGH NJW 2021, 1090 (1091 Rn. 9): „utopisch".

[7] *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11 Aufl. 2022, § 16 Rn. 118; st. Rspr., etwa BGH NJW 2021, 1090 (1091 Rn. 8) m.w.N.

[8] Einen Überblick über die in die Abwägung einzustellenden Umstände des Einzelfalls bietet *Wünsche*, Jura 2021, 111 (113 f.)

[9] Gegenüber Kindern gelten dagegen erheblich strengere Sicherheitserwartungen, vgl. *Förster*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2023, § 823 Rn. 337 ff.

[10] OLG Düsseldorf NJW-RR 2001, 1173.

Betreten eines fremden Grundstücks.[11] Des Weiteren handelt es sich um ein Grundstück, das sich im ländlichen Gebiet in sehr ruhiger Lage befindet. Auch aufgrund des niedrigen Personenaufkommens ist erst recht in den Abendstunden ein unbefugtes Betreten Dritter für E nicht vorauszusehen. Umgekehrt besteht auch kein schutzwürdiges Vertrauen der H dahingehend, sich auf sicheres Areal zu begeben, weil sie vielmehr vor dem Hintergrund des unbekannten Terrains sowie der schlechten Lichtverhältnisse eigene Sicherheitsvorkehrungen hätte ergreifen können, etwa durch ein besonders vorsichtiges Vorschreiten.[12]

b) Zwischenergebnis: Keine Verkehrspflichtverletzung

E hat keine Verkehrspflicht verletzt. Es liegt kein für § 823 Abs. 1 BGB tatbestandsmäßiges Verhalten vor.

3. Zwischenergebnis[13]

H hat gegen E keinen Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB.

II. Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB (i.V.m. StGB)

Ein Anspruch der H gegen E aus § 823 Abs. 2 BGB besteht mangels Vorliegens der Verletzung eines Schutzgesetzes, insbesondere einer solchen des StGB, nicht.

III. Anspruch aus § 826 BGB

Mangels vorsätzlicher Schädigung besteht auch kein Anspruch der H gegen E aus § 826 BGB.

IV. Ergebnis zu Frage 1

H hat gegen E keinen Anspruch auf Schadensersatz. Damit besteht auch kein Anspruch der H gegen E auf Schmerzensgeld gem. § 253 Abs. 2 BGB, der einen erfüllten haftungsbegründenden Tatbestand voraussetzt.

---

[11] *Gutzeit*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2018, § 867 Rn. 1. Auch eine Rechtfertigung qua § 904 scheidet im hiesigen Fall aus, da keine Gefahr für den verirrten Lumpi erkennbar ist.

[12] So auch OLG Düsseldorf NJW-RR 2001, 1173. Zum Vertrauensprinzip bei Verkehrspflichten siehe *Raab*, JuS 2001, 1041 (1045).

[13] Sollte man – entgegen der hier vertretenen Ansicht – eine Verkehrspflichtverletzung annehmen, so wäre die Rechtswidrigkeit als indiziert anzusehen und auch ein Verschulden in Form von Fahrlässigkeit anzunehmen, § 276 Abs. 2 BGB. Sodann wären gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB die Heilungskosten zu ersetzen sowie gem. § 253 Abs. 2 BGB ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen; sicherlich wäre aber gem. § 254 Abs. 1 BGB ein erheblicher Mitverschuldensanteil abzuziehen. Das OLG Düsseldorf ging sogar so weit, eine die Haftung des Schädigers wegen des beträchtlichen Eigenverschuldens des Geschädigten vollständig zurücktreten zu lassen, OLG Düsseldorf NJW-RR 2001, 1173.

Frage 2: Anspruch der G gegen H und/oder E auf Zahlung von 250 €

I. Anspruch der G gegen H[14] auf Zahlung von 250 €

1. Anspruch entstanden

a) Anspruch aus § 833 S. 1 BGB

G könnte gegen H einen Anspruch auf Zahlung von 250 € gem. § 833 S. 1 BGB haben.

aa) Verletzung eines genannten Rechts/Rechtsguts

Zunächst müsste ein in § 833 S. 1 BGB genanntes Recht oder Rechtsgut verletzt worden sein. In Betracht kommt eine Verletzung des Eigentums der G (§ 833 S. 1 Var. 3 BGB) an dem Geschirr. G war ursprünglich Eigentümerin des Geschirrs. Sie hat ihr Eigentum auch nicht gem. § 929 S. 1 BGB an E durch die Veräußerung am Flohmarkt verloren; denn die auf den Abschluss einer dinglichen Einigung gerichtete Willenserklärung der G ist wegen ihrer Geschäftsunfähigkeit gem. § 105 Abs. 1 BGB i.V.m. § 104 Nr. 2 BGB nichtig. Das Geschirr der G wurde zerstört. Insofern liegt eine Verletzung des Eigentums der G an dem Geschirr, mithin eines von § 833 S. 1 BGB erfassten Rechts, vor.

bb) Verursachung durch „Luxustier“

Bei Lumpi müsste es sich – wie aus § 833 S. 2 BGB zu schließen ist – um ein Luxustier handeln. Ein Luxustier ist ein Tier, das kein Haustier ist, oder ein solches, das zwar ein Haustier ist, aber nicht dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt ist (dann Nutztier). Lumpi ist zwar ein Haustier; er ist aber auch nicht zugleich Nutztier i.S.d. § 833 S. 2 BGB. Damit handelt es sich bei Lumpi um ein Luxustier i.S.d. § 833 S. 1 BGB.

cc) Verwirklichung einer spezifischen Tiergefahr

Zudem müsste sich die Zerstörung des Geschirrs aus der Verwirklichung einer spezifischen Tiergefahr des Lumpi ergeben. Dies ist zu bejahen, wenn sich die Rechtsverletzung gerade aus der Unberechenbarkeit tierischen Verhaltens ergibt.[15] Lumpi, der ansonsten gut gehorcht, hat sich plötzlich losgerissen. Dies stellt ein solches unberechenbares Verhalten dar, das zur Eigentumsverletzung der G geführt hat. Damit ergibt sich die Zerstörung des Geschirrs aus der Verwirklichung einer spezifischen Tiergefahr des Lumpi.

dd) Haftung des Halters

H als Anspruchsgegnerin müsste Tierhalterin sein. Tierhalter ist, wer willentlich und im eigenen Interesse die tatsächliche Herrschaft über das Tier ausübt (nicht notwendigerweise der Eigentümer).[16] Das ist (offensichtlich) H.

---

[14] Aufbauhinweis: Man könnte versucht sein, chronologisch bei der Verfügung von G an E anzusetzen, und somit zunächst Ansprüche in diesem Verhältnis zu prüfen. Mit den Ansprüchen von G gegenüber H zu beginnen, erleichtert aber den Durchblick und erspart Inzidentprüfungen. Die Fallfrage, in der H vor E genannt wird, war daher durchaus als Hilfestellung für den Aufbau gedacht. Dies hat allerdings kaum jemand umgesetzt.

[15] *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 68 Rn. 4.

[16] *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 68 Rn. 6.

ee) Rechtsfolge; Haftungsausfüllung

Auf ein Verschulden kommt es bei § 833 S. 1 BGB gerade nicht an (echte Gefährdungshaftung).[17] Damit spielt es keine Rolle, dass Lumpi sonst gut gehorcht; ebenso wenig, dass es nicht H selbst (sondern ihre Tante) war, die die Tür geöffnet hatte, wodurch Lumpi entfliehen konnte. Folglich hat H der G gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB (unter der Prämisse, dass sich das Geschirr zu diesem Preis am Markt wiederbeschaffen lässt) bzw. gem. § 251 Abs. 1 BGB die 250 € zu ersetzen.

b) Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch der G gegen H auf Zahlung von 250 € aus § 823 Abs. 1 BGB scheitert jedenfalls mangels Verschuldens der H; Fahrlässigkeit der H ist nicht zu erkennen.[18]

c) Zwischenergebnis

Damit ist jedenfalls ein Anspruch der G gegen H aus § 833 S. 1 BGB entstanden.

2. Erlöschen des Anspruches der G gegen H wegen Leistung durch H an E?

Dieser Anspruch könnte jedoch durch Zahlung der 250 € von H an E erloschen sein. Grundsätzlich muss der Schuldner für die Erlöschenswirkung des § 362 Abs. 1 BGB an den richtigen Gläubiger leisten, hier also H an G. Allerdings könnte vorliegend ausnahmsweise durch Leistung an einen nichtberechtigten Dritten Erfüllung eingetreten sein. Dies könnte sich aus § 851 BGB ergeben.

a) Zur Leistung von Schadensersatz aus Beschädigung einer beweglichen Sache verpflichtet

Wie soeben dargestellt ist H wegen Beschädigung (Zerstörung) des Geschirrs, einer beweglichen Sache, zur Leistung von Schadensersatz gem. § 833 S. 1 BGB an G verpflichtet.

b) Ersatzleistung an einen nichtberechtigten Dritten, in dessen Besitz sich die Sache zum Zeitpunkt der Beschädigung befunden hat

Zum Zeitpunkt der Beschädigung war E auch unmittelbarer Besitzer des Geschirrs i.S.d. § 854 Abs. 1 BGB. H hat 250 € in bar an E geleistet.

c) Kein Ausschluss gem. § 851 Hs. 2 BGB

Positive Kenntnis des H bezüglich der Eigentümerstellung der G besteht nicht. Für diesbezügliche grob fahrlässige Unkenntnis des H sind keine Anhaltspunkte ersichtlich.

d) Zwischenergebnis

Damit erlosch der Anspruch der G gegen H durch die Leistung von H an E gem. § 851 BGB.

---

[17] *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 18 Rn. 27.

[18] Eine andere Ansicht scheint hier vertretbar, etwa, wenn man entscheidend darauf abstellt, dass Lumpi schon den ganzen Tag auffällig ist. Dann wäre es durchaus plausibel anzunehmen, dass eine besonders intensive Beaufsichtigung durch H vonnöten ist, bei dessen Verletzung man H einen Fahrlässigkeitsvorwurf machen könnte. Die genauen Umstände von Lumpis Weglaufen sind freilich im Sachverhalt nicht angegeben.

3. Ergebnis

G hat keinen Anspruch gegen H aus § 833 S. 1 BGB auf Zahlung von 250 € (mehr).

II. Anspruch von G gegen E auf Zahlung von 250 €

G könnte indes gegen E einen Anspruch auf Zahlung von 250 € haben.

1. Anspruch aus condictio indebiti

G könnte gegen E infolge der gescheiterten Transaktion auf dem Flohmarkt einen Anspruch auf Zahlung von 250 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB haben.

a) Etwas erlangt

E hat Besitz – nicht aber Eigentum, siehe oben – an dem Geschirr, mithin einen vermögenswerten Vorteil, erlangt.

b) Durch Leistung

Dies geschah durch Leistung der G, da sie in Erfüllung ihrer – vermeintlichen – Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrag mit E (solvendi causa) diesem das Geschirr übergab.

c) Ohne Rechtsgrund

Dies müsste ohne Rechtsgrund erfolgt sein. Zwar wäre ein Kaufvertrag zwischen G und E ein taugliches Kausalgeschäft. Die entsprechende Willenserklärung der G war aber ebenfalls von Anfang an wegen ihrer Geschäftsunfähigkeit nichtig, § 105 Abs. 1 BGB i.V.m. § 104 Nr. 2 BGB. Ein Kauvertrag bestand nicht. Damit erfolgte die Leistung der G ohne Rechtsgrund.

d) Rechtsfolge

E müsste gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB die tatsächliche Sachherrschaft am Geschirr an G rückübertragen. Das Geschirr ist aber zerstört worden, womit eine Rückgabe in natura nicht möglich ist. Allerdings könnte das von H an E gezahlte Geld ein herauszugebendes Surrogat i.S.d. § 818 Abs. 1 Alt. 2 BGB darstellen.[19] Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass der Anspruch auf Schadensersatz ja G zustand, während E bereits keinen Anspruch auf die Zahlung als Ersatz i.S.d. § 818 Abs. 1 BGB für die Zerstörung erlangte. Es würde dann nicht überzeugen, die Zahlung – auf einen tatsächlich nicht bestehenden Ersatzanspruch – als Surrogat anzusehen. Dafür spricht auch eine Vergleichsüberlegung zu sonstigen Surrogaten im Rahmen der Vorschrift: Wenn bei Surrogaten aufgrund erlangten Rechts tatsächliche Rechtsinhaberschaft (d.h. Aktivlegitimation) des Erwerbers erforderlich ist,[20] scheint es

[19] Für Bestnoten genügte es bereits, an dieser Stelle Problembewusstsein zu zeigen und die Eigenschaft des Geldes als Surrogat nicht nur apodiktisch anzunehmen. Selbst wer diesen Aspekt übersehen hat, konnte immer noch weit überdurchschnittliche Noten erreichen.

[20] So wohl *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 12 Rn. 9, der mit Verweis auf das Abstraktionsprinzip für die Surrogationshaftung ein wirksames Verfügungsgeschäft voraussetzt; auch *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, 13. Aufl. 1994, § 72 I 1 a (S. 264), die die Einziehung des Erlöses einer rechtsgrundlos – aber *wirksam* erworbenen – Forderung als „Musterbeispiel" für § 818 Abs. 1 Alt. 2 BGB nennen.

nur konsequent, dasselbe auch für Leistungen zu fordern, die infolge der Erfüllung eines Ersatzanspruches getätigt werden. Schließlich entstehen auch keine unbilligen Ergebnisse, wenn man derartige irrtümliche Zahlungen nicht als Surrogat ansieht; denn für solche Konstellationen ist die Nichtleistungskondiktion des § 816 Abs. 2 BGB einschlägig.[21]

Da die Übertragung des Besitzes unmöglich ist und E kein Surrogat herauszugeben hat, würde er grundsätzlich Wertersatz schulden, § 818 Abs. 2 Alt. 1 BGB. Fraglich ist, ob dieser Anspruch gem. § 818 Abs. 3 BGB ausgeschlossen ist. Dies wäre der Fall, wenn E durch die Zerstörung des Geschirrs nicht mehr bereichert ist. Entreicherung ist der ersatzlose Wegfall des Erlangten.[22] Dies ist mit der Zerstörung des Geschirrs eingetreten. Insbesondere ist die Zahlung der H aus den obigen Erwägungen auch hier nicht zu berücksichtigen.

Eine verschärfte Haftung des E gem. §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB mit der Folge, dass E sich nicht mehr auf den Entreicherungseinwand des § 818 Abs. 3 BGB stützen könnte, besteht außerdem nicht. E war weder verklagt noch hatte er Kenntnis vom fehlenden Rechtsgrund. Damit ist der Anspruch der G gegen E auf Zahlung von 250 € in voller Höhe gem. § 818 Abs. 3 BGB erloschen.

e) Ergebnis

G hat keinen Anspruch gegen E auf Zahlung von 250 € gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

2. Anspruch aus § 816 Abs. 2 BGB

G könnte infolge der Zahlung der H einen Anspruch gegen E auf Zahlung von 250 € aus § 816 Abs. 2 BGB haben.

a) Leistungsbewirkung an Nichtberechtigten

H hat an E geleistet, obwohl E für einen etwaigen Anspruch aus § 833 S. 1 BGB mangels Eigentumsverletzung nicht aktivlegitimiert war; dies war ja G, deren Eigentum verletzt wurde, siehe oben.

b) Wirksamkeit gegenüber dem Berechtigten

Diese Leistung von H an E ist gegenüber G gem. § 851 BGB wirksam, siehe oben.

c) Rechtsfolge

Damit hat E als Nichtberechtigter das Geleistete, die 250 €, herauszugeben.

d) Ergebnis

G hat gegen E einen Anspruch auf Zahlung von 250 € aus § 816 Abs. 2 BGB.

---

[21] Dazu sogleich unter 2.
[22] *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 56 Rn. 8.

Frage 3: Anspruch der G gegen D

I. Anspruch aus §§ 677, 681 S. 1, 667 BGB

Zwar hat D ein Geschäft der G, mithin ein objektiv fremdes Geschäft, geführt, denn die Veräußerung einer Sache ist Angelegenheit des Eigentümers.[23] D wusste aber nichts von der Fremdheit des Geschäfts, er handelte mit Eigengeschäftsführungswillen. § 687 Abs. 1 BGB bestimmt, dass in Konstellationen des (irrtümlichen; § 687 Abs. 2 S. 1 BGB e contrario) Eigengeschäftsführungswillens die §§ 677 ff. BGB keine Anwendung finden. G hat keinen Anspruch auf Zahlung von 300 € gegen D aus §§ 677, 681 S. 1, 667 BGB.

II. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen der Veräußerung des Geschirrs durch D scheitert bereits an einer Verletzung des Eigentums der G. Zwar war G zu diesem Zeitpunkt noch Eigentümerin, weil sie ihr Eigentum nicht gem. § 959 BGB[24] aufgegeben hat: Die Ablagerung des Geschirrs erfolgte durch den Einbrecher. Damit konnte D auch nicht originär Eigentum im Wege der Aneignung gem. § 958 Abs. 1 BGB erwerben. G konnte ihr Eigentum sodann durch die Verfügung des D aber nicht einmal nach den Grundsätzen des gutgläubigen Erwerbs verlieren, weil das Geschirr gestohlen worden war, § 935 Abs. 1 S. 1 BGB.

III. Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB

G könnte gegen D einen Anspruch auf Zahlung der 300 € aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB haben.

1. Verfügung

Zunächst müsste eine Verfügung seitens des D vorliegen. Eine Verfügung ist jede unmittelbare Aufhebung, Übertragung, Belastung oder inhaltliche Änderung eines Rechts.[25] D wollte E das Eigentum an dem Geschirr übertragen. Damit liegt eine Verfügung durch D vor.

2. Eines Nichtberechtigten

D war weder Eigentümer (siehe oben) noch verfügungsbefugt i.S.d. § 185 Abs. 1 BGB, mithin Nichtberechtigter i.S.d. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB.

3. Entgeltlichkeit

Zudem müsste die Verfügung des D entgeltlich gewesen sein. Dies folgt e contrario aus § 816 Abs. 1 S. 2 BGB, der einen Sondertatbestand für unentgeltliche Verfügungen darstellt.[26] Erforderlich ist damit, dass der Erwerber (irgend-)eine Gegenleistung erbringt.[27] Die Veräußerung des Geschirrs erfolgte gegen eine Zahlung von 300 €. Die Verfügung war entgeltlich.

---

[23] *Thole*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2022, § 677 Rn. 101.
[24] Eine Prüfung der Dereliktion/der Aneignung wurde von den Teilnehmenden nicht erwartet.
[25] *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 11 Rn. 26.
[26] *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 11 Rn. 33.
[27] *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 55 Rn. 19.

4. Wirksamkeit gegenüber dem Berechtigten

Schließlich müsste die Verfügung auch gegenüber dem Berechtigten, hier G, wirksam sein. Dies ist an sich zu verneinen, weil insbesondere die Vorschriften des gutgläubigen Erwerbs wegen der Erwerbssperre des § 935 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB nicht eingreifen (siehe oben). Allerdings ist anerkannt, dass der Anspruchsberechtigte sich durch Genehmigung der Verfügung gem. § 185 Abs. 2 Var. 1 BGB i.V.m. § 184 Abs. 1 BGB (nachträglich) eine Direktkondiktion aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB gegen den Nichtberechtigten schaffen kann.[28] Wegen der ex-tunc-Wirkung der Genehmigung (§ 184 Abs. 1 BGB) könnte man zwar annehmen, dass der nichtberechtigte Verfügende zum Berechtigten würde und dann § 816 Abs. 1 BGB insgesamt nicht anwendbar wäre; doch wirkt die Genehmigung in diesem Kontext nur auf das Verfügungsgeschäft und gerade nicht auf die Verfügungsberechtigung ein.[29] Da die Genehmigung als empfangsbedürftige Willenserklärung[30] nach allgemeinen Grundsätzen (auch) Geschäftsfähigkeit voraussetzt, hat die Genehmigung für besagte Verfügung jedoch durch den gesetzlichen Vertreter der G zu erfolgen, § 1814 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 1821 Abs. 1, 1823 BGB (= § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. §§ 1901 Abs. 1, 1902 BGB i.d.F. bis 31.12.2022). Wenn diese Genehmigung erfolgt, ist die Verfügung gegenüber G wirksam.

5. Rechtsfolge

Unter diesen Voraussetzungen steht G dem Grunde nach ein Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB gegen D zu. Fraglich ist die Höhe des Anspruchs.

a) Höhe des Bereicherungsanspruchs: Das durch die Verfügung Erlangte

§ 816 Abs. 1 S. 1 BGB normiert nur, dass der Nichtberechtigte dem Berechtigten zur Herausgabe des „durch die Verfügung" Erlangten verpflichtet ist. Damit könnte der objektive Wert des Gegenstands[31] (§ 818 Abs. 2 BGB, vorliegend 280 €) oder der konkrete Veräußerungserlös[32] (vorliegend 300 €) gemeint sein.

Der Wortlaut der Vorschrift scheint zunächst für den Erlös zu streiten, denn im Gegenseitigkeitsverhältnis erlangt der Verkäufer den Kaufpreis.[33] Dieses Argument ist bei genauerer Betrachtung aber nicht zwingend: Das Trennungsprinzip gebietet eine getrennte Betrachtung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft. Durch das Verfügungsgeschäft wird der Verkäufer allein von der Pflicht zur Übereignung der Kaufsache frei.[34] Denn die Verfügung bedeutet deren Erfüllung, § 362 Abs. 1 BGB. Den Erlös hingegen erlangt man durch ein separates Verfügungsgeschäft. Da die Befreiung nicht in natura herausgegeben werden kann, erscheint es dann nur konsequent, über § 818 Abs. 2 BGB lediglich den objektiven Wert als ersatzfähig anzusehen.[35] Bei noch näherer Betrachtung lässt sich die

[28] *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 11 Rn. 30.

[29] *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, § 8 I 2 (S. 301).

[30] *Bayreuther*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 184 Rn. 2.

[31] Sog. Theorie der Werthaftung; in der Literatur vertreten etwa von *Schwab*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 816 Rn. 44 ff.; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 28. Aufl. 2022, Rn. 723.

[32] Sog. Theorie der Gewinnhaftung; vertreten unter anderem von der Rspr., vgl. BGH NZM 2005, 835 (837); auch überwiegende Zustimmung im Schrifttum: *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2023, § 816 Rn. 17; *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 55 Rn. 26; vgl. darüber hinaus die vielen Nachweise bei *Schwab*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 816 Rn. 40.

[33] So *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2023, § 816 Rn. 17.

[34] *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 55 Rn. 25.

[35] Ibid.

These vom alleinigen Erlangen der Befreiung jedoch ebenfalls anzweifeln. Denn da dem Käufer mit Erfüllung des Lieferanspruchs die Einrede des § 320 Abs. 1 BGB genommen wird, wird kraft Verfügung über die Sache in gewissem Sinne auch der Gegenanspruch erlangt.[36]

Die Annahme einer Herausgabepflicht bezüglich des Erlöses erscheint außerdem systemkonform. Sonst nämlich wäre die eigentlich sekundär anzuwendende Wertersatzregel des § 818 Abs. 2 BGB immer die primäre Rechtsfolge.[37]

Für die Ersatzfähigkeit des Veräußerungserlöses spricht außerdem eine Vergleichsüberlegung zu § 816 Abs. 1 S. 2 BGB: Die dort (ausnahmsweise) angeordnete Haftung des Leistungsempfängers ergibt sich gerade aus dem Umstand, dass es keine Gegenleistung gibt, die man vom (eigentlich vorrangig in Anspruch zu nehmenden) Verfügenden herausverlangen könnte.[38] § 816 Abs. 1 S. 1 BGB soll damit Zugriff auf jene Gegenleistung gewähren, eben weil sie vorhanden ist.[39]

Zuletzt spricht das Telos des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB für ein solches Ergebnis: Die Vorschrift dient als Ersatz für die Vindikation gem. § 985 BGB (Rechtsfortwirkungsanspruch), bei dessen Vorliegen auch Übermaßfrüchte im vollen Umfang gem. § 993 Abs. 1 Hs. 1 BGB herauszugeben wären.[40] Dass damit freilich – im Falle der Veräußerung über Wert wie hier – das Verhandlungsgeschick des Verfügenden dem Berechtigten zugutekommt, ist letztlich hinzunehmen;[41] dafür lässt sich auch anführen, dass (wie im Rahmen der GoA schon festgestellt[42]) die Veräußerung einer Sache ebenfalls Sache des Eigentümers ist.[43]

Insgesamt überzeugt es daher, den Erlös als herauszugebendes Erlangtes anzusehen. Damit hat G an sich gegen D einen Anspruch auf den Veräußerungserlös i.H.v. 300 €.

b) Wegfall der Bereicherung wegen Verwendungsersatzes

Allerdings könnte dieser Anspruch gem. § 818 Abs. 3 BGB reduziert sein. Infrage kommt ein Wegfall der Bereicherung des D wegen der Aufwendungen i.H.v. 25 €, die er für Reinigung und Restauration getätigt hat. Solche Verwendungen sind i.R.d. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB abzugsfähig, wenn der Bereicherungsschuldner sie dem Bereicherungsgläubiger entgegenhalten hätte können, hätte letzterer den Bereicherungsgegenstand stattdessen gem. § 985 BGB herausverlangt.[44] D könnte gegen G einen Verwendungsersatzanspruch gem. § 994 Abs. 1 S. 1 BGB haben.[45] Zum Zeitpunkt der Verwendung war G Eigentümerin des Geschirrs (siehe oben) und D dessen unmittelbarer Besitzer i.S.d. § 854 Abs. 1 BGB. Ein Besitzrecht zugunsten des D lag ebenfalls nicht vor. Mithin bestand eine Vindikationslage. Hätte G von D das Geschirr vindiziert, so hätte D ihr eben jenen Anspruch entgegenhalten können. Die Aufwendungen tätigte D gutgläubig, denn er ging irrig davon aus, dass der Eigentümer oder die Eigentümerin das Eigentum an dem Geschirr aufgegeben hatte, er (D) mithin Eigentümer geworden war

---

[36] *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, 13. Aufl. 1994, § 69 II 1 a (S. 181).

[37] Vgl. die Kritik bei *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, § 8 I 4 d (S. 322): „atomistisch-konstruktivistische Betrachtungsweise"; dagegen aber *Schwab*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 816 Rn. 44.

[38] Ausführlich *Thomale*, JuS 2013, 42 (47), der letztlich auch eine Parallele zu § 822 BGB zieht.

[39] Ibid.

[40] *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2023, § 816 Rn. 17.

[41] Eine andere Ansicht ist nicht zuletzt mit diesem Argument natürlich gut vertretbar.

[42] Siehe oben I.

[43] *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 55 Rn. 26.

[44] *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 55 Rn. 27; auch hieran lässt sich die Rechtsfortwirkungsfunktion veranschaulichen.

[45] Die Kenntnis dieses Anspruches (bzw. dessen Auswirkungen insbesondere im Kontext des § 818 Abs. 3 BGB) wurde von den Teilnehmenden nicht erwartet.

(§ 958 Abs. 1 BGB i.V.m. § 959 Abs. 1 BGB). Damit sind die Verwendungen des D taugliche Abzugsposten. Abzüglich dieser Kosten i.H.v. 25 € ergibt sich ein Anspruch i.H.v. 275 €.

c) Zwischenergebnis

Damit besteht der Anspruch der G aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB i.H.v. 275 €.

IV. Ergebnis

Wenn G durch ihren gesetzlichen Vertreter die Verfügung genehmigt, hat sie gegen D einen Anspruch auf Zahlung von 275 € aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB.

Übungsklausur im Kapitalgesellschaftsrecht: Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss bei genehmigtem Kapital*

*Wiss. Mitarbeiterin Amani Mehdawi, Berlin, Wiss. Mitarbeiter Raoul Schlichting, Hamburg***

Der Fall setzt in einer Situation an, in der sich ein Aktionär gegen eine Ermächtigung des Vorstands zum Bezugsrechtsausschluss im Zusammenhang mit genehmigtem Kapital wendet, bevor der Vorstand von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht hat.

Materiell-rechtlich geht es um die Konturierung des Aktionärsrechts auf Bezug junger Aktien nach einer Kapitalerhöhung, welches ihm grundsätzlich gem. § 186 Abs. 1 S. 1 AktG zusteht. Das Bezugsrecht zielt auf den Schutz des Aktionärs vor einer Verwässerung seines Stimmgewichts und der vermögensmäßigen Beteiligung an der Gesellschaft ab. Gem. § 186 Abs. 3 S. 1 AktG kann das Bezugsrecht durch einen qualifizierten Beschluss der Hauptversammlung ganz oder zum Teil ausgeschlossen werden. Nach § 203 Abs. 1 und Abs. 2 AktG ist der Ausschluss auch bei genehmigtem Kapital möglich. Ein Konflikt entsteht im Zusammenhang mit einem Bezugsrechtausschluss bei genehmigtem Kapital daraus, dass der betroffene Aktionär die Gefahr der Verwässerung seiner Beteiligung zunächst hinnehmen muss und gegen die unter Bezugsrechtsausschluss vorgenommene Kapitalmaßnahme erst vorgehen kann, wenn der Vorstand von der durch die Hauptversammlung verliehenen Ermächtigung Gebrauch macht. Erst dann besteht ggf. die Verpflichtung des Vorstands, konkrete Gründe darzulegen, die den Bezugsrechtsausschluss rechtfertigen könnten. Problematisch ist dabei insbesondere, dass der Altaktionär von den Einzelheiten u.U. erst nachträglich in der nächsten Hauptversammlung erfährt.

Sachverhalt

Die X-AG ist eine im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft, deren Aktien im Freiverkehr an der Baden-Württembergischen Wertpapierbörse notiert sind. Das Grundkapital der X-AG beträgt 6,5 Mio. € und ist in ebenso viele auf den Inhaber lautende Stückaktien ohne Nennbetrag eingeteilt. Mit am 10.5.2017 im Bundesanzeiger veröffentlichten Schreiben wurden die Aktionäre der X-AG zur ordentlichen Hauptversammlung am 28.6.2017 eingeladen. In der Einladung zur Hauptversammlung findet sich im Rahmen der Tagesordnungspunkte auch der Hinweis, dass über Kapitalmaßnahmen unter Ausschluss des Bezugsrechts abgestimmt werden soll.

Auf der Hauptversammlung stimmten 97 % des vertretenen (und 76,53 % des absoluten) Grundkapitals für eine Änderung der Satzung zur Ermächtigung des Vorstands, mit Zustimmung des Aufsichtsrats das Grundkapital der Gesellschaft bis zum 27.6.2022 einmalig oder mehrmalig um bis zu insgesamt 3,2 Mio. € gegen Bar- und/oder Sacheinlagen durch Ausgabe neuer Aktien zu erhöhen. Der Vorstand wurde weiter ermächtigt, mit Zustimmung des Aufsichtsrats das gesetzliche Bezugsrecht der Aktionäre in allgemein und abstrakt dargelegten Fällen auszuschließen. Auch der entsprechende

* In Anlehnung an: OLG Nürnberg, Urt. v. 11.8.2021 – 12 U 1149/18 (§§ 182, 186, 202, 203, 242, 243 AktG, § 139 BGB). Die Entscheidung ist im Volltext bei beck-online abrufbar (BeckRS 2021, 22150). Für Entscheidungsbesprechungen und Anmerkungen siehe BGH NJW-Spezial 2021, 687 (*Leuering*); WuB 2022, 15 (*Fuhrmann*).

** Die Autorin *Mehdawi* ist Wiss. Mitarbeiterin bei einer Rechtsanwaltsgesellschaft im Bereich des Gesellschaftsrechts. Der Autor *Schlichting* ist Wiss. Mitarbeiter an der Universität Hamburg am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Versicherungswissenschaft von Prof. *Dr. Robert Koch*, LL.M. (McGill).

Vorstandsbericht umschreibt die Fallkonstellationen, in denen der Vorstand von der Ausschließungsermächtigung Gebrauch machen darf, nur allgemein und in abstrakter Weise.

Großaktionär L hatte bereits im Vorfeld der Hauptversammlung geäußert, dass er sich vorstellen könnte, den übrigen Aktionären ein Kaufangebot zu machen, um so seine Beteiligung zu erhöhen. Auch ein Squeeze-Out sei denkbar. In Bezug auf die Satzungsermächtigung erwägt er, dem Vorstand eine Sachkapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss nahezulegen. Konkrete Pläne hat L derzeit aber nicht.

A ist seit 2012 Aktionärin der X-AG und mit dem Beschluss über das genehmigte Kapital und insbesondere mit der Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss nicht einverstanden, da sie durch den möglichen Bezugsrechtsausschluss den Verlust von Einfluss in der Gesellschaft befürchtet. Darüber hinaus macht sie geltend, dass der Ermächtigungsbeschluss in Bezug auf den Ausschluss des Bezugsrechts sich über die gesetzlich vorgesehene Begrenzung auf 10 % des Grundkapitals hinwegsetze, indem eine Kapitalerhöhung mit gleichzeitigem Bezugsrechtsausschluss bis zur gesetzlichen Höchstgrenze von maximal 50 % des Grundkapitals ermöglicht werde. Außerdem meint sie, dass die Kapitalmaßnahme und der mögliche Bezugsrechtsausschluss darauf abzielen, dem Großaktionär L, der 39 % der Anteile an der X-AG hält und auf der Hauptversammlung für das genehmigte Kapital und die Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss gestimmt hat, kompensationslos ungerechtfertigte Sondervorteile zu gewähren, indem Kleinaktionäre wie sie aus der Gesellschaft gedrängt würden. Sie möchte daher gegen die Ausschließungsermächtigung, anderenfalls gegen den gesamten Hauptversammlungsbeschluss vorgehen.

Die X-AG hingegen ist der Auffassung, dass ein isoliertes Vorgehen gegen die Ausschließungsermächtigung gar nicht möglich sei, jedenfalls sei aber ein Vorgehen gegen den Hauptversammlungsbeschluss derzeit bereits unzulässig, weil der Vorstand von seiner Ermächtigung zur Kapitalerhöhung unter Ausschluss des Bezugsrechts noch keinen Gebrauch gemacht hat.

A übermittelt dem Landgericht am Sitz der X-AG am 27.7.2017 anwaltlich vertreten per Telefax einen Schriftsatz, der am selben Tag dort eingeht, um die Rechtmäßigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses überprüfen zu lassen.

Fallfrage

Prüfen Sie, inwieweit die von A erhobene Klage Erfolg haben wird.

Bearbeitungsvermerk

Es ist davon auszugehen, dass A ordnungsgemäß Widerspruch gegen den Hauptversammlungsbeschluss zu Protokoll erklärt hat.

Lösungsvorschlag

Erfolgsaussichten einer Anfechtungsklage der A gegen den am 28.6.2017 gefassten Hauptversammlungsbeschluss der X-AG 254

A. Zulässigkeit 254

I. Statthafte Klageart 254

II. Zuständigkeit 255

III. Form 255

IV. Partei- und Prozessfähigkeit 256
V. Rechtsschutzbedürfnis 256
VI. Ergebnis zu I 256
B. Begründetheit 256
I. Passivlegitimation 256
II. Anfechtungsbefugnis, § 245 Nr. 1 AktG 257
III. Anfechtungsfrist, § 246 Abs. 1 AktG 257
IV. Isolierte Anfechtbarkeit der Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss 257
V. Anfechtungsgründe nach § 243 Abs. 1 AktG 259
1. Rechtswidrigkeit der Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss, §§ 202, 203 Abs. 2, 186 Abs. 4 AktG 259
a) Formelle Anforderungen an den ermächtigenden Hauptversammlungsbeschluss 260
aa) Mehrheitserfordernisse bei der Beschlussfassung 260
bb) Verstoß gegen Informationspflichten gem. § 203 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2 AktG i.V.m. § 186 Abs. 4 S. 1 AktG 260
cc) Anforderungen an den Vorstandsbericht gem. §§ 203 Abs. 2, 186 Abs. 4 S. 2 AktG 260
b) Materielle Anforderungen an den ermächtigenden Hauptversammlungsbeschluss 261
aa) Sachliche Rechtfertigung nach Kali+Salz 261
bb) Sachliche Rechtfertigung nach Siemens/Nold und Mangusta/Commerzbank 262
c) Zwischenergebnis 263
2. Verstoß gegen § 186 Abs. 3 S. 4 AktG 263
VI. Anfechtungsgrund gem. § 243 Abs. 2 AktG 263
VII. Ergebnis zu II 265
C. Gesamtergebnis 265

Erfolgsaussichten einer Anfechtungsklage der A gegen den am 28.6.2017 gefassten Hauptversammlungsbeschluss der X-AG

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

A. Zulässigkeit

I. Statthafte Klageart

Als statthafte Klageart kommt die Anfechtungsklage gem. § 246 AktG in Betracht. Diese ist statthaft,

wenn der Kläger Anfechtungsgründe, namentlich die Verletzung von Gesetz, der Satzung oder der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht nach Maßgabe des § 243 AktG, in Bezug auf einen Hauptversammlungsbeschluss geltend macht. A wendet sich gegen die Vorrats- und Ausschlussermächtigung aus dem am 28.6.2017 gefassten Hauptversammlungsbeschluss und verweist unter anderem auf einen Verstoß gegen § 186 Abs. 3 S. 4 AktG und § 243 Abs. 2 S. 1 AktG, die Anfechtungsgründe i.S.d. § 243 AktG darstellen könnten. Somit ist die Anfechtungsklage statthaft.

Hinweis: Gegen einen Beschluss der Hauptversammlung kann ein Aktionär sowohl mit der Anfechtungsklage nach § 246 AktG als auch mit der Nichtigkeitsklage gem. § 249 AktG vorgehen. Welches die statthafte Klageart ist, richtet sich danach, ob der Beschluss an Mängeln leidet, die nur zur Anfechtbarkeit führen, die Wirksamkeit aber zunächst nicht berühren oder aber an solchen, die aufgrund ihrer Schwere die Nichtigkeit des Beschlusses begründen. Bei der Anfechtungsklage handelt es sich um eine Gestaltungsklage, bei der Nichtigkeit des angefochtenen Beschlusses erst durch die Rechtskraft des stattgebenden Urteils gem. § 241 Nr. 5 AktG (rückwirkend) eintritt, während es sich bei der Nichtigkeitsklage um eine Feststellungsklage handelt, welche die materiell-rechtlich bereits kraft Gesetzes bestehende Nichtigkeit bestätigt. Gemeinsam ist beiden Klagearten, dass sie denselben Streitgegenstand verfolgen: Der Hauptversammlungsbeschluss soll vom Gericht für nichtig erklärt bzw. die Nichtigkeit festgestellt werden. Daraus folgt, dass auch mithilfe der Anfechtungsklage Nichtigkeitsgründe gerügt werden können.[1] In der Praxis wird deshalb eine einheitliche Gestaltungsklage erhoben, bei der im Rahmen der statthaften Klageart nicht zwischen Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage unterschieden wird.[2]

II. Zuständigkeit

Ausschließlich zuständig für Anfechtungsklagen ist gem. § 246 Abs. 3 S. 1, S. 2 AktG das Landgericht am Sitz der AG. Auf Antrag des Klägers (§ 96 Abs. 1 GVG) oder des Beklagten (§ 98 Abs. 1 GVG) wird die Sache gem. § 95 Abs. 2 Nr. 1 GVG vor der Kammer für Handelssachen verhandelt. Damit ist hier das entsprechende Landgericht zuständig.

III. Form

A müsste die Klage formgerecht erhoben haben. Gem. § 253 Abs. 1 ZPO ist die Klage durch Zustellung der Klageschrift zu erheben. Der Schriftsatz muss dabei schriftlich bei Gericht eingehen, § 253 Abs. 5 ZPO. Problematisch könnte sein, dass der Anwalt der A den Schriftsatz mittels Telefax übermittelt hat. Fraglich ist, ob dies den Anforderungen des § 253 Abs. 5 ZPO genügt. Die Klageeinreichung per Fax ist grundsätzlich zulässig. Nach § 130 Nr. 6 ZPO ist es ausreichend, dass die Unterschrift bei Übermittlung der Klageschrift per Telefax in der bei Gericht eingehenden Telekopie wiedergegeben wird. Erforderlich ist die eigenhändige Unterschrift auf dem Ausgangsdokument. Die bei Gericht eingegangene und ausgedruckte Kopie stellt dann die Klageschrift dar.[3] Folglich hat der Anwalt der A den Schriftsatz formgerecht übermittelt.

---

[1] Vgl. dazu *Schäfer*, in: MüKo-AktG, 5. Aufl. 2021, § 246 Rn. 21; *Ehmann*, in: Grigoleit, Kommentar zum AktG, 2. Aufl. 2020, § 246 Rn. 2.

[2] Vgl. *Drescher*, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, AktG § 246 Rn. 29, 31; *Koch*, Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2021, § 31 Rn. 17.

[3] *Becker-Eberhard*, in: MüKo-ZPO, 6. Aufl. 2020, § 253 Rn. 12; *Saenger*, in: Saenger, Kommentar zur ZPO, 9. Aufl. 2021, § 253 Rn. 2.

IV. Partei- und Prozessfähigkeit

Die X-AG ist gem. § 50 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 1, 246 Abs. 2 S. 1 AktG parteifähig und wird abweichend von § 78 Abs. 1 S. 1 AktG nach dem sog. Prinzip der Doppelvertretung[4] durch Vorstand und Aufsichtsrat prozessual vertreten, § 246 Abs. 2 S. 2 AktG i.V.m. § 51 Abs. 1 ZPO.

An der Partei- und Prozessfähigkeit der A bestehen keine Zweifel. Insbesondere ist sie anwaltlich vertreten, wie § 78 Abs. 1 S. 1 ZPO für landgerichtliche Prozesse vorschreibt.

V. Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis ist aufgrund drohender Bestandskraft zu bejahen.

> *Hinweis*: Fälle, in denen das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, sind selten. Nicht erforderlich ist, dass der Kläger persönlich durch die klageweise geltend gemachten Gesetzes- bzw. Satzungsverstöße betroffen ist. Ausnahmsweise kann das Rechtsschutzbedürfnis abzulehnen sein, wenn der Beschluss von der Hauptversammlung bereits aufgehoben oder ein zunächst mangelhafter Beschluss ordnungsgemäß erneut vorgenommen worden ist.[5] Der Missbrauch des Anfechtungsrechts lässt das Rechtsschutzbedürfnis und damit die Zulässigkeit der Klage nicht entfallen, sondern ist im Rahmen der Anfechtungsbefugnis bei der Begründetheit der Klage zu berücksichtigen.[6]

VI. Ergebnis zu I.

Die Klage ist zulässig.

> *Hinweis*: Die Frage, inwiefern eine isolierte Anfechtung der Ausschließungsermächtigung zulässig ist, ist keine Zulässigkeitsfrage, sondern erst im Rahmen der Begründetheit zu diskutieren.[7]

B. Begründetheit

Die Klage der A ist begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Klagegegner richtet, der Hauptversammlungsbeschluss anfechtbar ist und A diesen als anfechtungsberechtigte Aktionärin innerhalb der Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG angreift.

I. Passivlegitimation

Die Anfechtungsklage ist gem. §§ 246 Abs. 2 S. 1, 255 Abs. 3 AktG gegen die X-AG zu richten.

---

[4] *Koch*, in: Koch, Kommentar zum AktG, 16. Aufl. 2022, § 246 Rn. 30.

[5] *Drescher*, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, AktG § 246 Rn. 32; *Vatter*, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG, Stand: 1.10.2022, § 246 Rn. 5.

[6] BGH NJW-RR 1992, 1388 (1389); *Schäfer*, in: MüKo-AktG, 5. Aufl. 2021, § 246 Rn. 17.

[7] BGH NZG 2007, 907 (907 f.); OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 Rn. 25; *Schäfer*, in: MüKo-AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rn. 90.

Hinweis: Wichtig ist, zwischen Partei- und Prozessfähigkeit der AG einerseits und der Passivlegitimation andererseits zu unterscheiden. Während erstere die Frage der Zulässigkeit der Klage betreffen, handelt es sich bei der Passivlegitimation nach überwiegender Meinung um ein Erfordernis der Begründetheit.[8]

II. Anfechtungsbefugnis, § 245 Nr. 1 AktG

A müsste anfechtungsberechtigt sein. Dies ist der Fall, wenn sie als Aktionärin an der Hauptversammlung teilgenommen und Widerspruch gegen den Beschluss nach Maßgabe der §§ 255 Abs. 3, 245 Nr. 1 AktG eingelegt hat. A ist Aktionärin der X-AG und hat ihre Anteile bereits vor der Bekanntmachung der Tagesordnung erworben. Auch war sie bei der Hauptversammlung anwesend und hat gegen den streitgegenständlichen Beschluss ordnungsgemäß Widerspruch zu Protokoll erklärt. Gründe für eine rechtsmissbräuchliche Erhebung der Klage (§ 242 BGB) sind nicht ersichtlich. Damit ist A anfechtungsbefugt.

III. Anfechtungsfrist, § 246 Abs. 1 AktG

A müsste die Anfechtung innerhalb der Monatsfrist der §§ 255 Abs. 3, 246 Abs. 1 AktG geltend gemacht haben. Die Berechnung erfolgt nach Maßgabe der §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB. Fristbeginn ist der Tag der Hauptversammlung, wobei selbiger nicht mitgerechnet wird. Die Frist endet mit Ablauf des Tages, der im Folgemonat dem Tag entspricht, an dem die Hauptversammlung stattfand.[9] Maßgebliches Ereignis für die Fristwahrung ist die Zustellung der Klageschrift an die beklagte Partei, §§ 253 Abs. 1 ZPO, 246 Abs. 2 S. 2 AktG, wobei zumutbare Verspätungen gem. § 167 ZPO unschädlich sind.[10] Der Beschluss wurde am 28.6.2017 gefasst und die Klageschrift der A ging am 27.7.2017 bei Gericht ein. Mangels entgegenstehender Angaben ist von einer fristgerechten Zustellung an die X-AG auszugehen. A hat fristgerecht Klage erhoben.

Hinweis: Bei der Anfechtungsfrist nach § 246 Abs. 1 AktG handelt es sich um eine Voraussetzung der Begründetheit und nicht etwa um eine Zulässigkeitsvoraussetzung. Es ist eine materiellrechtliche Ausschlussfrist. Wird sie versäumt, ist die Klage als unbegründet abzuweisen, da der Anfechtungsgrund präkludiert ist. Die Regelungen der ZPO über die Fristverlängerung gem. §§ 224 f. und §§ 233 ff. ZPO sind nicht anwendbar.[11]

IV. Isolierte Anfechtbarkeit der Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss

Das Klagebegehren der A ist auf die isolierte Anfechtung der Ermächtigung des Vorstands zum Bezugsrechtsausschluss gerichtet. Problematisch könnte sein, dass die Ermächtigung – rein formal gesehen – im Zusammenhang mit der Ermächtigung des Vorstands zur Kapitalerhöhung gem. § 202 Abs. 1 AktG beschlossen wurde. Fraglich ist, ob A diesen Teil des Hauptversammlungsbeschlusses isoliert anfechten kann.

---

[8] Vgl. *Gehrlein*, in: Prütting/Gehrlein, Kommentar zur ZPO, 14. Aufl. 2022, § 50 Rn. 11, 6; § 51 Rn. 1.
[9] *Vatter*, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG, Stand: 1.10.2022, § 246 Rn. 16.
[10] *Drescher*, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, AktG § 246 Rn. 3.
[11] *Vatter*, Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG, Stand: 1.10.2022, § 246 Rn. 14.

Im Rahmen einer ordentlichen Kapitalerhöhung gegen Einlage stehen der Kapitalerhöhungsbeschluss und der Bezugsrechtausschluss in einem untrennbaren rechtlichen Zusammenhang, da das Bezugsrecht gem. § 186 Abs. 3 S. 1 AktG nur im Beschluss über die Kapitalerhöhung ausgeschlossen werden kann. Die Nichtigkeit des einen Teils hat demnach zwingend die Nichtigkeit des anderen Teils zur Folge.[12]

§ 203 Abs. 2 S. 1 AktG weist für den Bezugsrechtsausschluss bei genehmigtem Kapital einen weniger eindeutigen Wortlaut auf. Demnach kann die Ermächtigung vorsehen, dass der Vorstand über den Ausschluss des Bezugsrechts entscheidet. Vor diesem Hintergrund ist für die Frage der isolierten Anfechtbarkeit des Bezugsrechtsausschlusses bei genehmigtem Kapital vorab zu klären, ob die Ermächtigung zur Kapitalerhöhung unabhängig neben der Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss steht.

Die Nichtigkeit einzelner Teile des Beschlusses kann nur dann festgestellt werden, wenn die Teile nicht aufeinander bezogen sind und auch sonst in keinem Zusammenhang stehen. Dies folgt aus dem Rechtsgedanken des § 139 BGB. Ein Beschluss ist in seiner Gesamtheit nichtig, wenn die Wirksamkeit des einen Teils mit der Wirksamkeit des anderen Teils stehen und fallen soll.[13] Eine isolierte Anfechtbarkeit wäre in diesem Fall nicht möglich.

Anders liegt es, wenn das genehmigte Kapital seinen Zweck auch dann erfüllen kann, wenn den Aktionären ein Bezugsrecht zusteht.[14] Nur wenn kein eindeutiges Ergebnis gefunden werden kann, führt die Vermutung des § 139 BGB zur Nichtigkeit des gesamten Beschlusses. Dafür ist der mutmaßliche Wille der Hauptversammlung maßgeblich, der durch Auslegung des Hauptversammlungsbeschlusses zu ermitteln ist. Zugrunde zu legen ist hierbei nicht das Verständnis eines einzelnen Aktionärs, sondern, ob der Inhalt des Beschlusses eindeutig darauf schließen lässt, dass ein innerer Zusammenhang zwischen den Beschlussgegenständen vorliegt. Anhaltspunkte können sich z.B. aus der Formulierung des Beschlusses oder des entsprechenden Vorstandsberichts ergeben.[15] Die Rechtsprechung hat in konsequenter Fortführung dieses Gedankens angenommen, dass, sofern Anhaltspunkte darauf schließen lassen, dass das genehmigte Kapital auch ohne Bezugsrechtsausschluss zustande gekommen wäre, die Nichtigkeit eines Bezugsrechtsausschlusses nicht auch die Nichtigkeit des genehmigten Kapitals zur Folge hat.[16]

Aus dem Wortlaut des streitgegenständlichen Beschlusses der Hauptversammlung der X-AG vom 28.6.2017 lässt sich zunächst nicht zweifelsfrei ableiten, dass das genehmigte Kapital auch ohne die Möglichkeit eines Bezugsrechtsausschlusses beschlossen worden wäre. Allerdings wurden genehmigtes Kapital und die Ausschließungsermächtigung ohne konkreten Anlass beschlossen, sog. Vorratsbeschluss. Damit stehen die Kapitalmaßnahme und die Ermächtigung in keinem Zusammenhang und letztere kann als selbstständiger Streitgegenstand angegriffen werden.[17] Die isolierte Anfechtung der Ermächtigung des Vorstands der X-AG zum Bezugsrechtsausschluss ist zulässig.

---

[12] RGZ 118, 67 (70 f.); OLG Oldenburg AG 1994, 415 (416); *Schäfer*, in: MüKo-AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rn. 92; *Schwab*, in: Schmidt K./Lutter, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2020, § 241 Rn. 48.

[13] Vgl. *Busche*, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2021, § 139 Rn. 29, 31; *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 139 Rn. 16; ähnlich *Grunewald*, NZG 2017, 1321 (1323).

[14] *Apfelbacher/Metzner*, in: Hölters/Weber, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2022, § 203 Rn. 46; *Schäfer*, in: MüKo-AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rn. 92.

[15] BGH MittBayNot 2016, 252 (255); BGH NJW 1982, 2444 (2446); OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 Rn. 30 ff.; *Ludwig/Möhrle*, in: Rechenberg/Ludwig, Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht. 4. Aufl. 2017, Kap. 14 Rn. 1180.

[16] BGH MittBayNot 2016, 252 (255); BGH NJW 1982, 2444 (2446).

[17] BGH NZG 2007, 907 (908); OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150, Rn. 34; vgl. *Schwab*, in: Schmidt K./Lutter, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2020, § 241 Rn. 48.

Hinweis: Unter einem Bezugsrecht versteht man das Recht eines Aktionärs bei einer Kapitalerhöhung gegen Einlage neue Aktien entsprechend seiner Beteiligungsquote zu zeichnen, § 186 Abs. 1 AktG. Es dient unter anderem dazu, der Verwässerung des Beteiligungswerts entgegenzuwirken. Zunächst durch das Gesetz als korporatives Recht ausgestaltet, wird es durch Fassung eines entsprechenden Kapitalerhöhungsbeschlusses zu einem konkreten und veräußerbaren Anspruch. Unter den Voraussetzungen des § 186 Abs. 3, Abs. 4 AktG ist indes ein Ausschluss möglich.[18] Eine den Einfluss der Altaktionäre wahrende alternative Form der Eigenkapitalbeschaffung stellt die Kapitalerhöhung unter Ausgabe von stimmrechtslosen Vorzugsaktien dar (§ 139 AktG).

V. Anfechtungsgründe nach § 243 Abs. 1 AktG

Der Hauptversammlungsbeschluss der X-AG müsste in Bezug auf die Ausschließungsermächtigung anfechtbar sein. Gem. § 243 Abs. 1 AktG liegt ein Anfechtungsgrund bei Verletzung des Gesetzes oder bei einem Verstoß gegen die Satzung vor.

1. Rechtswidrigkeit der Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss, §§ 202, 203 Abs. 2, 186 Abs. 4 AktG

A wendet sich gegen die Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss. Fraglich ist, ob diese rechtmäßig zustande gekommen ist, was wiederum davon abhängt, an welchem rechtlichen Maßstab sich die Ausschließungsermächtigung messen lassen muss.

Das Bezugsrecht kann nicht nur bei der ordentlichen Kapitalerhöhung ausgeschlossen werden, sondern auch, wenn der Vorstand eine Kapitalerhöhung in Ausnutzung genehmigten Kapitals beschließt, vgl. §§ 203 Abs. 1 S. 1, 186 Abs. 1 S. 1 AktG. Dabei ist zwischen dem Direktausschluss im satzungsändernden Hauptversammlungsbeschluss und der sog. Ausschließungsermächtigung gem. § 203 Abs. 2 S. 1 AktG zu differenzieren. Ergänzend zu § 202 AktG richten sich die formellen und materiellen Anforderungen des Bezugsrechtsausschlusses im ersten Fall nach §§ 203 Abs. 1, 186 Abs. 3, Abs. 4 AktG, während bei der Ausschließungsermächtigung §§ 203 Abs. 2 S. 2, 186 Abs. 4 AktG maßgeblich sind.

Hier wurde der Vorstand der X-AG im satzungsändernden Hauptversammlungsbeschluss ermächtigt, das Bezugsrecht in abstrakt umschriebenen Fällen auszuschließen. Damit liegt eine Ausschließungsermächtigung i.S.d. § 203 Abs. 2 S. 1 AktG vor. Die Rechtmäßigkeit richtet sich dementsprechend nach den §§ 202, 203 Abs. 2 S. 2, 186 Abs. 4 AktG.

Hinweis: Als Kapitalmaßnahme kommt neben der Erhöhung gegen Einlage gem. §§ 182 ff. AktG – auch ordentliche Kapitalerhöhung – das genehmigte Kapital in Betracht. Dabei beschließt die Hauptversammlung im Rahmen einer Satzungsänderung, §§ 179 ff. AktG, und unter den zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 202 ff. AktG, dass der Vorstand unter Beteiligung des Aufsichtsrats ermächtigt wird, das Grundkapital der AG durch Ausgabe neuer Aktien gegen Einlage zu erhöhen. Es erfolgt also eine Verschiebung der Kompetenz von der Hauptversammlung auf den Vorstand.

[18] *Plückelmann*, in: Schwerdtfeger, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2010, AktG § 186 Rn. 1, 3; *Rebmann*, in: Heidel, Kommentar zum Aktien- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2020, AktG § 186 Rn. 1.

Vorteilhaft ist dies, da der AG so – ohne zeitintensive erneute Beschlussfassung der Hauptversammlung – kurzfristig und flexibel Kapital zur Verfügung gestellt werden kann. Dies kann etwa erforderlich sein, um auf veränderte Marktbedingungen zeitnah reagieren zu können.[19]

a) Formelle Anforderungen an den ermächtigenden Hauptversammlungsbeschluss

aa) Mehrheitserfordernisse bei der Beschlussfassung

Grundsätzlich ist für einen Hauptversammlungsbeschluss gem. § 133 Abs. 1 AktG die Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich. Hiervon abweichend bestimmt § 202 Abs. 2 S. 2 AktG ein strengeres, qualifiziertes Mehrheitserfordernis von mindestens drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals. Der Beschluss wurde mit mehr als 97 % des vertretenen Grundkapitals gefasst, womit das nötige Quorum eingehalten wurde.

bb) Verstoß gegen Informationspflichten gem. § 203 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2 AktG i.V.m. § 186 Abs. 4 S. 1 AktG

Gem. § 203 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2 AktG i.V.m. § 186 Abs. 4 S. 1 AktG muss die geplante Abstimmung über den Ausschluss des Bezugsrechts zur Information und Warnung der Aktionäre ausdrücklich und ordnungsgemäß bekannt gemacht werden.[20] Ein entsprechender Hinweis ergab sich aus der Einladung zur Hauptversammlung, sodass diese formelle Voraussetzung erfüllt ist.

cc) Anforderungen an den Vorstandsbericht gem. §§ 203 Abs. 2, 186 Abs. 4 S. 2 AktG

Ferner könnte der Beschluss gem. §§ 203 Abs. 2 S. 2, 186 Abs. 4 S. 2 AktG in Folge eines mangelhaften Vorstandsberichts anfechtbar sein.[21] Der Vorstand hat der Hauptversammlung gem. § 186 Abs. 4 S. 2 AktG, der im Falle des genehmigten Kapitals kraft Verweisung in § 203 Abs. 2 S. 2 AktG sinngemäß gilt, einen schriftlichen Bericht über den Grund für den Ausschluss des Bezugsrechts zugänglich zu machen und den vorgeschlagenen Ausgabebetrag zu begründen. Sinn und Zweck des Vorstandsberichts ist, dass er die Hauptversammlung befähigt, sich ein Urteil über die Rechtsfertigung des Bezugsrechtsausschlusses zu bilden.[22] Dem könnte hier entgegenstehen, dass im Bericht lediglich allgemein gehaltene Ausführungen zur Rechtfertigung eines möglichen Bezugsrechtsausschlusses zu finden sind, wodurch der Hauptversammlung die Möglichkeit genommen sein könnte, eine sachgerechte Entscheidung zu treffen.

Der Einwand des Berichtsmangels greift hier indes nicht durch, da es den Anforderungen an einen Vorstandsbericht entsprechend der geringen materiell rechtlichen Anforderungen zum Bezugsrechtsausschluss genügt, wenn dieser in allgemein gehaltener und abstrakter Form erfolgt.[23] Dass die Berichtspflicht insoweit zunächst leerläuft und erst bei der Ausnutzung der Ermächtigung durch

---

[19] *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 42 Rn. 26; *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl. 2017, § 32 Rn. 29.

[20] Vgl. *Wamser*, in: Spindler/Stilz, AktG, Kommentar, Bd. 2, Stand: 1.10.2022, § 203 Rn. 65; *Servatius* in: Spindler/Stilz, AktG, Kommentar, Bd. 2, Stand: 1.10.2022, § 186 Rn. 36.

[21] Ein mangelhafter Bericht führt zur Anfechtbarkeit des gesamten (str.) Hauptversammlungsbeschlusses: *Servatius*, in: Spindler/Stilz, AktG, Kommentar, Bd. 2, Stand: 1.10.2022, § 186 Rn. 47.

[22] *Hermanns*, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, AktG § 186 Rn. 10; *Rieder/Holzmann*, in: Grigoleit, Kommentar zum AktG, 2. Aufl. 2020, § 203 Rn. 24.

[23] Siehe dazu sogleich sub specie II. 5. a) bb).

den Vorstand Bedeutung erlangt, ist hinzunehmen.[24] Damit liegt auch kein Verstoß gegen die §§ 203 Abs. 2, 186 Abs. 4 S. 2 AktG vor.

Hinweis: In Bezug auf die Frage, welchen Anforderungen der Vorstandsbericht gem. §§ 203 Abs. 2, 186 Abs. 4 S. 2 AktG genügen muss, insbesondere ob es ausreichend ist, dass lediglich beispielhafte Gründe für die Ausnutzung des genehmigten Kapitals unter Bezugsrechtsausschluss aufgeführt sind, hat das OLG Nürnberg, dessen Entscheidung der Fall nachgebildet ist, die Revision zugelassen. Dies wird in Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet.[25]

b) Materielle Anforderungen an den ermächtigenden Hauptversammlungsbeschluss

Geschriebene materielle Vorgaben finden sich in § 202 AktG.[26] Demnach ist zunächst ein wirksamer Beschluss der Hauptversammlung der X-AG zur Kapitalerhöhung vorausgesetzt. Indem der Beschluss eine Frist für die Inanspruchnahme festlegt, die am 27.6.2022 endet, wurde die Höchstfrist des § 202 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 AktG eingehalten.

Auch überschreitet das genehmigte Kapital, das sich auf eine Gesamtsumme von 3,2 Mio. € beläuft, den Rahmen des § 202 Abs. 3 S. 1 AktG nicht. Ein Verstoß gegen § 202 AktG liegt nicht vor.

Grundsätzlich unterliegen Beschlüsse der Hauptversammlung keiner materiellen Inhaltskontrolle.[27] Eine Ausnahme bildet das von der Rechtsprechung für den Bezugsrechtsausschluss entwickelte Kriterium der sachlichen Rechtfertigung.

aa) Sachliche Rechtfertigung nach Kali+Salz

Im Ausgangspunkt richten sich die Voraussetzungen für einen Ausschluss des Bezugsrechts bei einer ordentlichen Kapitalerhöhung nach § 186 Abs. 3 S. 1 AktG. Demnach ist ein Ausschluss nur im Beschluss der Hauptversammlung möglich. Daneben ist nach der sog. Kali+Salz-Rechtsprechung erforderlich, dass der Bezugsrechtsausschluss sachlich gerechtfertigt ist. Ein Ausschluss ist hiernach sachlich gerechtfertigt, wenn er im Interesse der Gesellschaft liegt, geeignet und erforderlich ist und die Angemessenheitsprüfung, innerhalb derer die den Aktionären erwachsenden Nachteile mit den Gesellschaftsinteressen in Abwägung gestellt werden, zu Gunsten der Gesellschaft ausfällt.[28]

Hier hat die Hauptversammlung der X-AG keinen Direktausschluss beschlossen, sondern dem Vorstand eine entsprechende Ermächtigung ausgesprochen, im Bedarfsfall das Bezugsrecht auszuschließen. Dieser Fall ist bisher nicht eingetreten. Zu prüfen ist daher, welche Abweichungen sich im Falle einer Ausschließungsermächtigung für die Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung ergeben.

Hinweis: Das Bezugsrecht der Aktionäre kann nicht willkürlich durch die Hauptversammlung bzw. den Vorstand ausgeschlossen werden. Der Ausschluss führt zu einer „Verwässerung“ der bestehenden Beteiligungen dahingehend, dass die Beteiligungsquote der Aktionäre am Grundkapital

[24] OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 Rn. 72; *Herchen*, in: Aktienrecht, Kommentar, Bd. 2, 5. Aufl. 2020, Abschnitt 12.06 Rn. 15.5, 21.1; *Plückelmann*, in: Schwerdtfeger, Gesellschaftsrecht Kommentar, 3. Aufl. 2015, AktG § 203 Rn. 16.

[25] Vgl. etwa OLG München NZG 2002, 1113 (1114); *Goslar*, EWiR 2018, 327 (328); OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 m. Bespr. *Kocher*, BB 2018, 781 (787); *Than*, WuB 2018, 496 (499 f.).

[26] *Kuntz*, in: Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2020, § 203 Rn. 132.

[27] *Servatius*, in: Spindler/Stilz, AktG, Kommentar, Bd. 2, Stand: 1.10.2022, § 186 Rn. 55.

[28] BGHZ 71, 40 (44 ff.); *Ekkenga*, in: Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2016, § 186 Rn. 75; *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 60 Rn. 8.

relativ absinkt und sich Stimmrechtsquoten verschieben. Die veränderte Beteiligungsstruktur kann sich auf Minderheitsrechte auswirken,[29] was insbesondere dann relevant wird, wenn eine Aktionärsminderheit dadurch eine Sperrminorität verliert. Darüber hinaus kann sich eine konzernrechtliche Abhängigkeit der AG von einem Großaktionär ergeben oder vertiefen, was zu Kursverlusten führen kann.[30]

bb) Sachliche Rechtfertigung nach Siemens/Nold und Mangusta/Commerzbank

Die Ausschließungsermächtigung könnte sachlich gerechtfertigt sein. Problematisch könnte sein, dass der Hauptversammlungsbeschluss keine abschließenden Gründe nennt, die einen etwaigen Bezugsrechtsausschluss rechtfertigen würden. Daraus könnte sich die Gefahr ergeben, dass der Vorstand das Bezugsrecht nahezu schrankenlos ausschließen und dadurch den Aktienbesitz der betroffenen Aktionäre verwässern oder gar die Voraussetzungen für den Ausschluss von Minderheitsaktionären schaffen könnte (sog. aktienrechtlicher Squeeze-out, §§ 327a ff. AktG)[31].[32]

Die Rechtsprechung hat insbesondere in den Entscheidungen Siemens/Nold[33] und Mangusta/Commerzbank[34] für den Fall des genehmigten Kapitals einen gesonderten Rechtfertigungsmaßstab aufgestellt. Demnach genügt es für die sachliche Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses, dass die Maßnahme, zu deren Durchführung der Vorstand ermächtigt werden soll, im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft liegt und der Hauptversammlung allgemein und in abstrakter Form bekannt gegeben wird.[35] Mit anderen Worten muss die Maßnahme zwar im Gesellschaftsinteresse liegen, aber nur in allgemein umschriebener Form bekannt gegeben werden, sodass die Hauptversammlung anhand dieser Informationen beschließt und eine konkrete Prüfung zu diesem Zeitpunkt gerade nicht erfolgt. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass die tatsächlichen Gegebenheiten erst beurteilt werden können, wenn der Vorstand von der Ermächtigung Gebrauch macht. Weiter ist – anders als beim Bezugsrechtsausschluss im Rahmen einer ordentlichen Kapitalerhöhung – nicht erforderlich, dass die Maßnahme auf Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit geprüft wird. Anders verhält es sich nur, wenn der Vorstand im Zeitpunkt der Beschlussfassung bereits eine konkrete Verwendungsabsicht hat. Dann ist er, von möglichen Geheimhaltungsinteressen abgesehen, verpflichtet, die Hauptversammlung darüber in Kenntnis zu setzen.[36]

Für eine konkrete Verwendungsabsicht ist hier indes nicht ersichtlich, sodass der Hauptversammlungsbeschluss keine abschließenden Rechtfertigungsgründe aufführen musste, sondern die dort allgemein aufgeführten Gründe ausreichend sind.

---

[29] Beispielsweise §§ 93 Abs. 4 S. 3, 142 Abs. 2 S. 1, 148 Abs. 1 S. 1, 309 Abs. 3 S. 1 AktG.

[30] OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 Rn. 52; *Rebmann*, in: Heidel, Kommentar zum Aktien- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2020, AktG § 186 Rn. 2.

[31] Abzugrenzen vom sog. kapitalmarkt- bzw. übernahmerechtlichen Squeeze-Out-Verfahren gem. §§ 39a ff. WpÜG, vgl. dazu etwa *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, AktG § 327a Rn. 1 ff.; *Seyfarth*, Vorstandsrecht, 2. Aufl. 2023, Teil 4 § 16 Rn. 20 ff.

[32] Der Bezugsrechtsausschluss darf nicht dazu dienen, ein Squeeze-Out-Verfahren vorzubereiten, *Kuntz*, in: Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2020, § 203 Rn. 59.

[33] BGHZ 136, 133; *Schäfer,* Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 60 Rn. 9.

[34] BGHZ 164, 241 (Mangusta/Commerzbank I); BGHZ 164, 249 (Mangusta/Commerzbank II); *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 60 Rn. 10.

[35] Vgl. *Apfelbacher/Metzner*, in: Hölters/Weber, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2022, § 203 Rn. 40 f.

[36] OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 Rn. 55; *Koch*, in: Koch, Kommentar zum AktG, 16. Aufl. 2022, § 203 Rn. 29; *Kuntz*, in: Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2020, § 203 Rn. 131; Inwieweit eine Vorratsermächtigung zulässig ist, ist str., vgl. *Veil*, in: Schmidt K./Lutter, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2020, § 203 Rn. 25 m.w.N.

c) Zwischenergebnis

Ein Verstoß gegen die §§ 203 Abs. 2 S. 2, 186 Abs. 4 AktG oder die von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen liegt nicht vor.

2. Verstoß gegen § 186 Abs. 3 S. 4 AktG

Der Hauptversammlungsbeschluss, konkret die Ausschlussermächtigung, könnte gegen § 186 Abs. 3 S. 4 AktG verstoßen. Die Vorschrift regelt in ihrem S. 4 den sog. erleichterten Bezugsrechtsausschluss. Sofern eine Kapitalerhöhung gegen Bareinlage 10 % des gezeichneten Grundkapitals nicht übersteigt und der Börsenpreis nicht wesentlich unterschritten wird, wird widerleglich vermutet, dass die Angemessenheitsprüfung im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung zu Gunsten der Gesellschaft ausfällt. Hier ermöglicht der Beschluss eine Kapitalerhöhung mit der Vorstandsermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss bis zur gesetzlichen Höchstgrenze von bis zu 3,2 Mio €, d.h. bis zu einer Höhe von nahezu 50 % des Grundkapitals, § 202 Abs. 3 S. 1 AktG.

Fraglich ist indes, ob § 186 Abs. 3 AktG überhaupt anwendbar ist. § 203 Abs. 2 S. 2 AktG erklärt lediglich § 186 Abs. 4 AktG für sinngemäß anwendbar. § 203 Abs. 1 S. 1 AktG verweist zwar auf die §§ 185–191 AktG. Aus der Binnensystematik der Norm lässt sich indes folgern, dass dies nur für den Direktausschluss gelten kann. Denkbar wäre eine analoge Anwendung von § 186 Abs. 3 S. 4 AktG.[37] Eine Auseinandersetzung mit der Streitfrage könnte dahinstehen, wenn ohnehin kein Verstoß vorliegt.

Zum einen regelt die Vorschrift lediglich eine bestimmte Fallkonstellation, in welcher der Bezugsrechtsausschluss bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen rechtmäßig sein soll. Umgekehrt bedeutet dies gerade nicht, dass anderenfalls stets Rechtswidrigkeit vorliegt. Vielmehr ist dann die Angemessenheit des Bezugsrechtsausschlusses gesondert zu prüfen.[38]
Zum anderen steht im Zeitpunkt der Beschlussfassung durch die Hauptversammlung noch nicht fest, inwieweit § 186 Abs. 3 S. 4 AktG erfüllt sein wird, sollte der Vorstand von der Satzungsermächtigung im Hinblick auf das genehmigte Kapital und ggf. den Bezugsrechtsausschluss Gebrauch machen. Wenn schon der Ermächtigungsbeschluss keiner entsprechenden sachlichen Rechtfertigung bedarf, kann es auf § 186 Abs. 3 S. 4 AktG nicht ankommen, da die Regelung nur einen Spezialfall der sachlichen Rechtfertigung darstellt.[39] Ein Verstoß liegt damit nicht vor und die Frage, ob § 186 Abs. 3 S. 4 AktG beim genehmigten Kapital unter Bezugsrechtsausschluss analog anzuwenden ist, kann an dieser Stelle dahinstehen.

VI. Anfechtungsgrund gem. § 243 Abs. 2 AktG

Ein Anfechtungsgrund könnte überdies darin zu sehen sein, dass der Hauptversammlungsbeschluss dazu dienen könnte, dem Großaktionär L das Hinausdrängen von Minderheitsaktionären zu ermöglichen. A führt hier ins Feld, dass sie und andere Minderheitsaktionäre durch einen möglichen Bezugsrechtsausschluss Einfluss in der Gesellschaft verlieren könnten. Darüber hinaus würden die

[37] Instruktiv zur Frage um eine Ermächtigungsgrenze OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 m. Bespr. *Fuhrmann*, WuB 2022, 15 (18 f.) m.w.N.; offengelassen in OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 Rn. 63; eine analoge Anwendung befürwortend u.a. *Apfelbacher/Metzner*, in: Hölters/Weber, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2022, § 203 Rn. 42; *Kuntz*, in: Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2020, § 203 Rn. 136; *Koch*, in: Koch, Kommentar zum AktG, 16. Aufl. 2022, § 186 Rn. 39a, § 203 Rn. 10a, 27.

[38] OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 Rn. 65.

[39] BGH NZG 2007, 907 (ebd.); OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 Rn. 64.

Kapitalmaßnahme und der ggf. damit einhergehende Bezugsrechtsausschluss darauf abzielen, dem L, der 39 % der Anteile hält, ungerechtfertigte Sondervorteile zu gewähren. Gem. § 243 Abs. 2 AktG setzt dies voraus, dass der Aktionär beabsichtigt, sich mit seiner Stimmrechtsausübung Sondervorteile zum Schaden der anderen Aktionäre zu verschaffen, ohne einen angemessenen Ausgleich zu gewähren. Weiter muss der Hauptversammlungsbeschluss dazu geeignet sein. Erforderlich ist, dass der in Rede stehende Vorteilserwerb unter Berücksichtigung der Gesamtumstände als sachwidrige Bevorzugung erscheint.[40]

Im Hinblick auf eine ordentliche Kapitalerhöhung gem. § 182 AktG unter Bezugsrechtsausschluss wurde in der Rechtsprechung dann ein Sondervorteil i.S.v. § 243 Abs. 2 AktG bejaht, wenn damit ein Beherrschungszuwachs und in der Folge eine Verbesserung der Stellung in der Aktiengesellschaft für die nicht vom Bezugsrechtsausschluss betroffenen Aktionäre einherging.[41]

Dem ist für die hier zu diskutierende Konstellation entgegenzuhalten, dass ein konkreter Vorteil und ein damit korrespondierender konkreter Schaden der A derzeit nicht ersichtlich sind: Im Hauptversammlungsbeschluss wurde der Vorstand lediglich ermächtigt, das Kapital unter Bezugsrechtsausschluss zu erhöhen. Von der Ermächtigung hat er noch keinen Gebrauch gemacht. Weder ist klar, ob dies je der Fall sein wird noch ob dabei auch das Bezugsrecht ausgeschlossen wird bzw. gegenüber welchen Aktionären.

Daneben muss der potentiell begünstigte Dritte auch Vorsatz in Bezug auf den Erwerb entsprechender Sondervorteile haben.[42] L äußert, dass er sich vorstellen kann, den anderen Aktionären ein Kaufangebot zu unterbreiten und die mögliche Kapitalerhöhung dafür zu nutzen, die Voraussetzungen für einen aktienrechtlichen Squeeze-Out zu schaffen. Zwar zeigt dies, dass ihm als Großaktionär daran gelegen sein könnte, andere Gesellschafter aus der AG zu drängen. Daraus allein lässt sich aber kein Vorsatz bezogen auf das ungerechtfertigte Verschaffen von Sondervorteilen ableiten. Aus dem bloßen Umstand, dass ein Bezugsrechtsausschluss für die betroffenen Gesellschafter nachteilig sein kann, kann noch kein Wille gefolgert werden, ungerechtfertigt Vorteile für sich in Anspruch zu nehmen.[43] In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass der Vorstand der X-AG, sobald er von der Satzungsermächtigung Gebrauch macht, prüfen muss, ob der Bezugsrechtsausschluss gerechtfertigt ist und insbesondere nicht der Vorbereitung eines Squeeze-Out-Verfahrens dient.[44] Die Voraussetzungen von § 243 Abs. 2 AktG liegen nicht vor.

> *Hinweis*: Für den Fall einer Kapitalerhöhung mit Sacheinlage des Großaktionärs hätte der Vorstand zu berücksichtigen, ob im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung des Bezugsrechtsausschlusses eine gemischte Kapitalerhöhung mit gekreuztem Bezugsrechtsausschluss erforderlich ist. Dann würde bei der Barkapitalerhöhung das Bezugsrecht desjenigen, der die Sacheinlage leistet, und bei der Sachkapitalerhöhung das Bezugsrecht der übrigen Aktionäre ausgeschlossen.[45]

---

[40] BGH AG 2009, 534 (535); OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 Rn. 77; OLG Düsseldorf AG 2017, 900 (910).

[41] Vgl. OLG Schleswig AG 2008, 129 (131); *Schäfer,* in: MüKo-AktG, 5. Aufl. 2021, § 243 Rn. 76.

[42] *Drescher*, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, AktG § 243 Rn. 28; *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, AktG § 243 Rn. 85.

[43] OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 Rn. 80; *Koch*, in: Koch, Kommentar zum AktG, 16. Aufl. 2022, § 243 Rn. 34, 65.

[44] Vgl OLG Nürnberg AG 2018, 406 (414); OLG Schleswig AG 2004, 155 (158); *Bayer*, in: MüKo-AktG, 5. Aufl. 2021, § 203 Rn. 133.

[45] OLG Nürnberg AG 2018, 406 (414); *Bayer*, in: MüKo-AktG, 5. Aufl. 2021, § 203 Rn. 134.

VII. Ergebnis zu II.

Die von A erhobene Anfechtungsklage ist unbegründet.

C. Gesamtergebnis

Die Anfechtungsklage der A ist zwar zulässig, aber unbegründet und hat daher keinen Erfolg.

> *Ausblick*: Die konkrete Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses ist in diesen Fällen mit zeitlicher Verschiebung zu prüfen: Erst dann, wenn der Vorstand von der Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss Gebrauch macht, hat er im Zeitpunkt seiner Entscheidung – dann in eigener Verantwortung – zu prüfen, ob der Ausschluss des Bezugsrechts aus unternehmerischer Sicht im Interesse der Gesellschaft liegt; erst zu diesem Zeitpunkt ist ja das geplante Vorhaben hinreichend bekannt.[46]

[46] OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 Rn. 56; *Plückelmann*, in: Schwerdtfeger, Gesellschaftsrecht Kommentar, 3. Aufl. 2015, AktG § 203 Rn. 20; *Veil*, in: Schmidt K./Lutter, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2020, § 203 Rn. 28 ff.

Übungsfall zu Verträgen über digitale Produkte: Minderung vorprogrammiert?*

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

Sachverhalt

Hobbygärtnerin H möchte ihr seit Jahren geführtes Herbarium (eine Sammlung trockenkonservierter Pflanzen) mit selbstgemachten Fotos etwas „aufpeppen". Da sie eine Kamera bereits vor einiger Zeit gekauft hat, fehlt ihr nur noch das passende Bildbearbeitungsprogramm. Am 1.4.2022 entscheidet sie sich nach kurzer Recherche für das Programm „Fotopopp" des Anbieters F, da in diesem Programm u.a. auch das Bearbeitungstool „Colourkey" enthalten ist. Mit diesem Tool lassen sich einzelne Pflanzen in einem Schwarz-Weiß-Bild farbig hervorheben. Für das Programm fallen monatlich Kosten i.H.v. 50 € an.

Am 1.7.2022 setzt sich H wieder einmal voller Vorfreude an die Bearbeitung der im Juni entstandenen Fotos. Bestürzt muss sie feststellen, dass die „Colourkey"-Funktion, die ihr bislang gute Dienste erwiesen hat, nun nicht mehr funktioniert. Umgehend ruft H bei F an und verlangt Behebung des Problems. F nimmt dies zur Kenntnis und verspricht schnelles Handeln. Auch wenn die Fehlerbehebung lediglich wenige Minuten in Anspruch genommen hätte, kümmert sich F jedoch aufgrund seines vollen Zeitplans im Juli und August nicht darum.

Als die „Colourkey"-Funktion am 31.8.2022 immer noch nicht wieder funktioniert, wird es H zu bunt. Nachdem sie für die Monate Juli und August noch den vollen Preis i.H.v. 50 € bezahlt hat, entschließt sie sich, für den Monat September nur noch 20 € zu bezahlen, da ihr das Programm im Monat nicht mehr 50 €, sondern nur noch 40 € wert ist.

Am nächsten Tag meldet sich F verwundert bei H, um sich nach den fehlenden 30 € zu erkundigen. H erklärt, sie habe für die Monate Juli, August und September je einen Abschlag i.H.v. 10 € genommen, da schließlich eine elementare Funktion fehle. F entgegnet wahrheitsgemäß, dass die „Colourkey"-Funktion seit diesem Morgen doch wieder einwandfrei funktioniere und H deshalb kein Recht dazu habe, 30 € einzubehalten, allenfalls 20 € für die Monate Juli und August.

H ist sich unsicher, ob Fs Verlangen nach den 30 € berechtigt ist.

Fallfrage 1

Kann F von H Zahlung der fehlenden 30 € verlangen?

Abwandlung

Wie im Ausgangsfall mietet sich H im April 2022 das Bildbearbeitungsprogramm von F für 50 € im Monat. Die „Colourkey"-Funktion leistet ihr (anders als im Ausgangsfall) fünf Jahre lang gute Dienste,

---

* 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.

sodass H erst gar keine andere Funktion des Programms ausprobiert. Im April 2025 bemerkt H zufällig, dass sie auf die Filter-Funktion des Programms nicht zugreifen kann. Dies ist ihr jedoch egal, da sie die Funktion ohnehin nicht benutzt. Tatsächlich bestand die Störung allerdings schon seit April 2023, da das Programm aufgrund einer Sicherheitslücke von einem Virus befallen wurde. Eine Sicherheitsaktualisierung seitens F hätte die Störung verhindert.

Als H nunmehr im April 2027 auch menschliche Portraits mit der Filter-Funktion bearbeiten will, bemerkt sie, dass sie die Funktion noch immer nicht nutzen kann. Umgehend meldet sie sich bei F und verlangt die Behebung des Problems sowie eine Rückerstattung in Höhe von je einem Zehntel der monatlichen Miete seit April 2022, da sie davon ausgeht, dass die Funktion von Beginn an nicht verfügbar war. Insgesamt verlangt H also 300 €. F ist ratlos. Aus seinen Datensätzen lässt sich nicht herausfinden, warum und seit wann die Filter-Funktion nicht mehr nutzbar war, er verweigert daher die Behebung des Problems. Weiterhin findet er, dass H sich wenigstens im Jahr 2025 hätte melden können, als sie den Fehler bemerkte.

Fallfrage 2

Kann H von F Rückzahlung i.H.v. 300 € verlangen?

Lösungsvorschlag

Fallfrage 1 268
I. Anspruch entstanden 268
1. Vertragstypologische Einordnung 268
2. Wirksamer Mietvertrag 269
II. Anspruch untergegangen 269
1. Aufrechnung der H, § 389 BGB 269
a) Aufrechnungslage, § 387 BGB 270
aa) Gegenseitigkeit der Ansprüche 270
(1) Hauptforderung des F gegen H i.H.v 30 €, § 535 Abs. 2 BGB 270
(a) Anspruch entstanden 270
(b) Anspruch erloschen 270
(2) Gegenforderung H gegen F i.H.v. 30 € 270
(a) Minderungsgrund, §§ 327i Nr. 2 Fall 2, 327n BGB 270
(b) Minderungserklärung, § 327n Abs. 1 S. 3 BGB i.V.m. § 327o Abs. 1 S. 1 BGB 271
(c) Kein Ausschluss des Minderungsrechts 271
(d) Rechtsfolge 272
bb) Zwischenergebnis 272
b) Gleichartigkeit der Ansprüche 272
c) Fällige, durchsetzbare Gegenforderung und erfüllbare Hauptforderung 272

d) Zwischenergebnis 272
2. Aufrechnungserklärung, § 388 BGB 272
3. Keine Aufrechnungsverbote 272
4. Zwischenergebnis 272
III. Anspruch durchsetzbar 272
IV. Ergebnis 272
Fallfrage 2 273
I. Minderungsgrund, §§ 327i Nr. 2 Fall 2, 327n Abs. 1 BGB 273
1. Verbrauchervertrag über digitale Produkte 273
2. Mangel zur maßgeblichen Zeit 273
a) § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB 273
b) § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB i.V.m. § 327f BGB 273
c) Abweichende Vereinbarung, § 327h BGB 274
d) Maßgebliche Zeit 274
e) Dauer der Mangelhaftigkeit, § 327n Abs. 2 BGB 274
3. Ausfüllender Minderungstatbestand, § 327m Abs. 1 Nrn. 1–6 BGB 274
4. Zwischenergebnis 274
II. Minderungserklärung, § 327n Abs. 1 S. 3 BGB i.V.m. § 327o Abs. 1 S. 1 BGB 274
III. Kein Ausschluss 274
1. § 536c Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB 275
2. Verwirkung gem. § 242 BGB 275
3. Zwischenergebnis 275
IV. Ergebnis 275

Fallfrage 1

F könnte gegen H einen Anspruch auf Zahlung der fehlenden 30 € haben.

I. Anspruch entstanden

Dazu müsste der Anspruch entstanden sein.

1. Vertragstypologische Einordnung

Fraglich ist, auf welche Anspruchsgrundlage hier abzustellen ist. Dazu bedarf es zunächst einer vertragstypologischen Einordnung.

In Betracht kommt vorliegend ein Verbrauchervertrag über digitale Produkte i.S.v. § 327 Abs. 1 BGB. Dafür müsste „Fotopopp“ ein digitaler Inhalt oder eine digitale Dienstleistung i.S.v. § 327 Abs. 2 BGB sein. Digitale Dienstleistungen sind gem. § 327 Abs. 2 S. 2 BGB all jene Dienstleistungen, die dem

Verbraucher 1. die Erstellung, die Verarbeitung oder die Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten ermöglichen, oder 2. die gemeinsame Nutzung der vom Verbraucher oder von anderen Nutzern der entsprechenden Dienstleistung in digitaler Form hochgeladenen oder erstellten Daten oder sonstige Interaktion mit diesen Daten ermöglichen. Das von F zur Verfügung gestellte Programm dient der Bildbearbeitung durch den Endnutzer und stellt somit eine digitale Dienstleistung i.S.v. § 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB dar.

Weiterhin müsste es sich um einen Verbrauchervertrag gem. § 310 Abs. 3 BGB handeln. Dafür müsste H bei Vertragsschluss als Verbraucherin i.S.d. § 13 BGB und F als Unternehmer i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB zu qualifizieren sein. Die Bearbeitung der Fotos sollte ausschließlich im Rahmen der Hobbygärtner-Aktivitäten der H erfolgen, mithin zu rein privaten Zwecken. Somit ist H Verbraucherin i.S.d. § 13 BGB. F hingegen ist Anbieter des Programms. Ohne Sachverhaltsstreckung kann davon ausgegangen werden, dass der Vertrieb eben dieses im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit geschah. Mithin handelt es sich bei dem zwischen H und F geschlossenen Vertrag um einen Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB.

Fraglich ist zuletzt noch, welche Art von Verbrauchervertrag über digitale Produkte hier vorliegt. Davon ist schließlich die Anwendung weiterer spezialgesetzlicher Vorschriften neben denen der §§ 327 ff. BGB abhängig.

Zu denken wäre zunächst an einen Kaufvertrag. Abgesehen davon, dass es wohl zumindest an dem vertragscharakteristischen punktuellen Akt der Übereignung fehlen dürfte, ist die Anwendung von Kaufrecht sowieso auf digitale Inhalte beschränkt, vgl. § 453 Abs. 1 BGB.[1]

Weiterhin ist auch keine der in § 650 Abs. 2–4 BGB benannten Fallgruppen einschlägig, sodass es sich auch nicht um einen Verbrauchervertrag über die Herstellung digitaler Produkte nach § 650 BGB handeln kann.

Der zwischen F und H geschlossene Vertrag könnte jedoch einen Dienstvertrag gem. § 611 BGB darstellen. H bekommt durch F zwar ein digitales Programm bereitgestellt, muss aber den wesentlichen Teil der intendierten Leistung selbst erbringen (Bildbearbeitung). F stellt nur die dafür benötigte Software für die Nutzung durch H zur Verfügung. Auch ein Dienstvertrag kommt damit nicht in Betracht. Vielmehr spricht die von F zu erbringende Leistung – die entgeltliche Nutzungsmöglichkeit einer digitalen Dienstleistung – für die Annahme eines Mietvertrags i.S.d. § 535 Abs. 1 BGB.

2. Wirksamer Mietvertrag

H und F haben einen solchen Verbrauchervertrag über die Miete einer digitalen Dienstleistung geschlossen. Damit steht F gem. § 535 Abs. 2 BGB grundsätzlich ein Anspruch auf Entrichtung der vollständigen Miete des Monats September in restlicher Höhe von 30 € zu.

II. Anspruch untergegangen

Der Anspruch auf Zahlung der 30 € könnte allerdings durch Aufrechnung der H nach § 389 BGB untergegangen sein.

1. Aufrechnung der H, § 389 BGB

Dafür müssten die Voraussetzungen der Aufrechnung nach den §§ 387 ff. BGB vorliegen.

---

[1] *Gansmeier/Kochendörfer*, ZfPW 2022, 1 (21 f.).

a) Aufrechnungslage, § 387 BGB

Folglich müsste eine Aufrechnungslage gem. § 387 BGB bestanden haben. Voraussetzung ist die Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit der gegenständlichen Forderungen, das Bestehen einer erfüllbaren Haupt- und die Durchsetzbarkeit der Gegenforderung.

aa) Gegenseitigkeit der Ansprüche

Ansprüche stehen in einem Gegenseitigkeitsverhältnis, sofern jeweils der Gläubiger des einen gleichzeitig der Schuldner des anderen Anspruchs ist und umgekehrt.

(1) Hauptforderung des F gegen H i.H.v 30 €, § 535 Abs. 2 BGB

(a) Anspruch entstanden

Wie bereits festgestellt, hat F gegen H einen Anspruch aus § 535 Abs. 2 BGB auf Zahlung der verbleibenden Miete i.H.v. 30 €.

(b) Anspruch erloschen

Der Zahlungsanspruch des F ist jedoch möglicherweise aufgrund einer Mietminderung für September in Höhe eines Abschlags von 10 € erloschen. Der hierfür erforderliche Minderungsgrund könnte sich aus den §§ 327i Nr. 2 Fall 2, 327n Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 327m Abs. 1 Nr. 2 BGB ergeben. Dafür müsste das Bildbearbeitungsprogramm mangelhaft nach Maßgabe des § 327e BGB gewesen sein. F hat die Fehlerhaftigkeit des Programms jedoch am 1.9.2022 behoben. Ein Minderungsgrund für den Monat September besteht mithin nicht. Damit bleibt die Forderung grundsätzlich i.H.v. 30 € bestehen.

(2) Gegenforderung H gegen F i.H.v. 30 €

Der Gegenanspruch der H gegen F könnte sich aus den §§ 327i Nr. 2 Fall 2, 327n Abs. 4 S. 1 BGB ergeben, sofern H Miete gezahlt hat, die über die geminderte Miete hinausgeht. Dazu bedarf es neben eines Minderungsgrundes auch einer Minderungserklärung seitens H.

(a) Minderungsgrund, §§ 327i Nr. 2 Fall 2, 327n BGB

H hat einen Teil der Miete einbehalten, da sie in den Monaten Juli und August auf die „Colourkey"-Funktion des Programms verzichten musste. Folglich könnte der Minderungsgrund in den §§ 327i Nr. 2 Fall 2, 327n Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 327m Abs. 1 Nr. 2 BGB zu finden sein. Dazu müsste das Programm zur maßgeblichen Zeit mangelhaft gewesen sein.

Hier könnte das Programm von den objektiven Anforderungen sowohl gem. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB hinsichtlich der Eignung für die gewöhnliche Verwendung als auch bezüglich § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB, der üblichen und erwartbaren Beschaffenheit, abweichen. Ein digitales Produkt eignet sich für die gewöhnliche Verwendung, wenn es für Zwecke genutzt werden kann, für die Produkte derselben Art in der Regel genutzt werden. Die Bearbeitung der Fotos mit dem Programm ist weiterhin möglich, jedoch nicht unter der Auswahl von Funktionen, die das Programm eigentlich beinhaltet. Die gewöhnliche Nutzbarkeit und somit die gewöhnliche Verwendung ist dadurch jedoch nicht berührt.[2] Die Einschränkung in der Nutzbarkeit könnte sich allerdings als Abweichung von der

[2] A.A. unter Zugrundelegung einer größeren Referenzgruppe von digitalen Bildbearbeitungsprogrammen durchaus möglich. Jedoch ist dann ein eigenständiger Anwendungsbereich neben § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB kaum

üblichen und erwartbaren Beschaffenheit darstellen. Zu dieser gehört ausweislich des § 327e Abs. 3 S. 2 BGB die Wahrung der Funktionalität, d.h. der Fähigkeit eines digitalen Produkts, seine Funktionen seinem Zweck entsprechend zu erfüllen. Der Durchschnittsverbraucher kann erwarten, dass das digitale Produkt die Fähigkeit aufweist, alle in ihm enthaltenen Funktionen nutzen zu können. Dass die „Colourkey"-Funktion nicht nutzbar ist, begründet mithin einen Produktmangel nach § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB. Vereinbarungen i.S.v. § 327h BGB, durch die von den objektiven Anforderungen hätte abgewichen werden können, wurden nicht getroffen.

Die Mangelhaftigkeit müsste auch zur maßgeblichen Zeit vorgelegen haben. Bei einer dauerhaften Bereitstellung wie der vorliegenden, ist jener maßgeblicher Zeitraum der der Bereitstellung, § 327e Abs. 1 S. 3 BGB. Dieser dauert bei einem unbefristeten Vertrag so lange an, wie er in Kraft ist. Folglich hatte das Programm auch in den Vertragsmonaten mangelfrei zu sein. Die Mangelhaftigkeit zum maßgeblichen Zeitpunkt ist damit zu bejahen.

Um mindern zu können, muss jedoch auch einer der Minderungstatbestände der §§ 327m Abs. 1 Nrn. 1–6, 327n Abs. 1 S. 1 BGB erfüllt sein. H hat von F am 1.7.2022 die Behebung des Programmfehlers verlangt. F ist dem Verlangen der H jedoch erst nach zwei Monaten nachgekommen, obwohl die Behebung des Mangels lediglich wenige Minuten in Anspruch genommen hätte. Mithin stellen zwei Monate gerade keine angemessene Frist für eine Nacherfüllung gem. § 327l Abs. 1 S. 2 BGB dar.[3] Der Minderungsgrund des § 327m Abs. 1 Nr. 2 BGB ist daher einschlägig.

Eine etwaige Unerheblichkeit des Mangels steht der Minderung ausweislich des § 327n Abs. 1 S. 2 BGB nicht entgegen.

(b) Minderungserklärung, § 327n Abs. 1 S. 3 BGB i.V.m. § 327o Abs. 1 S. 1 BGB

Sodann müsste eine Minderungserklärung gem. § 327n Abs. 1 S. 3 BGB i.V.m. § 327o Abs. 1 S. 1 BGB vorliegen. Aus der Erklärung der H, sie habe einen „Abschlag" vorgenommen, geht ihre Minderungsabsicht ausreichend hervor.[4]

> *Hinweis*: Ein wesentlicher Unterschied zu § 536 Abs. 1 BGB ist, dass die Minderung hier nicht ipso iure eintritt, sondern erst durch Erklärung ausgelöst wird.

(c) Kein Ausschluss des Minderungsrechts

Fraglich ist allerdings, ob der Rückzahlungsanspruch der H durch die vorbehaltlose Zahlung der Miete im Juli und August ausgeschlossen sein könnte. Im Mietrecht wäre ein für diese Fälle einschlägiger Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB aufgrund von § 814 BGB wegen Zahlung trotz Kenntnis der Nichtschuld ausgeschlossen. Auf einen Anspruch aus § 327n Abs. 4 BGB sind die §§ 812 ff. BGB jedoch nicht anwendbar.[5] Dies muss konsequenterweise auch für die darin getroffenen Wertentscheidungen gelten, sodass die Rechtsfolgen des § 814 BGB auch nicht in Anwendung eines anderen Rechtsinstituts – wie § 242 BGB – herbeigeführt werden dürfen. Entsprechend ist ein Ausschluss des Minderungsrechts zu verneinen.

---

denkbar, vgl. auch *Metzger*, in: MüKo BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327e Rn. 27.

[3] Zur Bemessung einer angemessenen Frist nach den Besonderheiten des jeweiligen digitalen Produkts siehe *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327l Rn. 6 f.

[4] *Artz*, in: Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, 2022, Rn. 463, 456.

[5] *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327n Rn. 16.

(d) Rechtsfolge

Gem. § 327n Abs. 4 BGB kann H den zu viel gezahlten Betrag von F herausverlangen. Dieser erstreckt sich schätzungsweise auf ein Fünftel der monatlich zu leistenden Miete (vgl. § 327n Abs. 3 BGB). Da die Mietsache nur für einen Zeitraum von zwei Monaten mangelhaft gewesen ist, kann H jedoch nur die Rückerstattung von 20 € (2 x $^1/_5$) verlangen.

bb) Zwischenergebnis

Mithin stehen die Hauptforderung des F aus § 535 Abs. 2 BGB und die Gegenforderung der H aus § 327n Abs. 4 BGB in einem Gegenseitigkeitsverhältnis.

b) Gleichartigkeit der Ansprüche

Zudem müsste es sich gem. § 387 BGB um gleichartige Ansprüche handeln. Die Ansprüche von H und F sind jeweils auf Zahlung von Geld gerichtet, somit sind sie auch gleichartig.

c) Fällige, durchsetzbare Gegenforderung und erfüllbare Hauptforderung

Der Rückzahlungsanspruch der H aus § 327n Abs. 4 BGB ist fällig und durchsetzbar. Die Hauptforderung in Gestalt des Zahlungsanspruchs von F aus § 535 Abs. 2 BGB ist erfüllbar.

d) Zwischenergebnis

Damit besteht eine Aufrechnungslage.

2. Aufrechnungserklärung, § 388 BGB

Durch das Einbehalten der 30 € als „Abschlag“ auf die Septembermiete hat H ihren Aufrechnungswillen gem. § 388 BGB gegenüber dem F hinreichend zum Ausdruck gebracht.

3. Keine Aufrechnungsverbote

Auch liegen weder gesetzliche noch gewillkürte Aufrechnungsverbote vor.

4. Zwischenergebnis

Der Anspruch von F gegen H ist gem. § 389 BGB i.H.v. 20 € durch Aufrechnung erloschen.

III. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch ist durchsetzbar.

IV. Ergebnis

F hat gegen H einen Anspruch auf Zahlung von 10 € aus § 535 Abs. 2 BGB.

Fallfrage 2

H könnte gegen F einen Anspruch auf Zahlung von 300 € aus § 327i Nr. 2 Fall 2 BGB i.V.m. § 327n Abs. 4 BGB haben. Dieser besteht, sofern H ein ihr ggf. zustehendes Minderungsrecht ausgeübt hat und der Betrag, den sie an F gezahlt hat, den aufgrund der Minderung reduzierten Betrag i.H.v. 300 € übersteigt.

I. Minderungsgrund, §§ 327i Nr. 2 Fall 2, 327n Abs. 1 BGB

Ein Minderungsgrund, auf welchen sich H stützen könnte, ergibt sich möglicherweise aus den §§ 327i Nr. 2 Fall 2, 327n Abs. 1 BGB.

1. Verbrauchervertrag über digitale Produkte

Der zur Anwendbarkeit der §§ 327 ff. BGB notwendige Verbrauchervertrag über ein digitales Produkt liegt ebenso wie im Ausgangsfall auch hier mit Abschluss des Vertrags über das Bildbearbeitungsprogramm zwischen H und F in ihren Rollen als Verbraucherin und Unternehmer vor.

2. Mangel zur maßgeblichen Zeit

Weiterhin müsste die von F bereitgestellte digitale Dienstleistung zur maßgeblichen Zeit mangelhaft gewesen sein, §§ 327i, 327e BGB.

a) § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB

Zum einen könnte auch hier die Eignung des Programms zur gewöhnlichen Verwendung gem. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB in Frage gestellt werden. H kann eine der Funktionen des Programms, die Filterfunktion, nicht nutzen. Abseits davon leistet ihr das Produkt jedoch zur Bearbeitung ihrer Fotos gute Dienste. Ebenso wie im Ausgangsfall ist folglich auch hier richtigerweise festzustellen, dass die Eignung zur gewöhnlichen Verwendung als Bildbearbeitungsprogramm grundsätzlich bestehen blieb, die digitale Dienstleistung somit nicht mangelhaft gem. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB ist.

Nicht zu verneinen ist jedoch eine Einbuße an Funktionalität, welche zur objektiv erwartbaren Beschaffenheit gem. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB gehört. Ein durchschnittlicher Verbraucher kann erwarten, alle Funktionen eines umfassenden Bildbearbeitungsprogramms nutzen zu können. Von dieser Anforderung an eine digitale Dienstleistung weicht das von F bereitgestellte digitale Produkt negativ ab.

b) § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB i.V.m. § 327f BGB

Gem. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB schuldet der Unternehmer zudem die Bereitstellung und Information über Aktualisierungen gem. § 327f BGB, also gem. § 327f Abs. 1 S. 1 BGB solche, die zum Erhalt der Vertragsmäßigkeit erforderlich sind.

Vorliegend hätte die Sicherheitsaktualisierung die Störung der Filterfunktion verhindert, wäre also zum Erhalt der Vertragsmäßigkeit erforderlich gewesen. Mangels Bereitstellung einer derartigen Aktualisierung weicht das digitale Produkt auch gem. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB i.V.m. § 327f BGB von den objektiven Anforderungen ab.

c) Abweichende Vereinbarung, § 327h BGB

Abweichende Vereinbarungen i.S.v. § 327h BGB wurden nicht getroffen.

d) Maßgebliche Zeit

Das Programm müsste auch zur maßgeblichen Zeit mangelhaft gewesen sein. Im Falle der dauerhaften Bereitstellung gem. § 327e Abs. 1 S. 3 BGB ist der gesamte Bereitstellungszeitraum maßgeblich, d.h. solange, wie der Vertrag in Kraft ist.[6] Sowohl zum Zeitpunkt des erstmaligen Auftretens des Mangels im April 2023 als auch zum Zeitpunkt der Meldung des Mangels durch H im April 2027 ist der Vertrag in Kraft, sodass die Mangelhaftigkeit zweifelslos zur maßgeblichen Zeit bestand.

e) Dauer der Mangelhaftigkeit, § 327n Abs. 2 BGB

Für die Bemessung der Minderung ist gem. § 327n Abs. 2 S. 2 BGB zudem maßgeblich, seit wann die Mangelhaftigkeit vorlag. Weder H noch F wissen jedoch, seit wann genau das Programm mangelhaft ist. Für diese Fälle leistet § 327k Abs. 2 BGB Abhilfe. Danach wird bei einer dauerhaften Bereitstellung eines digitalen Produkts vermutet, dass, wenn es während der Dauer der Bereitstellung einen von den Anforderungen nach § 327e BGB oder § 327g BGB abweichenden Zustand aufweist, es bereits während der (gesamten!) bisherigen Dauer der Bereitstellung mangelhaft war.[7]

Weder kann F die Vermutung widerlegen noch greift der Ausschlussgrund des § 327k Abs. 3 BGB. Somit ist von einer Mangelhaftigkeit während der gesamten fünf Jahre auszugehen.

3. Ausfüllender Minderungstatbestand, § 327m Abs. 1 Nrn. 1–6 BGB

Neben der Mangelhaftigkeit wird für die Minderung auch das Vorliegen einer der Tatbestände des § 327m Abs. 1 Nrn. 1–6 BGB benötigt. Hier hat F das Nacherfüllungsverlangen der H verweigert, sodass § 327m Abs. 1 Nr. 5 BGB einschlägig ist.

4. Zwischenergebnis

Entsprechend ist für die gesamte Vertragsdauer von einem mangelhaften digitalen Produkt nach Maßgabe der oben genannten Vorschriften auszugehen.

II. Minderungserklärung, § 327n Abs. 1 S. 3 BGB i.V.m. § 327o Abs. 1 S. 1 BGB

Es müsste eine Minderungserklärung vorliegen. Die Erklärung der H bringt ihr Minderungsverlangen hinreichend zum Ausdruck.

III. Kein Ausschluss

Das Minderungsrecht der H dürfte ferner nicht ausgeschlossen sein.

---

[6] ErwG 57 der Digitale-Inhalte-Richtlinie.
[7] *Fries*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2023, § 327k Rn. 9.

1. § 536c Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB

Gem. § 536c Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB kann ein Mieter, sofern er die Anzeige der Mangelhaftigkeit unterlässt und der Vermieter aus diesem Grund nicht Abhilfe schaffen konnte, nicht das in § 536 BGB bestimmte Minderungsrecht geltend machen. Gem. § 578b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB sind die §§ 536–536d BGB hingegen bei Verbraucherverträgen über die Miete digitaler Produkte und damit auch die Rügeobliegenheit für bestehende Mängel ausgeschlossen, sodass die unterlassene Mängelanzeige der H ihr Minderungsrecht trotz Kenntnis ab April 2025 nicht ausschließt.

2. Verwirkung gem. § 242 BGB

Vorliegend könnte das Minderungsrecht der H jedoch nach § 242 BGB verwirkt sein. Allein die vorbehaltlose Zahlung der Miete über eine gewisse Dauer hinweg, ohne das Hinzutreten weiterer Umstände, aus denen zu schließen wäre, dass H von ihrem Minderungsrecht keinen Gebrauch mehr machen möchte, vermögen hier keine Verwirkung nach § 242 BGB zu begründen. Ansonsten würden zum einen die Verjährungsregelungen unterlaufen und auch die gesetzlich explizite Abbedingung der Pflicht zur Mängelanzeige (vgl. § 578b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB) liefe ins Leere. Das Ergebnis kann richtigerweise also nur sein, dass H durch die vorbehaltlose Zahlung keinen hinreichenden Vertrauenstatbestand gesetzt hat und ihr Minderungsrecht fortbesteht.

3. Zwischenergebnis

Das Minderungsrecht der H ist nicht ausgeschlossen.

IV. Ergebnis

H hat gegen F einen Anspruch auf Zahlung i.H.v. 300 € aus § 327i Nr. 2 Fall 2 BGB i.V.m. § 327n Abs. 4 BGB.

Klausur im Polizei- und Ordnungsrecht: Ende für „Ende Gelände“?

*Dr. Sven Jürgensen, Bochum**

Die folgende Klausur wurde im Sommersemester 2022 als Semesterabschlussklausur an der Ruhr-Universität Bochum gestellt. Der Sachverhalt beruht auf dem Beschluss des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen vom 14.2.2022 – 17 L 185/20, online verfügbar bei juris, wurde aber aus didaktischen Gründen z.T. erheblich abgewandelt. Im Durchschnitt wurden die insgesamt 159 Bearbeitungen mit 5 Punkten bewertet, die Durchfallquote betrug 30,19 %.

Sachverhalt

Am Abend des 1.2.2022 fuhren zwei Polizeibeamte der örtlichen Polizeiwache Streife im Gebiet der kreisangehörigen Stadt Datteln im Land Nordrhein-Westfalen. Auf einer Straße in Richtung des Steinkohlekraftwerks Datteln IV trafen sie auf drei Personen, die mit größeren Rucksäcken zu Fuß unterwegs waren.

Misstrauisch geworden, hielten die Polizeibeamten an und stellten fest, dass es sich um die Studierenden der Theologie D, S und T aus Münster in Westfalen handelte. Auf Nachfrage, was sie um diese Zeit in dieser Gegend zu suchen hätten, antworteten D, S und T, dass sie sich dazu nicht äußern müssten, schließlich täten sie nichts Verbotenes. Daraufhin durchsuchten die Polizeibeamten die Rucksäcke und stellten fest, dass D, S und T unter anderem Schlafsäcke, Proviant, Helme, Stirnlampen und Seile mit sich führten.

Damit meinten die Polizeibeamten zu wissen, „was Sache ist“. Sie nahmen an, dass D, S und T zur Organisation „Ende Gelände“ gehörten, einem Bündnis von Klima-Aktivist:innen, das in der Vergangenheit an verschiedenen Protestaktionen im Bereich von Kraftwerken sowie im Hambacher Forst beteiligt war. Dabei ist es vereinzelt zur Begehung von Straftaten wie dem Hausfriedensbruch (§ 123 StGB), der Körperverletzung (§ 223 StGB), dem Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 StGB) oder der Störung öffentlicher Betriebe (§ 316b StGB) durch Personen aus der Reihe und dem Umfeld von „Ende Gelände“ gekommen.

Mit dem Vorwurf konfrontiert, sie würden als Mitglieder von „Ende Gelände“ Störaktionen auf dem Gelände des Kraftwerks Datteln IV planen, antworteten D, S und T, dass sie zwar Sympathien für „Ende Gelände“ hätten, weil man sich unbedingt für die Bewahrung der Schöpfung einsetzen müsse. Sie selbst seien aber weder an der Organisation noch an der Durchführung von irgendwelchen Störaktionen beteiligt.

Das überzeugte die Polizeibeamten nicht – auch wenn sie tatsächlich keine positive Kenntnis über geplante Aktivitäten von „Ende Gelände“ am 1.2.2022 oder in der unmittelbaren Folgezeit hatten. Mit der Begründung, es sei zu erwarten, D, S und T würden auf das Gelände des Kraftwerks eindringen und mit anderen Aktivist:innen gefährliche Störaktionen veranstalten, sprachen sie ihnen gegenüber das Verbot aus, bis zum 1.5.2022 den Bereich des Kohlekraftwerks Datteln IV in Datteln

* Der *Autor* ist Akademischer Rat a.Z. am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und interdisziplinäre Rechtsforschung an der Ruhr-Universität Bochum.

zu betreten und sich dort aufzuhalten. Begründet wurde die Maßnahme damit, dass sie sich als Ortsfremde zur Abendzeit in der Nähe des Kraftwerks aufhielten, zudem aus ihrer offensichtlichen Nähe zu „Ende Gelände“ und der mitgeführten Ausrüstung. Auf die kritische Rückfrage der Studierenden, was genau mit „Bereich“ gemeint sei, ergänzten die Polizeibeamten, sie dürften „sich einfach nicht in Sichtweite des Kraftwerks“ begeben. Nachdem D, S und T energisch, aber erfolglos gegen die Maßnahme protestierten, machten sie sich auf den Rückweg und die Polizeibeamten setzten ihre Streife fort.

Nach etwa 45 Minuten kehrten die Polizeibeamten noch einmal in die Nähe des Kraftwerks zurück. Tatsächlich trafen sie auf einer Straße direkt neben dem Kraftwerksgelände erneut auf D, S und T. Die Polizeibeamten, deren Geduld nun endgültig am Ende war, wiesen die drei Studierenden auf ihren Verstoß gegen das zuvor ausgesprochene Verbot hin. Diese erwiderten, das Verbot sei doch klar rechtswidrig. Selbst wenn, so sei doch die Umwelt wichtiger als die Bindungswirkung von Verwaltungsakten. Daraufhin verbrachten die Beamten die weiter uneinsichtigen D, S und T in ihr Dienstfahrzeug und fuhren mit ihnen zum ca. 25 Kilometer entfernten Dortmunder Hauptbahnhof und ließen sie mit dem Hinweis auf Anschlussmöglichkeiten nach Münster dort gehen.

D, S und T kamen in Münster, noch immer aufgebracht, an. Sie suchten die befreundete Jurastudentin J auf und schilderten ihr das Geschehen in Datteln. Ihre Erregung bezog sich allein auf das Verbot, sich dem Bereich des Kraftwerks zu nähern und auf die anschließende Verbringung nach Dortmund. Die von der Polizei erhobenen Vorwürfe entbehrten jeder Grundlage. Selbst wenn sie sich an einer Aktion von „Ende Gelände“ hätten beteiligen wollen, bedeute das nicht, dass sie auch Straftaten planen würden. Außerdem sei das Verbot völlig überzogen, weil auch von ihnen geplante friedliche Proteste im Umfeld des Kraftwerks für drei Monate untersagt seien. T weist J zudem daraufhin, dass er als ehemaliger Pfadfinder zwar wisse, dass die Sichtweite eines Durchschnittsmenschen etwa 4,7 Kilometer betrage, man also den vom Verbot umfassten Bereich durchaus ermitteln könne. Auf der anderen Seite hänge dies aber von Wetterverhältnissen und der individuellen Sehkraft ab; das alles sei also sehr unkonkret. Auch die Verbringung könne nicht rechtens gewesen sein. D, S und T hätten noch im Zug nach Münster auf ihren Smartphones durch „die Gesetzbücher“ gescrollt und nirgends einen entsprechenden Paragraphen gefunden, vor allem hätten die Polizeibeamten sie ja nicht nur aus der Reichweite des Kraftwerks gebracht, sondern ganz bis nach Dortmund.

Fallfrage

D, S und T bitten J, die beiden Maßnahmen auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu prüfen. Was wird J ihren Freunden D, S und T antworten?

Bearbeitungsvermerk

Begutachten Sie aus der Sicht der J die an sie gerichteten Rechtsfragen. Gehen Sie dabei auf alle durch den Fall aufgeworfenen Probleme, notfalls in einem Hilfsgutachten, ein.

Normen des nordrhein-westfälischen Versammlungsgesetzes (VersG NRW) sind nicht zu prüfen.

Die Bearbeitungszeit beträgt 120 Minuten.

Lösungsvorschlag

Vorbemerkungen

Die Klausur weist einen mittleren Schwierigkeitsgrad auf. Sie birgt Herausforderungen vor allem durch ihren Umfang. Unbedingt erforderlich war mithin eine richtige Schwerpunktsetzung: Notwendig war ein Fokus auf die von den Beteiligten aufgeworfenen Probleme und die Übertragung der zahlreichen Argumente aus dem Sachverhalt in die richtigen Prüfungspunkte. Unproblematisches war in der größtmöglichen Knappheit abzuarbeiten.

Die folgende Lösung zeigt – wie immer – lediglich einen denkbaren Weg zur rechtlichen Bewertung des Sachverhalts auf. An einigen Stellen sind andere Lösungen denkbar, worauf an den wesentlichen Punkten hingewiesen wird.

A. Aufenthaltsverbot ... 279
I. Ermächtigungsgrundlage ... 279
II. Formelle Rechtmäßigkeit ... 279
1. Zuständigkeit ... 279
2. Verfahren ... 279
3. Form ... 280
4. Zwischenergebnis ... 280
III. Materielle Rechtmäßigkeit ... 280
1. Tatbestandsvoraussetzungen ... 280
a) Eingriffsschwelle ... 280
b) Zwischenergebnis und Hilfsgutachten ... 281
c) Verantwortlichkeit ... 282
2. Ermessen ... 282
a) Bestimmtheit ... 282
b) Verhältnismäßigkeit ... 282
3. Ergebnis ... 283
IV. Ergebnis zum Aufenthaltsverbot ... 284
B. Verbringung ... 284
I. Ermächtigungsgrundlage ... 284
1. Durchsetzungsgewahrsam, § 35 Abs. 1 Nr. 3 PolG NRW ... 284
2. Unterbindungsgewahrsam, § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW ... 285
3. Erst-Recht-Schluss zu § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW ... 285
4. Vollstreckung einer Umsetzungsverfügung, §§ 8 Abs. 1, 50 Abs. 1 PolG NRW ... 285
II. Ergebnis zum Verbringungsgewahrsam ... 286
C. Gesamtergebnis ... 286

Das Verbot, sich dem Bereich des Kraftwerks Datteln IV zu nähern, und die anschließende Verbringung nach Dortmund sind rechtmäßig, wenn sie auf einer verfassungsmäßigen Ermächtigungsgrundlage beruhen und formell sowie materiell rechtmäßig sind.

A. Aufenthaltsverbot

I. Ermächtigungsgrundlage

Das Verbot, den Bereich des Kohlekraftwerks Datteln IV in Datteln zu betreten und sich dort aufzuhalten, könnte als Aufenthalts- und Betretungsverbot auf § 34 Abs. 2 PolG NRW gestützt werden. An der Verfassungsmäßigkeit des § 34 Abs. 2 PolG NRW bestehen keine Zweifel.

> *Hinweis*: In der Vergangenheit wurde die Verfassungsmäßigkeit des § 34 Abs. 2 PolG NRW deswegen infrage gestellt, weil die Norm einen Eingriff in das Grundrecht auf Freizügigkeit aus Art. 11 Abs. 1 GG ermöglicht und gem. Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG dem Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für die Regelung der Freizügigkeit zusteht.[1] Diese Ansicht hat sich nicht durchgesetzt. Für die Verfassungsmäßigkeit von § 34 Abs. 2 PolG NRW wird angeführt, dass Art. 11 Abs. 2 GG implizit die Möglichkeit landesrechtlicher Regelungen anerkenne, weil eine effektive Gefahrenabwehr ohne Eingriffe in die Freizügigkeit „kaum denkbar" sei.[2] Unabhängig davon, ob dies für überzeugend gehalten wird, war eine Auseinandersetzung damit hier nicht angezeigt, weil weder allgemein die Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage noch speziell die Gesetzgebungskompetenz von den Beteiligten im Sachverhalt thematisiert worden sind. Insofern war eine Schwerpunktsetzung erforderlich.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Das Verbot müsste formell rechtmäßig sein. Dafür müssten die Polizeibeamten zuständig und die Verfahrens- und Formvorgaben eingehalten worden sein.

1. Zuständigkeit

Die Polizei ist nach § 1 Abs. 1 S. 1 PolG NRW für die hier ergriffenen Maßnahmen der Gefahrenabwehr zuständig. Sie handelte zur Abendzeit und damit außerhalb der Geschäftszeiten der vorrangig zuständigen Ordnungsbehörde. Sie konnte daher im Rahmen ihrer Eilkompetenz nach § 1 Abs. 1 S. 3 PolG NRW tätig werden.[3]

Die örtliche Zuständigkeit folgt aus § 7 Abs. 1 POG NRW.

2. Verfahren

Bei dem Aufenthalts- und Betretungsverbot handelt es sich um einen belastenden Verwaltungsakt

---

[1] *Dietlein*, in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 3 Rn. 163; *Ogorek*, in: BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 1.9.2022, PolG NRW § 34 Rn. 25.

[2] So *Dietlein*, in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 3 Rn. 163; siehe auch *Guckelberger*, JA 2011, 1 (1 f.).

[3] *Gusy/Worms*, BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 1.9.2022, PolG NRW § 1 Rn. 213.

i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG NRW. Daher waren D, S und T nach § 28 Abs. 1 VwVfG NRW vor dem Erlass anzuhören. D, S und T haben die Gelegenheit erhalten, sich zu den gegen sie erhobenen Vorwürfen und den Maßnahmen der Polizeibeamten zu äußern. Eine Anhörung ist damit erfolgt.[4]

3. Form

Das Aufenthalts- und Betretungsverbot konnte nach § 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG NRW mündlich ergehen.

4. Zwischenergebnis

Das Verbot ist formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Das Aufenthalts- und Betretungsverbot müsste auch materiell rechtmäßig sein. Dafür müssten die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen und die Polizeibeamten das ihnen nach § 34 Abs. 2 S. 1 PolG NRW zustehende Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt haben.

1. Tatbestandsvoraussetzungen

a) Eingriffsschwelle

Nach § 34 Abs. 2 PolG NRW müssen für ein Aufenthalts- und Betretungsverbot Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Person in einem bestimmten örtlichen Bereich eine Straftat begehen oder zu ihrer Begehung beitragen wird. Erforderlich ist damit die hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass in dem betroffenen örtlichen Bereich eine Straftat begangen bzw. zu ihrer Begehung beitragen werden soll.[5] Notwendig ist eine auf Tatsachen gestützte Prognoseentscheidung.[6] Nicht ausreichend sind bloße Vermutungen oder subjektive Einschätzungen.[7] Es müssen Tatsachen vorliegen, aus denen mit der erforderlichen Sicherheit auf die bevorstehende Begehung von Straftaten gerade durch die betreffende Person geschlossen werden kann.[8] Das Schadensereignis muss jedenfalls ansatzweise in sachlicher, zeitlicher und personeller Sicht konkretisiert werden können.[9]

> *Hinweis*: Teilweise wird in Hinblick darauf, dass durch eine Maßnahme auf Grundlage von § 34 Abs. 2 PolG NRW das Recht auf Freizügigkeit aus Art. 11 Abs. 1 GG eingeschränkt werden kann, über den Wortlaut hinaus eine „hohe"[10] oder „überwiegende"[11] Wahrscheinlichkeit einer Straftat gefordert, die nach manchen Stimmen in der Literatur „erheblich" sein soll.[12] Dies wird mit dem

[4] Zu den Anforderungen an die Anhörung *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 19 Rn. 28.
[5] OVG NRW, Beschl. v. 18.5.2018 – 5 B 670/18, Rn. 4 (juris); OVG NRW, Beschl. v. 27.6.2006 – 5 B 1142/06, Rn. 8 (juris).
[6] *Ogorek*, in: BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 1.9.2022, PolG NRW § 34 Rn. 36.
[7] VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 14.2.2022 – 17 L 185/20, Rn. 10 (juris).
[8] OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.6.2013 – 11 LA 27/13, Rn. 11 (juris).
[9] *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2020, § 8 Rn. 15 in Hinblick auf BVerfGE 141, 220 (272).
[10] *Neuner*, Zulässigkeit und Grenzen polizeilicher Verweisungsmaßnahmen, 2003, S. 124.
[11] *Waechter*, NdsVBl. 1996, 197 (202).
[12] Dazu jeweils *Ogorek*, in: BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 1.9.2022, PolG NRW § 34 Rn. 33 f., 35, 37 m.w.N.

entsprechenden Verständnis des qualifizierten Gesetzesvorbehalts in Art. 11 Abs. 2 GG, dem Kriminalvorbehalt, begründet.[13] Es ist aber nicht anzunehmen, dass dieser Vorbehalt den Gesetzgeber auch im Bereich der Gefahrenabwehr derart beschränken soll, zumindest müssten für die Ableitung solcher schematischen Maßstäbe dringende Gründe vorgebracht werden, die hier nicht ersichtlich sind.[14] Eine Auseinandersetzung hiermit war mangels entsprechender Hinweise im Sachverhalt weder erforderlich noch erwartet.

Die Polizeibeamten gingen davon aus, dass D, S und T auf das Gelände des Kraftwerks eindringen und mit Aktivist:innen von „Ende Gelände" gefährliche Störaktionen veranstalten würden. Tatsächlich wurden bei solchen Aktionen in der Vergangenheit Straftaten wie Hausfriedensbruch (§ 123 StGB), Körperverletzung (§ 223 StGB), Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 StGB) oder Störung öffentlicher Betriebe (§ 316b StGB) begangen.

Dass auch D, S und T dies planen, lässt sich nicht allein aus der Antreffsituation als Ortsfremde, die sich abends in der Nähe des Kraftwerks Datteln IV aufhielten, schließen.[15] Die von ihnen mitgeführte Ausrüstung und die bekundete Sympathie für die Organisation und ihre Ziele stellen zwar Anhaltspunkte für eine Nähe zu „Ende Gelände" und deren Aktionen dar. Allerdings gibt es weder Hinweise darauf, dass D, S und T bislang selbst in strafrechtlich relevanter Weise an Störaktionen beteiligt waren noch konkrete Anhaltspunkte dafür, dass „Ende Gelände" eine Aktion am 1.2.2022 und in der unmittelbaren Folgezeit geplant hat, an der sich D, S und T beteiligen könnten. Das bloße Abhalten einer Störaktion ist zudem nicht gleichbedeutend mit der Begehung einer Straftat, da auch Formen rechtskonformen Protests denkbar sind. Auch im Fall von „Ende Gelände" ist es lediglich „vereinzelt" zu Straftaten gekommen, sodass von der Organisation, ihrem Umfeld und ihren Veranstaltungen nicht notwendig auf die Begehung von Straftaten zu schließen ist.

Vor diesem Hintergrund erweist sich die Begehung bzw. Unterstützung von Straftaten durch D, S und T nicht als hinreichend wahrscheinlich.

Hinweis: Hier ist eine abweichende Ansicht sicherlich vertretbar, insbesondere unter Hinweis darauf, dass es rund um das Kraftwerk wahrscheinlich wenig gibt, was man mit der mitgeführten Ausrüstung tun könnte. Allerdings müsste in diesem Fall die konkrete Gestalt der zu erwartenden Straftaten umrissen werden, also dargestellt werden, welche Straftaten in welcher Form verübt werden (etwa ein Hausfriedensbruch gem. § 123 StGB durch Eindringen auf das Kraftwerksgelände) und welche Umstände für die Begehung sprechen (etwa das Mitführen der Seile, die zur Überwindung von etwaigen Zäunen verwendet werden könnten).

b) Zwischenergebnis und Hilfsgutachten

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 34 Abs. 2 PolG NRW liegen mangels Überschreitung der Eingriffsschwelle nicht vor. Das Aufenthaltsverbot ist bereits deswegen rechtswidrig. Hilfsgutachtlich ist die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltsverbots im Übrigen zu prüfen.

---

[13] Zum Kriminalvorbehalt *Wollenschläger*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 11 Rn. 56.

[14] So *Ogorek*, in: BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 1.9.2022, PolG NRW § 34 Rn. 37; *Durner*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 96. Lfg., Stand: November 2021, Art. 11 Rn. 154.

[15] Vgl. dazu und zum Folgenden VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 14.2.2022 – 17 L 185/20, Rn. 14 ff. (juris).

c) Verantwortlichkeit

§ 34 Abs. 2 PolG NRW enthält eine eigene, gegenüber §§ 4 ff. PolG NRW spezielle Adressatenregelung, nach der das Aufenthaltsverbot an die Person zu richten ist, die die Straftat begehen bzw. zu ihr beitragen wird. Das ist bei D, S und T der Fall.

2. Ermessen

Die Polizei müsste das ihr nach § 34 Abs. 2 PolG NRW zustehende Ermessen auch gem. § 3 Abs. 1 PolG NRW pflichtgemäß ausgeübt haben. Hier könnte sie ihr Handlungsermessen dadurch überschritten haben, dass das ausgesprochene Aufenthaltsverbot die gesetzlichen Grenzen der Bestimmtheit (§ 37 Abs. 1 VwVfG NRW) und der Verhältnismäßigkeit (§ 2 PolG NRW) überschritten hat.

> *Hinweis*: Zum Teil werden solche materiell-rechtlichen Grenzen behördlicher Maßnahmen als eigener Prüfungspunkt aufgefasst.[16] Folgt man dieser verbreiteten Ansicht, ist der Obersatz zur materiellen Rechtmäßigkeit (oben A. III.) entsprechend anzupassen.

a) Bestimmtheit

Nach § 37 Abs. 1 VwVfG müssen Verwaltungsakte inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Das bedeutet, dass sie so klar formuliert sein müssen, dass die adressierte Person eindeutig erkennen kann, was die Behörde von ihm fordert.[17] Die Polizei hat D, S und T verboten, den „Bereich" des Kraftwerks Datteln IV zu betreten und sich dort aufzuhalten und später konkretisiert, dass der Bereich in „Sichtweite des Kraftwerks" gemeint ist. Auch wenn die durchschnittliche Sichtweite eines Menschen 4,7 Kilometer betragen soll, lässt sich ein solcher Radius für D, S und T nicht exakt feststellen, da die Sichtweite eine individuelle Fähigkeit darstellt und maßgeblich von äußeren Faktoren abhängt. Durch die ungenaue Angabe können D, S und T nicht zuverlässig bestimmen, ob sie gegen das Aufenthaltsverbot verstoßen oder nicht. Dafür ist auch die Angabe eines Umkreises in Kilometern nicht ausreichend, vielmehr sind genaue Angaben und Grenzen, etwa anhand von Straßengrenzen oder mithilfe von Landkarten zu fordern.[18] Das Aufenthaltsverbot verstößt daher gegen das Bestimmtheitsgebot.

b) Verhältnismäßigkeit

Das Aufenthaltsverbot müsste verhältnismäßig sein. Das setzt nach § 2 PolG NRW voraus, dass es geeignet, erforderlich und angemessen ist, um zu verhindern, dass D, S und T im Bereich des Kraftwerks Datteln IV Straftaten begehen bzw. zu solchen beitragen (Zweck der Maßnahme).[19] Für die Geeignetheit nach § 2 Abs. 3 PolG NRW muss das Aufenthaltsverbot diesen Zweck überhaupt erreichen können, wobei es genügt, wenn es die Zweckerreichung zumindest fördert. Die Begehung von Straftaten in der Nähe des Kraftwerksgeländes wird ohne dortige Anwesenheit erheblich erschwert; das Verbot ist also geeignet, solche Straftaten zu verhindern.

Für die Erforderlichkeit darf der Polizei kein milderes, ebenso geeignetes Mittel zur Verfügung stehen, § 2 Abs. 1 PolG NRW. In Betracht kommen hier eine Platzverweisung nach § 34 Abs. 1 PolG

---

[16] *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2020, § 10 Rn. 4.

[17] Vgl. BVerwGE 131, 259 (263); *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 10 Rn. 52.

[18] *Ogorek*, in: BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 1.9.2022, PolG NRW § 34 Rn. 48.

[19] Zu den einzelnen Voraussetzungen *Kugelmann*, in: BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 1.9.2022, PolG NRW § 2 Rn. 16 ff.

NRW oder ein kürzer befristetes und räumlich beschränkter wirkendes Aufenthaltsverbot. Diese Maßnahmen könnten gegenüber dem ausgesprochenen Aufenthaltsverbot, das die Anwesenheit von D, S und T großflächig und für drei Monate unterbinden kann, nicht gleich geeignet sein. Das setzt jedoch die Annahme voraus, dass D, S und T nicht nur für den 1.2.2022, sondern auch darüber hinaus Störaktionen planen, die zu den befürchteten Straftaten führen können. Dafür ist hier aber nichts ersichtlich. Weder aus dem Verhalten von D, S und T am 1.2.2022 noch aus der bekundeten Nähe zu „Ende Gelände" folgt mit der erforderlichen Gewissheit, dass sie über diesen Zeitpunkt hinaus die Begehung von Straftaten planen. Das Aufenthaltsverbot war damit schon nicht erforderlich.

> *Hinweis*: Eine andere Ansicht ist hier in Hinblick auf die Einschätzungsprärogative der Polizei durchaus vertretbar.

Es könnte darüber hinaus auch unangemessen sein. Die Angemessenheit nach § 2 Abs. 2 PolG NRW verlangt, dass die mit dem Verbot verbundenen Nachteile nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen. Die Polizei hat insbesondere mit dem zeitlichen Geltungsbereich des Aufenthaltsverbots von drei Monaten den gesetzlichen Rahmen des § 34 Abs. 2 S. 4 PolG NRW ausgeschöpft. Das Aufenthaltsverbot beeinträchtigt zudem nicht nur die Möglichkeit des bloßen Aufenthalts in der Nähe des Kraftwerkgeländes. D, S und T hatten geplant, an dort stattfindenden politischen Versammlungen teilzunehmen, um ihre Meinung kundzutun. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 und Art. 8 Abs. 1 GG schützen auch die versammlungsförmige Meinungskundgabe an einem konkreten Ort. Das Aufenthaltsverbot unterbindet die Teilnahme an Versammlungen, etwa von „Ende Gelände", und stellt so einen Eingriff in Grundrechte dar, der einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf, an die besonders hohen Anforderungen gestellt werden.[20] Gründe für eine solche Rechtfertigung sind aber nicht erkennbar, insbesondere ist nicht ersichtlich, inwiefern durch D, S und T hochrangige Rechtsgüter gefährdet sein könnten. Diese waren, soweit bekannt, bislang nicht in strafrechtlich relevanter Weise an Störaktionen im Zusammenhang mit Protesten beteiligt. Es lässt sich nicht anhand konkreter Tatsachen vorhersagen, welche Straftaten die drei Studierenden begehen könnten und welche Folgen dies etwa für das Kraftwerk Datteln IV haben könnte. Damit ist unklar, warum die Studierenden derart lange von Datteln IV ferngehalten werden müssen, zumal die Polizei die Möglichkeit hätte, ein deutlich kürzeres Aufenthaltsverbot auszusprechen und dann Gefahrabwehrmaßnahmen in Bezug auf befürchtete Protestaktionen zu ergreifen, statt die Anwesenheit von D, S und T pauschal zu unterbinden. Das Aufenthaltsverbot ist in zeitlicher Hinsicht unangemessen und damit unverhältnismäßig.

Das Aufenthaltsverbot ist mangels Erforderlichkeit und Angemessenheit unverhältnismäßig. Die Polizei hat das ihr zustehende Ermessen überschritten.

3. Ergebnis

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 34 Abs. 2 PolG NRW liegen nicht vor. Auch wurde das Ermessen nicht fehlerfrei ausgeübt.

[20] Klassisch: BVerfGE 7, 198 (208) für die Meinungsfreiheit und BVerfGE 69, 315 (343 ff.) für die Versammlungsfreiheit, auch zum Selbstbestimmungsrecht über Ort, Zeitpunkt und Inhalt der Versammlung.

IV. Ergebnis zum Aufenthaltsverbot

Das Aufenthaltsverbot ist rechtswidrig.

B. Verbringung

Die Maßnahme, mit der die Polizei D, S und T gegen ihren Willen an den Dortmunder Hauptbahnhof gefahren und dort zurückgelassen hat, wird als „Verbringungsgewahrsam" bezeichnet.[21]

> *Hinweis*: Die Frage nach der Ermächtigungsgrundlage des Verbringungsgewahrsams ist ein Standardproblem.[22] Trotzdem dürfte es sich nicht anbieten, die Auseinandersetzung als einen „Meinungsstreit" zu führen, da es dafür an hinreichend „verdichteten" Meinungen fehlt. Vielmehr bietet es sich an, alle in Betracht kommenden bzw. diskutierten Normen anzuprüfen. Hier und generell ist es wichtiger, Strukturverständnis zu zeigen, als sich um Vollständigkeit oder um die Wiedergabe von Positionen aus dem Schrifttum zu bemühen.

I. Ermächtigungsgrundlage

Fraglich ist, auf welche Ermächtigungsgrundlage der Verbringungsgewahrsam gestützt werden kann.

1. Durchsetzungsgewahrsam, § 35 Abs. 1 Nr. 3 PolG NRW

Der Verbringungsgewahrsam könnte ein Fall des Durchsetzungsgewahrsams gem. § 35 Abs. 1 Nr. 3 PolG NRW sein. Danach kann eine Person in Gewahrsam genommen werden, wenn das unerlässlich ist, um eine „Platzverweisung nach § 34 PolG NRW" durchzusetzen.

Tatsächlich haben D, S und T gegen eine Maßnahme nach § 34 PolG NRW verstoßen. Allerdings wird in der polizeirechtlichen Literatur vertreten, dass die Norm allein auf die Platzverweisung nach § 34 Abs. 1 PolG NRW Bezug nehme, nicht auf das Aufenthaltsverbot nach § 34 Abs. 2 PolG NRW. Dies wird damit begründet, dass „der Begriff der Platzverweisung in der Polizeirechtslehre für kurzfristige Maßnahmen belegt" sei.[23] Zudem komme eine Ingewahrsamnahme schon zeitlich angesichts der Geltungsdauer eines Aufenthaltsverbots nicht in Betracht.[24]

Dem ist entgegenzuhalten, dass § 35 Abs. 1 Nr. 3 PolG NRW nicht zwischen den Absätzen des § 34 PolG NRW differenziert, auch nicht sprachlich durch die Nennung allein der „Platzverweisung", die als Überschrift der Norm fungiert. Zudem muss die Durchsetzung nicht zwingend darauf gerichtet sein, das Aufenthaltsverbot über den gesamten Geltungszeitraum hin durchzusetzen, sondern eben nur soweit dies „unerlässlich" ist. Schließlich ermöglicht § 35 Abs. 1 Nr. 4 PolG NRW den Durchsetzungsgewahrsam auch für die Wohnungsverweisung und das Rückkehrverbot nach § 34a PolG NRW als Maßnahmen, die grundsätzlich bis zu zehn Tagen verfügt werden können.[25]

---

[21] *Ogorek*, in: BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 1.9.2022, PolG NRW § 34 Rn. 21; *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2021, Rn. 147; *Finger*, NordÖR 2006, 423.

[22] Guter Überblick bei *Finger*, NordÖR 2006, 423.

[23] *Dietlein*, in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 3 Rn. 167.

[24] So *Dietlein*, in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 3 Rn. 167.

[25] Vgl. auch *Finger*, NordÖR 2006, 423 (425).

Letztlich kann diese Frage offenbleiben, da die Durchsetzung durch die Reichweite des Aufenthaltsverbots als Grundverfügung begrenzt wird.[26] Die Fahrt weit über den „Bereich" von Datteln IV hinaus nach Dortmund war also jedenfalls nicht durch § 35 Abs. 1 Nr. 3 PolG NRW gedeckt.

> *Hinweis*: Die Kenntnis des Problems wird nicht erwartet, weswegen eine entsprechend geführte Auseinandersetzung bei der Bewertung besonders zu berücksichtigen ist.

2. Unterbindungsgewahrsam, § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW

Möglich scheint ein Rückgriff auf § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW, wonach eine Person in Gewahrsam genommen werden kann, wenn das unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern. Für die Anwendbarkeit der Ingewahrsamnahme spricht, dass es sich bei dem Abtransport im Fahrzeug um eine Freiheitsentziehung i.S.d. Art. 104 Abs. 2–4 GG handelt und die Norm als Rechtsgrundlage auch die Möglichkeit eines Ortwechsels einschließt.[27] Allerdings ist als eigentliches Ziel der Maßnahme nicht die Begründung eines Gewahrsams anzusehen, sondern das bloße Entlassen an einem anderen Ort.[28] Letztlich scheidet § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW mangels Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen aus: Es dürfte weiterhin nicht hinreichend wahrscheinlich sein, dass D, S und T die Begehung von Straftaten planen, zumal der Verstoß gegen das Aufenthaltsverbot nicht strafbewehrt ist.

3. Erst-Recht-Schluss zu § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW

Damit scheidet auch eine, teilweise vertretene, Anwendung von § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW im Wege eines Erst-Recht-Schlusses aus.[29] Abgesehen von der Kritikwürdigkeit dieser Konstruktion[30] setzt dies das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen voraus, die hier nicht gegeben sind.

4. Vollstreckung einer Umsetzungsverfügung, §§ 8 Abs. 1, 50 Abs. 1 PolG NRW

Schließlich könnte die Verbringung als zwangsweise Durchsetzung einer auf § 8 Abs. 1 PolG NRW gestützten „Umsetzungsverfügung" zu verstehen sein.[31] Allerdings ist bereits fraglich, ob eine solche Verfügung vorliegend ergangen ist, da es der Polizei ersichtlich um die Durchsetzung des Aufenthaltsverbots ging. Die Konstruktion einer „Umsetzungsverfügung" wird deswegen als „Fiktion" kritisiert.[32] Darüber hinaus ist fraglich, ob ein Rückgriff auf die Generalklausel überhaupt zulässig ist oder die bestehenden Standardermächtigungen und Vollstreckungsmöglichkeiten eine Sperrwirkung

---

[26] *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2017, § 4 Rn. 297; *Finger*, NordÖR 2006, 423 (425).

[27] *Ogorek*, in: BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 1.9.2022, PolG NRW § 34 Rn. 21; a.A. mit Verweis auf die kurze Dauer der Fahrt *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2021, Rn. 147.

[28] *Ogorek*, in: BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 1.9.2022, PolG NRW § 34 Rn. 21; *Finger*, NordÖR 2006, 423 (426) jeweils m.w.N.

[29] Zu dieser Konstruktion *Finger*, NordÖR 2006, 423 (427) m.w.N.

[30] *Ogorek*, in: BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 1.9.2022, PolG NRW § 34 Rn. 21; *Finger*, NordÖR 2006, 423 (427); *Gusy*, NWVBl. 2004, 1 (8).

[31] *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2021, Rn. 147.

[32] *Ogorek*, in: BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 1.9.2022, PolG NRW § 34 Rn. 22 m.w.N.

entfalten.[33] Die Frage der Sperrwirkung der Standardermächtigung ist nicht abschließend geklärt. Teilweise wird auf die Typizität der Situation, teilweise auf die Eingriffsintensität der Maßnahme abgestellt.[34] Nach beiden Gesichtspunkten scheidet ein Rückgriff auf die Generalklausel im Falle des Verbringungsgewahrsams aus: Die Maßnahme wird seit über 50 Jahren praktiziert und wird angesichts von, im Einzelfall aufgetretenen, schwerwiegenden Folgen für Verbrachte wegen ihres zweifelhaften Rufs öffentlich diskutiert.[35] Es handelt sich also nicht um eine atypische Maßnahme. Vor allem wegen der – aus der Verbindung von Gewahrsamselementen mit dem zwangsweise durchgesetzten Ortswechsel resultierenden – Eingriffsintensität erscheint es angezeigt, dass der Gesetzgeber Verfahrensvorschriften und Anforderungen an den Verbringungsort sowie Schutzvorkehrungen für den Verbrachten regelt.[36]

Eine Ermächtigungsgrundlage für die Verbringung von D, S und T bestand nicht.

Hinweis: Hier ist eine andere Ansicht dann vertretbar, wenn man – folgerichtig zum Ergebnis beim Aufenthaltsverbot – im Rahmen des Unterbindungsgewahrsams bzw. dem Erst-Recht-Schluss zu § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW das unmittelbare Bevorstehen einer Straftat durch D, S und T oder aber die Anwendbarkeit des § 8 Abs. 1 PolG NRW annimmt. Im Übrigen stellen sich bei der Bearbeitung der Verbringung keine besonderen Schwierigkeiten. Durch das Absetzen am Hauptbahnhof zu einer Zeit, zu der offensichtlich noch Züge fuhren, dürfte der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz jedenfalls gewahrt geblieben sein.

II. Ergebnis zum Verbringungsgewahrsam

In Ermangelung einer vom Vorbehalt des Gesetzes nach geforderten Ermächtigungsgrundlage ist die Verbringung rechtswidrig.

C. Gesamtergebnis

Sowohl das Aufenthaltsverbot als auch die Verbringung der D, S und T sind rechtswidrig.

[33] Grundsätzlich *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2020, § 5 Rn. 16 ff.

[34] *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2020, § 5 Rn. 16, 18.

[35] *Finger*, NordÖR 2006, 423 (423 f.).

[36] Im Ergebnis wohl *Dietlein*, in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 3 Rn. 172, 177; *Ogorek*, in: BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 1.9.2022, PolG NRW § 34 Rn. 22; *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2017, § 4 Rn. 297; *Finger*, NordÖR 2006, 423 (427 ff.).

Binnenmarktrecht meets WTO-Recht im Vertragsverletzungsverfahren

Dipl.-Jur. Simon A. Miller, LL.M., MBA, Passau *

Wird die wirtschaftliche Freiheit im Binnenmarkt durch eine Maßnahme eines EU-Mitgliedstaates tangiert, ist diese Handlung insbesondere am Maßstab der Grundfreiheiten oder spezielleren Sekundärrechts zu messen. Darüber hinaus ist eine Überprüfung wirtschaftshindernder Maßnahmen anhand des WTO-Rechts nicht ausgeschlossen. Eine solche Konstellation liegt dieser Schwerpunktklausur zugrunde. Ergänzend wird die Beachtlichkeit des WTO-Rechts im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens thematisiert.

Keywords: Binnenmarkt, Wirtschaftsbezogenheit von Bildungsangeboten, Grundfreiheiten, Sekundärrecht als lex specialis, WTO-Recht, GATS, Inländerbehandlung, Vertragsverletzungsverfahren

Teil I

Sachverhalt

Die Kommission der Europäischen Union blickt mit Sorge auf die neuesten Legislativmaßnahmen im Mitgliedstaat M. Dieser hat ein Gesetzespaket verabschiedet, welches die universitäre Ausbildung in M durch ausländische Hochschuleinrichtungen reglementiert. Unter anderem enthält das Hochschulgesetz (HG) folgende Vorschriften:

> § 5 Erfordernis eines völkerrechtlichen Vertrags
> (1) Eine ausländische Hochschuleinrichtung darf eine zu einem Abschluss führende Lehrtätigkeit nur dann in M ausüben, wenn dies durch einen zwischen M und dem Staat, in dem die ausländische Hochschuleinrichtung ihren Sitz hat, geschlossenen völkerrechtlichen Vertrag vereinbart wurde.
> (2) Dies gilt nicht für ausländische Hochschuleinrichtungen, deren Sitz sich in einem Mitgliedstaat des EWR befindet.
>
> § 6 Erfordernis tatsächlicher Hochschulausbildung im Land des Sitzes der Einrichtung
> (1) Ausländische Hochschuleinrichtungen, die in M tätig sind, müssen in dem Land, in dem sich ihr Sitz befindet, als Hochschuleinrichtung staatlich anerkannt sein und dort auch tatsächlich eine Hochschulausbildung bereits durchführen.
> (2) Dies gilt auch für Hochschuleinrichtungen mit Sitz in einem Mitgliedstaat des EWR.

Zur Begründung gibt der Gesetzgeber in M an, bereits ohne konkreten Anlass dadurch die öffentliche Ordnung in M präventiv aufrechtzuerhalten und irreführende Geschäftspraktiken zu vermeiden. Das

---

* Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht (Lehrstuhl von Prof. *Dr. Herrmann*, LL.M.) an der Universität Passau. Die vorliegende Klausur wurde in leicht abgewandelter Form als Schwerpunktklausur an der Universität Passau gestellt. Ihr liegt das Urteil des EuGH v. 6.10.2020 in der Rs. C-66/18 (Kommission/Ungarn) zugrunde. Der *Autor* dankt Herrn Dipl.-Jur. Univ. *Gideon Arnold* sowie Frau *Cassandra Weichenrieder* für die wertvolle Unterstützung.

Erfordernis eines völkerrechtlichen Vertrags ermögliche M sicherzustellen, dass die Tätigkeit fremder Bildungseinrichtungen den politisch-gesellschaftlichen Zielen in M entspreche und auch der Sitzstaat seine Dienstleistungserbringer als vertrauenswürdig ansehe. Das Erfordernis einer tatsächlich ausgeübten Hochschulausbildung im Heimatland der Einrichtung ergänze diesen Schutz, indem es die Qualität der Lehrtätigkeit sichere, was auch im Interesse der EU sei. All dies sei bei privaten Hochschuleinrichtungen im Inland trotz ihrer kommerziellen Zwecke aber nicht nötig.

Die EU-Kommission sieht jedoch in der Bedingung eines internationalen Abkommens für die Erbringungsmöglichkeit von privaten Bildungsdienstleistungen einen Verstoß gegen die im GATS vorgesehene Verpflichtung zur Inländerbehandlung. Schließlich befinde sich der infrage stehende Bereich in der von M niedergelegten Liste spezifischer Verpflichtungen (Art. XVII, XX GATS), was zutrifft („privat finanzierte Hochschulbildungsdienstleistungen ohne Beschränkungen und Vorbehalte"). Dabei sei die Gefahr von politischer Willkür vorhanden, da M den Abschluss eines Vertrags nach eigenem Ermessen ablehnen könne. Ebenfalls sei das Erfordernis der Durchführung einer tatsächlichen Hochschulausbildung durch eine entsprechende Hochschuleinrichtung in dem Land, in dem sich ihr Sitz befindet, ein Verstoß gegen die genannte Verpflichtung aus dem GATS. Eine Rechtfertigung komme jeweils nicht in Betracht, da das GATS hohe Anforderungen an den Schutz der öffentlichen Ordnung stelle.

Ferner stellen die Regelungen nach Auffassung der EU-Kommission einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten dar, da das Gründen und Betreiben einer Hochschuleinrichtung in M erschwert werde. Ergänzend fügt die EU-Kommission hinzu, dass auch ohne eine dauerhafte Bildungseinrichtung in M ein Verstoß gegen Unionsrecht vorliege, namentlich gegen Art. 56 AEUV und Art. 16 der Richtlinie 2006/123/EG. Gegen das Vorbringen der EU-Kommission wendet M ein, dass nicht alle Regelungen aus dem HG für andere EU-Mitgliedstaaten erschwerende Hürden vorsähen und es bereits an einem wirtschaftlichen Zusammenhang fehle. Zutreffend ist aber, dass private Hochschuleinrichtungen nicht aus staatlichen Mitteln, sondern durch Entgelte finanziert und daher auch durch ökonomische Interessen getragen werden. Ferner wurden die Gründung sowie der Betrieb solcher privaten Bildungseinrichtungen in M durch Inländer bereits mehrfach von M zugelassen. Jedenfalls diene das Erfordernis der Ausbildungsdurchführung im Sitzstaat zur Qualitätssicherung der universitären Ausbildung in M, was die EU gem. Art. 9, 165 f. AEUV zu unterstützen habe.

Bearbeitungshinweis

In einem umfassenden Rechtsgutachten ist – ggf. hilfsgutachtlich – zu prüfen, ob die von der EU-Kommission vorgetragenen Rechtsverletzungen tatsächlich vorliegen. Auf den Auszug aus der Richtlinie 2006/123/EG am Ende des Sachverhalts wird hingewiesen.

Teil II

Sachverhalt

Nachdem sich die EU-Kommission sicher ist, dass die gesetzlichen Regelungen des HG einen mehrfachen Rechtsverstoß darstellen, erwägt sie, eine Klage gegen M anzustreben. Dazu muss sie zuerst eruieren, welche Klageart bei einem Verstoß von Mitgliedstaat M gegen das Welthandels- und Unionsrecht einschlägig ist.

Als M von den Plänen der EU-Kommission erfährt, ist man empört. Der EuGH sei nicht zuständig, um Verstöße von EU-Mitgliedstaaten gegen das GATS im Verhältnis zu Drittstaaten zu prüfen. Man

würde dadurch den Streitbeilegungsmechanismus der WTO konterkarieren. Immerhin habe der EuGH es auch stets unterlassen, Einzelpersonen eine Berufung auf WTO-Recht zu ermöglichen. Die EU-Kommission argumentiert hingegen, dass die von der EU abgeschlossenen völkerrechtlichen Abkommen „integraler Bestandteil" der Unionsrechtsordnung seien. Dies sei von ihrer Wirkung auf das Sekundärrecht und auf Privatpersonen zu unterscheiden. Auch Art. 216 Abs. 2 AEUV zeige, dass eine Verletzung des GATS zugleich eine Verletzung des Unionsrechts darstelle. Da die EU über eine ausschließliche Zuständigkeit für die Liberalisierung des Handels mit privaten Bildungsdienstleistungen verfüge – was zutrifft –, könne der EuGH auch einen Verstoß von M gegen das GATS prüfen.

Bearbeitungshinweis

Welche Klageart wird die EU-Kommission vor dem Gerichtshof der Europäischen Union erheben und wird der Gerichtshof über die Vereinbarkeit mit dem GATS entscheiden? Gehen Sie bei der Beantwortung auf die im Sachverhalt (Teil II) genannten Aspekte ein. Eine vollständige Prüfung der Zulässigkeit der statthaften Klageart wird nicht erwartet.

Richtlinie 2006/123/EG
des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt
In Erwägung nachstehender Gründe:
[…]
(41) Der Begriff der öffentlichen Ordnung in der Auslegung des Gerichtshofs umfasst den Schutz vor einer tatsächlichen und hinreichend erheblichen Gefahr, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt; […]
[…]
wurde folgende Richtlinie erlassen:
[…]

Art. 2
(Anwendungsbereich)
(1) Diese Richtlinie gilt für Dienstleistungen, die von einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden.
[…]

Art. 4
(Begriffsbestimmungen)
Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck:
1. „Dienstleistung" jede von Artikel 57 AEUV erfasste selbstständige Tätigkeit, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird.
[…]

Art. 16
(Dienstleistungsfreiheit)
(1) Die Mitgliedstaaten achten das Recht der Dienstleistungserbringer, Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen ihrer Niederlassung zu erbringen.
Der Mitgliedstaat, in dem die Dienstleistung erbracht wird, gewährleistet die freie Aufnahme und freie Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten innerhalb seines Hoheitsgebiets.

[…]
(3) Der Mitgliedstaat, in den sich der Dienstleistungserbringer begibt, ist nicht daran gehindert, […] Anforderungen in Bezug auf die Erbringung von Dienstleistungen zu stellen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit oder des Schutzes der Umwelt gerechtfertigt sind.

Lösungsvorschlag

Teil I

I. Verstoß gegen das Gebot der Inländerbehandlung aus dem GATS 291
1. Verstoß durch § 5 HG 291
a) Anwendbarkeit des GATS 291
b) Anwendbarkeit des Inländerbehandlungsgebots 293
c) Missachtung des Inländerbehandlungsgebots 293
d) Rechtfertigung 293
aa) Schutz der öffentlichen Ordnung 294
bb) Schutz vor irreführenden Geschäftspraktiken 294
cc) Zwischenergebnis 295
2. Verstoß durch § 6 HG 295
a) Anwendbarkeit 295
b) Missachtung des Inländerbehandlungsgebots 295
c) Rechtfertigung 295
aa) Schutz der öffentlichen Ordnung 295
bb) Schutz vor irreführenden Geschäftspraktiken 295
cc) Zwischenergebnis 296
II. Verstoß gegen Unionsrecht 296
1. Vereinbarkeit von § 5 HG mit den Grundfreiheiten 297
a) Anwendbarkeit der Grundfreiheiten 297
b) Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit 297
2. Vereinbarkeit von § 6 HG mit den Grundfreiheiten 298
a) Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit 298
aa) Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit 298
bb) Eingriff 299
cc) Rechtfertigung 299
(1) Rechtfertigungsgrund 299
(a) Geschriebene Rechtfertigungsgründe 299
(b) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe 299

(2) Verhältnismäßigkeit 300
dd) Zwischenergebnis 301
b) Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit 301
aa) Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit 301
bb) Verbleibender Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit 301
cc) Zwischenergebnis 301
3. Vereinbarkeit von § 6 HG mit der Dienstleistungs-Richtlinie 301
a) Anwendbarkeit der Dienstleistungs-Richtlinie 301
b) Verstoß gegen die Dienstleistungs-Richtlinie 302
c) Rechtfertigung 302
d) Zwischenergebnis 302
III. Gesamtergebnis zu Teil I 302
Teil II 303
I. Statthaftes Verfahren 303
II. Verfahrensgegenstand 303
III. Gesamtergebnis zu Teil II 304

Teil I

Zu prüfen ist, ob die von der EU-Kommission vorgetragenen Rechtsverletzungen tatsächlich vorliegen. In Betracht kommt ein Verstoß der von M erlassenen Vorschriften des HG gegen das Gebot der Inländerbehandlung („National Treatment") aus dem GATS sowie gegen die Grundfreiheiten des Unionsrecht bzw. gegen unionales Sekundärrecht.

I. Verstoß gegen das Gebot der Inländerbehandlung aus dem GATS

Fraglich ist, ob die Vorschriften des HG gegen das Gebot der Inländerbehandlung aus Art. XVII GATS verstoßen.

1. Verstoß durch § 5 HG

Das in § 5 HG vorgesehene Erfordernis eines völkerrechtlichen Vertrags könnte einen Verstoß gegen Art. XVII GATS darstellen.

a) Anwendbarkeit des GATS

Das GATS findet Anwendung auf den „Handel mit Dienstleistungen" (Art. I:1 GATS). Nach Art. 1:3 lit. b GATS schließt der Dienstleistungsbegriff „jede Art von Dienstleistungen in jedem Sektor mit Ausnahme solcher Dienstleistungen ein, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden". Diese

weite Formulierung führt in der Praxis zu einer Orientierung (i.S.v. Art. 32 WVK)[1] an der *Services Sectorial Classification List*,[2] die sich in ihrem fünften Sektor auf den Bildungsbereich bezieht.[3] Allgemein kann für das GATS ein Verständnis der Dienstleistung als wirtschaftliche Tätigkeit gegen Entgelt angenommen werden.[4] Das GATS betrifft allerdings nicht die Dienstleistungen als solche, sondern den „Handel" mit diesen.[5] Die erfassten Modalitäten des Handels werden in Art. 1:2 lit. a–d GATS beschrieben.[6] Das GATS ist dabei nicht auf die klassischen Formen grenzüberschreitender Dienstleistungstransaktionen wie dem *cross-boarder supply* (Art. 1:2 lit. a GATS) oder *consumption abroad* (Art. 1:2 lit. b GATS) begrenzt, sondern bezieht auch die Erbringung einer Dienstleistung „mittels Präsenz natürlicher Personen eines Mitglieds im Hoheitsgebiet eines anderen Mitglieds" (Art. 1:2 lit. d GATS) und darüber hinaus sogar die Erbringung „mittels kommerzieller Präsenz im Hoheitsgebiet eines anderen Mitglieds" (Art. 1:2 lit. c GATS) ein.[7]

Die §§ 5 und 6 HG reglementieren die Erbringung von Lehrtätigkeiten in M durch ausländische Hochschuleinrichtungen. Lehrtätigkeiten sind zwar Dienstleistungen,[8] allerdings ist fraglich, ob es sich dabei auch um Dienstleistungen im Sinne einer wirtschaftlichen Tätigkeit handelt, sodass das GATS zur Anwendung gelangt. Denn die Dienstleistungen von Hochschuleinrichtungen könnten als „Ausübung hoheitlicher Gewalt" vom Anwendungsbereich des GATS ausgenommen sein. Diese Ausnahme in Art. 1:3 lit. b GATS für Dienstleistungen „in Ausübung hoheitlicher Gewalt" wird in Art. 1:3 lit. c GATS präzisiert. Danach ist die weite Anwendbarkeit des GATS durchbrochen für „jede Art von Dienstleistung, die weder zu kommerziellen Zwecken noch im Wettbewerb mit einem oder mehreren Dienstleistungserbringern erbracht wird". Für Hochschultätigkeiten stellt sich das Problem, dass diese gleichermaßen als öffentliche Dienstleistung wie auch im Wettbewerb erbracht werden können.[9] Allerdings hat M dem Hochschulbereich nicht den wirtschaftlichen Charakter entzogen und diesen daher nicht exklusiv als öffentliche Leistung geregelt. Vielmehr hat M bereits private und damit den wirtschaftlichen Maximen unterliegende Bildungseinrichtungen (durch Inländer) mehrfach zugelassen sowie diesen Bereich auch in die Liste spezifischer Verpflichtungen aufgenommen. Damit lässt sich für M die Durchbrechung des Anwendungsbereichs zugunsten öffentlicher Leistungen nicht herleiten. Die Hochschultätigkeiten durch private Bildungseinrichtungen stellen in M vielmehr eine wirtschaftliche Tätigkeit dar. Sie können – neben dem Angebot von digitaler Fernlehre (Art. 1:2 lit. a GATS) – entweder durch die Präsenz einer natürlichen Person in M (Art. 1:2 lit. d GATS) oder mithilfe einer in M errichteten Bildungseinrichtung (Art. 1:2 lit. c GATS) erfolgen. Mithin liegt ein „Handel mit Dienstleistungen" vor. Der Anwendungsbereich des GATS ist folglich eröffnet.

---

[1] WTO, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, Report of the Appellate Body, 7.4.2005, WT/DS285/AB/R, para. 197.

[2] *Michaelis*, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, 2. Aufl. 2010, § 20 Rn. 24.

[3] Diese Information enthält im Sachverhalt keine Entsprechung und war von Studierenden daher nicht erwartbar.

[4] *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2021, Rn. 854.

[5] *Stoll/Schorkopf*, WTO – Welthandelsordnung und Welthandelsrecht, 2002, Rn. 532.

[6] *Michaelis*, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, 2. Aufl. 2010, § 20 Rn. 31.

[7] *Michaelis*, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, 2. Aufl. 2010, § 20 Rn. 32; *Stoll/Schorkopf*, WTO – Welthandelsordnung und Welthandelsrecht, 2002, Rn. 533 ff.; *Weiss*, in: Tietje, Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2015, § 4 Rn. 14 f.

[8] *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2021, Rn. 855.

[9] Vgl. *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2021, Rn. 855.

b) Anwendbarkeit des Inländerbehandlungsgebots

Das Gebot der Inländerbehandlung ist in Art. XVII GATS und damit in Teil III des GATS geregelt. Die in diesem Teil des GATS geregelten Liberalisierungspflichten entstehen nicht bereits mit dem Vertragsabschluss zum GATS,[10] sondern setzen zusätzlich das Zugeständnis des WTO-Mitglieds voraus, sich für den jeweiligen infrage stehenden Dienstleistungsbereich zu öffnen.[11] Die Selbstverpflichtungen sowie mögliche Vorbehalte werden in die Liste spezifischer Verpflichtungen niedergeschrieben, damit das Gebot der Inländerbehandlung in diesem Umfang zum Tragen kommt (vgl. Art. XX GATS).[12] Bezüglich des Inländerbehandlungsgebots ist für M in der Liste „privat finanzierte Hochschulbildungsdienstleistungen ohne Beschränkungen und Vorbehalte" eingetragen, sodass die durch §§ 5 und 6 HG geregelten Bereiche an der Pflicht zur Inländerbehandlung teilnehmen.

c) Missachtung des Inländerbehandlungsgebots

Das Gebot der Inländerbehandlung („National Treatment") besagt, dass ein WTO-Mitglied die Dienstleistungen und Dienstleistungserbringenden eines anderen Mitglieds nicht weniger günstig behandeln darf als gleiche Dienstleistungen und Dienstleistungserbringemde aus dem Inland, Art. XVII:1 GATS. Nicht verlangt wird dadurch eine formale Gleichheit (vgl. Art. XVII:2 GATS), sondern die Gewährung gleicher Wettbewerbsbedingungen für inländische und ausländische Dienstleistungen bzw. Dienstleistungserbringer (vgl. Art. XVII:2 GATS), also die Herstellung eines „level playing field".[13] Die Erbringung von Hochschuldienstleistungen in M durch ausländische Hochschuleinrichtungen setzt nach § 5 HG einen völkerrechtlichen Vertrag zwischen M und dem Staat, in dem die ausländische Hochschuleinrichtung ihren Sitz hat, voraus. Eine solche Voraussetzung existiert für entsprechende Dienstleitungen durch inländische Bildungseinrichtungen (bzw. solche aus dem EWR) nicht, sodass eine formal unterschiedliche Behandlung vorliegt. Da der Abschluss des völkerrechtlichen Vertrags ferner nicht an Kriterien gebunden ist, sondern im Ermessen von M steht, führt diese auch zu unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen, in denen die Hochschuleinrichtungen aus M (und dem EWR) bevorteilt sind. Damit ist eine weniger günstige Behandlung ausländischer Dienstleistungen bzw. Dienstleistungserbringenden aus Mitgliedstaaten der WTO, die nicht dem EWR angehören, gegeben.[14]

d) Rechtfertigung

Der Verstoß gegen die Inländergleichbehandlung könnte jedoch gem. Art. XIV GATS gerechtfertigt sein. In Betracht kommen die Rechtfertigungsgründe des Schutzes der öffentlichen Ordnung, Art. XIV lit. a GATS, und der Verhinderung irreführender bzw. betrügerischer Geschäftspraktiken, Art. XIV lit. c sublit. i GATS. Beide Bestimmungen erlauben Abweichungen auch von den spezifischen Verpflichtungen aus Teil III des GATS.[15]

---

[10] *Weiss*, in: Tietje, Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2015, § 4 Rn. 38.
[11] *Stoll/Schorkopf*, WTO – Welthandelsordnung und Welthandelsrecht, 2002, Rn. 542.
[12] *Michaelis*, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, 2. Aufl. 2010, § 20 Rn. 65.
[13] *Weiss*, in: Tietje, Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2015, § 4 Rn. 42.
[14] EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./. Ungarn), Rn. 121.
[15] *Michaelis*, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, 2. Aufl. 2010, § 20 Rn. 109.

aa) Schutz der öffentlichen Ordnung

Für die in Art. XIV lit. a GATS gelisteten Regelungsziele haben die Mitglieder das Recht, das für sie angemessene Schutzniveau eigenständig zu bestimmen.[16] Außerdem ist der Inhalt sowohl zeitlich als auch örtlich variabel und hängt von sozialen, kulturellen, ethischen und religiösen Einflüssen ab.[17] Einschränkend können die Mitglieder aber nur dann Schutzmaßnahmen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung gem. Art. XIV lit. a GATS ergreifen, wenn „eine wirkliche, ausreichend schwere Bedrohung der Grundwerte der Gesellschaft vorliegt" (so die Anmerkung Nr. 5 zum GATS).[18] Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, da M ohne konkreten Anlass – also ohne eine „wirkliche […] Bedrohung der Grundwerte der Gesellschaft" – die öffentliche Ordnung beschirmt. Eine Rechtfertigung nach Art. XIV lit. a GATS scheidet somit aus.[19]

bb) Schutz vor irreführenden Geschäftspraktiken

Art. XIV lit. c GATS nennt drei Regelbeispiele, in denen eine Rechtfertigung zur „Einhaltung von Gesetzen" möglich ist, darunter die „Verhinderung irreführender und betrügerischer Geschäftspraktiken", Art. XIV lit. c sublit. i GATS. Durch einen völkerrechtlichen Vertrag kann der Sitzstaat signalisieren, dass er die betreffende Hochschuleinrichtung als vertrauenswürdig einstuft, was gesetzeswidrige bzw. irreführende Geschäftspraktiken regelmäßig – aber nicht zwingend – ausschließt. Eine dahingehende Prüfung durch M wäre aufwendiger als durch den Sitzstaat. Auch für die Hochschulen wäre eine Überprüfung der Geschäftspraktiken im Ausland (also in M) eine bürokratische Zusatzbelastung. Diese in Richtung Aufwand und Wirksamkeit zielenden Argumente greifen aber nur für solche ausländischen Hochschuleinrichtungen, die noch nicht in M präsent sind und die vom Sitzstaat zutreffend als vertrauenswürdig eingestuft werden. Für jene, die bereits auf dem Markt von M agieren, ist eine Überprüfung der Geschäftspraktiken vor Ort durch M aufgrund der territorialen und sachlichen Betroffenheit von M wirksamer als durch den Sitzstaat.[20] Zudem dürfen die Maßnahmen zur Verhinderung irreführender Geschäftspraktiken sich nicht als „ein Mittel zu willkürlicher oder unberechtigter Diskriminierung" darstellen (sog. *chapeau* des Art. XIV GATS).[21] Daran ist zu zweifeln, da der Abschluss des völkerrechtlichen Vertrags im freien Ermessen von M liegt. § 5 HG gibt keine Kriterien für eine Ermessenslenkung vor, woraufhin M angegeben hat, die politisch-gesellschaftlichen Ziele in M zementieren zu wollen und sich daher beim Abschluss des völkerrechtlichen Vertrages (bzw. bei der Verweigerung eines Abschlusses) nicht an bildungsrelevanten Kriterien sowie der Gesetzeskonformität und Lauterkeit der Geschäftspraktiken zu orientieren. Der Abschluss des Vertrages beruht somit letztlich auf dem politischen Willen von M, was den Eintritt oder die Fortführung von Dienstleistungen ausländischer Hochschuleinrichtungen auf dem Markt von M willkürlich verhindern kann. Eine Rechtfertigung ist daher auf Grundlage von Art. XIV lit. c GATS nicht möglich.[22]

---

[16] WTO, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, Report of the Panel, 10.11.2004, WT/DS285/R, para. 6.461.

[17] WTO, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, Report of the Panel, 10.11.2004, WT/DS285/R, para. 6.461.

[18] *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. 2020, § 10 Rn. 119.

[19] EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./. Ungarn), Rn. 132.

[20] EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./. Ungarn), Rn. 137.

[21] *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2021, Rn. 901; *Michaelis*, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, 2. Aufl. 2010, § 20 Rn. 111.

[22] EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./. Ungarn), Rn. 138.

cc) Zwischenergebnis

§ 5 HG stellt einen nicht gerechtfertigten Verstoß gegen das Gebot der Inländergleichbehandlung aus Art. XVII GATS dar.

2. Verstoß durch § 6 HG

Das in § 6 HG vorgesehene Erfordernis der staatlichen Anerkennung und tatsächlichen Durchführung von Ausbildung im Sitzstaat der betreffenden Einrichtung könnte ebenfalls einen Verstoß gegen Art. XVII GATS darstellen.

a) Anwendbarkeit

Die Anwendbarkeit des GATS und des Inländerbehandlungsgebots aus Art. XVII GATS ist gegeben (s.o.).

b) Missachtung des Inländerbehandlungsgebots

Die in § 6 HG aufgestellten Erfordernisse für ausländische Hochschuleinrichtungen müssten eine Änderung der Wettbewerbsbedingungen zugunsten gleicher Dienstleistungserbringender in M bewirken. Letztere können unmittelbar in M eine Hochschuleinrichtung gründen und betreiben. Ausländische Hochschuleinrichtungen können sich nicht zuerst in M gründen und dort tätig werden, denn das Erfordernis einer staatlichen Anerkennung und tatsächlichen Durchführung von Hochschulausbildung im Land ihres Sitzes zwingt sie, zunächst in diesem Land eine Hochschuleinrichtung zu gründen und dort auch entsprechende Dienstleistungen tatsächlich anzubieten und durchzuführen. Für ausländische Hochschuleinrichtungen resultiert aus den zusätzlichen Bedingungen ein Wettbewerbsnachteil gegenüber gleichen Dienstleistungserbringenden in M, sodass das Gebot der Inländerbehandlung missachtet wird.[23]

c) Rechtfertigung

Die Abweichung vom Gebot der Inländerbehandlung aus Art. XVII GATS könnte jedoch gerechtfertigt sein. Wie bereits für § 5 HG kommen auch für § 6 HG der Schutz der öffentlichen Ordnung sowie die Verhinderung irreführender Geschäftspraktiken als Rechtfertigungsgründe in Betracht.

aa) Schutz der öffentlichen Ordnung

Das Erfordernis der staatlichen Anerkennung und tatsächlichen Durchführung einer Hochschulausbildung könnte dem Schutz der öffentlichen Ordnung dienen. Dazu muss „eine wirkliche, ausreichend schwere Bedrohung der Grundwerte der Gesellschaft“ vorliegen. Eine solche ist aber nicht gegeben. Eine Rechtfertigung nach Art. XIV lit. a GATS scheidet somit aus.

bb) Schutz vor irreführenden Geschäftspraktiken

Das Erfordernis der staatlichen Anerkennung und tatsächlichen Durchführung einer Hochschulausbildung könnte hingegen der Verhinderung betrügerischer und irreführender Geschäftspraktiken dienen, Art. XIV lit. c sublit. i GATS. Auf diese Voraussetzungen hat M – anders als bei jenen des § 5

[23] EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./. Ungarn), Rn. 149.

HG – keinen Einfluss. Allerding trägt M die Beweislast für das Vorliegen einer Rechtfertigung,[24] muss also darlegen, warum das Erfordernis der staatlichen Anerkennung und tatsächlichen Durchführung einer Hochschulausbildung zur Verhinderung irreführender Geschäftspraktiken notwendig ist. Hierzu könnte M vortragen, dass § 6 HG dem Schutz der für den Staat essenziellen Bildung vor bildungsfremden Zielen diene, welche von ausländischen Organisationen – getarnt als Hochschuleinrichtungen – durchgesetzt werden könnten. Zugleich hebe § 6 HG den wirtschaftlichen Charakter von Hochschultätigkeiten nicht auf, sondern berücksichtige nur die Besonderheit und Bedeutung dieser Tätigkeiten für den Staat. Daher könnte sogar ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gerechtfertigt sein, da dieses die Rechte ausländischer Hochschulen grundsätzlich unberührt lasse und nur einer Rechtmäßigkeitskontrolle unterwerfe. Da eine derartige Kontrolle in M ohne vorherige Anwesenheit im dortigen Markt einen enormen bürokratischen (grenzüberschreitenden) Aufwand für die Hochschule bedeutet (s.o.), ist eine Anerkennung durch den Sitzstaat und dortige Durchführung von Lehrtätigkeiten unter Umständen der deutlich geringere Aufwand als eine Rechtmäßigkeitskontrolle, ebenfalls ohne das anschließende Recht auf die Aufnahme von Lehrtätigkeiten in M zu berühren. Zudem mangelt es M bei einem Markteintritt an Hintergrundinformationen, über welche der Sitzstaat eher verfügt (z.B. Motive der Hochschulgründung etc.). Daher ist dessen Entscheidung über die Anerkennung als Hochschuleinrichtung fundierter als eine Rechtmäßigkeitskontrolle durch M.

Allerdings könnte auch der Sitzstaat an einer gezielten Beeinflussung der Bildung im Ausland interessiert sein, sodass dessen Anerkennung der Hochschuleinrichtung weder vor bildungsfremden Zielen schützt noch fundiert sein muss. Daher ist eine identische Handhabung wie bei irreführenden Geschäftspraktiken durch inländische Hochschuleinrichtungen, die sich unmittelbar in M gründen und tätig werden konnten, mindestens genauso effektiv, aber als anlassbezogenes Einschreiten in M eine weniger stark einschränkende Maßnahme als die präventive Auferlegung von Bedingungen. Zudem würden die welthandelsrechtlichen Errungenschaften massiv beeinträchtigt werden, wenn sie ohne stichhaltige Begründung mit einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt oder ähnlichen staatlichen Maßnahmen versehen werden könnten. Da auch sonst nicht ersichtlich ist, warum eine Differenzierung zwischen ausländischen und inländischen Hochschuleinrichtungen zum Schutz vor irreführenden Geschäftspraktiken erforderlich sei, scheidet eine Rechtfertigung nach Art. XIV lit. c GATS aus.[25]

cc) Zwischenergebnis

Auch § 6 HG stellt einen nicht gerechtfertigten Verstoß gegen das Gebot der Inländergleichbehandlung aus Art. XVII GATS dar.

II. Verstoß gegen Unionsrecht

Die Vorschriften des HG könnten darüber hinaus im Widerspruch zum Unionsrecht stehen. Möglich erscheint sowohl ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten als auch gegen Sekundärrecht.

[24] *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2021, Rn. 901.
[25] EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./. Ungarn), Rn. 155.

1. Vereinbarkeit von § 5 HG mit den Grundfreiheiten

a) Anwendbarkeit der Grundfreiheiten

Die Grundfreiheiten zählen zum „Markenkern“[26] des unionalen Binnenmarktes, dessen Errichtung (vgl. Art. 3 Abs. 3 EUV, Art. 26 AEUV) sie garantieren.[27] Sie schützen daher grundsätzlich nur vor Beeinträchtigungen des innerunionalen Wirtschaftsverkehrs (vgl. etwa „zwischen den Mitgliedstaaten“ in Art. 30, 34 und 36 S. 2 AEUV sowie „im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats“ in Art. 49 AEUV oder „in einem anderen Mitgliedstaat“ in Art. 56 Abs. 1 AEUV).[28] Überdies nimmt der EWR vollumfänglich am Binnenmarkt teil.[29] Das Erfordernis eines völkerrechtlichen Vertrages gilt ausweislich § 5 Abs. 2 HG nicht für ausländische Hochschuleinrichtungen, deren Sitz sich in einem Mitgliedstaat des EWR befindet. Mangels Relevanz für den innerunionalen Wirtschaftsverkehr bzw. den EWR ist die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten damit grundsätzlich nicht gegeben. Allerdings ist der ausschließliche Binnenmarktbezug der Grundfreiheiten mit Geltung auch für den EWR nicht für die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit aus Art. 63 AEUV vorgesehen.[30] Diese Grundfreiheit verbietet nicht nur Beschränkungen „zwischen den Mitgliedstaaten“, sondern auch „zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern“. Damit kommt nur ein Verstoß von § 5 HG gegen die in Art. 63 AEUV normierte Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit in Betracht.

b) Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit

Für die Gründung und den Betrieb einer Hochschuleinrichtung ist nicht die Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 63 Abs. 2 AEUV) relevant, da dies keinen Transfer von Geld zur Begleichung schuldrechtlicher Leistungen darstellt.[31] § 5 könnte daher einen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit aus Art. 63 Abs. 1 AEUV darstellen, sofern die Kapitalverkehrsfreiheit tatsächlich betroffen ist. Um dies zu beantworten, ist vorliegend die Abgrenzung der Kapitalverkehrsfreiheit von der Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit essenziell. Die in Art. 49 AEUV verbürgte Niederlassungsfreiheit sichert die Aufnahme und Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit durch Staatsangehörige eines Mitgliedstaats mittels einer festen und dauerhaften Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat,[32] wohingegen die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 ff. AEUV auf das Kriterium der festen und dauerhaften Infrastruktur verzichtet.[33] Durch die Kapitalverkehrsfreiheit wird das Kapital, welches von einem Mitgliedstaat in ein anderes oder aber von einem Mitgliedstaat in einen Drittstaat bzw. umgekehrt transferiert wird, geschützt.[34] Die neuere Rechtsprechung des EUGH räumt unter Bezugnahme auf den Gegenstand der nationalen Regelung sachgerechten Grundfreiheit den Vorrang im Sinne eines Exklusivitätsverhältnisses ein.[35] § 5 HG will nicht nur gewisse Investitionsmaßnahmen in M

---

[26] *Terhechte*, in: Hatje/Müller-Graff, Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2022, § 14 Rn. 44.
[27] *Bieber u.a.*, Die Europäische Union, 14. Aufl. 2021, § 10 Rn. 1.
[28] *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 14 Rn. 1.
[29] *Hakenberg*, Europarecht, 9. Aufl. 2021, Rn. 613.
[30] *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 14 Rn. 1.
[31] *Kilian/Wendt*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 7. Aufl. 2019, Rn. 120.
[32] *Hobe*, Europarecht, 9. Aufl. 2017, Rn. 840.
[33] *Hobe*, Europarecht, 9. Aufl. 2017, Rn. 880.
[34] *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 14 Rn. 167.
[35] EuGH, Urt. v. 3.10.2006 – C-452/04 (Fidium Finanz), Rn. 34; *Sedlaczek/Züger*, in: Streinz, EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 63 Rn. 33, 38.

unter Bedingungen stellen, sondern gerade die Gründung von Hochschuleinrichtungen und ihre Lehrtätigkeit in M reglementieren. Daher ist nicht der Kapitalverkehrsfreiheit, sondern den anderen Grundfreiheiten der ausschließliche Vorrang einzuräumen. Allerdings gelangen diese nur für binnenmarktinterne Sachverhalte sowie jene im EWR zur Anwendung. In einem solchen Fall ersatzweise dennoch auf die Kapitalverkehrsfreiheit abzustellen, würde die territorialen Grenzen der Grundfreiheiten überspielen und Drittstaatsangehörigen „unter dem Mantel der Kapitalverkehrsfreiheit" jene Schutzgehalte zuerkennen, die anderen Grundfreiheiten zuzuordnen sind.[36] Daher ist keine Grundfreiheit anwendbar, infolgedessen § 5 HG keinen Verstoß gegen Grundfreiheiten darstellen kann.

2. Vereinbarkeit von § 6 HG mit den Grundfreiheiten

Einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten könnte jedoch § 6 HG darstellen, da das Erfordernis der staatlichen Anerkennung und tatsächlichen Durchführung von Ausbildung im Sitzstaat ausweislich § 6 Abs. 2 HG auch für Hochschuleinrichtungen mit Sitz in einem Mitgliedstaat des EWR gilt.

a) Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit

§ 6 HG könnten gegen die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV verstoßen.

aa) Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit

Art. 49 AEUV gewährt die Freiheit grenzüberschreitender Niederlassungen innerhalb des Binnenmarktes und gesamten EWR.[37] Sie schützt die Aufnahme und Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit durch Staatsangehörige eines Mitgliedstaats oder durch gleichgestellte Gesellschaften (Art. 54 AEUV) mittels einer festen und dauerhaften Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat (s.o.).[38] Gründen sich somit Hochschuleinrichtungen aus dem EWR in M und werden dort in stabiler und kontinuierlicher Weise tätig, unterfällt dies grundsätzlich dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit. Da die Grundfreiheiten – im Unterschied zu den unionalen Grundrechten – nur auf grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeiten anwendbar sind,[39] bezieht sich der durch Art. 49 AEUV gewährte Schutz ausschließlich auf Niederlassungen in „Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit".[40] Daher stellt sich die Frage, ob die Lehrtätigkeit einer Hochschuleinrichtung als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Unionsrecht zu qualifizieren ist. Dagegen könnte sprechen, dass Bildung grundsätzlich eine staatliche Aufgabe ist, die im Rahmen des nationalen Bildungssystems und nicht als gewinnbringende Tätigkeit erfüllt wird. Allerdings ist es auch möglich, dass Bildungstätigkeiten gegen Entgelt von Privaten angeboten und durchgeführt werden. Derartige Bildungstätigkeiten stuft der EuGH als wirtschaftliche Leistung ein.[41] Selbst wenn private Hochschuleinrichtungen die rechtliche Befugnis zur Verleihung akademischer Grade haben, widerspricht dies nicht der wirtschaftlichen Ausrichtung der Tätigkeit.[42] Folglich werden Hochschuleinrichtungen aus

[36] *Ukrow/Ress*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 74. Lfg., Stand: November 2021, AEUV Art. 63 Rn. 382, 395.

[37] *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 14 Rn. 114; zum EWR *Hakenberg*, Europarecht, 9. Aufl. 2021, Rn. 613.

[38] *Hobe*, Europarecht, 9. Aufl. 2017, Rn. 840.

[39] *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 14 Rn. 3.

[40] EuGH, Urt. v. 25.7.1991 – C-221/89 (Factortame), Rn. 20.

[41] EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./. Ungarn), Rn. 160.

[42] EuGH, Urt. v. 4.7.2019 – C-393/17 (Kirchstein), Rn. 58.

EU-Mitgliedstaaten, die in M in stabiler und kontinuierlicher Weise eine Lehrtätigkeit erbringen bzw. erbringen wollen, durch die Niederlassungsfreiheit geschützt.

bb) Eingriff

Dieser Schutz könnte durch § 6 HG beeinträchtigt sein. Die primär an die Mitgliedstaaten adressierte Niederlassungsfreiheit verbietet sowohl direkte und indirekte Diskriminierungen als auch sonstige Beschränkungen.[43] Direkte Diskriminierungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie an die Staatsangehörigkeit bzw. an den Sitz einer Gesellschaft knüpfen.[44] Diesbezüglich ist § 6 HG deutlich, da er sich explizit auf „[a]usländische Hochschuleinrichtungen" bezieht. Diesen werden mit dem Erfordernis der staatlichen Anerkennung und tatsächlichen Durchführung von Ausbildung im Sitzstaat zusätzliche Pflichten bzw. Bedingungen auferlegt, die Hochschuleinrichtungen aus M nicht erfüllen müssen. Mithin liegt eine offene Diskriminierung vor.[45]

cc) Rechtfertigung

Der Eingriff könnte gerechtfertigt sein. Das ist der Fall, wenn der Eingriff durch einen Rechtfertigungsgrund getragen und zusätzlich verhältnismäßig ist.

(1) Rechtfertigungsgrund

(a) Geschriebene Rechtfertigungsgründe

Eine „Sonderregelung für Ausländer" kann gem. Art. 52 Abs. 1 AEUV aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit („Ordre-Public-Vorbehalt") gerechtfertigt sein. Aufgrund der daraus resultierenden Möglichkeit zur Einschränkung von Grundfreiheiten sind die Rechtfertigungsgründe eng auszulegen.[46] Vorliegend kommt der Schutz der öffentlichen Ordnung in Betracht. Was unter der „öffentlichen Ordnung" im unionsrechtlichen Sinn zu verstehen ist, definiert das Primärrecht nicht.[47] Nach der EU-Rechtsprechung meint sie die wesentlichen Interessen eines Staates[48] bzw. die hoheitlich normierten Grundinteressen der Gesellschaft.[49] Einschränkend fordert der EuGH, dass eine tatsächliche und hinreichend schwerwiegende Gefährdung dieser Interessen vorliegen muss.[50] Diese Voraussetzung ist jedoch nicht erfüllt, schließlich erlässt der Gesetzgeber in M das HG „ohne konkreten Anlass". Mithin scheidet eine Rechtfertigung zum Schutz der öffentlichen Ordnung aus.

(b) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe

Neben den geschriebenen Rechtfertigungsgründen sind auch ungeschriebene, zwingende Gründe

---

[43] *Bieber u.a.*, Die Europäische Union, 14. Aufl. 2021, § 13 Rn. 7.

[44] *Wendland*, in: Müller-Graff, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, Bd. 4, 2. Aufl. 2021, § 3 Rn. 57.

[45] Der EuGH prüft und bejaht hingegen (nur) eine Beschränkung, vgl. EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./. Ungarn), Rn. 167 ff.; wie hier aber EuGH (*Kokott*), Schlussanträge v. 5.3.2020 – C-66/18, Rn. 154 ff.

[46] *Hobe*, Europarecht, 9. Aufl. 2017, Rn. 851.

[47] *Wojcik*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 63 Rn. 19.

[48] EuGH, Urt. v. 23.11.1978 – C-7/78 (Thompson), Rn. 32/34.

[49] EuGH, Urt. v. 27.10.1977 – C-30/77 (Bouchereau), Rn. 33/35.

[50] EuGH, Urt. v. 28.10.1975 – C-36/75 (Rutili), Rn. 26/28.

des Allgemeininteresses als Rechtfertigungsgrund durch den EuGH anerkannt.[51] Allerdings ist fraglich, ob diese auch für offene Diskriminierungen herangezogen werden können. Einerseits wird eingewandt, dass eine Unterscheidung zwischen den Eingriffsformen und Rechtfertigungshürden nicht gerechtfertigt sei und stattdessen Umgehungsversuche der Grundfreiheitsadressaten provozieren könne.[52] Die Rechtsprechung wendet jedoch die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe nicht auf direkte Diskriminierungen an.[53] Dafür spricht, dass der evident protektionistische Charakter einer direkten Diskriminierung den Grundprinzipien des Binnenmarktes derart schwerwiegend widerspricht, dass nur eine Rechtfertigung nach Art. 52 AEUV – der „Sonderregeln für Ausländer" vorsieht – gerechtfertigt werden kann.[54] Seine Haltung hat der EuGH allerdings in der Rs. PreussenElektra aufgeweicht, indem er unmittelbar diskriminierende Regelungen aus Gründen des in geschriebenen Rechtfertigungskatalogen nicht erwähnten Umweltschutzes für zulässig erachtete.[55] Der Umweltschutz ist jedoch als Querschnittsmaterie in Art. 11 AEUV niedergelegt und korrespondiert mit den Zielbestimmungen der EU (Art. 191 AEUV).[56] Fraglich ist daher, ob sich auch für die „Qualität der Lehrtätigkeit" eine Entsprechung im Primärrecht findet. Gem. Art. 9 AEUV trägt die EU bei der „Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen […] einem hohen Niveau der allgemeinen und beruflichen Bildung […] Rechnung". Die Art. 165 f. AEUV ermöglichen der EU vor allem die Förderung und Unterstützung des mitgliedstaatlichen Bildungswesens.[57] Damit ist nicht ausgeschlossen, dass die Qualitätssicherung der Bildung zur Rechtfertigung direkter Diskriminierungen taugt.

(2) Verhältnismäßigkeit

Der mit § 6 HG verbundene Eingriff in die Niederlassungsfreiheit müsste auch verhältnismäßig, also geeignet und erforderlich sein.[58] Eine mitgliedstaatliche Maßnahme ist zur Zielerreichung geeignet, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, das verfolgte Ziel in stimmiger, kohärenter und systematischer Weise zu erreichen, wobei es ausreichend ist, dass das zu erreichende Ziel gefördert wird.[59] Zwar wird durch das Erfordernis der Durchführung von Ausbildung im Sitzstaat der betreffenden Einrichtung eine gewisse Routine in der Lehre für die Expansion nach M verlangt. Allerdings ist damit genauso wenig wie mit einer staatlichen Anerkennung eine Aussage über die Qualität der Hochschullehre verbunden.[60] Daher werden gerade im Hinblick auf die Internationalisierung der Hochschulausbildung stattdessen etwa sog. Akkreditierungsverfahren durchgeführt, welche die Qualität des Studienangebotes einer Hochschule anhand aussagekräftiger Kriterien voraussetzen bzw. stichhaltig belegen. Für die Sicherung hoher Lehrqualität sind das in § 6 HG vorgesehene Erfordernis einer staatlichen Anerkennung und tatsächlichen Durchführung einer Hochschulausbildung im Land des Sitzes der Einrichtung folglich nicht geeignet. Eine Rechtfertigung scheidet somit aus.

---

[51] EuGH, Urt. v. 30.11.1995 – C-55/94 (Gebhard), Rn. 37.

[52] *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 14 Rn. 51.

[53] *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 49 Rn. 73.

[54] *Wendland*, in: Müller-Graff, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, Bd. 4, 2. Aufl. 2021, § 3 Rn. 97.

[55] EuGH, Urt. v. 13.3.2001 – C-379/98 (Preussen Elektra), Rn. 73 ff.

[56] *Arnold/Miller*, ZJS 2021, 182 (187).

[57] Eingehend *Grzeszick*, in: Wegener, Europäische Querschnittpolitiken, Bd. 8, 2. Aufl. 2021, § 9.

[58] Zur Verhältnismäßigkeitsprüfung des EuGH *Herrmann/Michl*, Examens-Repetitorium Europarecht, Staatsrecht III, 8. Aufl. 2022, Rn. 161.

[59] *Arnold/Miller*, ZJS 2021, 182 (187).

[60] EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./. Ungarn), Rn. 188.

dd) Zwischenergebnis

§ 6 HG stellt – soweit Hochschuleinrichtungen aus einem Mitgliedstaat bzw. dem EWR betroffen sind – einen ungerechtfertigten Eingriff in die Niederlassungsfreiheit dar.[61]

b) Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit

Darüber hinaus könnte § 6 HG in diesem räumlichen Umfang auch einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit darstellen, da die Reglementierungen ebenfalls für Lehrtätigkeiten ohne feste und dauerhafte Infrastruktur in M zur Anwendung gelangen.

aa) Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit

Dazu müsste die in Art. 56 ff. AEUV verbürgte Dienstleistungsfreiheit überhaupt als Maßstab heranzuziehen sein. Ein Rückgriff auf die Grundfreiheiten ist ausgeschlossen, wenn Sekundärrecht auf den Sachverhalt anwendbar ist, das gegenüber der infrage stehenden Grundfreiheit spezieller ist.[62] Vorliegend könnte die Richtlinie 2006/123/EG („Dienstleistungs-Richtlinie") spezieller sein. Gem. Art. 2 Abs. 1 der Dienstleistungs-Richtlinie gilt diese für Dienstleistungen, die von einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden. Mithin werden solche Fälle geregelt, in denen Hochschuleinrichtungen mit Niederlassung im EU-Ausland bzw. EWR in M eine Lehrtätigkeit erbringen. Damit ist die Dienstleistungs-Richtlinie in einem solchen Fall als *lex specialis* anzuwenden.

bb) Verbleibender Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit

Für Dienstleistungserbringer ohne eine Niederlassung in einem Mitgliedstaat ist die Dienstleistungs-Richtlinie nicht einschlägig. Möchten diese in M ihre Lehrtätigkeit erbringen, stellt § 6 HG daher einen Eingriff in Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV dar, der allerdings aus gleichen Gründen wie der Eingriff in die Niederlassungsfreiheit nicht gerechtfertigt werden kann.

cc) Zwischenergebnis

§ 6 HG stellt auch einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit dar, sofern er Hochschuleinrichtungen aus der EU bzw. dem EWR als Dienstleistungserbringende ohne Niederlassungen betrifft. Ansonsten scheidet ein Rückgriff auf die Dienstleistungsfreiheit aus.

3. Vereinbarkeit von § 6 HG mit der Dienstleistungs-Richtlinie

§ 6 HG könnte daher auch gegen Art. 16 der Dienstleistungs-Richtlinie verstoßen.

a) Anwendbarkeit der Dienstleistungs-Richtlinie

Die Dienstleistungs-Richtlinie gilt für Dienstleistungen, die von einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden (Art. 2 Abs. 1 der Dienstleistungs-Richtlinie). Als Dienstleistung im Sinne der Richtlinie wird gem. Art. 4 Nr. 1 „jede von Art. 57 AEUV erfasste selbständige Tätigkeit, die gegen Entgelt erbracht wird", verstanden. Die Lehrtätigkeit ist eine nichtkörperliche Tätigkeit, die von den ausländischen Hochschuleinrichtungen in M erbracht werden kann.

---

[61] EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./. Ungarn), Rn. 190.
[62] *Hakenberg*, Europarecht, 9. Aufl. 2021, Rn. 323.

Angeboten werden diese Leistungen gegen Entgelt. Somit ist der Anwendungsbereich der Dienstleistungs-Richtlinie eröffnet.

b) Verstoß gegen die Dienstleistungs-Richtlinie

Gem. Art. 16 Abs. 1 der Dienstleistungs-Richtlinie achten die Mitgliedstaaten das Recht der Dienstleistungserbringenden, ihre Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen ihrer Niederlassung zu erbringen. Dazu zählt nach S. 2 die Gewährleistung der freien Aufnahme und freien Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten. Durch das von § 6 HG normierte Erfordernis einer staatlichen Anerkennung und tatsächlichen Durchführung von Hochschulausbildung im Land des Sitzes der Einrichtung sind die freie Aufnahme und Ausübung der Lehrtätigkeit jedoch beschränkt. Denn Einrichtungen, die ihre Tätigkeit zuerst in M und nicht in dem Mitgliedstaat ihres Sitzes ausüben wollen, sowie jene, die ihre Lehrtätigkeit ausschließlich in M ausüben möchten, werden mit den zusätzlichen Bedingungen konfrontiert.[63]

c) Rechtfertigung

Der Verstoß könnte jedoch gerechtfertigt sein. Als Rechtfertigungsgründe listet Art. 16 Abs. 3 der Dienstleistungs-Richtlinie die öffentliche Ordnung, öffentliche Sicherheit und öffentliche Gesundheit sowie den Umweltschutz auf. Darüber hinaus muss die Verhältnismäßigkeit gewahrt werden.[64] Jedoch ist bereits das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes zweifelhaft, denn auch die Richtlinie verlangt ein enges Verständnis. Erwägungsgrund 41 verdeutlicht dies, indem auf die zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ergangene Rechtsprechung des EuGH mit der darin aufgestellten Bedingung einer „tatsächlichen und hinreichend erheblichen Gefahr, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt", verwiesen wird. Da der Gesetzgeber in M ohne konkreten Anlass das HG erließ, scheidet eine Rechtfertigung somit aus.

d) Zwischenergebnis

§ 6 HG stellt auch einen nicht gerechtfertigten Verstoß gegen die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus Art. 16 Abs. 1 der Dienstleistungs-Richtlinie dar.

III. Gesamtergebnis zu Teil I

Die von der EU-Kommission monierten Rechtsverstoße bestehen größtenteils. §§ 5 und 6 HG stellen jeweils einen nicht gerechtfertigten Verstoß gegen das Gebot der Inländergleichbehandlung aus Art. XVII GATS dar. § 5 HG stellt keinen Verstoß gegen die Grundfreiheiten dar. Allerding verstößt § 6 HG gegen die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV sowie – in Abhängigkeit einer vorhandenen Niederlassung – alternativ gegen die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV oder gegen Art. 16 Abs. 1 der Dienstleistungs-Richtlinie.

[63] EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./. Ungarn), Rn. 200.
[64] *Hobe*, Europarecht, 9. Aufl. 2017, Rn. 902.

Teil II

I. Statthaftes Verfahren

Die Verfahren, für welche die Rechtsprechungsorgane der EU zuständig sind, werden in den Verträgen enumerativ aufgeführt.[65] Darunter befindet sich das vorliegend in Betracht kommende Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 f. AEUV), mit dem die EU-Kommission gem. Art. 258 AEUV einen mitgliedstaatlichen Verstoß „gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen" durch den EuGH feststellen lassen kann.[66]

II. Verfahrensgegenstand

Unter den mitgliedstaatlichen Verpflichtungen „aus den Verträgen" werden zunächst jene aus dem EUV und AEUV verstanden, ferner aber das gesamte Unionsrecht.[67] Ein Verstoß seitens M gegen die Grundfreiheiten aus dem AEUV ist mithin tauglicher Gegenstand des Vertragsverletzungsverfahrens. Gleiches gilt für den Verstoß gegen die Dienstleistungs-Richtlinie. Fraglich ist, ob auch das GATS zum Prüfungsmaßstab im Rahmen des Verfahrens gehört, da Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens nur die Nichteinhaltung einer sich aus dem Unionsrecht ergebenden Verpflichtung sein kann.[68] Von der EU geschlossene Abkommen mit Drittstaaten oder internationalen Organisationen sind nach der EuGH-Rechtsprechung ab ihrem Inkrafttreten „integraler Bestandteil" des Unionsrechts.[69] Als Bestandteil der Unionsrechtsordnung sind sie infolgedessen tauglicher Prüfungsmaßstab im Vertragsverletzungsverfahren.[70] Für das zum WTO-Übereinkommen gehörende GATS gilt zunächst, dass es mit der Unterzeichnung, Genehmigung und dem Inkrafttreten des WTO-Übereinkommen einen Bestandteil des Unionsrecht bildet.[71] Dies spricht für einen Einbezug des GATS in das Vertragsverletzungsverfahren, wie es grundsätzlich für internationale Übereinkünfte der EU i.S.v. Art. 216 AEUV der Fall ist. Allerdings weist das WTO-Recht spezifische und umstrittene Fragestellungen auf,[72] die daher nicht vernachlässigt werden können. Trotz der unionsrechtlichen Bindung der EU gem. Art. 216 Abs. 2 AEUV an internationale Übereinkünfte lehnt der EuGH eine Überprüfung des Sekundärrechts am Maßstab des WTO-Rechts ab.[73] Gleiches gilt für die unmittelbare Anwendbarkeit bzw. Wirkung des WTO-Rechts.[74] Jedoch ist die hiermit angesprochene Wirkung des WTO-Rechts in der Unionsrechtsordnung von der Geltung zu unterscheiden.[75] Daher kann die EU-Kommission bereits durch die unionsrechtliche Bindung der Mitgliedstaaten an das geltende bzw. integrale WTO-Recht (Art. 216 Abs. 2 AEUV) ein Vertragsverletzungsverfahren wegen WTO-rechtswidrigen Verhaltens der Mitgliedstaaten im Bereich einer Unionskompetenz einleiten.[76] Dadurch wird schließlich die Gefahr einer internationalen Haftung der EU für Verstöße durch ihre Mitgliedstaaten (vgl. Art. XVI

[65] *Herdegen*, Europarecht, 24. Aufl. 2023, § 9 Rn. 1.
[66] *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 258 Rn. 1.
[67] *Herrmann/Rosenfeldt*, Europäisches Prozessrecht, 2019, Rn. 183.
[68] EuGH, Urt. v. 19.3.2002 – C-13/00 (Kommission ./. Irland), Rn. 13.
[69] Erstmals EuGH, Urt. v. 30.4.1974 – C-181/73 (Haegeman), Rn. 2/6.
[70] *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 9 Rn. 3.
[71] EuGH, Urt. v. 6.10.2022 – C-66/18 (Kommission ./. Ungarn), Rn. 71.
[72] *Herrmann/Streinz*, in: v. Arnauld, Europäische Außenbeziehungen, Bd. 12, 2. Aufl. 2022, § 13 Rn. 2, 116 ff.
[73] EuGH, Urt. v. 23.11.1999 – C-149/96 (Portugal ./. Rat), Rn. 47.
[74] *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Welthandelsrecht, 3. Aufl. 2021, Rn. 136.
[75] *Herrmann/Streinz*, in: v. Arnauld, Europäische Außenbeziehungen, Bd. 12, 2. Aufl. 2022, § 13 Rn. 119.
[76] *Herrmann/Streinz*, in: v. Arnauld, Europäische Außenbeziehungen, Bd. 12, 2. Aufl. 2022, § 13 Rn. 114.

Abs. 4 des WTO-Übereinkommens und Art. I Abs. 3 lit. a GATS) reduziert.[77] Fraglich bleibt somit noch, ob ein Vertragsverletzungsverfahren den Streitbeilegungsmechanismus auf WTO-Ebene konterkariert. Dafür könnte sprechen, dass der EuGH (nur) die Auslegung und einheitliche Anwendung von internationalen Abkommen innerhalb der EU sicherzustellen hat,[78] wohingegen die Verstöße des HG auch in Bezug auf Drittstaaten bestehen. Da aber die EU als WTO-Mitglied verpflichtet ist, für einen WTO-rechtskonformen Zustand auf ihrem Hoheitsgebiet bzw. in ihrer Rechtsordnung gegenüber allen WTO-Mitgliedern zu sorgen, ist gerade das Vertragsverletzungsverfahren ein hierfür geeignetes Mittel.[79] Insbesondere bleiben durch das Vertragsverletzungsverfahren die Zuständigkeiten und Kompetenzen des WTO-Streitbeilegungsmechanismus unberührt.[80] Daher ist Gegenstand des Vertragsverletzungsverfahrens auch die Überprüfung des Verstoßes gegen das GATS.

III. Gesamtergebnis zu Teil II

Die EU-Kommission wird eine Vertragsverletzungsklage gegen M erheben, weshalb sich der EuGH mit den beanstandeten Rechtsverstößen – auch mit dem Verstoß gegen das GATS – befassen wird.

[77] EuGH, Urt. v. 6.10.2022 – C-66/18 (Kommission ./. Ungarn), Rn. 81 ff.
[78] Vgl. EuGH, Urt. v. 10.9.1996 – C-61/96 (Kommission ./. Deutschland), Rn. 16.
[79] EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./. Ungarn), Rn. 86.
[80] EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18 (Kommission ./. Ungarn), Rn. 89, 91.

Schwerpunktsbereichsklausur: Die verhängnisvolle Fahrt der Spack Jarrow

*Johannes Ipsen, Ivo Manthei, Hamburg**

Der vorliegende Fall behandelt aktuelle Fragen des Seevölkerrechts und verlangt sowohl eine Zulässigkeitsprüfung einer Klage vor einem nach Anlage VII des SRÜ gebildeten Schiedsgericht als auch eine seevölkerrechtliche Überprüfung in materieller Hinsicht. Während sich in prozessualer Hinsicht insbesondere die Frage nach der Bereichsausnahme für militärische Aktivitäten stellt, ist im materiellen Teil des Falles der Blick auf die Rechtmäßigkeit von militärischen Aktivitäten in der fremden AWZ zu richten, der ggf. einen Schadensersatzanspruch auslöst. Es handelt sich um einen Fall mit erhöhten Anforderungen, der sich insbesondere an Teilnehmer eines auf Seerecht spezialisierten Wahlschwerpunkts richtet.

Sachverhalt

Das Kriegsschiff Spack Jarrow (J) vom Staat Barracuda (B) ist auf dem Weg zu der alljährlichen Militärübung. An Bord dieses staatlichen Kriegsschiffs befinden sich nur Staatsangehörige von B.

Demonstrativ kündigt B die Manöver seiner Flotte nahegelegenen Staaten nicht an. B stünde es schließlich zu, sich frei auf dem Ozean zu bewegen. Standardmäßig ist J mit einem Raketen-, Torpedo- und Marschflugkörpersystem ausgerüstet, das es auch bei jeder Übung bei sich führt. Speziell für diese Fahrt ist J mit dem Prototyp einer „magnetic Railgun“ ausgerüstet. Dieser Prototyp ist in der Lage, mithilfe von Magnetfeldern 200 Stahlteile pro Minute über 300 km weit zu schleudern. Landangriffe können so aus sicherer Entfernung realisiert werden. Der Kapitän der J plant, im Rahmen der Übung mehrere kleinere Testziele im Meer zu versenken. Für die Übung soll es jeweils Testschüsse der Raketen und des Prototyps geben. Dabei hält J während der Durchführung der Übung zu anderen sich in der AWZ befindlichen Schiffe genügend Sicherheitsabstand, um eine Gefährdung anderer Schiffe auszuschließen. Übungsort sollen die Gewässer vor der Küste des Staates Ahoi (A), die weit entfernt von Bs eigenem staatlichen Hoheitsgebiet liegen, sein. Die Übung soll in einer Entfernung von ca. 50–100 Seemeilen (SM) von der Basislinie von A stattfinden.

Vor Ort angekommen beginnt das Manöver von J. Als das Kriegsschiff Plack Bearl (P), das unter der Flagge von A fährt, den Vorgang entdeckt, entscheidet sich die Besatzung dafür, unverzüglich einzuschreiten. Schließlich befindet sich mit J ein Schiff mit scharfer Munition nahe der eigenen Küste, eine solche militärische Übung könne ein souveräner Staat wie A nicht hinnehmen. Um dem Treiben ein schnelles Ende zu bereiten, sind folgende Eskalationsstufen angedacht: Zunächst soll J per Funk zum Beidrehen aufgefordert werden, sonst müsse J mit Konsequenzen rechnen – im schlimmsten Fall mit der Versenkung. Dazu ist vorgesehen, Warnschüsse erst anzudrohen, dann durchzuführen und, sollte dies nicht den gewünschten Erfolg bringen, J mit Waffengewalt unschädlich zu machen. Genau so kommt es auch. Die Besatzung von J ist nicht bereit, ihr lang geplantes Manöver wegen einer Lappalie wie der „leeren Drohung“ von P abzubrechen. Zudem könne J sich

* Die *Verf.* sind ehemalige Stud. Mitarbeiter am Lehrstuhl für internationales Seerecht und Umweltrecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht (Prof. *Dr. Alexander Proelß*) und Absolventen des Schwerpunkts für Maritimes Wirtschaftsrecht an der Universität Hamburg.

schließlich auf die Freiheit der Schifffahrt berufen und diese dürfe P nicht antasten. Nach Ausschöpfung der Eskalationsstufen feuert P aus allen Rohren auf das Deck von J. Sie fügt dem Schiff dabei erheblichen Schaden zu. Insgesamt werden bei dem Feuersturm fünf Besatzungsmitglieder verletzt. Bevor P zum Versenkungsschlag ausholt, dreht J bei. Mit einem Sachschaden von insgesamt 500 Mio. Dollar und den verletzten Schiffsleuten schleppt sich J aus der AWZ des A hinaus und begibt sich auf den Heimweg.

In der Folge kommt es zu internationalen Spannungen. Flaggenstaat B möchte seinen Schaden für das Schiff sowie die Behandlungskosten für die verletzen Schiffsleute ersetzt bekommen. Es könne nicht sein, dass As Schiffe grundlos fremde Schiffe attackierten, die sich in völkerrechtlich zulässiger Weise in einer fremden AWZ betätigten. Militärische Aktivitäten seien von der Freiheit der Schifffahrt erfasst, die für B in der AWZ von A gelte. Die Übung weise keinen hinreichenden Zusammenhang zu den souveränen Rechten von A auf, sodass keine Rechtsgrundlage für Ps Handeln bestehe. Außerdem sei das Unschädlichmachen von J unverhältnismäßig gewesen.

Küstenstaat A verteidigt das Vorgehen von P. Es könne nicht angehen, dass das Militärschiff in der AWZ von A, ohne Genehmigung und vorherige Information von A, eine solche militärische Übung durchführe. Diese Informationspflicht sei schließlich Js Pflicht. Mit dieser Übung seien die A als Küstenstaat zustehenden Rechte in völkerrechtswidriger Weise beeinträchtigt worden. Bereits das Eintreten in die AWZ durch das Militärschiff von B sei nicht durch B zustehende Rechte gedeckt. Zudem verstieße auch die reine Durchfahrt gegen den Grundsatz der friedlichen Nutzung der Meere.

Nach Ausschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsmittel vor den Gerichten von B, möchte B klagen und fragt sich, ob eine Klage vor der SRÜ-Gerichtsbarkeit Erfolg verspricht. A hat bei der Ratifizierung des SRÜ wirksam den Internationalen Gerichtshof (IGH) für das Verfahren i.S.d. Art. 287 Abs. 1 SRÜ gewählt. Dabei hat A Streitigkeiten über militärische Handlungen, einschließlich militärischer Handlungen von Staatsschiffen und staatlichen Luftfahrzeugen von der SRÜ-Gerichtsbarkeit wirksam nach Art. 298 Abs. 1 lit. b SRÜ ausgeschlossen. B hingegen änderte vor dem Vorfall seine ursprünglich bei Ratifikation abgegebene Erklärung, die auch den IGH als Rechtswahl vorsah, formell wirksam wie folgt: „Die Wahl von B i.S.d. Art. 287 Abs. 1 SRÜ erstreckt sich nicht mehr auf den IGH, sondern nunmehr auf den Internationalen Seegerichtshof (ISGH)“.

A erklärt sich – entgegen seiner angebrachten Ausnahme – zu einem Verfahren auch hinsichtlich militärischer Aktivitäten ausdrücklich vor der SRÜ-Gerichtsbarkeit bereit, da A ein Exempel statuieren will. Dieses Einvernehmen teilt A dem Generalsekretär der Vereinten Nationen mit. B erklärt sich einverstanden.

Fallfrage

Wird eine Klage von B vor der SRÜ-Gerichtsbarkeit Erfolg haben?

Bearbeitungsvermerk

Beide Staaten haben das SRÜ ratifiziert. A hat seine AWZ rechtmäßig auf die maximal zulässige Breite von 200 Seemeilen proklamiert. Humanitäres Völkerrecht sowie ius ad bellum sind nicht zu prüfen.

Lösungsvorschlag[1]

A. Zulässigkeit 308
I. Zuständigkeit („jurisdiction") 308
1. Zugang zur SRÜ-Gerichtsbarkeit („jurisdiction ratione personae") 308
2. Zuständiges (Schieds-)Gericht 308
3. Sachliche Zuständigkeit („jurisdiction ratione materiae") 309
4. Fakultative Ausnahme nach Art. 298 Abs. 1 lit. b SRÜ 310
II. Zulässigkeit („admissibility") 311
1. Klagebefugnis („locus standi") 311
a) Schadensersatzansprüche wegen völkerrechtswidrigen Verhaltens von A 311
b) Berechtigung bzgl. des Sachschadens 312
c) Geltendmachung der Personenschäden 312
2. Zwischenergebnis 312
3. Ausschöpfung innerstaatlicher Rechtsmittel 312
III. Ergebnis 312
B. Begründetheit 312
I. Zurechenbares Verhalten 313
II. Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung 313
1. Verstoß gegen Art. 58 Abs. 1, Abs. 2 SRÜ 313
a) Umfang Drittstaatenrechte in der AWZ 313
b) Abwägung 314
2. Korrektur aufgrund von Art. 58 Abs. 3 SRÜ 317
3. Zwischenergebnis 318
4. Rechtfertigung des Eingriffs von A 318
5. Zwischenergebnis 318
III. Konkreter Umfang des Ersatzanspruches 318
C. Gesamtergebnis 319

Eine vom Staat Barracuda (B) noch zu erhebende Klage hat Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

[1] Vorbehaltlich von Rechtsbegriffen wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit bei Personenbezeichnungen und personenbezogenen Substantiven in folgender Lösung das generische Maskulinum verwendet. Entsprechende Begriffe enthalten keine Wertung. Dieser Lösungsvorschlag hat nicht den Anspruch auf Vollständigkeit.

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit („jurisdiction")

1. Zugang zur SRÜ-Gerichtsbarkeit („jurisdiction ratione personae")

Die Gerichtsbarkeit des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen[2] (folgend als SRÜ abgekürzt) müsste A und B offenstehen. Die Streitbeilegung nach Teil XV des SRÜ steht Staaten nach Art. 291 SRÜ offen, die entweder Vertragsparteien des SRÜ oder anderer völkerrechtlicher Verträge, die auf das Streitverfahren des SRÜ verweisen, sind. Beide Staaten haben das SRÜ nach Art. 306 SRÜ ratifiziert und sind Vertragsstaaten des SRÜ i.S.d. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 SRÜ. Der Zugang zur SRÜ-Gerichtsbarkeit ist eröffnet.

2. Zuständiges (Schieds-)Gericht

Fraglich ist, welches SRÜ-Gericht für den Streitfall zuständig ist. Das SRÜ bringt ein eigenes verbindliches Verfahren zur Streitbeilegung in Teil XV mit sich. Hinsichtlich der zuständigen Gerichte können Staaten nach Art. 287 Abs. 1 SRÜ bei Unterzeichnung, Ratifikation oder Beitritt sowie zu jedem späteren Zeitpunkt eine Wahl treffen. Diese Wahl ist dabei eine Konkretisierung der bereits durch die Ratifikation des SRÜ zum Ausdruck kommenden souveränen Entscheidung eines Staates, sich einem verbindlichen Verfahren zu unterwerfen.[3] Die Vertragsstaaten können zwischen vier Gericht(shöf)en wählen (sog. Montreux Klausel[4]): Internationaler Seegerichtshof (Art. 287 Abs. 1 lit. a SRÜ), Internationaler Gerichtshof (Art. 287 Abs. 1 lit. b SRÜ), Anlage VII Schiedsgericht (Art. 287 Abs. 1 lit. c SRÜ), Anlage VIII Schiedsgericht (Art. 287 Abs. 1 lit. d SRÜ). Stimmen beide Streitparteien durch ihre Erklärung demselben Verfahren zu, so ist die Streitigkeit – vorbehaltlich einer anderslautenden Parteivereinbarung – diesem Verfahren zu unterwerfen (Art. 287 Abs. 4 SRÜ). Zu ermitteln ist damit zunächst, ob die von A und B wirksam abgegebenen Erklärungen eine übereinstimmende Wahl enthalten.

A hat bei der Ratifikation eine Erklärung abgegeben, in der A den IGH als bevorzugtes SRÜ-Gericht wählt. Die Erklärung wurde wirksam abgegeben.[5]

B wählte bei Ratifikation ursprünglich ebenfalls den IGH als bevorzugtes SRÜ-Gericht für SRÜ-Streitigkeiten. Damit käme es an dieser Stelle eigentlich zu einer übereinstimmenden Verfahrenswahl von A und B. Allerdings hat B seine Erklärung wirksam geändert und legt nunmehr den ISGH als bevorzugtes SRÜ-Gericht fest. Dies ist nach Art. 287 Abs. 7 SRÜ als „neue Erklärung" zu einem „[…] späteren Zeitpunkt […]" (Art. 287 Abs. 1 SRÜ) zu werten und damit möglich.

A hat den IGH und B den ISGH gewählt, weswegen keine nach Art. 287 Abs. 4 SRÜ notwendigen kongruenten Erklärungen hinsichtlich des Verfahrens vorliegen. In einer solchen Konstellation ist nach Art. 287 Abs. 5 SRÜ – vorbehaltlich einer anderslautenden Parteivereinbarung – ein nach Anlage VII gebildetes Schiedsgericht zuständig, wobei es keiner gesonderten Zustimmung der Staaten bedarf. Da es vorliegend nur eine Parteivereinbarung in Bezug auf militärische Aktivitäten generell

[2] BGBl. II 1994, S. 1799; Internationale Quelle: United Nations Treaty Series 1833, S. 3.

[3] *Treves*, in: Proelß, United Nations Convention on the Law of Sea, A Commentary, Art. 286 Rn. 1 f.; Virginia-Commentary Art. 286.2, Art. 286.6 Fn. 2; *Wolfrum*, in: Vitzthum, Handbuch des Seerechts, Kap. 6 Rn. 18.

[4] Vgl. u.a. *Treves*, in: Proelß, United Nations Convention on the Law of Sea, A Commentary, Art. 287 Rn. 8; siehe auch *Rosenne*, in: Bos/Siblesz, Realism in Law-Making, essays on international law in honour of Willem Riphagen, 169 (173).

[5] Vgl. *Treves*, in: Proelß, United Nations Convention on the Law of Sea, A Commentary, Art. 287 Rn. 10.

vor der SRÜ-Gerichtsbarkeit und damit keine anderweitige Parteivereinbarung hinsichtlich eines bestimmten Verfahrens gibt, ist ein nach Anlage VII gebildetes Schiedsgericht zuständig.

Ein nach Anlage VII gebildetes Schiedsgericht ist für den Streit zwischen A und B nach Art. 287 Abs. 5 SRÜ zuständig.

3. Sachliche Zuständigkeit („jurisdiction ratione materiae")

Der Streit zwischen A und B müsste in die sachliche Zuständigkeit des Anlage VII Schiedsgerichts fallen. Nach Art. 288 Abs. 1 SRÜ ist ein SRÜ-Gericht „[…] für jede Streitigkeit über die Auslegung oder Anwendung [des SRÜ] zuständig […]". Demnach müsste eine Streitigkeit vorliegen, die die Auslegung oder Anwendung des SRÜ betrifft.

Zwischen A und B müsste eine Streitigkeit bestehen. Die Rechtsprechungslinie der SRÜ-Gerichte hat sich zur Definition einer Streitigkeit der Linie des IGH angeschlossen[6] und verlangt eine Meinungsverschiedenheit über Tatsachen oder Rechtsauffassungen[7], wobei die geltend gemachten subjektiven Rechte von der anderen Partei positiv bestritten werden müssen.[8] A meint, das Recht zu haben, Militärschiffe von genehmigungslosen Militärübungen in der eigenen AWZ abhalten zu dürfen. B hingegen beruft sich auf die Freiheit der Schifffahrt, die militärische Übungen in fremden AWZ erlaube. Damit vertreten A und B hier ausdrücklich verschiedene Bewertungen hinsichtlich des Vorfalls in der AWZ von A. Somit liegt eine Streitigkeit vor.

Ferner müsste die Streitigkeit die Auslegung oder Anwendung des SRÜ betreffen. Erfasst werden in jedem Fall Fragestellungen, die ausschließlich die Vorschriften des SRÜ selbst betreffen. Andere internationale Übereinkommen (mit ausdrücklicher Ausnahme durch Art. 288 Abs. 2 SRÜ bei einer Verweisung des in Frage stehenden Übereinkommens auf die SRÜ-Gerichtsbarkeit) sind nicht von der sachlichen Zuständigkeit der SRÜ-Gerichtsbarkeit erfasst.[9] Primär geht es B um einen Schadensersatzanspruch, der auf der Verletzung des SRÜ durch A beruht, indem das Kriegsschiff von A auf das Deck von J feuerte. Im Kern geht es A und B zur Begründung des Schadensersatzanspruchs damit um die Klärung der Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit militärischer Aktivitäten in den vom SRÜ erfassten Zonen des Küstenmeers, der AWZ und der Hohen See sowie speziell um die Zulässigkeit von militärischen Aktivitäten und die Abwehrmöglichkeiten gegen diese in einer fremden AWZ.

[6] Durch mehrere Urteile der SRÜ-Gerichte bestätigt: ISGH, Einstweilige Anordnung v. 27.8.1999, Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), ITLOS Reports 1999, 280 (293 Rn. 44); ISGH, Urt. v. 10.4.2019, The M/V„Norstar" Case (Panama v. Italy), Rn. 85; Schiedsgerichtsspruch v. 29.10.2015 (Republic of the Phillipines v. People's Republic of China), PCA Case No 2013-19, Rn. 149; siehe auch *Serdy*, in: Proelß, United Nations Convention on the Law of Sea, A Commentary, Art. 279 Rn. 6; *Wolfrum*, in: Vitzthum, Handbuch des Seerechts, Kap. 6 Rn. 9.

[7] Nach dem IGH: „[…] a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests […]", StIGH, Urt. v. 30.8.1924, The Mavrommatis Palestine Concessions, Series A – No. 2, S. 11; siehe zudem *Serdy*, in: Proelß, United Nations Convention on the Law of Sea, A Commentary, Art. 279 Rn. 6; *Wolfrum*, in: Vitzthum, Handbuch des Seerechts, Kap. 6 Rn. 9.

[8] IGH, Urt. v. 21.12.1962, South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), ICJ Reports 1962, 319 (328); Schiedsgerichtsspruch v. 29.10.2015 (Republic of the Phillipines v. People's Republic of China), PCA Case No 2013-19, Rn. 149; ISGH, Urt. v. 10.4.2019, The M/V„Norstar" Case (Panama v. Italy), Rn. 85; *Wolfrum*, in: Vitzthum, Handbuch des Seerechts, Kap. 6 Rn. 9.

[9] Weiteres außerhalb des SRÜ liegendes Völkerrecht kann bei einer solchen Streitigkeit mit in den Zuständigkeitsbereich der SRÜ-Gerichte fallen, wenn eine Vorschrift des SRÜ diese durch eine Verweisung in das SRÜ inkorporiert (sog. rules of reference); siehe hierzu eingehend *Marotti*, in: Vecchio/Virzo, Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals, 385; *Tzeng*, Houston Journal of International Law 2016, 499 (535 ff.); *Wood*, International Journal of Marine and Coastal Law 2007, 351 (358 ff.); siehe insbesondere für Fragen von sog. gemischten Streitigkeiten, die vordergründig eine Frage bzgl. der Auslegung und Anwendung von Vorschriften des SRÜ betrifft, inzident allerdings andere Regeln des Völker(gewohnheits)rechts: *Proelß*, Hitotsubashi Journal of Law and Politics 2018, 47 (50 ff.).

Damit geht es maßgeblich um die Auslegung und Anwendung von Art. 56, 58, 59, 87, 92 Abs. 1 und 301 SRÜ. Die Streitigkeit betrifft somit die Auslegung und Anwendung des SRÜ. Damit liegt eine Streitigkeit i.S.d. Art. 288 Abs. 1 SRÜ vor, für die die sachliche Zuständigkeit nach Teil XV SRÜ gegeben ist.

4. Fakultative Ausnahme nach Art. 298 Abs. 1 lit. b SRÜ

Der Streit zwischen A und B könnte aber von einem obligatorischen Verfahren nach Teil XV nach Art. 298 Abs. 1 lit. b SRÜ ausgenommen sein, womit die sachliche Zuständigkeit des Schiedsgerichts entfiele. Art. 298 Abs. 1 SRÜ gibt Vertragsparteien die Möglichkeit, einige Bereiche von dem obligatorischen Streitbeilegungsverfahren nach Abschnitt 2 Teil XV SRÜ auszunehmen. A erklärte hier eine im Einklang mit Art. 298 Abs. 1 lit. b SRÜ stehende entsprechende Ausnahme. Die Manöver von P könnten als „militärische Handlungen“ einzuordnen sein.

> *Hinweis*: Bzgl. der einfachen Fahrt kann das Vorliegen militärischer Aktivitäten abgelehnt werden. Bzgl. der Vornahme der militärischen Übung und der Konfrontation mit P sind militärische Aktivitäten nur mit sehr guter Begründung abzulehnen.
> An dieser Stelle der Prüfung muss sich der Bearbeiter noch nicht zwingend entscheiden. Bearbeiter, die in keiner von Js Handlungen eine militärische Aktivität sehen, müssten dann im Hilfsgutachten prüfen, inwieweit militärische Aktivitäten im SRÜ zulässig sind.

Unklar ist in der Rechtsprechungslinie der SRÜ-Gerichte, was unter einer militärischen Aktivität zu verstehen ist.

In der South China Sea Arbitration stellte das Schiedsgericht bei der Einordnung als militärische Aktivität auf den Sinn der Aktivität ab.[10] Danach ist jedenfalls eine Konfrontation von militärischen Akteuren auf gegenüberliegenden Seiten eine militärische Aktivität.[11] Hier stehen sich mit den Militärschiffen J und P zwei militärische Einheiten konfrontativ gegenüber. Deshalb handelt es sich nach dieser Ansicht um eine militärische Aktivität.

In der preliminary orders Entscheidung[12] des ITLOS im Fall Ukraine gegen Russland verlagerte das Gericht den Schwerpunkt von der formalen Betrachtung des Gegenüberstehens von zwei Kriegsschiffen auf eine Einzelfallentscheidung.[13] Im Rahmen dieser Einzelfallentscheidung schaut sich das Gericht den vorgelegten Sachverhalt an und beurteilt objektiv, ob die Situation sich als militärisch identifizieren lässt, weil Militärakteure beteiligt sind oder eher als repressives Gefahrenabwehrhandeln. Dabei bieten insbesondere die Natur der Aktivitäten und die fallrelevanten Umstände Anhaltspunkte für eine rechtliche Bewertung.[14] Hier führt J zunächst eine einfache Durchfahrt über

---

[10] Schiedsspruch v. 12.7.2016 (The Republic of the Philippines v. The People’s Republic of China), PCA Case No. 2013-19, Rn. 1158 ff.

[11] Schiedsspruch v. 12.7.2016 (The Republic of the Philippines v. The People’s Republic of China), PCA Case No. 2013-19, Rn. 1161.

[12] Im Zuge des Unterschieds von militärischen Handlungen und Streitigkeiten über Vollstreckungshandlungen i.R.d. Art. 298 Abs. 1 lit. b SRÜ.

[13] Einstweilige Anordnungen v. 25.5.2019, Case Concerning the detention of three Ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation), ITLOS Reports 2019, 283 ff. (300 Rn. 66); sich anschließend Schiedsspruch v. 27.6.2022, Dispute Concerning the detention of three Ukrainian naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation), PCA Case No. 2019-28, Rn. 109.

[14] Einstweilige Anordnungen v. 25.5.2019, Case Concerning the detention of three Ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation), ITLOS Reports 2019, 283 ff. (300 Rn. 66); das Erheben und Senken von Waffen, die Anwesenheit und Beteiligung militärischer Akteure sowie das unentschiedene Gegenüberstehen von Mi-

die Hohe See und durch die AWZ von A durch. Diese Fahrt an sich ist noch keine militärische Aktivität. Als J mit der militärischen Übung beginnt, Waffen testet und Übungsmanöver durchführt, führt das Schiff ausschließlich Militärschiffen vorbehaltene Handlungen durch. Nichts anderes gilt für die Konfrontation der J mit der P: hier wird von Waffen Gebrauch gemacht. Somit begehen beide Schiffe zu diesem Zeitpunkt Kriegsschiffen vorbehaltene Handlungen.

Damit handelt es sich nach beiden Ansichten spätestens in der Gegenüberstellung von J und P um eine militärische Handlung im Sinne der Bereichsausnahme aus Art. 298 Abs. 1 lit. b SRÜ. Folglich ist die Streitigkeit grds. unzulässig.

Diese Frage ist an dieser Stelle allerdings nicht streitentscheidend, wenn die von A erhobene fakultative Ausnahme keine Anwendung findet. A erklärte sich ausdrücklich mit einem Verfahren hinsichtlich militärischer Aktivitäten einverstanden. Auch B stimmt diesem zu. Damit genügen die Erklärungen beider Staaten den Anforderungen von Art. 298 Abs. 2, Abs. 3 SRÜ, wonach bei einem Einverständnis der Streitenden die fakultative Ausnahme für das vom Einverständnis erfasste Verfahren keine Berücksichtigung findet. Somit bleibt das Schiedsgericht sachlich weiterhin zuständig.

II. Zulässigkeit („admissibility“)

1. Klagebefugnis („locus standi“)

B müsste klagebefugt sein. Dies ist dann der Fall, wenn B ein „legal interest“, also ein rechtliches Interesse an der Streitbeilegung darlegen kann. B müsste eine Verletzung einer eigenen subjektiven Rechtsposition in Bezug auf alle geltend gemachten Ansprüche darlegen und es dürfte zumindest nicht ausgeschlossen sein, dass diese tatsächlich verletzt sind bzw. die Ansprüche bestehen.[15]

a) Schadensersatzansprüche wegen völkerrechtswidrigen Verhaltens von A

Vorliegend schießt das Schiff von A auf die J, die dadurch einen erheblichen Sachschaden erleidet. Zudem ist auch die Besatzung von J zu Schaden gekommen. Die möglicherweise bestehende Schadensersatzforderung von B ergibt sich nicht unmittelbar aus dem SRÜ, sondern richtet sich nach dem Völkergewohnheitsrecht, das überwiegend dem Inhalt der UN-Resolution über die Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen[16] (ASR) entspricht. Art. 304 SRÜ stellt in diesem Zusammenhang klar, dass das SRÜ die Anwendbarkeit von weiteren völkerrechtlichen Regelungen in Bezug auf die Verantwortlichkeit und die Haftung für Schäden nicht sperrt. Es ist zumindest nicht ausgeschlossen, dass das Schiff von A im Widerspruch zu Art. 58, 59, 87, 92 Abs. 1 und 301 SRÜ, damit völkerrechtswidrig gehandelt und hierdurch eine Schadensersatzpflicht nach der ASR ausgelöst hat.

---

litärschiffen mit Kontakt zum Verteidigungsministerium wurden vom Annex VII Tribunal als militärische Aktivität eingeordnet, siehe Schiedsspruch v. 27.6.2022, Dispute Concerning the detention of three Ukrainian naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation), PCA Case No. 2019-28, Rn. 116, 119, 122.

[15] Vgl. IGH, Urt. v. 18.7.1966, South West Africa Cases [Second Phase](Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), ICJ Reports 1966, 6 (34 Rn. 51); vgl. auch *Schatz/Heuschen*, ZJS 2018, 67 (69); *Schatz/Hofmann*, Jura 2018, 484 (488); *Schröder*, in: Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, 8. Aufl. 2019, 7. Abschnitt Rn. 95.

[16] Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen, United Nations General Assembly resolution 56/83 v. 12.12.2001.

b) Berechtigung bzgl. des Sachschadens

Allerdings müsste B auch dazu berechtigt sein, die Schäden geltend zu machen. Grds. steht die Geltendmachung von Schäden, die auf völkerrechtswidrigem Verhalten eines anderen Staates beruhen, dem Flaggenstaat zu.[17] Dieser genießt nach Art. 92 Abs. 1 SRÜ die ausschließliche Hoheitsgewalt über das unter seiner Flagge fahrende Schiff. Hier handelt es sich bei J um ein staatliches Kriegsschiff, das unter der Flagge von B fährt. An der echten Verbindung i.S.d. Art. 91 Abs. 1 S. 3 SRÜ zwischen dem Schiff und dem Flaggenstaat bestehen insoweit keine Zweifel. Damit ist B dazu berechtigt, seine Rechte wegen der Verletzung völkerrechtlicher Vorschriften gegenüber J geltend zu machen.

c) Geltendmachung der Personenschäden

Zwar ist B Flaggenstaat, allerdings müsste B auch dazu berechtigt sein, möglicherweise bestehende Ersatzansprüche der Besatzung des Schiffes geltend zu machen. Im Grundsatz ist ein Staat dazu berechtigt, im Wege des diplomatischen Schutzes für eigene Staatsbürger Ansprüche aus der Verletzung völkerrechtlicher Regeln über die Behandlung fremder Staatsangehöriger geltend zu machen.[18] Hier besitzt die gesamte Besatzung die Staatsangehörigkeit von B, weshalb B auch dazu berechtigt ist, die Personenschäden geltend zu machen.[19]

2. Zwischenergebnis

B kann die Rechte hinsichtlich des Sachschadens sowie der eingetretenen Personenschäden geltend machen. Das Bestehen dieser Ansprüche scheint zumindest nicht ausgeschlossen, womit B ein rechtliches Interesse an der Klärung des Rechtsstreites darlegen kann und mithin klagebefugt ist.

3. Ausschöpfung innerstaatlicher Rechtsmittel

A und B haben hier den innerstaatlichen Rechtsweg nach den Erfordernissen des Völkerrechts i.S.d. Art. 295 SRÜ ausgeschöpft.

III. Ergebnis

Eine Klage von B gegen A ist damit vor einem nach Anlage VII gebildeten Schiedsgericht zu erheben. Diese wäre auch zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit die von B geltend gemachten Ansprüche bestehen. B möchte hier Schadensersatz für die Sachschäden und die Personenschäden, die durch das Verhalten von P hervorgerufen wurden, erhalten. Hierfür kommt, mangels Einschlägigkeit einer spezialgesetzlichen

---

[17] Vgl. *König/Neumann*, Jura 2011, 878 (880); *Schatz/Heuschen*, ZJS 2018, 67 (70); *v. Arnauld*, Klausurenkurs, 3. Aufl. 2018, Fall 11 Rn. 332 f.

[18] *Kau*, in: Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, 8. Aufl. 2019, 3. Abschnitt Rn. 117.

[19] Selbst wenn ein Teil der Besatzung nicht die Staatsangehörigkeit von B besitzen würde, wäre B weiterhin nach dem ISGH zur Geltendmachung berechtigt, da Schiff und Besatzung unabhängig von deren Staatsangehörigkeit als Einheit zu betrachten sind, siehe: ISGH, Urt. v. 1.7.1999, The M/V „Saiga“ Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS Reports 1999, 10 (48 Rn. 106).

Anspruchsgrundlage für Schadensersatz aus dem SRÜ[20], der in Art. 31 Abs. 1, 34 ff. ASR kodifizierte Anspruch auf Wiedergutmachung in Form der Wiederherstellung in Betracht. Voraussetzung hierfür ist, dass das Verhalten von P ein völkerrechtswidriges Handeln von A darstellt. Dies ist dann der Fall, wenn Ps Verhalten A zugerechnet werden kann und gegen eine völkerrechtliche Verpflichtung verstößt.

I. Zurechenbares Verhalten

Die Intervention der P, also das Auffordern der J, die Militärübung abzubrechen und die Zone zu verlassen sowie die Eröffnung des Feuers, müsste A zurechenbar sein. Nach den allgemeinen Zurechnungsregeln muss sich A das Verhalten seiner Marine und insbesondere seiner Kriegsschiffe und damit auch das Verhalten von P zurechnen lassen (vgl. Art. 4 Abs. 1 ASR).

II. Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung

Hier kommt eine völkerrechtliche Verletzung der Rechte von B in Betracht.

1. Verstoß gegen Art. 58 Abs. 1, Abs. 2 SRÜ

Dadurch, dass A die J hat abschießen lassen, könnte A gegen die Drittstaatenrechte von B in der fremden AWZ von A verstoßen haben.

Dafür müsste die durch A abgebrochene Militärübung von B in der AWZ von A stattgefunden haben. J hat ihre Militärübungen in 50–100 SM Entfernung von der Basislinie von As Küste durchgeführt. Dort hat A wirksam eine AWZ, die im Gegensatz zum Festlandsockel nicht ipso iure besteht[21], mit der nach Art. 57 SRÜ maximal zulässigen Breite von 200 SM proklamiert.

a) Umfang Drittstaatenrechte in der AWZ

Die Rechte von Drittstaaten umfassen gem. Art. 58 Abs. 1, Abs. 2 SRÜ einige Freiheiten der Hohen See. Zudem ordnet Art. 58 Abs. 2 SRÜ die Anwendbarkeit von Art. 88–115 SRÜ an, die ebenfalls Rechte von Drittstaaten für die AWZ beinhalten. Erfasst wird insbesondere die Freiheit der Schifffahrt.[22] Eingeschränkt werden die Rechte nach Art. 58 Abs. 3 SRÜ. Danach darf der Drittstaat seine Rechte nur unter Berücksichtigung der Rechte des Küstenstaats ausüben.

Fraglich ist, ob Militärübungen unter die Drittstaaten zustehenden Rechte in einer fremden AWZ fallen.

Nach einem liberalen Ansatz werden militärische Aktivitäten wie auf der Hohen See zur Freiheit der Schifffahrt nach Art. 87 Abs. 1 lit. a SRÜ gezählt.[23] Demnach sind militärische Aktivitäten auch in der AWZ zulässig. Eine weitere Auffassung stellt die Ausübung militärischer Aktivitäten auf der Hohen See nicht unter die Regelungen des SRÜ, sondern unter die „sonstigen Regeln des Völkerrechts" i.S.d. Art. 87 Abs. 1 S. 2 SRÜ. In der AWZ fasst diese Ansicht militärische Aktivitäten jedenfalls unter andere

[20] Z.B. Art. 106, 110 Abs. 3, 111 Abs. 8, 139 SRÜ.

[21] *Heintschel von Heinegg*, in: Epping/*Heintschel von Heinegg*, Völkerrecht, 7. Aufl. 2019, § 44 Rn. 23; *Nelson*, Exclusive Economic Zone, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2008, Rn. 23; im Gegensatz zum Festlandsockel, vgl. Art. 77 Abs. 3 SRÜ.

[22] Art. 58 Abs. 1, 87 Abs. 1 S. 3 lit. a SRÜ.

[23] *Browning/Zeith*, in: Stephens/Stubbs, The law of Naval Warfare, 2019, 283.

völkerrechtlich zulässige, mit der Freiheit der Schifffahrt zusammenhängende Nutzungen des Meeres nach Art. 58 Abs. 1 SRÜ.[24] Folglich steht auch hier die Militärübung nicht unter ein dem Küstenstaat zugeordnetes Recht und ist deshalb zulässig. Nach beiden Ansichten ist die Militärübung von J zulässig.

Ein differenzierender Ansatz macht die Zulässigkeit militärischer Aktivitäten in der AWZ von der in Frage stehenden Art der Aktivität abhängig. Demnach fällt eine einfache Fahrt durch die AWZ unter die Freiheit der Schifffahrt. Die Durchführung einer Militärübung stellt einen Fall dar, in dem das SRÜ weder dem Küstenstaat noch anderen Staaten Rechte oder Hoheitsbefugnisse innerhalb der AWZ zuweist, womit die Durchführung solcher Aktivitäten unter Art. 59 SRÜ zu fassen ist. Demnach ist die Zulässigkeit im Einzelfall anhand von Art. 59 SRÜ zu klären. Dabei sind die widerstreitenden Interessen auf der Grundlage der Billigkeit und unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände in Einklang zu bringen, wobei der Bedeutung der widerstreitenden Interessen für die einzelnen Parteien sowie für die internationale Gemeinschaft als Ganzes Rechnung zu tragen ist.

Nach diesem Ansatz ist die Fahrt der J an sich zulässig, die Übung aber nicht per se, sondern nach Maßgabe der Billigkeit vom Gericht zu bewerten.[25]

Ein weiterer Ansatz setzt sich für ein ausnahmsloses Verbot von Durchfahrt und Übung ein, da es sich aufgrund der räumlichen Nähe zur Küste bei den militärischen Aktivitäten um einen Verstoß gegen das Gewaltverbot handelt.[26] Teilweise werden die Handlungen auch unter den Erlaubnisvorbehalt des Küstenstaats gestellt. Diese Ansicht kommt zu dem Ergebnis, dass sowohl die Fahrt als auch die Manöver der J nicht unter die in Art. 58 Abs. 1 SRÜ in Bezug genommene Freiheit der Schifffahrt oder mit diesen Freiheiten zusammenhängende Nutzung des Meeres fallen. Dies wird entweder auf ein generelles Verbot oder auf die fehlende Genehmigung des Küstenstaates gestützt.

> *Hinweis*: Bearbeiter sollten erkennen, dass die Subsumtion unter Art. 58 Abs. 1 SRÜ i.V.m. 87 Abs. 1 SRÜ nicht alternativlos ist. Es sollte erkannt werden, dass die Übung wenigstens auch unter „andere völkerrechtlich zulässige […] Nutzungen des Meeres" i.S.d Art. 58 Abs. 1 SRÜ fallen könnte oder sogar aufgrund der besonderen Stellung der AWZ gar nicht unter die positivierten Rechte aus dem AWZ-Regime, sondern unter die Billigkeitsprüfung aus Art. 59 SRÜ fallen könnte.

b) Abwägung

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, weshalb eine Stellungnahme erforderlich ist.

Die restriktivste Ansicht ordnet jede Fahrt mit einem Kriegsschiff als Verstoß gegen das Gewaltverbot ein, da jede Fahrt eines Kriegsschiffes immer mit einer Übung zusammenhinge.[27] Anhaltspunkt für diese Ansicht ist Art. 19 Abs. 2 SRÜ. Dieser bestimmt die Unfriedlichkeit der Durchfahrt von fremden Schiffen bei der Durchführung von militärischen Aktivitäten im Küstenmeer. In der AWZ

[24] Ausführlich *Browning/Zeith*, in: Stephens/Stubbs, The law of Naval Warfare, 2019, 283.

[25] Einige Vertreter möchten diese Prüfung pauschal zugunsten des Küstenstaats verlagern, beispielsweise *Xiaofeng*, Marine Policy 2005, 139 (144).

[26] *Guoxing*, China Security, 5. Ausgabe 2009, 19 (21 ff.).; *Ma*, in: Nordquist/Moore/Long, Cooperation and Engagement in the Asia-Pacific Region, 2020, 238 (241); *Valencia*, in: Wu/Valencia/Hong, UN Convention on the law of the Sea and the South China Sea, Contemporary Issues in the South China Sea, 2015, 33 (54 f.); *Xiaofeng*, Marine Policy 2005, 139 (141); *Yee*, Chinese Journal of International Law 2010, 1 (3 ff).

[27] *Skaridov*, Marine Policy 2005, 153 (153); in Bezug nehmend *Kaye*, Australian Maritime Affairs, Nr. 22, 2008, 19.

könne der Meinung nach nichts anderes gelten.[28]

Ein solcher Schluss missachtet allerdings gerade die systematische zonenbasierte Konzeption des SRÜ, durch die das Küstenmeer im Gegensatz zur AWZ unter die Souveränität des Küstenstaates fällt.[29]

Aufgrund der kritischen Sicherheitskonstellation zwischen Flaggen- und Küstenstaat argumentieren die Vertreter des differenzierenden Ansatzes, militärische Aktivitäten seien nicht unter den abschließend formulierten[30] Art. 58 SRÜ subsumierbar.[31] Als Grund wird angeführt, dass in der durch das SRÜ neu eingeführten AWZ die Sicherheitsinteressen des Küstenstaats pauschal überwiegen sollten. Da das SRÜ damit keinem Staat ein Recht zur Durchführung von Militärübungen zuteile, sei für die Frage der Zulässigkeit eine Interessensabwägung nach Art. 59 SRÜ vorzunehmen.[32] Überzeugen kann dieses Argument jedoch vor dem Hintergrund des ausdrücklichen Verweises von Art. 58 SRÜ auf die Art. 87 ff. SRÜ nicht. Wenn militärische Aktivitäten auf der Hohen See zulässig sind, müssen sie es auch in der AWZ sein.[33]

Die Zulässigkeit von Militärübungen auf der Hohen See ist nämlich weitestgehend anerkannt.

Art. 88, 301 SRÜ schreiben zwar die Nutzung der Meere ausschließlich für friedliche Zwecke vor und statuieren das Gewaltverbot, fraglich ist aber, was mit dem Gewaltverbot und den „friedliche[n] Zwecke[n]“ gemeint ist.[34] Der Begriff wird im Allgemeinen so weit ausgelegt, dass lediglich die Androhung und Anwendung von Gewalt begrifflich umfasst wird und gerade nicht auch Militärübungen. Schließlich unterscheidet das SRÜ in Art. 19 Abs. 2 lit. a SRÜ zwischen Androhung und Anwendung von Gewalt – im Küstenmeer – und anderen militärischen Aktivitäten in Art. 19 Abs. 2 lit. b–f, j, k SRÜ. Dies heißt – e contrario –, dass militärische Aktivitäten nicht generell verboten sein können, es sich bei reinen Militärübungen also um friedliche Zwecke handelt.[35]

Wären militärische Aktivitäten per se unzulässig, bräuchte es zudem keine Möglichkeit der Fakultativausnahme von militärischen Aktivitäten für die Streitbeilegung des SRÜ nach Art. 298 Abs. 1 lit. b SRÜ.[36] Auch eine gewohnheitsrechtliche Anerkennung der Zulässigkeit militärischer Aktivitäten auf der Hohen See wird zum Teil für die Begründung der Zulässigkeit auf der Hohen See herangezogen.[37]

---

[28] *Xiaofeng*, Marine Policy 2005, 139 (144); ähnlich auch *Xizhong*, Marine Policy 2004, 25 (26).

[29] Art. 2 Abs. 1 SRÜ.

[30] *Kim*, Marine Policy 2005, 157 (159 f.); *Yee*, Chinese Journal of International Law 2010, 1 (4 Rn. 9).

[31] *Kim*, Marine Policy 2005, 157 (159); *Sharma*, Marine Policy 2005, 147 (149).

[32] *Franckx*, Chinese Journal of International Law 2011, 187 (200 Rn. 23); *Hayashi*, Marine Policy 2005, 123 (127); *Kim*, Marine Policy 2005, 157 (159); *Sharma*, Marine Policy 2005, 147 (149); *Valencia,* in: Wu/Valencia/Hong, UN Convention on the law of the Sea and the South China Sea, Contemporary Issues in the South China Sea, 2015, 33 (55); wohl auch *Guoxing*, China Security 5 (2009), Nr. 2, 19 (23 f.); *Nelson*, Exclusive Economic Zone, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2008, Rn. 17 ff.; *Ma*, in: Nordquist/Moore/Long, Cooperation and Engagement in the Asia-Pacific Region, 2020, 238 (241) und *Yee*, Chinese Journal of International Law 2010, 1 (3 Rn. 7 ff.).

[33] *Heintschel von Heinegg*, Zone, Revue belge de droit international 2014, 45 (54); *Pedrozo*, International Law Studies Vol. 90, 2014, 514 (514 ff.); darstellend *Yang*, in: Houlden/Hong, Maritime Order and the Law in East Asia, 2018, 158 (161 ff.).

[34] *Hayashi*, Marine Policy 2005, 123 (124 ff.); *Proelß*, Peaceful purposes, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2012, Rn. 15.

[35] *Pedrozo*, International Law Studies Vol. 90, 2014, 514 (532 f.); *Proelß*, Peaceful purposes, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2012, Rn. 15.

[36] *Proelß*, Peaceful purposes, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2012, Rn. 15.

[37] Umstritten ist zwar, worunter militärische Aktivitäten zu fassen sind, entweder unter die Freiheit der Schifffahrt nach Art. 87 Abs. 1 lit. a SRÜ oder die „sonstigen Regeln des Völkerrechts“ i.S.d. Art. 87 Abs. 1 S. 1 SRÜ. Dies ist aber für die Zuständigkeit nicht von entscheidender Bedeutung; pro „sonstige Regeln“ *Heintschel von Heinegg*, in: Vitzthum, Handbuch des Seerechts, Kap. 11 Rn. 2 f.; *Heintschel von Heinegg*, Yearbook 2015, 151 (152); *Heintschel von Heinegg*, in: Epping/Heintschel von Heinegg, Völkerrecht, 7. Aufl. 2019, § 45 Rn. 4;

Kritisiert wird der liberale Ansatz von Militärübungen in der AWZ vor dem Hintergrund einer entstehenden oder teilweise schon bestehenden Staatenpraxis.[38] Vereinzelt haben Mitgliedstaaten des SRÜ bekanntgegeben, dass sie für die Durchführung militärischer Aktivitäten in der AWZ eine Genehmigung voraussetzen.[39] Andere Staaten verbieten militärische Aktivitäten in Teilen der AWZ grds.[40]

Gegen die gewohnheitsrechtliche Anerkennung spricht aber das Verhältnis vom SRÜ zum Völkergewohnheitsrecht. Im Zuge der South China Sea Arbitration wurden die Leitplanken festgelegt, inwiefern Gewohnheitsrecht auf dem umfangreich geregelten Feld des SRÜ Anwendung finden kann.[41] Wenn es die Normen nicht ausdrücklich anerkennen, sind gewohnheitsrechtlich anerkannte Regeln zulässig, soweit sie nicht mit den Normen des SRÜ konfligieren.[42] Wenn angenommen wird, dass militärische Aktivitäten auf der Hohen See und auch in der AWZ über die Inkorporation des Art. 87 SRÜ durch Art. 58 Abs. 1 SRÜ grds. zulässig sind, ist eine Abweichung hiervon durch Völkergewohnheitsrecht nicht möglich.

Darüber hinaus bedürfte es für die Entstehung verbindlichen Völkergewohnheitsrechts einer Staatenpraxis, die von einem subjektiven Anerkenntnis der rechtlichen Bindung durch die Staatengemeinschaft getragen wird (sog. opinio iuris).[43]

Objektiv bedarf es einer gefestigten oder wenigstens wiederholten und nicht widersprochenen Übung, wobei zumindest eine repräsentative Anzahl an Staaten gleichförmig handeln müsste.[44] An einer solchen oben genannten Staatenpraxis beteiligt sich allerdings lediglich ein kleinerer Teil der Staatengemeinschaft.[45] Somit fehlt es an einer repräsentativen Anzahl gleichförmig handelnder Staaten und damit an einer Staatenpraxis.[46] Zudem ist diese Praxis nicht widerspruchslos geblieben[47], weshalb es auch an einer opinio iuris fehlen dürfte. Damit ist dieser Ansatz nach hier vertretener Ansicht abzulehnen.

Jenisch, Das Recht zur Vornahme militärischer Übungen und Versuche auf Hoher See in Friedenszeiten, 1970, S. 75 ff.; *Pirtle*, Ocean Development & International Law 2000, 8; pro „Freiheit der Schifffahrt" *Galdorisi/Kaufman*, California Western International Law Journal 2002, 253 (272); *Kwaitkowska*, Marine Policy 1987, 249 (249); *Lowe*, Marine Policy 1987, 250 (251).

[38] *Proelß*, in: Proelß, United Nations Convention on the Law of Sea, A Commentary, Art. 58 Rn. 18; *Rothwell/Stephens*, The International Law of the Sea, 2. Aufl. 2016, S. 99 ff.

[39] Unter anderem Bangladesch, Brasilien, Indien; je nach Zählweise bis zu 26 Staaten; *Heintschel von Heinegg*, Revue belge de droit international 2014, 45 (53) zählt auch Nicht-Mitgliedstaaten; *Pedrozo*, Chinese Journal of International Law 2010, 9 (27); *Ma*, in: Nordquist/Moore/Long, Cooperation and Engagement in the Asia-Pacific Region, 2020, 238 (240); ausführliche Darstellung der Staatenpraxis bei *Kopela*, The ‚Territorialisation' of the Exclusive Economic Zone: Implications for Maritime Jurisdiction in 20th Anniversary Conference of the International Boundary Research Unit on „The State of Sovereignty", 2009, S. 4.

[40] *Kopela*, The ‚Territorialisation' of the Exclusive Economic Zone: Implications for Maritime Jurisdiction in 20th Anniversary Conference of the International Boundary Research Unit on „The State of Sovereignty", 2009, S. 4; z.B. der Iran, China oder Nord-Korea.

[41] Schiedsspruch v. 12.7.2016 (The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China), PCA Case No. 2013-19, The South China Sea Arbitration, Rn. 238.

[42] Schiedsspruch v. 12.7.2016 (The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China), PCA Case No. 2013-19, The South China Sea Arbitration, Rn. 238 lit. b).

[43] *Herdegen*, Völkerrecht, 21. Aufl. 2022, § 16 Rn. 1, 5; *Vitzthum*, in: Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, 8. Aufl. 2019, 1. Abschnitt Rn. 131.

[44] Vgl. *Herdegen*, Völkerrecht, 21. Aufl. 2022, § 16 Rn. 1; *Vitzthum*, in: Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, 8. Aufl. 2019, 1. Abschnitt Rn. 131.

[45] Je nach Zählweise beteiligen sich derzeit maximal 26 Staaten an einer solchen Staatenpraxis (Nachweise, s.o.).

[46] Im Ergebnis auch *Heintschel von Heinegg*, Revue belge de droit international 2014, 45 (56); *Pedrozo*, Chinese Journal of International Law 2010, 9 (26 f.).

[47] *Hayashi*, Marine Policy 2005, 123 (128); *Heintschel von Heinegg*, Revue belge de droit international 2014, 45 (56); Widerspruch schon Ende der 90er Jahre von Deutschland, Italien, der Niederlande und den USA.

Für den liberalen Ansatz streiten zudem eine eigene gewohnheitsrechtliche Anerkennung militärischer Aktivitäten in der AWZ.[48] Verschiedenste militärische Aktivitäten waren vor Inkrafttreten des SRÜ bereits gewohnheitsrechtlich anerkannt.[49] Dies findet seinen Ausfluss in Art. 58 Abs. 1 SRÜ[50] und Art. 59 SRÜ. Letzterer ist ein Kompromiss der Staaten, weil die Seemächte der Ansicht waren, militärische Aktivitäten ließen sich unter Art. 58 SRÜ subsumieren.[51]

Die besseren Gründe sprechen für den liberalen Ansatz, der militärische Aktivitäten für zulässig hält, solange und soweit sie keine Androhung von Gewalt darstellen. J hat den Küstenstaat A nicht bedroht. Deshalb war die militärische Übung von J zulässig. Indem A die J hat abschießen lassen, hat A gegen die Rechte von B verstoßen.

Hinweis: Der liberale Ansatz wirbt mit Systemkonformität für sich. Bearbeiter erkennen die sich überschneidenden Wortlaute von Art. 58 Abs. 1 und 87 SRÜ.
Für den liberalen Ansatz spricht auch der Entwicklungsprozess des SRÜ. Beim Entwurf des SRÜ wollten einige Staaten eine vollständige Demilitarisierung der Meere. Diese Sichtweise konnte sich nicht gegen die vor allem westlichen Seemächte durchsetzen, für die ein Verbot von Militärübungen inakzeptabel war. Darüber hinaus sollte ursprünglich die Wertung und der Wortlaut von Art. 2 Nr. 4 UN-Charta in den Art. 88 SRÜ aufgenommen werden. Es sollte ein Gleichlauf zwischen den beiden Artikeln bestehen. Dass der heutige Art. 88 SRÜ neu formuliert wurde, spricht also nicht dagegen, dass nach dem historischen Verständnis friedliche Zwecke keinen weiteren Schutzbereich haben sollten als Art. 2 Nr. 4 UN-Charta.
Derartige historische Ausführungen können von den Bearbeitern nicht verlangt werden.
Bearbeiter, die der differenzierenden Ansicht folgen, sollten ihre Meinung gut begründen. Wer annimmt, die Billigkeit sei der Maßstab, muss eine Billigkeitsprüfung durchführen.

2. Korrektur aufgrund von Art. 58 Abs. 3 SRÜ

Möglicherweise könnten B die Rechte in der fremden AWZ nicht zustehen, weil J den Staat A nie über die Vornahme der Militärübung informiert hat. Dabei könnte es sich um einen Verstoß gegen das Gebot der Rücksichtnahme aus Art. 58 Abs. 3 SRÜ handeln. Gemäß diesem Gebot müssen Drittstaaten die Rechte des Küstenstaates in der AWZ „gebührend berücksichtigen“.

Den Küstenstaat darüber zu informieren, dass man in dessen AWZ Militärübungen durchführt, ist gängige Praxis, weswegen ein Verstoß naheliegt.

Allerdings spricht der Wortlaut von Art. 58 Abs. 3 SRÜ gerade von der Berücksichtigung der „Rechte“ des Küstenstaates aus Art. 56 Abs. 1 SRÜ. Diese wurden hier gerade nicht tangiert. Denn, dass die Information über Militärübungen eine rechtliche Pflicht darstellt, findet sich im Wortlaut von Art. 56 SRÜ nicht wieder. Auch spricht gegen ein Informationserfordernis gerade die Freiheit der

[48] Ausführlich *Browning/Zeith*, in: Stephens/Stubbs, The law of Naval Warfare, 2019, S. 283.

[49] *Galdorisi/Kaufman*, California Western International Law Journal 2002, 253 (272); *Hayashi*, Marine Policy 2005, 123 (128); *Heintschel von Heinegg*, Revue belge de droit international 2014, 45 (56); *Pedrozo*, International Law Studies 90 (2014), 514 (529).

[50] *Heintschel von Heinegg*, Revue belge de droit international 2014, 45 (55); *Kwaitkowska*, Marine Policy 1987, 249 (250); *Pedrozo*, International Law Studies 90 (2014), 514 (531).

[51] *Sharma*, Marine Policy 2005, 147 (149); für eine tiefergehende historische Auswertung: *Rapp-Hooper*, in: Houlden/Hong, Maritime Order and the Law in East Asia, 2018, S. 145 (148 f.); *Van Dyke*, Marine Policy 2004, 29 (31).

Schifffahrt, die J in der AWZ zusteht. Gegen eine gewohnheitsrechtliche Verpflichtung zum Informieren spricht das Verhältnis zwischen SRÜ und dem Völkergewohnheitsrecht.[52]

Andere Verpflichtungen für J sind im Gesetz nicht angelegt. Dass J A nicht informiert hat, stellt keinen Verstoß gegen Art. 58 Abs. 3 SRÜ dar. Die Rechte in der fremden AWZ stehen B vollumfänglich zu. Es muss keine Korrektur stattfinden.

3. Zwischenergebnis

Mit der Intervention der P, also dem Auffordern der J, die Militärübung abzubrechen und die Zone zu verlassen sowie dem Eröffnen des Feuers, verstößt A gegen Völkerrecht.

4. Rechtfertigung des Eingriffs von A

Fraglich ist, ob das Unschädlichmachen der J nach dem SRÜ gerechtfertigt werden kann.

Eine Rechtfertigung über Art. 73 Abs. 1 SRÜ scheidet aus. Der Artikel berechtigt zu erforderlichen Maßnahmen, soweit die souveränen Rechte aus Art. 56 SRÜ, insbesondere die Rechte des Küstenstaats im Hinblick auf die lebenden Ressourcen tangiert werden. Dies ist hier nicht der Fall, weswegen diese Befugnis hier nicht einschlägig ist. Ebenso scheidet hier eine Rechtfertigung über die Eingriffsrechte der Hohen See wie z.B. Art. 105, 110, 111 SRÜ, die über Art. 58 Abs. 2 SRÜ auch in der AWZ anwendbar sind, offensichtlich aus.

> *Hinweis*: An dieser Stelle kämen noch weitere Rechtfertigungen, die außerhalb des SRÜ liegen, wie z.B. das Selbstverteidigungsrecht aus Art. 51 UN-Charta und das Regime der Gegenmaßnahmen, in Betracht. Dies ist aufgrund des Bearbeitungsvermerks und der darin enthaltenen Beschränkung auf das SRÜ allerdings nicht zu prüfen. Problematisch ist bei der Vornahme einer Prüfung von Art. 51 UN-Charta auch, ob sich die sachliche Zuständigkeit von SRÜ-Gerichten i.S.d. Art. 288 Abs. 1 SRÜ überhaupt auf die Beurteilung dieser Frage erstreckt.

5. Zwischenergebnis

Somit war A, dem das Verhalten von P als Flaggenstaat zurechenbar ist, nicht gerechtfertigt und greift nach hier vertretener Auffassung in die Rechte von B ein. A handelte somit völkerrechtswidrig und ist zur Wiedergutmachung nach Art. 31 ASR verpflichtet.

III. Konkreter Umfang des Ersatzanspruches

Die Rechtsfolgen der Wiedergutmachung aus Art. 31 ASR richten sich nach Art. 34 ff. ASR. Nach Art. 34 ASR erfolgt die Wiedergutmachung durch Restitution, Schadensersatz oder Genugtuung (nach Art. 35 ff. ASR). Hier verlangt B den Ersatz für die Schäden an dem Schiff und damit die Kosten für die Reparation und für die Personenschäden der sich an Bord befindlichen Personen. Diese Schadenspositionen werden in Form des Schadensersatzes nach Art. 36 Abs. 1 ASR erfasst.

Damit ist A zum Ersatz des Sachschadens am Schiff i.H.v. 500 Mio. Dollar und zum Ersatz der noch zu bestimmenden Personenschäden nach Art. 34, 36 ASR verpflichtet.

---

[52] Siehe hierzu den entsprechenden Abschnitt B. II. 1. b).

C. Gesamtergebnis

Die noch zu erhebende Klage wäre vor einem nach Anlage VII gebildeten Schiedsgericht zulässig und vollumfänglich begründet und hätte deswegen Erfolg.

Fortgeschrittenenhausarbeit: Die Blockierer von der A 81

*Staatsanwalt Simon Pschorr, Stud. jur. Niklas Blaschke, Konstanz**

Sachverhalt

Die Konstanzer Umweltaktivistin U hat sich mit sieben Gleichgesinnten S, T, V, W, X, Y und Z zu der radikalen Umweltschutzorganisation L.G. zusammengeschlossen, welche sich zum Ziel gesetzt hat, vielbefahrene Verkehrsknotenpunkte durch Sitzblockaden lahmzulegen. Insbesondere der Umstand, dass sich die Mitglieder der L.G. während ihrer Sitzblockaden mit Kraftkleber an der Fahrbahn festkleben, soll es herbeigerufenen Einsatzkräften erschweren, die Fahrbahn zu räumen. Die Aktivisten sehen sich bei ihren Aktionen im Recht, da sie „im Umweltnotstand" handeln und das Leben auf der Erde vor der Auslöschung bewahren würden. Im Übrigen gehen sie davon aus, ihr Verhalten sei von der Versammlungsfreiheit geschützt. S, T, U, V, W, X, Y und Z entschlossen sich dazu, die dreispurige A 81 am Kreuz Hegau lahmzulegen, um für den Klimaschutz zu demonstrieren. Hierzu wollten S, T, U, V, W, X, Y und Z möglichst viele Autofahrer an der Weiterfahrt hindern und einen größtmöglichen Stau verursachen. Um dieses Ziel zu erreichen, wählten S, T, U, V, W, X, Y und Z den Montagmorgen des 30.5.2022 um 7 Uhr für ihre Aktion aus, da zu diesem Zeitpunkt erfahrungsgemäß die meisten Berufspendler unterwegs sind.

An diesem Morgen machte sich, neben vielen anderen Pendlern, auch Rechtsanwältin A auf den Weg zu ihrer Arbeitsstelle bei einer Konstanzer Anwaltskanzlei. Ihr Weg führte sie über die A 81 von Engen südwärts. Kurz vor der Ausfahrt Geisingen hielten sich S, T, U, V, W, X, Y und Z hinter einer Böschung versteckt und warteten einen günstigen Moment ab, um ihr Vorhaben in die Tat umzusetzen. Als sich eine größere Lücke im Verkehr auftat, liefen S, T, U, V, W, X, Y und Z auf die Fahrbahn und klebten sich fest, sodass sie die gesamte Fahrbahn blockierten.

Infolge der Blockade entstand nun ein großer Verkehrsstau, welcher die Autofahrer an der Weiterfahrt hinderte, weshalb sie ihre Motoren abstellten. Unmittelbar vor den Aktivisten kam neben A auch B mit seinem Fahrzeug zum Stehen. B war Angestellter der C-GmbH und musste pünktlich um 8 Uhr zur Arbeit erscheinen; schließlich wurde er in der Vergangenheit bereits zweimal wegen Unpünktlichkeit abgemahnt, sodass er befürchtete, bei einer erneuten Verspätung seinen Job zu verlieren. Daher platzte B der Kragen, weswegen er in Schrittgeschwindigkeit mit seinem Auto auf die U zufuhr, um sie zur Freigabe des Weges zu zwingen, ohne dass er beabsichtigte, U tatsächlich zu überfahren. B ging davon aus, dass „diese Blockade doch nicht rechtmäßig sein könne" und er die Aktivisten deshalb „von der Straße zwingen" dürfe. Schließlich habe er in der Zeitung gelesen, dass gegen die Mitglieder der L.G. nach ähnlichen Aktionen in der Vergangenheit Ermittlungen wegen Straftaten eingeleitet wurden. U rief dem B jedoch zu, dass sie die Fahrbahn nicht verlassen könne – schließlich sei sie festgeklebt! B fand sich deshalb frustriert mit seinem Schicksal ab.

Zu allem Überfluss steckte, wie die Aktivisten befürchtet hatten, im Stauende ein Rettungswagen des Roten Kreuzes, welcher den von einem herabgefallenen Dachziegel lebensgefährlich verletzten

---

* Der Autor *Simon Pschorr* ist Staatsanwalt und derzeit abgeordneter Praktiker an der Universität Konstanz sowie Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung, Medizinstrafrecht und Rechtstheorie von Frau Prof. *Dr. Liane Wörner*, LL.M. (UW-Madison). Der Autor *Niklas Blaschke* ist Student der Rechtswissenschaften an der Universität Konstanz und Stud. Hilfskraft am genannten Lehrstuhl.

G transportierte, der dringend ins Krankenhaus gebracht werden musste. Glücklicherweise traf die Polizei rechtzeitig ein, um S, T, U, V, W, X, Y und Z von der Fahrbahn zu lösen, sodass, wie die Aktivisten erwartet hatten, G rechtzeitig behandelt werden konnte und überlebte.

Aufgabe

Wie haben sich U und B nach dem StGB strafbar gemacht?

Bearbeitervermerk

Auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ist einzugehen. Die Delikte des siebenten und des siebenundzwanzigsten Abschnitts des Besonderen Teils des StGB sind nicht zu prüfen.

Gehen Sie dabei von der Geltung und Verfassungskonformität der folgenden Vorschrift aus:

§ 1 Bundesautobahnenversammlungsgesetz (BABVersG)

Auf Bundesautobahnen finden keine Versammlungen statt.

Der Stau **323**
A. Strafbarkeit der U **323**
I. §§ 240 Abs. 1, Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB bzgl. der ersten Reihe **323**
II. §§ 240 Abs. 1, Abs. 2, 25 Abs. 1 Var. 2, 25 Abs. 2 StGB bzgl. der zweiten Reihe **324**
1. Tatbestandsmäßigkeit 324
a) Objektive Tatbestandsmäßigkeit 324
aa) Mittelbare Täterschaft 324
(1) Deliktisches Minus der Tatmittler 324
(2) Tatherrschaft 325
bb) Gewalt und Nötigungserfolg 325
cc) Ergebnis 326
b) Subjektive Tatbestandsmäßigkeit 326
2. Rechtswidrigkeit 326
a) Eingreifen eines Rechtfertigungsgrunds 326
aa) Umweltnotstand 327
bb) Ziviler Ungehorsam 327
cc) Grundrechte 327
dd) Rechtfertigender Notstand 327
b) Verwerflichkeit i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB 330
aa) Verwerflichkeit des Mittels 330
bb) Verwerflichkeit des Zwecks 331

cc) Zweck-Mittel-Relation 332
dd) Verwerflichkeit abhängig von Art. 8 Abs. 1 GG 332
c) Ergebnis 333
3. Schuldhaftigkeit 333
a) Fehlende Unrechtseinsicht 333
b) Unvermeidbarkeit des Irrtums 333
c) Ergebnis 334
B. Strafbarkeit des B 334
I. §§ 240 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 Var. 2 StGB 334
1. Vorprüfung 334
2. Tatbestandsmäßigkeit 334
a) Tatentschluss 334
b) Unmittelbares Ansetzen 334
c) Ergebnis 334
3. Rechtswidrigkeit 335
a) Notwehr 335
aa) Notwehrfähiges Rechtsgut 335
bb) Gegenwärtiger rechtswidriger Angriff 335
cc) Erforderlichkeit 336
dd) Ergebnis 336
b) Verwerflichkeit 336
4. Erlaubnistatbestandsirrtum 337
5. Schuldhaftigkeit 337
6. Rücktritt 337
7. Ergebnis 338
II. §§ 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3, 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. a, 22, 23 Abs. 1 StGB 338
Der Rettungswagen 338
A. Strafbarkeit der U 338
I. §§ 115 Abs. 3, 113 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 Nr. 3, 25 Abs. 1 Var. 2, Abs. 2 StGB 338
1. Tatbestandsmäßigkeit 338
a) Objektive Tatbestandsmäßigkeit 338
b) Subjektive Tatbestandsmäßigkeit 339
2. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit 339
3. Regelbeispiel 339

4. Ergebnis 340
II. §§ 323c Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB 340
1. Tatbestand....340
2. Rechtwidrigkeit und Schuldhaftigkeit 340
3. Ergebnis 340
III. §§ 315b Abs. 1 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB 340
B. Konkurrenzen 341
Gesamtergebnis 341

Der Stau

A. Strafbarkeit der U

I. §§ 240 Abs. 1, Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB bzgl. der ersten Reihe

U könnte sich gem. §§ 240 Abs. 1, Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB der Nötigung in Mittäterschaft strafbar gemacht haben, indem sie sich auf der Fahrbahn festklebte und den in erster Reihe stehenden Fahrern den Weg blockierte.

Dazu müsste U mittels Gewalt[1] zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung genötigt haben. Dies ist jede körperlich wirkende Zwangseinwirkung, um geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden.[2] Rein psychisch wirkende Einschüchterungen erfüllen den Tatbestand nicht.[3] U konnte die Tat jedoch nicht allein ausführen. Auf einer mehrspurigen Autobahn ist ihr Körper allein kein hinreichendes Hindernis, um das Fortkommen der Autofahrer zu behindern.

Ihr könnten jedoch die Tatbeiträge der anderen Mitglieder der L.G. gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden. Dies setzt einen gemeinsamen Tatplan, sowie einen jeweiligen Beitrag im Ausführungsstadium der Tat voraus.[4] Die L.G. hatten sich zusammengeschlossen, um vielbefahrene Verkehrsknotenpunkte durch Sitzblockaden lahmzulegen, mithin hatten sie einen gemeinsamen Tatplan. Dementsprechend begaben sich die L.G. gemeinsam auf die A 81 und klebten sich an der Fahrbahn fest, sodass die gemeinsame Tatausführung ebenfalls gegeben ist. Folglich liegt mittäterschaftliche Tatbegehung i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB vor, sodass U das Verhalten der L.G. zuzurechnen ist.

In der resultierenden Straßenblockade der L.G. könnte die Anwendung von Gewalt bezüglich der Fahrer in der ersten Reihe gesehen werden. Die bloße Anwesenheit der L.G. auf der Fahrbahn übt keine körperliche Zwangseinwirkung aus. Schließlich wäre es den Autofahrern rein physikalisch betrachtet möglich gewesen, die Demonstranten zu überfahren. Dies wird auch nicht dadurch beein-

[1] Eine Drohung mit einem für die Autofahrer empfindlichen Übel ist nicht gegeben.

[2] Siehe hierzu etwa *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 23 Rn. 23; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 347; *Küper/Zopfs*, Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2022, Rn. 298 f.; zur Entwicklung des Gewaltbegriffs *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vorbemerkungen zu den §§ 234 bis 241a Rn. 6 ff.

[3] BVerfG NJW 2011, 3020 (3021 Rn. 23); BVerfG NJW 1995, 1141 (1143); BGH NJW 1995, 2643.

[4] BGHSt 24, 286; *Küpper*, ZStW 105 (1993), 295 (301 ff.); *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 25 Rn. 61; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 811.

flusst, dass sich L.G. auf die Fahrbahn klebten, weil ihr Körper dadurch nicht widerstandskräftiger wurde.

Daher hat U den Tatbestand der §§ 240 Abs. 1, Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB bezüglich der Fahrer in der ersten Reihe nicht verwirklicht.

II. §§ 240 Abs. 1, Abs. 2, 25 Abs. 1 Var. 2, 25 Abs. 2 StGB bzgl. der zweiten Reihe

U könnte sich der mittäterschaftlichen Nötigung in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 240 Abs. 1, Abs. 2, 25 Abs. 1 Var. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie mit L.G. den Autofahrern ab der zweiten Reihe den Weg versperrte.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektive Tatbestandsmäßigkeit

Dazu müsste U gegenüber den Autofahrern der nachfolgenden Reihen Gewalt angewandt oder diesen mit einem empfindlichen Übel gedroht haben. Eine eigenhändige Tatbegehung scheidet mangels Schaffung einer physischen Barriere oder einer Drohungshandlung den nachfolgenden Reihen gegenüber aus (s.o.).

aa) Mittelbare Täterschaft

Jedoch kommt eine mittelbare Täterschaft nach § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB in Betracht.[5]

(1) Deliktisches Minus der Tatmittler

Tatmittler könnten die Autofahrer der ersten Reihe sein. Denn indem diese mit ihren Autos vor den L.G. stehen blieben, blockierten sie ihrerseits die Fahrbahn. Diese Blockade durch die Fahrzeuge der ersten Reihe stellt im Gegensatz zur Sitzblockade der Mitglieder der L.G. eine unüberwindbare physische Barriere für die dahinterstehenden Autofahrer dar, sodass hierin die Ausübung von Gewalt i.S.v. § 240 Abs. 1 StGB gegenüber den Fahrer ab der zweiten Reihe liegt.

Damit eine mittelbare Täterschaft mit den Autofahrern der ersten Reihe als Tatmittler vorliegen kann, müsste zunächst ein deliktisches Minus der Autofahrer in der ersten Reihe gegeben sein, welches deren Strafbarkeit ausschließt.[6] Die Autofahrer der ersten Reihe handelten vorsätzlich. Sie könnten jedoch im rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB gehandelt haben. Die Fahrer verzichteten auf eine Weiterfahrt nach vorne, um eine Gefahr für Leib und Leben der L.G. abzuwenden. Diese Notstandshandlung ist das mildeste, geeignete Mittel – schließlich untersagt § 18 Abs. 7 Var. 2 StVO, auf der Autobahn rückwärtszufahren und § 18 Abs. 10 S. 1 StVO, die Autobahn vor einer Ausfahrt zu verlassen. Es wäre den Autofahrern der ersten Reihe mithin nur unter Missachtung geltenden Straßenverkehrsrechts möglich gewesen, nachfolgende Fahrzeuge nicht zu blockieren. Im Rahmen der Güterabwägung überwiegt die körperliche Unversehrtheit bzw. das Leben der L.G. die Fortbewe-

[5] So auch BVerfG NJW 2011, 3020 (3021 Rn. 28); *Jahn,* JuS 2011, 563 (564).

[6] Vgl. *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 43 Rn. 2; *Waßmer*, in: AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 25 Rn. 10; siehe auch *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 842; *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 60.

gungsfreiheit der nachfolgenden Fahrer. Somit handeln die Fahrer der ersten Reihe gerechtfertigt,[7] sodass ein deliktisches Minus vorliegt.

(2) Tatherrschaft

Außerdem müsste U die Tatherrschaft innegehabt haben. Hierzu muss der Vordermann als Werkzeug instrumentalisiert werden;[8] es muss in der Hand des Hintermannes liegen, das Tatgeschehen ablaufen zu lassen oder es zu stoppen.[9] Dies ist kraft überlegenen Willens, kraft überlegenen Wissens oder kraft Organisationsherrschaft denkbar.[10] Durch ihre Anwesenheit auf der Fahrbahn übten die L.G. psychischen Zwang auf die Autofahrer der ersten Reihe aus, die deshalb die Weiterfahrt verweigerten. Hierin liegt die Ausübung überlegenen Willens gegenüber den Fahrern der ersten Reihe, sodass U mit L.G. grundsätzlich die Tatherrschaft zukommt.[11]

Fraglich ist allerdings, ob die Tatherrschaft auf eine Tathandlung zurückzuführen ist, über die U selbst die Kontrolle ausübt(e). Sobald sich U mit Kraftkleber am Straßenbelag festklebte, konnte sie sich nicht mehr selbst vom Straßenbelag lösen. Ab diesem Moment war ihr Verhalten nicht mehr willensgetragen.[12] Jedoch hatte sie bis dahin die Kontrolle über die Situation und ihre Tathandlung: Durch die Handlung des Festklebens veranlasste sie die Fahrer in der ersten Reihe willentlich und kausal zum Abbremsen und somit eine physische Blockade für die zweite Reihe. Mithin ist bereits im Akt des Festklebens die Instrumentalisierungshandlung gem. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB zu erblicken. Die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft nach § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB liegen vor.

bb) Gewalt und Nötigungserfolg

Durch ihre Anwesenheit schufen die Fahrer der ersten Reihe eine für die nachfolgenden Reihen nicht allein psychisch, sondern physisch unüberwindbare Blockade. Nach einer Gegenauffassung soll dies jedoch nicht genügen.[13] *Heghmanns* fordert über das Bereiten einer physischen Blockade mit physischer Zwangswirkung auf das Opfer[14] hinaus eine tatsächlich erfolgende körperliche Zwangs*ein*wirkung auf das Tatopfer; mithin also das Auffahren auf die erste Reihe der Autofahrer.[15] Hiergegen spricht jedoch das Ziel effektiven Rechtsgüterschutzes. Es ist nicht ratio legis eines Strafgesetzes, das Opfer dazu zu zwingen, sich selbst zu schädigen, um eine Sanktionierung zu erreichen. Die kör-

---

[7] So auch BVerfG NJW 2011, 3020 (3022 Rn. 29).

[8] *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 25 Rn. 7; *Haas*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 25 Rn. 6.

[9] *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 43 Rn. 3; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 840; siehe auch *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, Kap. 27 Rn. 1.

[10] *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 25 Rn. 60; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 11. Aufl. 2022, S. 142 Rn. 527; *ders*., Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 45 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 847.

[11] Siehe hierzu die „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“: BGH NJW 1995, 2643 ff.; BGH NJW 1996, 203 ff.; BVerfG NJW 2002, 2308 ff.; BVerfG NJW 2011, 3020 ff.

[12] Zu den Voraussetzungen der tatbestandlichen Handlung vgl. *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 7 Rn. 3 f.; ausführlich *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 8 Rn. 1 ff.

[13] *Heghmanns*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2021, Rn. 649 ff.; so auch *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 240 Rn. 32 f.; *Sinn*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 39; *Magnus,* NStZ 2012, 538 (542); *Zöller*, GA 2004, 147; *Herzberg,* GA 1996, 557 (561); wohl auch *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 240 Rn. 8; gegenüber der Rechtsprechung des BVerfG deshalb insgesamt kritisch *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vorbemerkungen zu den §§ 234 bis 241a Rn. 10b f.

[14] BVerfG NJW 2011, 3020 (3021 f. Rn. 29).

[15] *Heghmanns*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2021, Rn. 649.

perliche Zwangseinwirkung wirkt sich bereits durch das Wissen des Tatopfers, einer physisch unüberwindbaren Blockade gegenüberzustehen, körperlich bei diesem aus. Dies ist auch keine rein psychische Beeinflussung. Zwar scheuen die Opfer vor dem physischen Kontakt zurück und vermeiden ihn also,[16] doch ist diese Beugung des Willens tatbestandsimmanent – maßgeblich ist, dass sie durch Gewalt, nicht aber durch den physischen Kontakt ausgelöst wird. Zu verlangen, das Offensichtliche durch den Aufprall auf die Blockade zu bestätigen, ist nicht zielführend – und verpflichtete den Fahrer der zweiten Reihe sogar dazu, sich seinerseits rechtswidrig zu verhalten.[17] Zwar trägt die Gegenauffassung der Rechtsprechung des BVerfG zum vergeistigten Gewaltbegriff weitgehender Rechnung, doch zeigt sich an dessen aktuelleren Entscheidungen, dass es selbst die Anforderungen an den Gewaltbegriff zurücknimmt[18] und die Zweite-Reihe-Rechtsprechung nicht für verfassungswidrig erachtet.[19] Daher ist die Ansicht der Gegenauffassung abzulehnen. Mithin übten die Fahrer der erste Reihe gegenüber den nachfolgenden Reihen Gewalt i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB aus und zwangen die Fahrer der zweiten Reihe zum Halten.[20]

cc) Ergebnis

Somit hat U durch Ankleben an der Fahrbahn den objektiven Tatbestand der §§ 240 Abs. 1, Abs. 2, 25 Abs. 1 Var. 2, 25 Abs. 2 StGB bezüglich den Fahrern ab der zweiten Reihe verwirklicht.

b) Subjektive Tatbestandsmäßigkeit

U kam es gerade darauf an, einen größtmöglichen Stau zu verursachen. Daher handelte U mit dolus directus 1. Grades hinsichtlich des objektiven Tatbestandes einschließlich der Instrumentalisierung der ersten Reihe.

2. Rechtswidrigkeit

Überdies müsste U rechtswidrig gehandelt haben.

a) Eingreifen eines Rechtfertigungsgrunds[21]

Fraglich ist, ob das Verhalten der U gerechtfertigt ist.

---

[16] *Heghmanns*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2021, Rn. 649.

[17] Dieses Arguments bedient sich *Magnus*, NStZ 2012, 538 (542), allerdings, um die Straflosigkeit zu begründen – der Nötigungstatbestand könne nicht erfüllt sein, wenn normkonformes Verhalten erzwungen würde.

[18] BVerfG NJW 2002, 1031 (1032 ff.); hierauf hinweisend *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vorbemerkungen zu den §§ 234 bis 241a Rn. 10c.

[19] BVerfG NJW 2011, 3020 (3021 Rn. 27 ff.), m. Anm. *Jahn,* JuS 2011, 563.

[20] Kritisch *Bayer*, Verfassungsblog v. 6.10.2022, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/auto-fahren-oder-klima-retten/ (27.3.2023).

[21] Nach h.M. sind auch bei der Nötigung Rechtfertigungsgründe vor der Verwerflichkeit gesondert zu prüfen, siehe BGH NJW 1993, 1869 (1870); BayObLG NJW 1993, 211; *Valerius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 240 Rn. 46; *Sinn*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 111; *Altvater*, in: LK-StGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2023, § 240 Rn. 111; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, 30. Aufl. 2023, § 240 Rn. 17; *Otto*, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 240 Rn. 25; *Niehaus*, in: juris PraxisKommentar Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl. 2022, StGB § 240 Rn. 25; *Zimmermann*, in: AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 240 Rn. 24; *Hecker*, JuS 2019, 269 (270); *Küper*, GA 477 (490); a.A. BGH NJW 1954, 438 (438); AG Villingen-Schwenningen BeckRS 2018, 21364 Rn. 18; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 240 Rn. 38a; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 240 Rn. 33; wohl auch *Toepel*, in: NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 240 Rn. 138.

aa) Umweltnotstand

Die L.G. gehen bei Tatbegehung davon aus, „im Umweltnotstand“[22] zu handeln, um das Leben auf der Erde vor der Auslöschung zu bewahren. Ein solcher ist dem deutschen Strafrecht jedoch nicht bekannt.[23]

bb) Ziviler Ungehorsam

Ziviler Ungehorsam ist kein anerkennungsfähiger Rechtfertigungsgrund.[24] Bewusste Normverletzungen als Mittel einer Minderheit, auf den öffentlichen Willensbildungsprozess einzuwirken, als Rechtfertigungsgründe anzuerkennen, ist mit den Grundprinzipien des demokratischen Rechtsstaates unvereinbar.[25]

cc) Grundrechte

Grundrechte stellen nach h.M. keine eigenständigen Rechtfertigungsgründe dar, sondern sind erst im Rahmen der Verwerflichkeit gem. § 240 Abs. 2 StGB zu berücksichtigen[26] (a.A. vertretbar).

dd) Rechtfertigender Notstand

Fraglich ist, ob U nach § 34 StGB gerechtfertigt handelte.[27] Zunächst ist festzuhalten, dass das Leben aller Lebewesen auf der Erde ein notstandsfähiges Rechtsgut darstellt.[28] Eine Gefahr i.S.d. § 34 StGB ist ein Zustand, bei welchem bei natürlicher Weiterentwicklung der Geschehnisse, der Eintritt eines Schadens für das bedrohte Rechtsgut überwiegend wahrscheinlich ist.[29] Diesbezüglich ist zu sehen, dass die Erde infolge des Klimawandels bis zum Jahre 2100 vielerorts unbewohnbar sein wird, falls keine Gegenmaßnahmen ergriffen werden.[30] Insoweit lässt sich durchaus eine Gefahr für ein not-

---

[22] Zur Terminologie vgl. becklink 2014842.

[23] Ganz ähnlich *Schneider*, Jura 2015, 201 (204).

[24] OLG Celle BeckRS 2022, 21494 Rn. 10; *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 41a; *Schwarz*, NJW 2023, 275 (279 f.); a.A. wohl *Bönte*, HRRS 2021, 164 (168 f.).

[25] *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 41a; a.A. *Bönte*, HRRS 2021, 164 (171).

[26] BVerfG NJW 2011, 3020 (3023 Rn. 38); BVerfG NJW 1991, 971 (972); BGH NStZ 2021, 626 (628 Rn. 32); BGH NJW 2002, 1031 (1034); BGH NJW 1969, 1770 (1773); OLG Karlsruhe NStZ 2016, 32 (33 Rn. 11 f.); *Valerius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 240 Rn. 62; *Sinn*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 143; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 240 Rn. 26; *Zimmermann*, in: AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 240 Rn. 28; a.A. BGH NJW 1998, 2149 (2151); OLG Jena NJW 2018, 3794 (3797 Rn. 25); OLG Jena NJW 2006, 1892 (1893); AG Mönchengladbach-Rheydt BeckRS 2022, 4182 Rn. 7 ff.; wohl auch AG München, Urt. v. 30.11.2022 – 864 Ds 113 Js 200103/22, Rn. 49 (juris); *Brand/Winter*, JuS 2021, 113 ff.; *Valerius*, JuS 2007, 1105 (1108); wohl auch *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 240 Rn. 22; offenlassend OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.9.2022 – 4 RVs 48/22, Rn. 6 (juris); OLG Hamm, Beschl. v. 26.2.2015 – III-5 RVs 7/15, Rn. 34 f. (juris).

[27] Notwehr scheidet wegen des Wortlauts des § 32 Abs. 2 StGB aus, vgl. *Bayer*, Verfassungsblog v. 6.10.2022, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/auto-fahren-oder-klima-retten/ (27.3.2023).

[28] Siehe zur Notstandsfähigkeit von Rechtsgütern der Allgemeinheit u.a. *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 72 f.; *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 10; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 19 Rn. 8; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 457; *Bönte,* HRRS 2021, 164 (165).

[29] Zum Gefahrenbegriff *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 12; *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 74; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 19 Rn. 9; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 461 ff.

[30] Siehe hierzu https://interaktiv.morgenpost.de/klimawandel-hitze-meeresspiegel-wassermangel-stuerme-unbewohnbar/ (27.3.2023); *Bönte*, HRRS 2021, 164 (165 f.).

standsfähiges Rechtsgut annehmen.[31]

Jedoch müsste die Gefahr auch gegenwärtig i.S.d. § 34 StGB sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Gefahr bei natürlicher Weiterentwicklung jederzeit in einen Schaden umschlagen kann, der alsbaldige Schadenseintritt mithin ohne Eingreifen sicher oder überwiegend wahrscheinlich ist.[32] Dem steht nicht entgegen, dass vom Klimawandel eine Dauergefahr ausgeht.[33] Auch solch eine lang andauernde Gefahr kann gegenwärtig sein, wenn sie so dringend ist, dass sie jederzeit, also auch alsbald, in einen Schaden umschlagen kann, mag auch die Möglichkeit bestehen, dass der Eintritt des Schadens noch eine Zeitlang auf sich warten lässt.[34] Weil der Klimawandel ein sehr langwieriger Prozess ist, dessen Folgen zwar auf langfristige Sicht konkret vorausgesagt, jedoch zeitlich nicht spezifiziert werden können und noch Jahre in der Zukunft liegen, ist dies nicht der Fall.

Zwar beziehen Stimmen in der Literatur aus teleologischen Gründen auch solche Gefahren in den Anwendungsbereich des § 34 StGB mit ein, deren Verwirklichung noch sehr weit in der Zukunft liegt,[35] deren Abwendung aber nur durch sofortiges Handeln möglich ist.[36] Als Indiz, ob ein unmittelbarer Handlungsbedarf gegeben ist, kann nach der Literaturauffassung dienen, wie weit in der Zukunft das Umschlagen der Gefahr anzunehmen ist.[37] Diese Auffassung nimmt eine Gefahr insbesondere dann an, wenn das Geschehen alsbald in einen unumkehrbaren Verlauf einzutreten droht oder im weiteren (Zeit-)Verlauf nur mit deutlich erhöhtem Fehlschlagsrisiko zu beseitigen sein wird.[38] Je komplexer die notwendigen Vorbereitungen für Rettungshandlungen seien, desto früher müsse die Gefahr gegenwärtig sein.[39]

Die Abwendung der Gefahren des Klimawandels ist unbestreitbar ein langfristiges, komplexes Problem, das sorgfältiger Vorbereitung bedarf. Hieran zeigt sich sogleich, warum der Gedanke der unmittelbar erforderlichen Rettungshandlung auf Gefahren der Größenordnung des Klimawandels nicht zugeschnitten ist: Gefahren globalen Ausmaßes lassen sich nicht mit ad-hoc-Lösungen bekämpfen. Folgte man *Erb*[40] und zöge wegen des großen Vorbereitungsaufwands deshalb die Gefahr

---

[31] Vgl. hierzu AG Lüneburg BeckRS 2022, 21534 Rn. 15; AG Flensburg BeckRS 2022, 34906 Rn. 16; *Bönte*, HRRS 2021, 164 (165 ff.); *Esser/Wasmeier*, JuS 2022, 421 (422); *Bayer*, Verfassungsblog v. 6.10.2022, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/auto-fahren-oder-klima-retten/ (27.3.2023); *Wolf*, Verfassungsblog v. 14.11.2022, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/klimaschutz-als-rechtfertigender-notstand/ (27.3.2023); wohl a.A.: *Rönnau*, JuS 2023, 112 (114).

[32] BGHSt 48, 255 (259); BGH NJW 1989, 176; BGH NJW 1979, 2053 (2054); BGH NJW 1954, 1126; *Momsen/Savić*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 34 Rn. 6; *Kühl*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 34 Rn. 2; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 461 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 19 Rn. 12.

[33] So wohl *Bayer*, Verfassungsblog v. 6.10.2022, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/auto-fahren-oder-klima-retten/ (27.3.2023).

[34] BGH NJW 1979, 2053 (2054); BGH NJW 1954, 1126; *Duttge*, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, § 34 Rn. 10; *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 97; *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 17.

[35] Zu dieser Ansicht *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 94; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2004, § 8 Rn. 169; *Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, S. 117.

[36] *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 17; *Neumann*, in: NK-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 34 Rn. 56 f.; *Momsen/Savić*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 34 Rn. 7; *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 94; *Bönte*, HRRS 2021, 164 (166 f.); *Wolf*, Verfassungsblog v. 14.11.2022 , abrufbar unter https://verfassungsblog.de/klimaschutz-als-rechtfertigender-notstand/ (27.3.2023); wohl auch *Duttge*, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, § 34 Rn. 10; offenlassend BGH NJW 1954, 1126.

[37] *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 100; *Zieschang*, in: LK-StGB, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 34 Rn. 37.

[38] *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 101.

[39] *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 102.

[40] *Erb*, in MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 89.

vor, verlöre das Erfordernis der Gegenwärtigkeit für Gefahren des Klimawandels seine Abgrenzungswirkung. Anders gesagt: Je unkontrollierbarer die Gefahr, desto eher wäre sie gegenwärtig. Bei völlig unkontrollierbaren Gefahren gäbe es mithin keinen Zeitpunkt, zu dem sie nicht gegenwärtig wären. Dies lässt sich an der Ansicht *Böntes* gut erkennen: Er argumentiert (zutreffend), dass angesichts des Klimawandels eine völlige Umstellung nahezu aller gesellschaftlicher Sektoren notwendig ist.[41] Hierfür sei schon jetzt keine Zeit mehr.[42] Damit ließe sich eine gegenwärtige und andauernde Gefahr für Jedermann begründen,[43] die unabwendbar scheint.[44] So würden sowohl der Gefahren- als auch der Gegenwärtigkeitsbegriff jeder Konkretisierung in temporaler oder sachlicher Hinsicht entkleidet.

Richtigerweise setzt eine gegenwärtige Gefahr mithin eine alsbald eintretende Gefahr voraus – sei sie auch dauerhaft bzw. gerade latent. Eine solche liegt nicht vor.[45] Deswegen handelte U nicht nach § 34 StGB gerechtfertigt.[46]

Hinweis: Sollte mit a.A. vertretbar eine gegenwärtige Gefahr angenommen werden, gilt es, sich mit der Abwendbarkeit der Gefahr auseinanderzusetzen. Die Notstandshandlung muss geeignet und das mildeste Mittel sein, die Gefahr abzuwenden.[47] Dies ist anhand eines strengen Maßstabs zu bestimmen.[48]
Dass Notstandshandlungen nur einen Teil derer treffen, die einen Anteil an einer durch eine Vielzahl von Personen verursachte Gefahr haben, steht der Eignung genauso wenig entgegen wie die Möglichkeit, dass die Notstandshandlung scheitern würde.[49] Die Begehung von Straftaten zulasten einzelner Individuen mag zwar einen konkreten Beitrag zur Bekämpfung des Beitrags dieser Individuen am Klimawandel leisten[50] – hier stellen die Fahrer den Motor ihrer Fahrzeuge im Stau ab –, jedoch ist nicht ersichtlich, dass es sich um den einzigen, gar mildesten, Weg handelt, deren Individualbeitrag am globalen CO_2-Ausstoß zu minimieren.[51] Kann Hilfe des Staates in Anspruch genommen werden, ist die Notstandshandlung nicht erforderlich.[52] Es ist Aufgabe demokratischer Prozesse, die richtigen Methoden zur Abwendung umfassender, latenter Gefahren zu finden. Dass die Entscheidungen der demokratischen Mehrheit bisher unzureichend waren, steht

[41] *Bönte*, HRRS 2021, 164 (166).

[42] *Bönte*, HRRS 2021, 164 (167).

[43] So *Bönte*, HRRS 2021, 164 (167); in diese Richtung auch *Bayer*, Verfassungsblog v. 6.10.2022, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/auto-fahren-oder-klima-retten/ (27.3.2023); *Klein*, Verfassungsblog v. 4.3.2022, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/die-rechtfertigung-von-straftaten-angesichts-der-klimakrise/ (27.3.2023).

[44] Dies konzedierend *Bönte*, HRRS 2021, 164 (168).

[45] Ohne nähere Begründung a.A. AG Lüneburg BeckRS 2022, 21534 Rn. 15.

[46] So im Ergebnis auch OLG Celle BeckRS 2022, 21494 Rn. 6 f.; vgl. auch AG Recklinghausen BeckRS BeckRS 2021, 27893 Rn. 28; AG Freiburg BeckRS 2022, 38216 Rn. 32 f.; AG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.5.2022 – 901 Ds 6120 Js 248353/20, Rn. 104 ff. (juris); VerfGH BW BeckRS 2022, 21579 Rn. 44; a.A. AG Flensburg BeckRS 2022, 34906 Rn. 14 ff.; AG Lüneburg BeckRS 2022, 21534 Rn. 14 ff.

[47] *Momsen/Savić*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 34 Rn. 7; *Bönte*, HRRS 2021, 164 (168).

[48] *Momsen/Savić*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 34 Rn. 7; *Kühl*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 34 Rn. 3.

[49] Viel zu weitgehend AG Recklinghausen, Urt. v. 12.8.2021 – 32 Cs – 33 Js 486/20 – 125/21, Rn. 29 (juris).

[50] Zutreffend *Bönte*, HRRS 2021, 164 (168); *Wolf*, Verfassungsblog v. 14.11.2022, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/klimaschutz-als-rechtfertigender-notstand/ (27.3.2023); anders im Fall des OLG Celle BeckRS 2022, 21494 Rn. 6 – das Sprühen von Graffiti ist sogar klimaschädlich.

[51] So auch OLG Celle BeckRS 2022, 21494 Rn. 7; wohl a.A. *Wolf*, Verfassungsblog v. 14.11.2022, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/klimaschutz-als-rechtfertigender-notstand/ (27.3.2023).

[52] BGH NStZ 1993, 333 (334).

dem nicht entgegen[53] – Teil des demokratischen Prozesses ist es, politische Mehrheiten zu ändern, die dann die erforderlichen Maßnahmen beschließen. Straftaten[54] sind dementgegen nicht Teil des legitimen Meinungskampfes.[55]

b) Verwerflichkeit i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB

Die Rechtswidrigkeit einer Nötigung muss gem. § 240 Abs. 2 StGB positiv festgestellt werden. Ob die Tat hiernach als „verwerflich" anzusehen ist, ist auf Basis der Zweck-Mittel-Relation im Rahmen einer umfassenden Gesamtabwägung festzustellen.[56] Inhaltlich setzt § 240 Abs. 2 StGB einen erhöhten Grad sittlicher Missbilligung der für den erstrebten Zweck angewandten Mittel voraus.[57] Da § 240 Abs. 2 StGB die Relation von Mittel und Zweck zum Maßstab der Verwerflichkeitsprüfung macht, kommt es weder darauf an, ob das Mittel für sich gesehen erlaubt, noch der Zweck allein billigenswert ist.[58] Auch wer an sich erlaubten Zwang ausübt, kann hinsichtlich des damit zu erreichenden Zwecks verwerflich handeln. Umgekehrt kann die Anwendung unrechter Zwangsmittel zur Erreichung billigenswerter Ziele die Verwerflichkeit ausschließen.[59]

aa) Verwerflichkeit des Mittels

Die Verwerflichkeit kann allerdings dadurch indiziert sein, dass das Nötigungsmittel als solches eine strafbare Handlung darstellt oder sonst wie gegen die Rechtsordnung verstößt.[60] Die Anwendung oder Androhung von Folter ist beispielsweise stets als verwerflich zu qualifizieren, auch wenn sie der Rettung Dritter dient.[61]

Die Instrumentalisierung der ersten Reihe der Autofahrer, um eine gewaltsame Blockade gegenüber den nachfolgenden Reihen eine Blockade zu errichten, stellt für sich genommen nicht bereits strafbares Verhalten dar. Erst im Falle einer konkreten Gefahr ist § 315b StGB verwirklicht. Mithin ist die Verwerflichkeit der Gewaltanwendung nicht bereits durch die Begehung einer tateinheitlichen Straftat indiziert. Auch erreicht die Gewaltanwendung für sich nicht den Grad originär verwerflicher Verhaltensweisen wie beispielsweise bei Anwendung von Folter. Die Intensität der Gewalt beeinträchtigt hier weder die körperliche Integrität noch die Menschenwürde der Betroffenen.

---

[53] A.A. *Wolf*, Verfassungsblog v. 14.11.2022, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/klimaschutz-als-rechtfertigender-notstand/ (27.3.2023).

[54] Zum Spezialfall der Nötigung siehe aber sogleich B. II. 2.

[55] OLG Hamm NJW 1982, 2676 (2678); AG Freiburg BeckRS 2022, 38216 Rn. 32 f.; *Pschorr*, ZJS 2016, 425 (429); *Rönnau*, JuS 2023, 112 (114); a.A. wohl *Bönte*, HRRS 2021, 164 (168 f.).

[56] *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 240 Rn. 17; *Sinn*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 124; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 46. Aufl. 2022, Rn. 381; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 23 Rn. 60.

[57] BGH NJW 1962, 1923; BGH NJW 1963, 1629; BGH NStZ 2014, 149 (151 Rn. 58); BGH NJW 2017, 1487 (1489 Rn. 51); *Valerius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 240 Rn. 48; *Sinn*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 123; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 240 Rn. 17.

[58] *Sinn*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 126.

[59] *Sinn*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 126.

[60] BGH NJW 1998, 2149 (2151); *Valerius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 240 Rn. 49; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 240 Rn. 19; *Sinn*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 129; nicht schon jede Anwendung von Gewalt vgl. BVerfG BeckRS 1986, 50; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 23 Rn. 64.

[61] LG Frankfurt a.M. NJW 2005, 692 (694).

Hinweis: Dies kann mit der gesetzlichen Wertung des § 1 BABVersG anders gesehen werden. Den Gesetzesmaterialien zu § 13 Abs. 1 S. 3 NRWVersG lässt sich entnehmen: „Aus Autobahnsperrungen entstehen vielfältige, diffuse und für die Polizei im Regelfall schwer oder nicht beherrschbare Gefahrenlagen mit einem sehr hohen Schadenspotential. Es kann, nicht nur durch gefährliche Brems- und Ausleitmanöver, zu sehr gefährlichen Gefahrenlagen für die Verkehrsteilnehmer und die zuständigen Beamtinnen und Beamten im Einsatz kommen."[62] Die Übertragung dieser pauschalen, unbewiesenen Feststellungen des nordrhein-westfälischen Gesetzgebers kann nicht erwartet werden.

bb) Verwerflichkeit des Zwecks

Ferner kann die Verwerflichkeit durch den erstrebten Zweck indiziert sein.[63] Dabei ist umstritten, ob und mit welchem Gewicht Fernziele der Täterschaft relevant sind, die durch die Nötigung nur mittelbar erreicht werden sollen.[64] Um den individualschützenden Charakter der Nötigung nicht völlig auszuklammern, kann die Auswirkung des Nötigungszwecks auf das konkrete Tatopfer nicht zugunsten hehrer Ideale in ferner Zukunft ausgeblendet werden.[65] Eine messerscharfe Trennung zwischen Nah- und Fernzielen kann jedoch auch nur rechtliche Fiktion bleiben.[66]

Bei isolierter Betrachtung der Verwerflichkeit des Zwecks kommt es hier stark darauf an, wie Fernziele in die Betrachtung eingestellt werden. Sieht man den Zweck der Demonstration nur in der Verursachung eines gewaltigen Staus auf einer vielbefahrenen Autobahn, stellt sich dieser als verwerflich dar.[67] Ob dies vor dem Hintergrund des Staatsziels aus Art. 20a GG, dem Schutz der Umwelt, sowie der aktuellen BVerfG-Rechtsprechung zur Verantwortung für künftige Generationen[68] haltbar ist, scheint fraglich. Das BVerfG hat die Bedeutung des Staatsziels des Umweltschutzes aus Art. 20a GG gestärkt. L.G. handeln mit der Motivation, das Leben auf der Erde vor der Auslöschung zu bewahren und damit zum Umweltschutz. Dieses Fernziel der L.G. ist nicht nur sozial anerkennenswert, sondern sogar verfassungsrechtlich geboten, vgl. Art. 20a GG.[69] Je nachdem, ob und mit welchem Gewicht man Fernziele berücksichtigt, kann der hiesige Nötigungszweck also als sozial anerkennens-

---

[62] LT-Drs. NRW 17/15821, S. 9.

[63] *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 240 Rn. 21.

[64] Siehe plastisch den Streit zwischen Senatsmehrheit und -Minderheit in BVerfG BeckRS 1986, 50; BGH NStZ 1997, 494; AG Villingen-Schwenningen SVR 2019, 227 (228); AG Schwandorf NStZ 1987, 230 (231); *Sinn*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 126; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 240 Rn. 29 m.w.N.; nach der Wirkung des Fernziels differenzierend *Toepel*, in: NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 240 Rn. 159.

[65] *Sinn*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 126; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 240 Rn. 18a; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 240 Rn. 29; *Toepel*, in: NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 240 Rn. 155 ff.; noch enger BGH NStZ 1988, 362; OLG Köln NJW 1984, 1909 (1910); OLG Stuttgart NStZ 1991, 333; BayObLGSt 1994, 184 (188); OLG Koblenz NJW 1988, 720 (721); *Valerius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 240 Rn. 52; *König*, in: Berz/Burmann, Handbuch des Straßenverkehrsrechts, Bd. 2, 46. Aufl. 2022, 13 B. Rn. 21; *Baumann,* NJW 1987, 36 (37).

[66] Vgl. OLG Zweibrücken NJW 1991, 53 (55); *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 240 Rn. 18a.

[67] So stark verengend OLG Koblenz NJW 1985, 2432 (2433); *Valerius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 240 Rn. 52.1.

[68] BVerfGE 157, 30.

[69] Vgl. auch *Bayer*, Verfassungsblog v. 6.10.2022, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/auto-fahren-oder-klima-retten/ (27.3.2023); in diese Richtung zu § 34 StGB auch AG Flensburg BeckRS 2022, 34906 Rn. 39; die Maßgeblichkeit verneinend AG Freiburg BeckRS 2022, 38216 Rn. 28 f.

wert oder als Verwerflichkeitsindiz eingestuft werden. Der Streit kann offenbleiben, wenn sich die Verwerflichkeit aus der Zweck-Mittel-Relation ergibt.

cc) Zweck-Mittel-Relation

Dies gilt insb. in den Fällen, in denen völlig inadäquate Mittel zur Erzwingung eines legitimen Zwecks verwendet werden.[70] *Bayer* und *Wihl* halten die Sitzblockade für eine „Protestform von höchsten demokratischen Weihen",[71] mithin für ein legitimes Mittel des politischen Protests. *Toepel* ordnet Sitzblockaden dementgegen als grundsätzlich verwerflich ein, weil die demokratische Gesellschaft die Verfolgung politischer Ziele mit den Mitteln der Blockade statt im demokratischen Austausch sozial missbilligt.[72]

dd) Verwerflichkeit abhängig von Art. 8 Abs. 1 GG

Das BVerfG macht die Verwerflichkeit einer Sitzblockade davon abhängig, ob sie eine von Art. 8 Abs. 1 GG geschützte Versammlung darstellt und auch im Einzelfall als legitime Ausübung des Demonstrationsrechts erscheint.[73] Daher reicht es nicht allein aus, sich darauf zurückzuziehen, dass die L.G. versuchten, den betroffenen Verkehrsteilnehmerinnen ihre Meinung aufzuzwingen;[74] schließlich sind Versammlungen Akte des demokratischen Meinungskampfes. Fraglich ist vielmehr, ob das Verhalten der L.G. von der Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG geschützt ist. Jedoch handelt es sich bei der A 81 um eine Bundesautobahn. Auf solchen finden nach § 1 BABVersG, von dessen Verfassungskonformität nach dem Bearbeitungsvermerk auszugehen ist, keine Versammlungen statt.[75] Die Wahl eines von Gesetzes wegen verschlossenen Versammlungsortes, z.B. fremden Privatgrund oder Diensträumen, eröffnet Art. 8 GG nicht.[76] Somit unterliegt das Verhalten der L.G. nicht der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG.[77] Daher ist das Verhalten der L.G. als verwerflich i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB anzusehen.

> *Hinweis*: Über den Fall hinaus interessant ist, wie mit einem Irrtum hinsichtlich § 240 Abs. 2 StGB umzugehen ist. Beispielsweise könnten sich die Demonstranten vorstellen, in den Grenzen des Art. 8 Abs. 1 GG zu handeln oder sich über Tatsachen täuschen, die für die Reichweite der Ver-

---

[70] *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 240 Rn. 23; *Sinn*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 130.

[71] *Bayer*, Verfassungsblog v. 6.10.2023, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/auto-fahren-oder-klima-retten/ (27.3.2023); *Wihl*, LTO v. 14.2.2022, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/47534/ (27.3.2023).

[72] *Toepel*, in: NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 240 Rn. 158; in diese Richtung auch BGH NStZ 2021, 626 (628 Rn. 31); BayObLG NJW 1993, 212.

[73] BVerfG NJW 2011, 3020 (3023 Rn. 38 ff.); BVerfG NJW 1991, 971 (972); so auch BGH NStZ 2021, 626 (628 Rn. 32); OLG Stuttgart NStZ 1991, 333; OLG Zweibrücken NJW 1991, 53 (54).

[74] So aber AG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.5.2022 – 901 Ds 6120 Js 248353/20, Rn. 92 (juris); AG Freiburg BeckRS 2022, 38216 Rn. 29.

[75] Die Vorschrift ist § 13 Abs. 1 S. 3 NRWVersG nachgebildet. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift ist zu Recht hochumstritten, siehe hierzu OVG Bautzen LKV 2022, 28 f.; OVG Lüneburg BeckRS 2021, 24913 Rn. 12 f.; OVG Lüneburg NordÖR 2021, 429 (431); VG Frankfurt a.M. BeckRS 2021, 25141 Rn. 33; *Kühle*, JuWissBlog Nr. 14/2022 v. 3.3.2022, abrufbar unter https://www.juwiss.de/14-2022/ (27.3.2023); *Fürst/Kühne*, JuWissBlog Nr. 118/2021 v. 22.12.2021, abrufbar unter https://www.juwiss.de/118-2021/ (27.3.2023); *Dübbers*, SVR 2022, 245 (246 ff.).

[76] BVerfG NJW 2011, 1201 (1204 Rn. 65); BVerfG BeckRS 2020, 38470 Rn. 10 ff.; VGH München BeckRS 2021, 10449 Rn. 19; vgl. zu BAB auch OVG Münster BeckRS 2017, 130272 Rn. 8.

[77] Dieser Weg wurde gewählt, um angesichts des Neutralitätsgebots zu vermeiden, dass im Rahmen einer Hausarbeit politisch sensible Fragen zum Gegenstand der Abwägung – und damit Prüfung – werden. Zur Abwägung im Einzelfall vgl. AG Freiburg BeckRS 2022, 38214 Rn. 40 ff.; AG Freiburg BeckRS 2022, 38216 Rn. 17 ff.; AG München, Urt. v. 30.11.2022 – 864 Ds 113 Js 200103/22, Rn. 53 ff. (juris).

sammlungsfreiheit bzw. die Güterabwägung entscheidend sind. Erstere Konstellation stellt einen Verbotsirrtum dar, worauf § 17 StGB Anwendung findet.[78] Täuschen sich die Täter allerdings über Umstände, die für § 240 Abs. 2 StGB maßgeblich sind, liegt ein Erlaubnistatbestandsirrtum vor.[79]

c) Ergebnis

Folglich war die Tat rechtswidrig.

3. Schuldhaftigkeit

Fraglich ist, ob U auch schuldhaft handelte. Bei der Annahme „im Umweltnotstand" zu agieren, könnte es sich um einen Verbotsirrtum in Form eines Erlaubnisirrtums nach § 17 StGB handeln.

a) Fehlende Unrechtseinsicht

Positiv formuliert hat die Täterschaft dann Unrechtsbewusstsein, wenn sie sich darüber bewusst ist, dass ihr Handeln im Widerspruch zur materiellen Wertordnung des Rechts steht und daher rechtlich verboten ist.[80] U ging davon aus, dass ihr Verhalten dem Schutz und Erhalt allen Lebens auf der Erde diene und durch einen sog. „Umweltnotstand" gerechtfertigt sei. Dem Sachverhalt lassen sich überdies keine Anhaltspunkte dahingehend entnehmen, dass ihr Zweifel an der Rechtmäßigkeit ihrer Blockade gekommen wären. Somit fehlte U die Einsicht, mit ihrer Tat Unrecht zu tun.

b) Unvermeidbarkeit des Irrtums

Der Irrtum müsste für U auch unvermeidbar gewesen sein, § 17 S. 1 StGB. „Unvermeidbar ist ein Verbotsirrtum, wenn der Täter trotz der ihm nach den Umständen des Falles, seiner Persönlichkeit sowie seines Lebens- und Berufskreises zuzumutenden Anspannung des Gewissens die Einsicht in das Unrechtmäßige seines Handelns nicht zu gewinnen vermochte. Das setzt voraus, dass er alle geistigen Erkenntniskräfte eingesetzt und etwa aufkommende Zweifel durch Nachdenken oder erforderlichenfalls durch Einholung von Rat beseitigt hat."[81] Dem Sachverhalt lassen sich keine Anhaltspunkte entnehmen, dass U sämtliche Erkenntniskräfte eingesetzt hätte, um Irrtümer über die Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens zu vermeiden. Zwar kann U zugutegehalten werden, dass ein Schweizer Gericht der ersten Instanz in einem vergleichbaren Fall, bei welchem Klimaaktivisten in eine Schweizer Bankfiliale eindrangen, einen rechtfertigenden Notstand annahm. Dieses Urteil wurde jedoch im Rechtsmittelverfahren aufgehoben.[82] Die U jederzeit mögliche Konsultation eines Rechtsanwalts hätte ihr die Strafbarkeit des Handels vor Augen geführt. Folglich war der Erlaubnisirrtum der U nicht unvermeidbar.

---

[78] BGH NJW 1952, 593 (595 f.); *Sinn*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 108 m.w.N.; *Wittig*, NStZ 2017, 284 (289); so i.E. auch *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 240 Rn. 35, der § 240 Abs. 2 StGB als objektives Tatbestandsmerkmal einordnet.

[79] BGH NJW 1954, 480; OLG Hamburg NJW 1968, 662 (663); *Sinn*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 108; *Hecker,* JuS 2019, 269 (270).

[80] BGHSt 52, 227 (240); *Kühl*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 17 Rn. 2; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 17 Rn. 5; *Momsen*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2020, § 17 Rn. 2.

[81] So BGH NStZ 2000, 307 (309).

[82] Zum Fall und Prozessverlauf https://www.nzz.ch/schweiz/lausanner-klima-aktivisten-verlieren-vor-bundesgericht-ld.1629693 (27.3.2023).

c) Ergebnis

Daher handelte U auch schuldhaft. Somit hat sich U gem. §§ 240 Abs. 1, Abs. 2, 25 Abs. 1 Var. 2, 25 Abs. 2 StGB zulasten der Autofahrer ab der zweiten Reihe strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des B

I. §§ 240 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 Var. 2 StGB

B könnte sich der versuchten Nötigung gem. §§ 240 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er auf die L.G. zufuhr, um diese zur Freigabe des Weges zu zwingen.

1. Vorprüfung

Die L.G. haben den Weg nicht freigegeben, sodass der Nötigungserfolg ausgeblieben ist. Der Versuch der Nötigung ist gem. §§ 23 Abs. 1 Var. 2, 12 Abs. 2, 240 Abs. 3 StGB strafbar.

2. Tatbestandsmäßigkeit

a) Tatentschluss

Zunächst müsste B den Tatentschluss gefasst haben, durch das Zufahren Gewalt auszuüben oder mit einem empfindlichen Übel zu drohen, um hierdurch einen Nötigungserfolg herbeizuführen. B wollte U durch das Zufahren – mit psychischem Druck – zur Freigabe des Weges zwingen. Hierin ist der Wille zur konkludenten Drohung zu sehen, er werde U überfahren, sollte diese nicht den Weg freigeben. Überfahren zu werden ist ein empfindliches Übel, das mit Gewalt erreicht werden soll. Somit war eine Nötigungshandlung und mit der Freigabe des Weges ein Nötigungserfolg vom Tatentschluss des B umfasst.

b) Unmittelbares Ansetzen

Weiter müsste B unmittelbar i.S.d. § 22 StGB zur Tatausführung angesetzt haben. Unmittelbares Ansetzen liegt vor, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los“ überwindet und objektiv Handlungen begeht, die ohne wesentliche Zwischenschritte in der Tatbestandserfüllung münden sollen.[83] Indem er auf U zufuhr, überschritt B die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los“ subjektiv und führte die Handlung aus, welche nach seiner Vorstellung unmittelbar in den Nötigungserfolg münden sollte. Somit hat B auch unmittelbar i.S.d. § 22 StGB zur Tatausführung angesetzt.

c) Ergebnis

Somit hat B den Tatbestand der §§ 240 Abs. 1, Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 Var. 2 StGB verwirklicht.

---

[83] BGHSt 48, 34 (35 f.); BGH NStZ 2013, 156 (157); BGH NStZ 2018, 648 (649); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 34 Rn. 22; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 981 ff.; ausführlich *Kudlich/Schuhr*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2020, § 22 Rn. 36 ff.

3. Rechtswidrigkeit

a) Notwehr

Fraglich ist, ob B nach § 32 StGB gerechtfertigt handelte.

aa) Notwehrfähiges Rechtsgut

Dazu müsste ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff auf ein Individualrechtsgut vorliegen. Als notwehrfähiges Rechtsgut kommen die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG[84] und das Recht auf Fortbewegungsfreiheit im Straßenverkehr[85] in Betracht.

Zunächst ist festzuhalten, dass B selbst nicht Opfer einer Nötigung durch U wurde, weil er in der ersten Reihe stand.[86] Allerdings kann seit der Rechtsprechung des BVerfG zu den Sitzblockadefällen und der damit einhergehenden Einschränkung des Gewaltbegriffs[87] nicht mehr verlangt werden, dass ein Angriff auf die allgemeine Handlungsfreiheit die Grenze zur strafbaren Nötigung überschreitet, um zur Notwehr zu berechtigen.[88] Vielmehr ist zu verlangen, dass ein sozialinadäquater Zwang angewandt wird.[89] Als Maßstab zur Bestimmung der Sozialinadäquanz ist die Verwerflichkeit i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB heranzuziehen.[90] Die Aktion der L.G. ist verwerflich (s.o.).[91] Daher ist die allgemeine Handlungsfreiheit des B derart beeinträchtigt, dass sie als notwehrfähiges Rechtsgut dienen kann.

bb) Gegenwärtiger rechtswidriger Angriff

U müsste einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf das Recht des B auf Fortbewegungsfreiheit im Straßenverkehr oder seine allgemeine Handlungsfreiheit verübt haben. Unter einem Angriff ist jedes menschliche Verhalten zu verstehen, welches ein rechtlich geschütztes Individualinteresse bedroht oder verletzt.[92] Durch die Sitzblockade wurde psychischer Zwang auf B ausgeübt, welcher dazu geeignet war, B von der weiteren Fortbewegung abzuhalten und damit in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit zu beeinträchtigen. Somit liegt ein Angriff seitens der U auf diese Rechtsgüter des

---

[84] *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 94; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 5a; vgl. auch *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 31.

[85] Dafür BayObLG NJW 1993, 211; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 32 Rn. 8; siehe auch *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 31; *Hauck*, in: Anwalt-Kommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 32 Rn. 2.

[86] Hierzu bereits zuvor (s.o.).

[87] BVerfGE 92, 1.

[88] *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 94; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 5a; dafür, dass es noch immer einer strafbaren Nötigung bedürfe, *Kindhäuser*, in: NK-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 32 Rn.36.

[89] *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 94; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 5a; vgl. auch *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 32 Rn. 11.

[90] *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 94; *Altvater/Coen*, in: LK-StGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2023, § 240 Rn. 88.

[91] Auch hier ist Art. 8 Abs. 1 GG für die Prüfung bedeutsam. Wäre dessen Anwendungsbereich eröffnet, müsste auch hier nach den Maßstäben des BVerfG geprüft werden, ob die Versammlung die Interessen der Betroffenen verdrängt.

[92] *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 18 Rn. 6; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 3; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 6; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 494.

B vor. Dieser war gegenwärtig[93] und angesichts der mangelnden Rechtfertigung des Verhaltens der U auch rechtswidrig.[94] Folglich lag eine Notwehrlage vor.

cc) Erforderlichkeit

Zur Abwehr dieses Angriffes hätte sich B überdies des mildesten Mittels gleicher Effektivität bedienen müssen.[95] Die Notwehr ist gegenüber staatlichem Schutz stets subsidiär.[96] Somit hätte B vorrangig die Polizei zu Hilfe rufen müssen, um die L.G. von der Straße entfernen zu lassen.[97] Die damit verbundene Zeitverzögerung lässt die Effektivität dieses milderen Mittels nicht entfallen.[98] Anders als in Fällen latenter Angriffe[99] droht B keine wesentliche Verschlechterung seiner Lage durch das Zuwarten auf Polizeikräfte,[100] mit deren Eintreffen zeitnah zu rechnen war. Auch dass er fürchtete, zu spät zur Arbeit zu kommen und dementsprechend abgemahnt zu werden, steht dem nicht entgegen; schließlich kann die Notwehr ausschließlich zur Wiederherstellung seiner allgemeinen Handlungsfreiheit in der konkreten Situation und nicht zur Sicherung seines Arbeitsplatzes dienen. Daher wandte B nicht das mildeste Mittel zur Angriffsabwehr an, sodass seine Handlung nicht erforderlich i.S.v. § 32 Abs. 2 StGB war.

dd) Ergebnis

Folglich handelte B nicht nach § 32 StGB wegen Notwehr gerechtfertigt. Auch eine Nothilfe zugunsten der nachfolgenden Reihen und ein rechtfertigender Notstand nach § 34 StGB scheiden mangels erforderlicher Abwehrhandlung aus.

b) Verwerflichkeit

Das Nötigungsmittel des Zufahrens mit einem Kraftfahrzeug auf eine Person ist „sozial unerträglich“[101] und somit ungeachtet eines sozialadäquaten Nötigungszwecks als verwerflich anzusehen.[102] Somit war das Verhalten des B auch rechtswidrig.

---

[93] *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 18 Rn. 19; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 498; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 21.

[94] Für Fallkonstellationen ohne § 1 BABVersG und der dann erforderlichen Abwägung entsprechend der Rechtswidrigkeit i.R.d. § 240 Abs. 2 StGB siehe *Gafus*, Verfassungsblog v. 16.11.2022, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/gewaltfantasien-und-gewaltmonopol/ (27.3.2023).

[95] *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 36; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 42; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 509 ff.

[96] *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 41; *Burr*, JR 1996, 230 (230); *Kühl*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 32 Rn. 11a.

[97] *Gafus*, Verfassungsblog v. 16.11.2022, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/gewaltfantasien-und-gewaltmonopol/ (27.3.2023).

[98] BGH NStZ 1993, 333 (334); *Momsen/Savić*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 32 Rn. 30.4; *Kühl*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 32 Rn. 11a; *Duttge*, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, § 32 Rn. 23; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 41; *Arzt*, JR 1980, 210 (212); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 18 Rn. 50; a.A. *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 141; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2017 § 32 Rn. 96.

[99] Vgl. BGH NJW 1980, 2263; BGH NStZ 1995, 177.

[100] Vgl. *Kühl*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 32 Rn. 11a; *Duttge*, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, § 32 Rn. 23.

[101] BGH NJW 2014, 401 (403).

[102] AG Villingen-Schwenningen SVR 2019, 227 (229).

4. Erlaubnistatbestandsirrtum

Jedoch könnte B einem Erlaubnistatbestandsirrtum unterlegen sein. B erfasst die tatsächliche Situation korrekt. Zwar ist er der Meinung, dass „diese Blockade doch nicht rechtmäßig sein könne" und er die Aktivisten deshalb „von der Straße zwingen" dürfe. Dies stellt jedoch lediglich einen Irrtum über die rechtliche Bewertung der Umstände und nicht über die tatsächlichen Umstände an sich dar. Konkret irrt B über die rechtlichen Grenzen seines Notwehrrecht und nicht über die Notwehrlage an sich. Ein solcher Grenzirrtum[103] stellt einen Verbotsirrtum in Form eines Erlaubnisirrtums i.S.d. § 17 StGB dar. Folglich liegt kein Erlaubnistatbestandsirrtum vor.

5. Schuldhaftigkeit

Gem. § 17 S. 1 StGB handelte B nur dann schuldlos, wenn der Irrtum unvermeidbar war. B hat jedenfalls darüber nachgedacht, ob das Verhalten der U rechtmäßig sei und kam zu dem Schluss, dass dies nicht der Fall sein könne. Ein Fall völlig fehlenden Unrechtsbewusstseins liegt somit nicht vor. Dennoch war B von der Normkonformität seines Handelns überzeugt. Darin wurde er auch durch die Zeitungsartikel bestärkt, welche er gelesen hatte. Daraus leitete B ab, dass es ihm wohl gestattet sein müsse, sich gegen diese Blockade zu wehren. Jedoch hätte sich B mit einem einfachen Anruf bei der Polizei oder einem Anwalt Klarheit darüber verschaffen können, ob er eigenmächtig die Blockade hätte auflösen dürfen. Dieser Anruf war ihm auch faktisch möglich. Der Irrtum war nicht unvermeidbar, sodass B nicht nach § 17 S. 1 StGB ohne Schuld handelte.

6. Rücktritt

Fraglich ist, ob B strafbefreiend von der Tatausführung zurückgetreten ist, indem er sich frustriert mit seinem Schicksal abfand, also das weitere Zufahren auf die Blockierenden aufgab. Dem könnte ein Fehlschlag des Versuches entgegenstehen. Der Versuch ist fehlgeschlagen, wenn der Täter nach seiner subjektiven Vorstellung die Tat mit den bereits eingesetzten oder zur Hand liegenden Mitteln nicht mehr ohne zeitliche Zäsur vollenden kann.[104] Maßgeblich für die Einordnung als Fehlschlag ist der Rücktrittshorizont, also die Vorstellung des Täters vom Verwirklichungsgrad und der Verwirklichungsmöglichkeit seiner Tat unmittelbar nach der letzten Ausführungshandlung.[105] B hatte nach seiner Vorstellung bereits alles getan, um den bezweckten Erfolg herbeizuführen. Jedoch führte dies nicht zu dem von ihm beabsichtigten Erfolg. Vielmehr erkannte er, dass sich die festgeklebten Aktivisten nicht selbst von der Fahrbahn lösen konnten, sodass B resigniert aufgab. Somit liegt ein von Anfang an untauglicher Versuch[106] vor, dessen Untauglichkeit B erst nach Eintritt ins Versuchsstadium erkannt hat. Dies stellt einen fehlgeschlagenen Versuch dar, von welchem ein Rücktritt ausscheidet.[107]

---

[103] BGHSt 22, 223; 45, 219 (224); *Kühl*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 17 Rn. 19.

[104] *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 15.

[105] BGH NJW 1993, 2061 ff.; *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 75; *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 24 Rn. 13.

[106] Die Alternative des Überfahrens schloss B aus.

[107] BGH NStZ 2008, 393; BGH NStZ 2010, 690 (691); BGH NStZ 2020, 82 f.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 15; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 1008; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 84; *Kühl*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 24 Rn. 10.

Hinweis: Sollte mit überzeugender a.A. die Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs abgelehnt werden, wäre ein unbeendeter Versuch nach § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB anzunehmen, diese Problematik auf Ebene der Freiwilligkeit des Rücktritts anzusprechen und diese entsprechend abzulehnen, sodass auch nach dieser Ansicht kein strafbefreiender Rücktritt des B anzunehmen ist.[108]

7. Ergebnis

Daher hat sich B gem. §§ 240 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht, indem er auf die L.G. zufuhr, um sie zur Freigabe des Weges zu zwingen.

II. §§ 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3, 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. a, 22, 23 Abs. 1 StGB

Eine Strafbarkeit des B wegen versuchten gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. §§ 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3, 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. a, 22, 23 Abs. 1 StGB durch das Zufahren auf die L.G. scheidet mangels Pervertierungsabsicht[109] aus.

Der Rettungswagen

A. Strafbarkeit der U

I. §§ 115 Abs. 3, 113 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 Nr. 3, 25 Abs. 1 Var. 2, Abs. 2 StGB

U könnte sich gem. §§ 115 Abs. 3, 113 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 Nr. 3, 25 Abs. 1 Var. 2, Abs. 2 StGB wegen des besonders schweren, mittäterschaftlichen Widerstands gegen Personen, die Vollstreckungsbeamten gleichstehen, in mittelbarer Täterschaft strafbar gemacht haben, indem sie den Rettungswagen blockierte.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektive Tatbestandsmäßigkeit

Dazu müsste U bei einem Unglückfall einen Rettungsdienst durch Gewalt behindert haben. Unter einem Unglücksfall ist ein plötzlich eintretendes Ereignis zu verstehen, welches eine erhebliche Gefahr für Personen oder Sachwerte mit sich bringt oder zu bringen droht.[110] Der Absturz des Ziegelsteins, welcher G traf, stellt ein solch plötzliches, lebensgefährliches Ereignis, mithin einen Unglücksfall, dar. U übte mit ihrer Sitzblockade durch die Autofahrer der ersten Reihe gegenüber den Fahr-

[108] Siehe zu dieser Ansicht ausführlich *Wörner*, Der fehlgeschlagene Versuch zwischen Tatplan und Rücktrittshorizont, 2010; *Scheinfeld*, JuS 2002, 25 ff.; *Schroeder*, NStZ 2009, 9 ff.; *Fahl*, GA 2014, 469 ff.; *Putzke,* ZJS 2013, 620 (621 ff.).

[109] BGH NStZ-RR 2021, 108; BGH NStZ 2007, 34 (35 Rn. 3); *Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315b Rn. 14; *Zieschang*, in: NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 315b Rn. 10; *Kudlich*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 315b Rn. 16; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 45 Rn. 11; *Mitsch*, DAR 2017, 70 (71); *Kubiciel*, JurisPR-StrafR 17/2016, Anm. 1.

[110] BGHSt 6, 152; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 323c Rn. 5; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 46. Aufl. 2022, Rn. 1059; *Conen*, in: AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 323c Rn. 18.

zeugen ab der zweiten Reihe Gewalt aus (s.o.). Somit liegt auch gegenüber den Rettungswagen steuernden Rettungskräften Gewalt vor. Die Rettungskräfte gehören dem Roten Kreuz, einem Rettungsdienst[111] im Sinne der Norm,[112] an und führten gerade eine Rettungshandlung durch, indem sie G ins Krankenhaus fuhren.[113] Dass sie dabei nicht mehr am Einsatzort waren, ist nicht maßgeblich.[114] Für die Tathandlung der Behinderung ist darüber hinaus ein nicht unerheblicher[115] Behinderungserfolg von Nöten.[116] Die Rettungshandlung muss mithin zumindest erschwert werden.[117] Durch die Blockade wurde den Rettungskräften der Weg versperrt,[118] weswegen es ihnen zeitweise nicht gelang, G ins Krankenhaus zu bringen, wodurch auch der Behinderungserfolg gegeben ist, den U mit den L.G. in gem. 25 Abs. 2 StGB zurechenbarer Weise (s.o.) herbeiführte. Somit ist der objektive Tatbestand der §§ 115 Abs. 3, 113 Abs. 1 StGB erfüllt.

b) Subjektive Tatbestandsmäßigkeit

U handelte mit dolus eventualis (s.o.), sodass auch der subjektive Tatbestand erfüllt ist.

2. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit

U handelte rechtswidrig und schuldhaft (s.o.).

3. Regelbeispiel

Ferner könnte U das Regelbeispiel des § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 StGB erfüllt haben. Die dazu benötigte gemeinschaftliche Tatbegehung ist angesichts der mittäterschaftlichen Begehung mit L.G. am Tatort gegeben.[119]

---

[111] Diese sollten vollumfänglich geschützt werden vgl. BT-Drs. 17/6505, S. 5; AG Wolfenbüttel BeckRS 2019, 24539 Rn. 5.

[112] OLG Hamm BeckRS 2022, 6141 Rn. 19; *Bosch*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 115 Rn. 10; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 115 Rn. 6; *Fahl*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2020, § 115 Rn. 5; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 46. Aufl. 2022, Rn. 628; enger *Thürmann/Ruppel*, GuP 2022, 27 (30 f.).

[113] *Thürmann/Ruppel*, GuP 2022, 27 (32.).

[114] *Rosenau*, in: LK-StGB, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 115 Rn. 19; *Fahl*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2020, § 115 Rn. 5.

[115] BT-Drs. 18/12153, S. 7; *Rosenau*, in: LK-StGB, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 115 Rn. 20; *Popp*, in: LK-StGB, Bd. 12, 12. Aufl. 2019, § 323c Rn. 146; *Fahl*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2020, § 115 Rn. 5.

[116] *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 115 Rn. 22; *Rosenau*, in: LK-StGB, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 115 Rn. 18; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 42a Rn. 2; *Zopfs*, GA 2012, 259 (273); *Dallmeyer*, in: BeckOK-StGB, Stand: 1.11.2022, § 115 Rn. 4.

[117] *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 115 Rn. 22; *Rosenau*, in: LK-StGB, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 115 Rn. 18; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 42a Rn. 2; *Singelnstein/Puschke*, NJW 2011, 3473 (3474); siehe auch *Barton*, in: AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 115 Rn. 5.

[118] Der Tatbestand wurde zur Sanktionierung dieser Fallgruppen geschaffen vgl. BT-Drs. 18/12153, S. 7; *Rosenau*, in: LK-StGB, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 115 Rn. 19; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 42a Rn. 2; *Müller*, NJ 2021, 298 (300); *Esser/Herz*, JA 2021, 373 (381); *Lenk*, JuS 2018, 229 (231).

[119] Es kann offenbleiben, ob kooperatives Verhalten ungeachtet §§ 25 Abs. 2, 27 StGB das Regelbeispiel ebenfalls erfüllt.

4. Ergebnis

Daher hat sich U gem. §§ 115 Abs. 3, 113 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 Nr. 3, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht, indem sie sich auf der Fahrbahn festklebte.

II. §§ 323c Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB

Ferner könnte sich U gem. §§ 323c Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB der Behinderung von hilfeleistenden Personen in Mittäterschaft strafbar gemacht haben, indem sie den Rettungswagen blockierte.

1. Tatbestand

Dazu müsste U jemanden behindert haben, der bei einem Unglücksfall Hilfe geleistet hat oder leisten wollte. Ein Unglücksfall war gegeben (s.o.). Die Rettungskräfte waren gerade dabei, G zu helfen. Diese wurden von den L.G. mittäterschaftlich behindert (s.o.). Um einen Gleichlauf zwischen § 115 Abs. 3 StGB und § 323c Abs. 2 StGB zu erreichen, ist auch i.R.d. § 323c Abs. 2 StGB nicht erforderlich, dass die Tat in unmittelbarer Nähe des Unfallorts begangen wird.[120] Daher ist der objektive Tatbestand erfüllt.

U handelte mit dolus eventualis, sodass auch der subjektive Tatbestand erfüllt ist.

2. Rechtwidrigkeit und Schuldhaftigkeit

U handelte rechtswidrig und schuldhaft (s.o.).

3. Ergebnis

Daher hat sich U gem. §§ 323c Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

> *Hinweis*: Angesichts des Konkurrenzverhältnisses zu §§ 115 Abs. 3, 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 3, 25 Abs. 1 Var. 2, Abs. 2 StGB kann die Prüfung der §§ 323c Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB auch durch einen kurzen Hinweis auf die Subsidiarität ersetzt werden.[121]

III. §§ 315b Abs. 1 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB

Zwar liegt mit der Straßenblockade grundsätzlich das Bereiten eines Hindernisses i.S.d. § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB vor.[122] Es handelt sich auch um einen tatbestandlichen Außeneingriff.[123] Ob aufgrund der

---

[120] *v. Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 323c Rn. 32; *Verrel*, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, § 323c Rn. 11; *Popp*, in: LK-StGB, Bd. 12, 12. Aufl. 2019, § 323c Rn. 146; *Grube*, in: juris PraxisKommentar Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl. 2022, StGB § 323c Rn. 37; a.A. *Lenk*, JuS 2018, 229 (232 f.) mit schwachem Wortlautargument; dem folgend wohl *Conen*, in: AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 323c Rn. 41.

[121] Ganz h.M. *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 323c Rn. 35; *Renzikowski*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 323c Rn. 33; *Popp*, in: LK-StGB, Bd. 12, 12. Aufl. 2019, § 323c Rn. 170; *Fahl*, ZStW 2018, 745 (750); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 53 Rn. 52; a.A. *Bosch*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 115 Rn. 16 (Tateinheit).

[122] Vgl. BGHSt 41, 231; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315b Rn. 6; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 315b Rn. 4; *Burmann*, in: Burmann u.a., Straßenverkehrsrecht, Kommentar, 27. Aufl. 2022, § 315b Rn. 4.

[123] *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315b Rn. 6; *Heger*, in: Lackner/

Blockade eine konkrete Lebens- oder Leibesgefahr für G eintrat, könnte dahinstehen, wenn die Strafbarkeit der U gem. §§ 315b Abs. 1 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB schon aus anderen Gründen ausscheidet. Fraglich ist, ob durch ihre Tathandlung eine verkehrsspezifische Gefahr hervorgerufen wird. Eine i.S.v. § 315b Abs. 1 StGB tatbestandliche Gefahr muss zumindest auch auf die Wirkungsweise der für Verkehrsvorgänge typischen Fortbewegungskräfte zurückzuführen sein.[124] Die Gefahr resultiert aber gerade nicht aus der Fortbewegung, sondern aus dem Stillstand des Verkehrs, als dessen Gegenteil. Eine etwaige Lebensgefahr für G ging damit allein von der Verzögerung der Krankenbehandlung und nicht von einer verkehrsspezifischen Gefahr aus. Der Tatbestand scheidet somit aus.

B. Konkurrenzen

Die Strafbarkeit der U gem. §§ 323c Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB tritt hinter der Strafbarkeit nach §§ 115 Abs. 3, 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 3, 25 Abs. 1 Var. 2, Abs. 2 StGB im Wege der Spezialität zurück. Die bezüglich den Rettungskräften mitverwirklichte Nötigung nach §§ 240 Abs. 1, Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB tritt hinter §§ 115 Abs. 3, 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 3, 25 Abs. 2 StGB als lex specialis zurück.[125] Die Nötigung der anderen Autofahrer ab der zweiten Reihe steht wegen der Fortdauer der Tathandlung in Tateinheit nach § 52 StGB.

Gesamtergebnis

Im Gesamtergebnis hat sich U somit gem. §§ 115 Abs. 3, 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 3, 240 Abs. 1, Abs. 2, 25 Abs. 1 Var. 2, Abs. 2, 52 StGB strafbar gemacht. B hat sich gem. §§ 240 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 315b Rn. 4; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 45 Rn. 3; zum verkehrsfremden Inneneingriff (Pervertierungsfall) vgl. BGH NZV 1990, 35; BGH NJW 1996, 203 (204 f.); BGH StraFo 2010, 259; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 315b Rn. 9; *Zieschang*, in: NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 315b Rn. 20.

[124] BGH NStZ 2016, 407 (408).

[125] *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 113 Rn. 68; *Dietmeier*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 113 Rn. 89; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 113 Rn. 26.

Fortgeschrittenenklausur: Cum-Cum des kleinen Mannes

*Wiss. Mitarbeiter Jannik Heine, Ref. iur. und Wiss. Hilfskraft Jonathan Kuchinke, Marburg**

Die Fortgeschrittenenklausur wurde im Wintersemester 2022/2023 als Teil der Fortgeschrittenen Übung im Strafrecht bei Prof. Dr. Stefanie Bock gestellt. Die Bearbeitungszeit betrug 120 Minuten. Im Durchschnitt wurden 4,06 Punkte erzielt (Misserfolg: ca. 45 %; Prädikat: ca. 7 %). Die Klausur weist einen durchschnittlichen Schwierigkeitsgrad auf. Die Schwerpunkte aus dem Kernbereich der Vermögensdelikte sollten mit dem Grundhandwerkszeug gut zu lösen sein: Bestimmung des korrekten Tatobjekts, Wegnahme, Aneignungsabsicht bei Verzehr, Bestimmung der Unbefugtheit in § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB, Gefährdungsschaden, Irrtum. Die Zusatzfrage verlangt Ausführungen zum Strafprozessrecht und ist vom Niveau im überdurchschnittlichen Bereich angesiedelt, da man sich mit einer unbekannten Frage auseinandersetzen muss. Hier stand das Auffinden der relevanten Normen mit sachgerechter Argumentation im Vordergrund und weniger das Ergebnis.

Sachverhalt

An einem heißen Sommertag ist T in der Getränkeabteilung eines Supermarkts der R-GmbH. Obwohl T kein Geld dabei hat, ist er der Meinung, dass endgültig die Frage geklärt werden müsse, ob BraTee oder Dirtea das bessere Getränk zum Durst löschen sei. Aus diesem Grund trinkt T jeweils eine Dose BraTee und eine Dose Dirtea aus. Dass am Ladeneingang und an den Regalen ein Schild mit der Aufschrift „Konsum der Ware vor Bezahlung ist unzulässig“ steht, interessiert T nicht. Nach Vollendung der Verkostung inklusive anschließender Evaluation der Produkte, legt T die Dosen in den mitgebrachten Einkaufswagen und geht zum Pfandautomaten. Dort wirft T die leeren Dosen in die vorgesehene Öffnung. Der Automat liest ordnungsgemäß die Etiketten der Dosen aus und stellt T anschließend einen Pfandbon über 50 Cent aus.

Mit dem Pfandbon geht T zur Kasse und löst diesen ein. Die Auszahlung wickelt K – als Kassierkraft bei der R-GmbH angestellt – ab, ohne sich Gedanken um die Herkunft des Pfandbons zu machen. Anschließend verlässt T das Geschäft.

Frage 1

Wie hat sich T nach dem StGB strafbar gemacht?

---

* Der Sachverhalt wurde im Wintersemester 2022/23 als Klausur für Fortgeschrittene im Strafrecht gestellt. Die *Autoren* bedanken sich bei Prof. *Dr. Stefanie Bock* für die wertvollen Anmerkungen und Hinweise.

** Der Autor *Heine* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bankrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. *Dr. Sebastian Omlor*, LL.M. (NYU), LL.M. Eur. an der Universität Marburg. Der Autor *Kuchinke* ist Rechtsreferendar am Landgericht Marburg und Wiss. Hilfskraft am Institut für Kriminalwissenschaften bei Prof. *Dr. Stefanie Bock* an der Philipps-Universität Marburg.

Hinweis: §§ 303, 261 und 123 StGB sind nicht zu prüfen.
Bei dem Pfandbon handelt es sich um ein sog. kleines Inhaberpapier i.S.d. § 807 BGB. Der Aussteller hat an den Besitzer des Bons gegen dessen Rückgabe zu leisten (vgl. § 807 BGB i.V.m. § 797 S. 1 BGB).
§ 31 Abs. 2 S. 1 Verpackungsgesetz lautet: Vertreiber von mit Getränken befüllten Einweggetränkeverpackungen sind verpflichtet, restentleerte Einweggetränkeverpackungen am Ort der tatsächlichen Übergabe oder in dessen unmittelbarer Nähe zu den geschäftsüblichen Öffnungszeiten unentgeltlich zurückzunehmen und das Pfand zu erstatten.

Wegen der Überwachungskameras, die im Laden aufgestellt waren, wird das Verhalten von T nachträglich bemerkt und Anklage gegen T erhoben. Als die Hauptverhandlung beginnt, ist T jedoch entsetzt. Die die Hauptverhandlung leitende Richterin R ist nämlich einzige Gesellschafterin der R-GmbH. T meint daher, dass R kraft Gesetzes ausgeschlossen sei oder jedenfalls die Besorgnis der Befangenheit bestünde. R widerspricht, da nur die R-GmbH (nicht aber sie selbst) Opfer der Straftaten von T sei.

Frage 2

Kann T R als Richterin ablehnen?

Frage 1 344
Tatkomplex 1: Trinken des Tees 344
I. § 242 Abs. 1 StGB durch Austrinken der Dosen 344
1. Objektiver Tatbestand 344
a) Fremde bewegliche Sache 344
b) Wegnahme 345
2. Subjektiver Tatbestand 346
a) Vorsatz 346
b) Absicht rechtswidriger Zueignung 346
3. Rechtswidrigkeit und Schuld 346
4. Zwischenergebnis 346
II. § 246 Abs. 1 StGB durch Austrinken der Dosen 346
Tatkomplex 2: Pfandautomat 347
I. § 263a Abs. 1 Var. 2, Var. 3 StGB durch Einwerfen in den Pfandautomaten 347
1. Objektiver Tatbestand 347
a) Verwendung unrichtiger Daten 347
b) Unbefugte Verwendung der Daten 347
c) Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs mit unmittelbar vermögensmindernder Wirkung 348
d) Vermögenschaden 349

2. Subjektiver Tatbestand 349
3. Rechtswidrigkeit und Schuld 349
4. Ergebnis 349
II. § 246 Abs. 1 StGB 350
Tatkomplex 3: Kasse 350
I. § 263 Abs. 1 StGB durch Einlösen des Pfandbons 350
1. Objektiver Tatbestand 350
a) Täuschung 350
b) Irrtum 351
2. Zwischenergebnis 351
Gesamtergebnis 351
Frage 2 351
I. Gesetzlicher Ausschluss 351
II. Besorgnis der Befangenheit 352
III. Ergebnis 352

Frage 1

Tatkomplex 1: Trinken des Tees

I. § 242 Abs. 1 StGB durch Austrinken der Dosen

Indem T die Dosen ausgetrunken hat, kann sich T wegen Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde bewegliche Sache

Zunächst muss eine fremde bewegliche Sache vorgelegen haben. Bei den Dosen handelt es sich um körperliche Gegenstände, welche tatsächlich fortbewegt werden können. Fraglich ist aber, ob es sich bei dem Doseninhalt um eine eigenständige Sache handelt. Entscheidend für die Bestimmung der Körperlichkeit ist die Abgrenzbarkeit. Flüssigkeiten haben dann eine eigenständige Sachqualität, wenn sie sich – wie hier – in einem Behältnis befinden.[1] Der Doseninhalt stellt damit eine eigenständige Sache dar.

Dosen und Inhalt sind fremd, wenn sie im Eigentum einer anderen Person als T stehen.[2] Die Dosen und deren Inhalt standen im Eigentum der R-GmbH und sind damit taugliche Tatobjekte.

[1] Grundlegend RGSt 29, 111; *Ellenberger*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 82. Aufl. 2023, § 90 Rn. 1.
[2] *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 31.

Anmerkung: Eine Differenzierung zwischen Einheits- und Individualprodukten wird nur bei Mehrwegflaschen vorgenommen.[3] Sie ist für diesen Fall daher nicht relevant.

b) Wegnahme

T hat die Dosen und ihren Inhalt weggenommen, wenn T fremden Gewahrsam gebrochen und neuen Gewahrsam begründet hat.[4] Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherschafft, wobei sich beides nach der Verkehrsanschauung bestimmt.[5] Die Dosen befanden sich in Räumlichkeiten, welche von der Verkehrsanschauung der R-GmbH zugeordnet werden. Anders als Besitz können juristische Personen jedoch keinen Gewahrsam innehaben. Für diese üben dann das jeweils zuständige Organe die Sachherrschaft aus, hier also die Marktleitung.[6] Die Dosen samt Inhalt befanden sich in dem von der Marktleitung kontrollierten Herrschaftsbereich und waren damit Gegenstand fremden Gewahrsams.

Neuen Gewahrsam hat T begründet, wenn T die Herrschaft über die Sachen derart erlangt hat, dass diese ohne Behinderung durch die bisher gewahrsamsinhabende Person ausgeübt werden kann.[7] Bei unauffälligen, leicht beweglichen Gegenständen, genügt es, wenn diese ergriffen werden, da zu diesem Zeitpunkt ein fremder Zugriff auf die Sache nicht mehr möglich ist.[8] Die Dosen waren aber so groß, dass sie trotz des Ergreifens weiterhin für alle umstehenden Personen sichtbar waren. Als T die Dosen öffnete und aus ihnen trank, war erkennbar, dass es sich um Dosen handelte, die aus dem Regal genommen waren und noch an der Kasse bezahlt werden mussten. T hat die Dosen nicht zwischenzeitlich in die eigene Sozialsphäre verbracht und damit die Zuordnung zum generellen Herrschaftsbereich der Marktleitung unterbrochen. Somit hatte T zu keinem Zeitpunkt die alleinige Herrschaft über die Dosen und damit keinen Gewahrsam.

Anders verhält es sich mit dem Doseninhalt. In dem Augenblick des Trinkens wurde die bisher gewahrsamsinhabende Person von jedem Einfluss auf diesen Teil der Ware ausgeschlossen. Der Inhalt war nach der allgemeinen Verkehrsanschauung eindeutig der Herrschaftssphäre von T zuzuordnen. An einer neuen Gewahrsamsbegründung könnte man allenfalls deswegen zweifeln, weil die Doseninhalte mit Vollendung des Schluckakts ihre Sachqualität verloren haben und der neue Gewahrsam daher nur für wenige Sekunden bestand. Auf die Dauer des neuen Gewahrsams kommt es aber nicht an. Insgesamt kann der Fall nicht anders beurteilt werden, als wenn T einen kleinen Gegenstand innerhalb der Geschäftsräume in den Mund genommen hätte, um ihn dort zu verstecken.[9] Somit hat T neuen Gewahrsam an dem Doseninhalte begründet.

Fremden Gewahrsam hat T gebrochen, wenn T den Gewahrsam der bisher innehabenden Person ohne deren Einverständnis aufgehoben hat.[10] Ausweislich des im Laden aufgestellten Schildes, bestand kein Einverständnis hinsichtlich des Konsums von Produkten vor dem Bezahlen. Somit

[3] Zu der Eigentumsfrage bei Pfandflaschen siehe BGH NJW 2007, 2913 (2913, 2914).
[4] RGSt 48, 58 (59 f.); *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 49.
[5] BGHSt 16, 271 (273) = NJW 1961, 2266; Krit. zur Normativierung *Rotsch*, ZJS 2008, 132 (135 ff.).
[6] *Kindhäuser/Hilgendorf*, in: Kindhäuser/Hilgendorf, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 242 Rn. 27.
[7] Krit. zu in diesem Zusammenhang formulierten abweichenden Theorien *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 84.
[8] BGH NStZ 2019, 613 (614) m.w.N.
[9] Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1986, 392 (teilweises Austrinken von drei Schnapsflaschen).
[10] *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 86; Für eine Reduktion auf die Formel „gegen den Willen“ siehe *Ludwig/Lange*, JuS 2000, 446 (449 f.).

erfolgte der Gewahrsamswechsel an den Doseninhalten auch ohne Einverständnis. T hat den fremden Gewahrsam also gebrochen und den Doseninhalt somit weggenommen.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

T hatte Kenntnis aller die Tatbestandsverwirklichung begründenden Umstände und billigte diese auch, handelte also vorsätzlich.[11]

b) Absicht rechtswidriger Zueignung

T wollte den Doseninhalt zumindest temporär in das eigene Vermögen einverleiben und billigte außerdem, dass die bisher eigentumsinnehabende Person dauerhaft aus ihrer Position verdrängt wird.[12] Dass T hier nicht nur den Entzug der faktischen Ausübungsmöglichkeiten, die das Eigentum bietet, sondern sogar den Verlust des Eigentumsrechts billigte, rechtfertigt keine abweichende Bewertung.[13] Liegt der wirtschaftliche Wert einer Sache gerade im einmaligen Verbrauch und will der Täter sich gerade diesen einverleiben, liegt nicht ein bloßes Zerstören vor, sondern ein Überführen in die eigene Vermögenssphäre; T handelte folglich mit Aneignungsabsicht. Ein Anspruch auf Übereignung der Doseninhalte bestand nicht, was T auch bewusst war.[14] Somit handelte T mit der Absicht, sich die Doseninhalte rechtswidrig zuzueignen.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- oder Schuldausschließungsgründe sind nicht ersichtlich. T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Zwischenergebnis

T hat sich wegen Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Wegen der Geringwertigkeit der weggenommenen Sache ist das Strafantragserfordernis nach § 248a StGB zu beachten.

II. § 246 Abs. 1 StGB durch Austrinken der Dosen

Der gleichzeitig verwirklichte § 246 Abs. 1 StGB tritt aufgrund formeller Subsidiarität gem. § 246 Abs. 1 StGB a.E. zurück.

---

[11] BGH NStZ 1999, 507 (508); *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13 Aufl. 2021, § 20 Rn. 53 f.; *Maurach/Zipf/Jäger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilbd. 1, 9. Aufl. 2022, § 22 Rn. 34.

[12] RGSt 43, 17 (20); *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 126.

[13] *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 132.

[14] Zum Erfordernis eines Anspruchs auf Übereignung siehe *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 173; Zur Gegenauffassung, welche die Rechtswidrigkeit nur bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 229 BGB verneint siehe *Hirsch*, JZ 1963, 149 (152).

Tatkomplex 2: Pfandautomat

I. § 263a Abs. 1 Var. 2, Var. 3 StGB durch Einwerfen in den Pfandautomaten

T kann sich gem. § 263a Abs. 1 Var. 2, Var. 3 StGB eines Computerbetruges schuldig gemacht haben, indem er die nicht bezahlten Dosen in den Pfandautomaten warf.

1. Objektiver Tatbestand

a) Verwendung unrichtiger Daten

T könnte unrichtige Daten verwendet haben. Unrichtig sind Daten, wenn der durch sie vermittelte Informationsgehalt in der Wirklichkeit keine Entsprechung hat, sie sind unvollständig, wenn sie den Sachverhalt, auf den sie sich beziehen, nicht ausreichend erkennen lassen.[15] Hier hat T aber gerade nicht die einzulesenden Informationen manipuliert. Er hat den Automaten vielmehr äußerlich korrekt bedient, sodass die Verwendung unrichtiger Daten ausscheidet.

b) Unbefugte Verwendung der Daten

T könnte durch das Einlegen des Leerguts Daten unbefugt verwendet haben. Verwendet sind die Daten, wenn sie in das Datenverarbeitungsgerät eingebracht werden, was hier durch das Einlegen und der erfolgenden Erfassung durch den Automaten vorliegt.

Fraglich ist, ob die Daten auch unbefugt verwendet wurden.

Man könnte dafür verlangen, dass sich der entgegenstehende Wille des Betreibers in irgendeiner Form in der Programmierung des Automaten niederschlagen muss.[16] Auf den Fall bezogen wäre es danach erforderlich, dass der Pfandautomat prüft, ob das eingelegte Leergut zuvor bezahlt wurde. Pfandautomaten prüfen jedoch nur flaschenbezogene Informationen, nicht aber darüber hinausgehende Umstände, insbesondere nicht, ob diese konkrete Dose zuvor bezahlt wurde. Danach fehlt es an der Unbefugtheit.

Es ließe sich aber auch mit einer rein subjektiven Betrachtung auf den Willen des Automatenbetreibers abstellen.[17] Dieser wird angesichts der drohenden Schäden nicht wollen, dass unbezahlte Pfanddosen zurückgegeben werden, sodass insofern von einer unbefugten Verwendung auszugehen ist.

Angesichts der systematischen Stellung des § 263a StGB ließe sich auch auf eine betrugsähnliche Auslegung abstellen.[18] Eine unbefugte Verwendung liegt danach vor, wenn eine fiktive Person anstelle des Pfandautomaten durch die Handlung des Täters über die Verwendungsbefugnis getäuscht werden würde. Das Einwerfen des Leerguts enthält die konkludente Erklärung, dass das Leergut vorher ordnungsgemäß erworben und dabei der Pfandpreis entrichtet wurde, jedenfalls aber kein

---

[15] Zur Definition siehe BGH NJW 2013, 2608 (2610); *Hefendehl/Noll,* in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263a Rn. 49.

[16] LG Freiburg NJW 1990, 2635 (2637); *Achenbach*, JR 1994, 293.

[17] BayObLG JR 1994, 289 (291); *Popp*, JuS 2011, 392; vgl. auch *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 16.

[18] BGHSt 38, 120 (121 f.); 47, 160 (162 f.); *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 263a Rn. 13; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 19; *Hefendehl/Noll,* in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263a Rn. 78 ff.

unberechtigter Entwender zu sein, der sich das Leergut durch verbotene Eigenmacht verschafft hat. Nach dieser Auffassung wäre damit eine unbefugte Verwendung gegeben.

Für die erste genannte computerspezifische Auffassung spricht die im Strafrecht aufgrund des Ultima-ratio Gedanken stets gebotene enge Auslegung des Tatbestandes. Gegen eine derart enge Begrenzung des Tatbestandes spricht jedoch, dass man den mit der Einführung von § 263a StGB verfolgten Zweck, Strafbarkeitslücken bei § 263 StGB infolge der Digitalisierung zu schließen, nicht hinreichend erfüllen würde. § 263a StGB sollte gerade als Ergänzung des § 263 StGB dienen.[19] Der Tatbestand würde aber regelmäßig mangels Identifizierungsmöglichkeit des Computers die Verwendung korrekter Daten durch einen Nichtberechtigten nicht erfassen. Ferner kommt der Var. 3 neben Var. 2 bei diesem engen Verständnis kaum noch eine eigenständige Bedeutung zu.[20] Demnach ist den beiden zuletzt genannten Auffassungen zu folgen und eine unbefugte Verwendung von Daten anzunehmen.

Anmerkung: Innerhalb der herrschenden betrugsspezifischen Auslegung wird teilweise vertreten, dass nicht auf einen fiktiven Angestellten abgestellt werden könne, der die Interessen des Automatenbetreibers umfassend wahrzunehmen hat, sondern auf das Vorstellungsbild eines Schalterangestellten abgestellt werden müsse, der sich nur mit Fragen befasst, die auch der Computer prüft bzw. für die sich auch im Computerprogramm Ansätze zur Kontrolle finden.[21] Dann wäre § 263a Abs. 1 Var. 1 StGB mangels Unbefugtheit nicht erfüllt. Gegen eine solche Auslegung lässt sich anführen, dass sie letztlich die betrugsspezifische Auslegung der computerspezifischen Interpretation stark annähert und damit auch auf die fiktive Vergleichsperson gleich gänzlich verzichtet werden könnte, wenn man sie nicht von den Beschränkungen des Computers befreit.

c) Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs mit unmittelbar vermögensmindernder Wirkung

T müsste Daten verwendet haben, die das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs derart beeinflusst haben, dass es zu einer vermögensmindernden Wirkung gekommen ist. Daten im Sinne der Vorschrift sind alle kodierten und kodierbaren Informationen in einer im Wege automatisierter Verarbeitung nutzbaren Darstellungsform.[22] Ein Pfandautomat liest von dem eingelegten Pfandgut und/oder dessen Barcode verschiedene Informationen (Größe, Form, Farbe, Gewicht) ab und weist der Kombination dieser Informationen ein bestimmtes Ergebnis zu. Das eingelegte Leergut enthält damit regelmäßig kodierte Informationen für den Automaten, die dieser im Anschluss einem Verarbeitungsprozess unterzieht.

Fraglich ist, ob dieser hier bereits vermögensmindernd wirkt, da zunächst einmal nur ein Pfandbon ausgedruckt wird.

Hier könnte man annehmen, dass eine vermögensmindernde Wirkung nicht schon mit dem bloßen Ausdruck des Pfandbons entsteht, sondern allenfalls mit der darauf erfolgenden Rückzahlung des Pfands. Eine vermögensmindernde Wirkung wird allerdings auch schon dann angenommen, wenn der Schadenseintritt kurz bevorsteht und dessen Eintritt nur noch vom Zufall abhängt, sodass

[19] *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 263a Rn. 2, 13; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 647.

[20] Vgl. *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 17; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 647.

[21] Vgl. OLG Hamm BeckRS 2020, 9059.

[22] Zur Definition siehe *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 4.

bei wirtschaftlicher Betrachtung bereits eine Minderung des Vermögens anzunehmen ist.[23] Voraussetzung für eine solche schadensgleiche Vermögensgefährdung ist, dass der Schaden konkret bezifferbar ist. Letzteres wäre hier mit Blick auf den ausgestellten Bon i.H.v. 50 Cent der Fall.

Die schadensgleiche Vermögensgefährdung könnte sich hier aus der Qualifizierung des Pfandbons als sog. kleines Inhaberpapier i.S.d. § 807 BGB ergeben. So besteht eine Pflicht zur Erfüllung des vermerkten Anspruchs (= Auszahlung des Pfandes) nach § 807 BGB i.V.m § 797 S. 1 BGB gegen Aushändigung dieses Bons. Ohne weiteren Nachweis über die tatsächliche Berechtigung sind T die 50 Cent auszuzahlen. Diese Überlegung wird durch § 31 Abs. 2 S. 1 Verpackungsgesetz bekräftigt, wonach am Ort der Rücknahme das Pfand zu erstatten ist. Hieraus ergibt sich in wirtschaftlicher Hinsicht bereits eine Verschlechterung der Vermögenslage des Marktinhabers, denn dem schuldrechtlichen Anspruch nach § 793 Abs. 1 BGB wohnt zweifellos ein entsprechender wirtschaftlicher Wert inne, der sich bei dessen späterer Einlösung nur noch vollends realisiert.

Damit liegt mit dem Ausdruck des Pfandbons eine Vermögensminderung vor, der unmittelbar durch den Datenverarbeitungsvorgang entstanden ist.

d) Vermögenschaden

T müsste dadurch unmittelbar einen Schaden zugefügt haben. Schaden meint dabei jede nachteilige Vermögensdifferenz.[24] Dabei werden die Vermögenswerte vor und nach der schädigenden Handlung miteinander verglichen. Nach den obigen Ausführungen liegt der Schaden hier i.H.v. 50 Cent nach dem Ausdruck des Bons in Form einer schadensgleichen Vermögensgefährdung („Gefährdungsschaden“) vor.

> *Anmerkung*: Auch die Annahme eines bereits endgültigen Schadens ist mit entsprechender Begründung vertretbar.[25]

2. Subjektiver Tatbestand

T handelte vorsätzlich und mit der Absicht sein Vermögen zu mehren, mithin mit Bereicherungsabsicht.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

T hat sich somit eines Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB schuldig gemacht, indem er die Dosen in den Automaten eingab. Wegen der Geringwertigkeit des Schadens ist das Strafantragserfordernis nach § 263a Abs. 2 StGB i.V.m. § 263 Abs. 4 StGB i.V.m. § 248a StGB zu beachten.

---

[23] BGHSt 21, 112 (113); 34, 394 (395); *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2020, § 14 Rn. 114.

[24] Zur Definition siehe *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 99; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 13 Rn. 181.

[25] Vgl. die Ausführungen *Heinrichs*, ZJS 2013, 407 (415).

II. § 246 Abs. 1 StGB

Die gleichzeitig mitverwirklichte Unterschlagung tritt kraft formeller Subsidiarität gem. § 246 Abs. 1 StGB a.E. hinter § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB zurück.

> *Anmerkung:* Lehnt man die Verwirklichung von § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB ab, ist eine ausführlichere Prüfung von § 246 Abs. 1 StGB angebracht. Das Einwerfen der Pfanddosen ist als eindeutige Manifestation eines Zueignungswillens unproblematisch als Zueignung der Dosen anzusehen[26]. Probleme bereitet aber die Subsidiaritätsklausel des § 246 Abs. 1 StGB a.E.: Als andere Tat kommt der Diebstahl am Doseninhalt in Betracht. Hier sind dann umfassende Ausführungen zum Tatbegriff des § 246 StGB erforderlich. Zwar handelt es sich beides um Straftaten gegen das Vermögen, allerdings um unterschiedliche Tatobjekte. Während die Rechtsprechung mit ihrem weiten Verständnis des Tatbegriffs[27] die Unterschlagung trotzdem als subsidiär ansehen dürfte, kann mit dem vom Schrifttum favorisierte restriktiven Verständnis[28] auch ein anderes Ergebnis begründet werden.

Tatkomplex 3: Kasse

I. § 263 Abs. 1 StGB durch Einlösen des Pfandbons

T kann sich weiterhin durch das Einlösen des Pfandbons wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber K und zulasten der R-GmbH strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung

T muss getäuscht haben. Täuschen meint jedes bewusst irreführende Einwirken auf das Vorstellungsbild eines anderen.[29] Getäuscht werden kann nur über Tatsachen, also Vorgänge oder Zustände der Gegenwart oder Vergangenheit, die dem Beweis zugänglich sind.[30] Bei dem Einlösen des Pfandbons hat T zwar nichts ausdrücklich erklärt, doch reicht es aus, wenn mit seinem Verhalten eine konkludente Erklärung über Tatsachen einhergeht. Mit dem Einlösen des Bons erklärt der Einreichende diesen ordnungsgemäß erlangt zu haben, was hier angesichts des Diebstahls und des Computerbetruges nicht der Fall ist. Dementsprechend liegt eine konkludente Täuschung vor.

---

[26] Bei der Rückgabe handelt es sich um eine Übereignung an die Betreiberin des Supermarktes, welche allerdings schon Eigentümerin ist. Zu rechtsgeschäftlichem Handeln als Fall der Zueignung siehe *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 25.

[27] Siehe nur BGHSt 47, 243 (244).

[28] Siehe etwa *Krüger/Ströhlein*, JA 2019, 401 (406); *Mitsch*, ZStW 111 (1999), 65 (95).

[29] Zur Definition siehe *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 13 Rn. 9.

[30] Zur Definition siehe *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 96; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 517.

b) Irrtum

Es müsste bei K ein täuschungsbedingter Irrtum entstanden sein, also eine Fehlvorstellung über Tatsachen, die Gegenstand der Täuschung waren. Hier macht K sich aber gar keine Gedanken bei der Abwicklung des Pfandbons. Er ist gem. § 807 BGB i.V.m. § 797 S. 1 BGB gegen Aushändigung dieses Bons zur Auszahlung verpflichtet. Der Rechtsverkehr verlangt es daher nicht, dass sich K – zumindest auf Ebene des sachgedanklichen Mitbewusstseins – Gedanken über die Berechtigung von T macht.[31] Es kommt also zu keiner Fehlvorstellung. In einem solchen Fall fehlt es an der dem Betrug wesenseigenen Überlistung.[32]

> *Anmerkung*: Es ist auch vertretbar den Betrug direkt als bloßen Sicherungsbetrug hinter dem Computerbetrug zurücktreten zu lassen. Sollte man einen Irrtum annehmen, wäre jedenfalls mit Blick auf den bloßen Sicherungscharakter der Schaden zu verneinen. Das gleiche muss dann auch für einen versuchten Betrug gelten, wenn man davon ausgeht, T hätte zumindest gebilligt, dass K davon ausging, der Pfandbon sei ordnungsgemäß erlangt worden.

2. Zwischenergebnis

Durch das Einlösen des Pfandbons hat sich T damit nicht wegen Betrug strafbar gemacht.

Gesamtergebnis

T ist strafbar wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB. Der Computerbetrug gem. § 263a Abs. 1 StGB wurde zwar nicht durch die gleiche Körperbewegung verwirklicht, steht aber in engem zeitlichem, örtlichem und sachlichem Zusammenhang dazu, sodass eine natürlichen Handlungseinheit vorliegt[33]. Es liegt also Tateinheit gem. § 52 StGB vor.

Frage 2

R kann nach § 24 Abs. 1, Abs. 3 StPO von T abgelehnt werden, wenn R kraft Gesetzes ausgeschlossen ist oder die Besorgnis der Befangenheit besteht.

I. Gesetzlicher Ausschluss

R ist nach § 22 Nr. 1 StPO ausgeschlossen, wenn R selbst durch die Straftat verletzt war. Die R-GmbH war Eigentümerin der Flaschen und deren Inhalts. Sie allein ist damit durch den Diebstahl verletzt. Auch der Computerbetrug hat nur das Vermögen der R-GmbH beeinträchtigt. Insofern ist diese formal betrachtet die durch die Straftat verletzte Person (vgl. § 13 GmbHG). Möglicherweise ist hier aber eine wertende Betrachtung geboten, da R einzige Gesellschafterin war. § 22 StPO stellt aber eine einfachgesetzliche Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG dar und muss daher um der erforderlichen Eindeutigkeit und Klarheit

---

[31] Vgl. zur fehlenden Prüfungspflicht eines Kassierers: *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 13 Rn. 50.

[32] *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 514.

[33] Zu den Voraussetzungen einer natürlichen Handlungseinheit siehe BGH NStZ 2016, 594 (595).

willen, eng ausgelegt werden.[34] Die Schädigung einer juristischen Person kann daher selbst dann nicht als ausreichend angesehen werden, wenn die abzulehnende Person alle Gesellschaftsanteile der geschädigten Gesellschaft innehat.[35]

> *Anmerkung*: Ein anderes Ergebnis ist hier gleichermaßen vertretbar, erfordert dann aber eine umfangreichere Argumentation. Insbesondere müsste sich mit der Frage auseinandergesetzt werden, warum trotz des Auffangtatbestandes in § 24 Abs. 2 StPO eine weite Auslegung der Ausschlusstatbestände von § 22 StPO geboten ist.

II. Besorgnis der Befangenheit

Nach § 24 Abs. 2 StPO besteht die Besorgnis der Befangenheit, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. Unparteilichkeit setzt dabei voraus, dass keine inneren Zustände des Richters seine von jeder falschen Rücksicht freie Einstellung zur Sache, seine Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten beeinträchtigen kann.[36] Ob die Unparteilichkeit tatsächlich nicht gegeben ist, ist intersubjektive nicht nachprüfbar. Es kommt daher grundsätzlich nur auf den Anschein an. Es muss auch berücksichtigt werden, dass Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG einen gesetzlichen Richter garantiert. Diese Garantie wirkt nicht nur zugunsten der angeklagten Person, sondern enthält auch die justizielle Verpflichtung, diese sicherzustellen. Ein bloß subjektives Empfinden ist daher nicht ausreichend. Entscheidend ist mithin, ob einem juristischen Laien die Besorgnis der ablehnenden Person einleuchtet.[37] Als Indiz für die Besorgnis der Befangenheit kann hier angeführt werden, dass die Voraussetzungen des Ausschlussgrundes in § 22 Nr. 1 StPO zwar nicht vorliegen, der Sachverhalt aber sehr ähnlich gelagert ist.[38] Mithin besteht die Besorgnis der Befangenheit.

III. Ergebnis

T kann R somit nach § 24 Abs. 1, Abs. 3 StPO ablehnen.

---

[34] BGHSt 44, 4 (7) = NJW 1998, 1234 (1235)
[35] RGSt 37, 414 (415); 69, 127 (128).
[36] BVerfGE 21, 139 (146) = NJW 1967, 1123; BGHSt 1, 34.
[37] *Conen/Tsambikakis*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 24 Rn. 15–22; zurecht krit. dazu *Zuck*, DRiZ 1988, 172.
[38] Vgl. BGHSt 51, 100 (111) = NJW 2007, 1760 (Mitglied eines Vereins, zu deren Lasten eine Untreue begangen wurde).

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 9.3.2022 und 27.10.2022 – 4 StR 200/21[1]

Gefahr erkannt, Gefahr gebannt?

Bei einem durch Unterlassen verwirklichten versuchten Tötungsdelikt setzt der Tatentschluss in Bezug auf die hypothetische Kausalität in kognitiver Hinsicht lediglich voraus, dass der Täter den Eintritt eines Rettungserfolgs für möglich hält.

(Leitsatz des *Verf.*)

StGB §§ 323c, 221, 211, 212 Abs. 1, 22, 16 Abs. 1, 13 Abs. 1
StPO § 261
GVG § 132

*Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau**

I. Besonderheiten der Prozessgeschichte

Die Daten von zwei Beschlüssen zu einem einzigen Aktenzeichen haben folgenden Grund: Der *4. Strafsenat* hatte über einen Fall zu entscheiden, dessen Ausgang von einer Rechtsfrage abhing, die der *5. Strafsenat* in einer Entscheidung vom 28.6.2017 („Göttinger Leberallokationsskandal")[2] anders entschieden hatte, als der *4. Strafsenat* es jetzt für den ihm vorliegenden Fall für richtig hielt. Will ein *Senat* von der Rechtsprechung eines anderen *Senats* abweichen, muss er, wenn es um dieselbe Rechtsfrage geht, nach § 132 Abs. 2 GVG den *Großen Senat* (§ 132 Abs. 1 StPO) anrufen (sog. Divergenzvorlage). Das darf er nach § 132 Abs. 3 S. 1 GVG allerdings nur, wenn er zuvor bei dem Spruchkörper angefragt hat, ob er überhaupt an seiner Rechtsauffassung festhalten will, die der anfragende *Senat* für verfehlt hält.

Dementsprechend hat der *4. Strafsenat* mit einem ausführlich begründeten Beschluss am 9.3.2022 beim *5. Strafsenat* angefragt.[3] Die Antwort kam am 27.9.2022 kurz und knapp:

> „Der Senat hält an eigener Rechtsprechung, die der beabsichtigten Entscheidung des 4. Strafsenats entgegensteht, nicht fest und schließt sich der Rechtsauffassung des anfragenden Senats an."[4]

So einfach kann es gehen, wenn man sich einig ist.

---

* Der *Verf.* ist Professor für Strafrecht an der Universität Passau und Inhaber einer außerplanmäßigen Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht in Wiesbaden. Zudem ist er als Strafverteidiger tätig.

[1] Die Entscheidung v. 9.3.2022 ist online abrufbar unter https://bit.ly/3JJRm5S sowie auch zu finden bei BeckRS 2022, 21703. Der Beschl. v. 27.10.2022 zum selben Aktenzeichen ist zu finden bei BeckRS 2022, 31917.

[2] BGH, Urt. v. 28.6.2017 – 5 StR 20/16 = BeckRS 2017, 121843.

[3] BGH, Beschl. v. 9.3.2022 – 4 StR 200/21 = BeckRS 2022, 21703.

[4] BGH, Beschl. v. 27.9.2022 – 5 ARs 34/22 = BeckRS 2022, 32026.

Solche Anfragen sind selten, könnten aber dazu dienen, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu stärken.[5] Der ehemalige Vorsitzende des *2. Strafsenats*, *Thomas Fischer*, hat in einem Beitrag aus dem Jahr 2014 daran appelliert, dass „die Möglichkeit zur Klärung offener Rechtsfragen zwischen den *Senaten* öfter als bisher genutzt werden sollte".[6] Nicht immer enden solche Anfragen konsensual: Erinnert sei nur an den Anfragebeschluss des *2. Strafsenats* aus dem Jahr 2016 zum Vermögensbegriff. Damals ging es um die Frage, ob die Nötigung zur Herausgabe von Betäubungsmitteln sich gegen das Vermögen des Genötigten richtet und den Tatbestand der Erpressung erfüllt, was der *2. Strafsenat*, unter seinem streitbaren Vorsitzenden *Thomas Fischer*, vorhatte zu verneinen.[7] Der *Senat* sah sich aber an der entgegenstehenden Rechtsprechung des *3. Strafsenats* gehindert, der den *2. Strafsenat* aber abblitzen ließ.[8] *Thomas Fischer* trat Ende April 2017 seinen vorzeitigen Ruhestand an und plötzlich hatte im *2. Strafsenat* anscheinend niemand mehr Interesse, die kritische Grundtendenz des *Senats* fortzuführen: Der *Senat* verzichtete auf eine Divergenzvorlage und teilte per Beschluss im August 2017 mit, dass er an seiner Rechtsprechung festhalte, „wonach auch Betäubungsmittel, deren Besitz verboten ist, ein taugliches Tatobjekt von Vermögensstraftaten wie Erpressung und Betrug sein können."[9]

II. Sachverhalt

Der hier zu besprechenden Entscheidung des *4. Strafsenats* liegt folgender Sachverhalt zugrunde: A fuhr aus Unachtsamkeit mit seinem Kraftfahrzeug bei Dunkelheit auf einer unbeleuchteten Landstraße mit einer Geschwindigkeit von 70 km/h in eine Gruppe von vier Personen, die am äußersten rechten Fahrbahnrand bzw. auf dem Seitenstreifen entlanglief. Eine Person wurde durch einen Streifstoß umgerissen und nicht lebensgefährlich verletzt. Eine weitere Person wurde nach einem Teilanstoß seitlich vom Auto des A abgewiesen, gegen einen Metallzaun geschleudert und so schwer verletzt, dass der Tod innerhalb weniger Minuten noch an der Unfallstelle eintrat; eine – geringe – Überlebenschance hätte bestanden, wenn unmittelbar nach dem Unfall sofort ärztliche Hilfe vor Ort gewesen wäre. Die beiden weiteren Personen wurden leicht verletzt.

A, der die Kollisionen wahrgenommen hatte, setzte seine Fahrt fort. Dabei rechnete er mit der Möglichkeit, dass die von ihm angefahrenen Fußgänger an den durch den Unfall erlittenen Verletzungen versterben könnten. Für diesen Fall hielt er es für möglich, dass er ihren Tod durch eine sofortige Verständigung eines Notarztes noch abwenden könnte. Den Todeseintritt nahm A billigend in Kauf. Zugleich hielt er es auch für möglich, dass die beiden Verletzten bereits verstorben oder nicht mehr zu retten waren. Dass A den Unfall durch seine Unachtsamkeit verursacht hatte und deshalb verpflichtet war, einen möglichen Todeseintritt abzuwenden, war ihm bewusst. Das Ziel von A war es, seine Beteiligung an dem Unfall zu verdecken.

III. Problemaufriss

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung in Tateinheit mit fahrlässiger Körperverletzung in drei tateinheitlichen Fällen sowie wegen versuchten Mordes in zwei tateinheitlichen Fällen in Tateinheit mit unerlaubtem Entfernen vom Unfallort verurteilt. Die mit der Sachrüge

[5] So schon *Kuhlen*, JA 1986, 589 ff.; *Krell*, NStZ 2016, 596.
[6] *Fischer*, StraFo 2014, 309 (314).
[7] BGH, Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 335/15 = BeckRS 2016, 12729 m. Anm. *Jahn*, JuS 2016, 848; *Jäger*, JA 2016, 790.
[8] BGH, Beschl. v. 15.11.2016 – 3 ARs 16/16 = BeckRS 2016, 116693.
[9] BGH, Urt. v. 16.8.2017 – 2 StR 335/15 = BeckRS 2017, 123966.

geführte Revision des Angeklagten wendet sich insbesondere gegen den Schuldspruch wegen tateinheitlich in zwei Fällen begangenen Mordversuchs durch Unterlassen. Dabei berufen die Revisionsführer sich auf ein Urteil des *5. Strafsenats*, wonach ein Tatentschluss bei einem durch Unterlassen begangenen versuchten Tötungsdelikt erfordere, „dass der Täter in kognitiver Hinsicht die rechtlich gebotene Handlung in dem Bewusstsein unterlasse, der Rettungserfolg werde mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintreten."[10] Dies habe das Landgericht aber gar nicht festgestellt. Für die Annahme bedingten Tötungsvorsatzes genüge nämlich nicht die Vorstellung, „den Todeseintritt durch Rettungsmaßnahmen möglicherweise abwenden zu können".

Schon auf den ersten Blick zeigt sich hier eine Abweichung zum Vorsatzdelikt. Dort ist nach ganz herrschender Meinung für die „Kenntnis", von der in § 16 Abs. 1 S. 1 StGB die Rede ist, ein Für-möglich-Halten ausreichend,[11] das heißt die Vorstellung, die zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstände seien möglicherweise gegeben.[12] Warum soll – wie der *5. Strafsenat* meint – beim (versuchten) Unterlassungsdelikt nun ein deutlich strengerer Maßstab gelten als bei einem (versuchten) Handlungsdelikt? Eine mögliche Ursache für diese (verfehlte) Sicht ist schnell gefunden: Der *5. Strafsenat* hat Fragen des Vorsatzes mit Fragen des Beweismaßes für die Feststellung der – dem objektiven Tatbestand zuzuordnenden – (hypothetischen) Kausalität vermischt.[13]

IV. Darstellung der Entscheidung des 4. Strafsenats

Der *4. Strafsenat* erliegt dieser falschen Deutung nicht. Er beginnt in seinem Anfragebeschluss an den *5. Strafsenat* (geradezu lehrbuchmäßig) zunächst mit grundlegenden Ausführungen zum Versuch:

> „Der Tatbestand eines versuchten Delikts verlangt in subjektiver Hinsicht (Tatentschluss) das Vorliegen einer vorsatzgleichen Vorstellung, die sich auf alle Umstände des äußeren Tatbestands bezieht […]."[14]

Anschließend bezieht der *Senat* dies auf das Unterlassungsdelikt:

> „Bei einem durch Unterlassen verwirklichten Tötungsdelikt müssen daher neben der Garantenpflicht, der Untätigkeit, der physisch-realen Handlungsmöglichkeit und dem zumindest möglichen Eintritt des Todeserfolges auch diejenigen Umstände Gegenstand dieser Vorstellung sein, die die Annahme einer hypothetischen Kausalität möglicher Rettungshandlungen und die objek-

[10] BGH, Urt. v. 28.6.2017 – 5 StR 20/16 = BeckRS 2017, 121843 Rn. 5.

[11] Wollte man eine wirkliche Kenntnis der realen Umstände verlangen, könnte man den Vorsatz nur selten bejahen, weil man praktisch so gut wie nie (und genau genommen sogar wirklich nie) schon beim Handeln einen erst zukünftigen Erfolg „kennen" kann. Deshalb lassen alle für die „Kenntnis" des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB weniger als wirkliches Wissen genügen. Dass dies vom Gesetzgeber auch so gemeint war, ergibt sich im Umkehrschluss z.B. aus § 258 Abs. 1 StGB, wo das Wort „wissentlich" ja nur dann einen Sinn hat, wenn für den „normalen" Vorsatz weniger als Wissentlichkeit genügt (siehe dazu *Hardtung/Putzke*, Examinatorium, Strafrecht AT, 2016, Rn. 384).

[12] *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 14 Rn. 10.

[13] BGH, Beschl. v. 9.3.2022 – 4 StR 200/21, Rn. 15. Ebenso schon die Kritik des *1. Strafsenats* des BGH, Urt. v. 19.8.2020 – 1 StR 474/19 = BeckRS 2020, 33085 Rn. 21. Ein Anfragebeschluss erübrigte sich damals, weil der *Senat* die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Landshut zurückverwies, weil die Strafkammer den von ihr bejahten bedingten Tötungsvorsatz bereits auf der Grundlage der Definition der bisherigen Rechtsprechung nicht ausreichend begründet hatte (Rn. 22). Siehe dazu auch *Bock*, ZfIStw 2022, 563 (566).

[14] BGH, Beschl. v. 9.3.2022 – 4 StR 200/21, Rn. 10.

> tive Zurechnung des Erfolges begründen."[15]

Sodann kommt der *Senat* zum eigentlichen Punkt:

> „Die in einzelnen Entscheidungen des BGH gewählte Formulierung, eine Strafbarkeit wegen eines vollendeten unechten Unterlassungsdelikts setze die Feststellung voraus, dass die unterbliebene Handlung den Erfolgseintritt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte (vgl. BGH, Urteil vom 19. Dezember 1997 – 5 StR 569/96, BGHSt 43, 381, 397), trägt den bestehenden Beweisschwierigkeiten bei der Feststellung hypothetischer Kausalzusammenhänge Rechnung."[16]

Das Tatgericht sei verpflichtet, „sich auf der Grundlage hypothetischer Erwägungen eine sichere Überzeugung vom Vorliegen der Quasi-Kausalität zu bilden." Dabei sei der Grundsatz in dubio pro reo zu beachten. Bei einer vollendeten Tat könne dem Täter ein pflichtwidriges Unterlassen „grundsätzlich nur angelastet werden, wenn der strafrechtlich relevante Erfolg bei pflichtgemäßem Verhalten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert worden wäre." So viel zum objektiven Tatbestand.

Was den subjektiven Tatbestand angeht (was genauso für den „Tatentschluss" beim Versuch gilt) sagt der *4. Strafsenat* zur Kongruenz nun Folgendes:

> „Die Ausführungen des 5. Strafsenats finden ihre Rechtfertigung auch nicht im Erfordernis einer ‚Kongruenz' zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand (so aber Rosenau/Lorenz, JR 2018, 168, 179). Denn es handelt sich bei der Formulierung, dass die Quasi-Kausalität die Feststellung voraussetze, der tatbestandliche Erfolg werde bei Vornahme der rechtlich gebotenen Handlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausbleiben, um eine Frage des Beweismaßes und nicht um eine solche des objektiven Tatbestands."[17]

Und genau deshalb lautet die knappe und richtige Feststellung des *4. Strafsenats*:

> „Für die Prüfung der subjektiven Tatseite in Unterlassungsfällen gelten […] keine Besonderheiten."

Es ist also auch nicht notwendig, dass die Vorstellung sich bei der Kausalität auf eine „mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit" bezieht.

Abschließend weist der *Senat* noch auf eine absurde Konsequenz hin, die es gäbe, wenn der Ansatz des *5. Strafsenats* richtig wäre:

> „Wird in subjektiver Hinsicht gefordert, dass dem Täter bewusst sein müsse, die Vornahme der rechtlich gebotenen Handlung werde den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindern, scheidet bedingter Vorsatz praktisch aus. Die Rechtsauffassung des 5. Strafsenats würde dazu führen, dass der Vorsatz in Fällen des Unterlassens auf dolus directus 2. Grades verengt und insbesondere Fälle bedingten Vorsatzes straflos gestellt

[15] BGH, Beschl. v. 9.3.2022 – 4 StR 200/21, Rn. 10.
[16] BGH, Beschl. v. 9.3.2022 – 4 StR 200/21, Rn. 17.
[17] BGH, Beschl. v. 9.3.2022 – 4 StR 200/21, Rn. 18.

würden."[18]

V. Bewertung

Wer als Student (richtigerweise) gelernt hat, dass es eine sog. sachliche Kongruenz („Deckungsgleichheit") von Tätervorstellung und objektiver Tatbestandsverwirklichung geben müsse, weil ein Täter, um vorsätzlich zu handeln, nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB (im Umkehrschluss) alle Umstände kennen muss, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören,[19] dem wird der Fehler des *5. Strafsenats* auf den ersten flüchtigen Blick möglicherweise gar nicht auffallen. Denn das objektive Merkmal des Unterlassens erfüllt nach h.M. und der üblichen Formulierung ja nur, wer eine Handlung nicht vornimmt, die den Erfolg „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" abgewendet hätte.[20] Daher scheint es so, als habe nach dieser Deutung den Vorsatz, dieses Merkmal zu verwirklichen, nur derjenige, der sich vorstellt, sein Eingreifen würde den Erfolg nahezu sicher abwenden.[21]

Allerdings ist schon die Definition auf objektiver Ebene zu kritisieren:[22] Zur Beantwortung der Frage, ob der Täter den Erfolg hätte abwenden können, muss ein Richter nicht (wie sonst üblich) erforschen, was wirklich geschehen ist, sondern was *hypothetisch hätte geschehen können*. Bei der Beurteilung eines hypothetischen Geschehens zu einer echten Überzeugung zu gelangen, ist aber noch schwieriger als bei der Beurteilung eines wirklichen Geschehens. Deshalb findet man zum Unterlassungsdelikt meist die Formulierung, für die richterliche Überzeugung genüge eine „an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit".[23] Aber letzte Zweifel bestehen bei *jeder* Tatfrage, die das Gericht beantworten muss, auch schon bei der Beurteilung eines wirklichen Geschehens bei der strafrechtlichen Untersuchung eines Handlungsdelikts; und auch diese Zweifel lassen sich schon theoretisch niemals ausräumen. Deshalb ist es in der strafprozessualen Rechtsprechung und Literatur auch allgemeine Ansicht, dass die von § 261 StPO geforderte richterliche „Überzeugung" auch dann vorliegt, wenn der Richter „letzte theoretische Zweifel" hat.[24] Die vorsichtige Formulierung von der „an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit", die sich speziell bei den Unterlassungsdelikten finden, besagt also nur eine Selbstverständlichkeit.[25] Da man sonst überall auf sie verzichtet, sollte man es beim Unterlassungsdelikt auch tun, um nicht den Anschein einer Besonderheit zu erwecken.[26] Als Definition für die Kausalität ist folgende Formulierung zu empfehlen: „Das Unterlassen ist kausal, wenn die gebotene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der tatbestandliche Erfolg entfiele."[27]

---

[18] BGH, Beschl. v. 9.3.2022 – 4 StR 200/21, Rn. 18.

[19] Zum Unterlassungsdelikt *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 2003, § 31 Rn. 186.

[20] *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 30 m.w.N.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 1172.

[21] *Brammsen*, MDR 1989, 123 (125 f.); *Puppe*, GA 2003, 764 (769 f.); siehe dazu auch *Scheinfeld*, in: Putzke, Juristische Arbeiten erfolgreich schreiben, 7. Aufl. 2021, S. 126.

[22] Die folgende Passage stammt aus *Hardtung/Putzke*, Examinatorium, Strafrecht AT, 2016, Rn. 984.

[23] BGH NStZ 2000, 583; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 1123.

[24] BGHSt 41, 206 (214); BGH NStZ-RR 1998, 275.

[25] So sehr deutlich BGH NJW 2010, 1087 (1091).

[26] *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, Kap. 22 Rn. 50; *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, S. 585; siehe auch *Schlehofer/Putzke/Scheinfeld*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2022, Rn. 632.

[27] *Hardtung/Putzke*, Examinatorium, Strafrecht AT, 2016, Rn. 1002; a.A. zur Bedeutung des (nach hiesiger Auffassung überflüssigen und irreführenden) Zusatzes wohl *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 1123: „Die Formel von der ‚an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit' – die vielfach unterschlagen wird – ist von entscheidender Bedeutung, da es um eine Prognose geht."

Die Bejahung der Unterlassens-Vorstellung auch beim Erkennen eines bloß möglichen Taterfolgseintritts (und ohne Bezug auf eine „mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit") ist auch deshalb richtig, weil die Verneinung die Handlungspflicht des Garanten sachwidrig verkürzen würde. Denn die Handlungspflicht des Garanten darf nicht davon abhängen, dass die Rettungschance für das Opfer nicht sicher, sondern offen ist; auch eine bloß 1%ige Rettungschance muss der Garant ergreifen. Zu diesem Ergebnis drängt auch der Vergleich mit dem Aktivdelikt: Verbringt jemand beispielsweise eine bewusstlose Person mit einfachem Tötungsvorsatz aus einem warmen Wirtshaus hinaus in eine kalte Seitengasse, und wäre der Bewusstlose dort erfroren, dann stünde die Kausalität des aktiven Hinauslegens ebenso wie ein diesbezüglicher Tötungsvorsatz bei Erkennen der Erfrierungsgefahr außer Frage. Dann kann hinsichtlich der Vorstellung des Unterlassens nichts anderes gelten, wenn beispielsweise ein Garant das aktive Ablegen beobachtet und den Bewusstlosen dort liegen lässt: Auch der Unterlassende begeht das Delikt vorsätzlich, weil er hinsichtlich der Gefahr dieselbe Vorstellung hat wie der Aktivtäter.[28]

VI. Zusammenfassung

1. Wer jemanden aus Unachtsamkeit und vermeidbar an- oder umfährt, der daraufhin wegen der Folgen des Unfalls stirbt, macht sich nach § 222 StGB strafbar (hinter der die im Durchgangsstadium verwirklichte fahrlässige Körperverletzung im Wege der Subsidiarität zurücktritt)[29].

2. Wer nach einem solchen Unfall (siehe 1.) den Verletzten, ohne Hilfe zu leisten oder zu holen, liegen lässt, obwohl der Verletzte (nach Überzeugung des Richters mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit) zu retten gewesen wäre, was der Unfallverursacher auch erkennt, verwirklicht zudem rechtswidrig und schuldhaft die §§ 212 Abs. 1 (211), 13 Abs. 1 StGB. Weil davon das Tötungsunrecht voll erfasst wird, tritt der gleichzeitig verwirklichte § 222 StGB hinter dem vorsätzlich begangenen Unterlassungsdelikt zurück.

3. Wer nach einem solchen Unfall (siehe 1.) den Verletzten, ohne mögliche Hilfe zu leisten oder zu holen, liegen lässt, weil seine Rettung alles andere als gewiss ist, macht sich nicht wegen eines vollendeten Unterlassungsdelikts strafbar, weil für die Feststellung der (hypothetischen) Kausalität erforderlich ist, dass das Untätigbleiben ursächlich ist. Das ist aber zu verneinen, denn es lässt sich eben nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststellen, dass der Erfolg hätte abgewendet werden können.

4. Wer nach einem solchen Unfall (siehe 1.) den Verletzten, ohne mögliche Hilfe zu leisten oder zu holen, liegen lässt, weil seine Rettung alles andere als gewiss ist, der Unfallverursacher es aber für möglich hält, dass der (fahrlässig) Verletzte gerettet werden könnte, macht sich, wegen eines versuchten Totschlags durch Unterlassen (§§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1, 22 StGB) strafbar (ggf. wegen Mordes, wenn er durch die Weiterfahrt eine Entdeckung des Unfalls verhindern will). Es ist nicht erforderlich, dass er sich vorstellt, dass der Erfolg „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" hätte verhindert werden können, weil es sich dabei nur um eine Frage des Beweismaßes (bei der richterlichen Überzeugungsbildung nach § 261 StPO) handelt, nicht aber um einen Bestandteil des objektiven Tatbestands.[30]

---

[28] Zu alledem: *Scheinfeld*, in: Putzke, Juristische Arbeiten erfolgreich schreiben, 7. Aufl. 2021, S. 126.

[29] *Jäger*, JA 2022, 955 (956).

[30] Zu den Konkurrenzen: Um das begangene Unrecht voll zu erfassen, ist es vertretbar anzunehmen, die fahrlässige Tötung nicht hinter dem Versuch des Unterlassungsdelikts zurücktreten zu lassen (so auch BGH, Beschl. v. 9.3.2022 – 4 StR 200/21 = BeckRS 2022, 21703 Rn. 4; siehe zu dieser Konstellation auch den Übungsfall von *Steinberg/Schönemann*, ZJS 2015, 284 ff.).

5. In einer Klausur müssten noch § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB mit versuchter Todesfolge nach § 221 Abs. 3 StGB sowie § 323c StGB geprüft werden, die aber hinter dem versuchten Tötungsdelikt zurücktreten.[31]

[31] *Jäger*, JA 2022, 955 (957).

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22[1]

Strafbarkeit von Stealthing

1. Stealthing stellt einen sexuellen Übergriff dar.
2. Bei Stealthing kommt das Regelbeispiel des § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB (Vergewaltigung) in Betracht.

(Leitsätze der *Verf.*)

StGB § 177 Abs. 1, Abs. 6

*Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M. (U.W.E.), Düsseldorf**

I. Einführung

2016 wurde das Sexualstrafrecht umfassend reformiert.[2] Zu den bedeutsamsten Änderungen gehörte die des § 177 Abs. 1 StGB, mit der die sog. „Nein heißt Nein"-Lösung in das deutsche Recht integriert wurde. In der bis 2016 gültigen Gesetzesfassung kam es hingegen darauf an, dass die Person mit Gewalt, durch Drohung oder unter Ausnutzung einer Lage, in der sie dem Täter oder der Täterin schutzlos ausgeliefert war, zu der sexuellen Handlung genötigt wurde.[3] Nach jetzt geltendem Recht liegt ein sexueller Übergriff und damit ein Sexualvergehen vor, wenn eine Person gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt. Entscheidend ist somit für das Vorliegen eines sexuellen Übergriffs, ob die betroffene Person mit der sexuellen Handlung einverstanden war oder nicht.

Das stärkere Abstellen auf den Willen führt allerdings zu der Frage, was passiert, wenn das tatsächliche Geschehen von dem abweicht, was sich die Person vorgestellt hat.[4] Um eine solche Konstellation geht es beim sog. „Stealthing". Unter Stealthing fasst man Situationen, in denen der Sexualpartner vorgibt, ein Kondom zu benutzen, dieses aber tatsächlich nicht wie vereinbart verwendet.[5] Aus Sicht des Strafrechts stellt sich die Frage, ob das Fortsetzen des Geschlechtsverkehrs unter diesen Umständen den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB erfüllt, also einen sexuellen Übergriff oder so-

---

* Die *Verf.* ist Inhaberin des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

[1] Veröffentlicht in BeckRS 2022, 41550 sowie kostenlos abrufbar unter https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=857a265721eb54efd44103a57b624d23&nr=132441&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf.

[2] 50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – „Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung" v. 4.11.2016, BGBl. I 2016, S. 2460.

[3] Vgl. die Qualifikation in § 177 Abs. 5 StGB.

[4] Allgemein zur Täuschung im Sexualstrafrecht *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156.

[5] Siehe etwa *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (351).

gar eine Vergewaltigung darstellt (§ 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB). Nachdem bereits einige Obergerichte[6] entsprechende Fälle entschieden haben und die Frage in der Literatur[7] viel diskutiert wurde, hat sich nun der BGH erstmalig zur Strafbarkeit von Stealthing geäußert.

II. Sachverhalt

Das LG Düsseldorf, das in erster Instanz entschieden hat, hat den Angeklagten wegen drei Sexualdelikten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Nur die dritte Tat betrifft einen Fall von Stealthing. Nach den Feststellungen des Gerichts wollten „[…] der Angeklagte und eine Besucherin in seinem Schlafzimmer geschlechtlich verkehren. Nach einvernehmlichem Oralverkehr ging der Angeklagte an eine Kommode, holte sichtbar ein Kondom heraus und öffnete die Verpackung. Ihm kam es darauf an, dass die später Geschädigte davon ausging, er werde es beim Geschlechtsverkehr überziehen. Tatsächlich beließ er es aber ausgepackt und nicht abgerollt im Bett. Da die Besucherin sich kurz umdrehte, sah sie dies nicht und ging davon aus, er werde das Kondom benutzen. Ungeschützter Geschlechtsverkehr wäre für sie nicht in Frage gekommen. Der Angeklagte führte sodann einige Zeit bewusst ohne Kondom vaginalen Geschlechtsverkehr mit ihr durch. Später bemerkte sie, dass er kein Kondom trug, und verließ schließlich die Wohnung.“[8] Der Sachverhalt betrifft die klassische Situation von Stealthing, bei der der Täter vorsätzlich über die Verwendung des Kondoms täuscht und es danach zu Geschlechtsverkehr mit Penetration kommt.[9] Das LG Düsseldorf hat das Verhalten unter § 177 Abs. 1 StGB subsumiert.

III. Entscheidung

Der BGH hat das Urteil zwar zum Teil aufgehoben, aber nur, weil in Bezug auf eine andere Tat ein gem. § 265 StPO erforderlicher Hinweis unterblieben war.[10] In der Sache sieht der BGH durch die Würdigung des LG keine Verletzung materiellen Rechts.

Das LG sei zutreffend von einem sexuellen Übergriff ausgegangen.[11] Für die Frage des entgegenstehenden Willens komme es jeweils auf die konkrete Handlung an.[12] Dass ein Einverständnis mit anderen sexuellen Handlungen vorliege, sei irrelevant, wenn die konkrete Handlung abgelehnt werde.[13] Bei sexuellen Handlungen mit und ohne Kondom handele es sich um verschiedene sexuelle Handlungen, da diese eine unterschiedliche Qualität aufwiesen.[14] Dies gelte in Bezug auf das Risiko der Übertragung von Krankheiten und von einer ungewollten Schwangerschaft.[15] Auch an anderer Stelle werde im Recht ein solcher qualitativer Unterschied gemacht: So gelte für die Ausübung von

[6] BayOLG BeckRS 2021, 31633; OLG Schleswig NStZ 2021, 619; KG BeckRS 2020, 18243; OLG Hamm, Urt. v. 1.3.2022 – III-5 RVs 124/21.

[7] Siehe die Nachweise in Fn. 27 und 34.

[8] BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 11.

[9] Vergleichbare Sachverhalte auch bei AG Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18); AG Kiel BeckRS 2020, 38969; AG Freiburg BeckRS 2020, 41446 Rn. 101.

[10] BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 2 ff.

[11] BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 12.

[12] BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 13.

[13] BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 13.

[14] BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 13 f.

[15] BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 14.

Prostitution eine Kondompflicht, außerdem sei es schon nach dem alten Sexualstrafrecht straferschwerend berücksichtigt worden, wenn der Sexualstraftäter kein Kondom verwendet habe.[16]

Auch die Frage nach den Auswirkungen eines Irrtums bei der Willensbildung stelle sich in dem vorliegenden Fall nicht. Die betroffene Person unterliege bei ihrer Entscheidung keiner Fehlvorstellung, sie erkenne nur bei der Vornahme der konkreten sexuellen Handlung nicht, dass diese ihrem Willen widerspreche.[17] Damit liege keine Einwilligung in die sexuelle Handlung vor.[18] Auch das Regelbeispiel des § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB (Vergewaltigung) komme grundsätzlich in Betracht, allerdings sei der Angeklagte insoweit nicht beschwert.[19]

IV. Bewertung

1. Prozessuales

Auch wenn die Entscheidung v.a. wegen der Bewertung des Stealthing interessant ist, sollen zum besseren Verständnis kurz die prozessrechtlichen Ausführungen eingeordnet werden. Aufgehoben wurde die Entscheidung bzgl. einer Tat, weil im Verfahren insoweit gegen § 265 StPO verstoßen worden war. § 265 StPO verpflichtet das Gericht, den Angeklagten gesondert darauf hinzuweisen, wenn die rechtliche Bewertung des Gerichts von der in der Anklage abweicht. Hintergrund ist, dass der Angeklagte sich nur adäquat verteidigen kann, wenn er weiß, welches Strafgesetz ihm zur Last gelegt wird. Deswegen werden die in Betracht kommenden Strafgesetze mit den gesetzlichen Merkmalen in der Anklage genannt (§ 200 StPO). Im vorliegenden Fall war eine Vergewaltigung (nicht im Fall von Stealthing) nach §§ 177 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 1, Abs. 6 Nr. 1 StGB angeklagt worden, also unter Ausnutzung der Tatsache, dass eine Person keinen entgegenstehenden Willen bilden konnte, verurteilt worden war aber aus §§ 177 Abs. 1, Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB, also wegen sexueller Handlungen gegen den erkennbaren Willen der anderen Person.[20] Da der Angeklagte sich anders und, was nicht ausgeschlossen werden kann, besser gegen den Vorwurf aus § 177 Abs. 1 StGB hätte verteidigen können, liegt ein Verfahrensfehler vor, auf dem das Urteil beruht (§ 337 StPO).

Des Weiteren ist auch die Tatsache, dass der BGH auf die Diskussion der Frage verzichtet, ob eine Vergewaltigung vorliegt, dem revisionsrechtlichen Rahmen geschuldet. In dem zu entscheidenden Fall hatte offenbar nur der Angeklagte Revision eingelegt. Gem. § 358 Abs. 2 S. 1 StPO darf das angefochtene Urteil daher in Art und Höhe der Rechtsfolgen nicht zum Nachteil des Angeklagten geändert werden (Verbot der *reformatio in peius*). Auch wenn der BGH daher einen Fall der Vergewaltigung annehmen würde, könnte das für diese Tat verhängte Strafmaß nicht mehr zum Nachteil des Angeklagten geändert werden.

2. Strafbarkeit von Stealthing

Von besonderem Interesse ist das Urteil, weil der BGH sich darin erstmalig zur Strafbarkeit von Stealthing äußert. Der BGH schließt sich in seiner Entscheidung der in Rechtsprechung und Literatur

[16] BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 14.
[17] BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 15.
[18] BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 15.
[19] BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 18.
[20] BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 18.

überwiegend vertretenen Meinung an, es handele sich bei Stealthing um einen sexuellen Übergriff i.S.d. § 177 Abs. 1 StGB.[21] Das Ergebnis überzeugt, wird aber nur sehr knapp begründet.

Kennzeichnend für einen sexuellen Übergriff ist seit der Reform, dass die vorgenommene Handlung gegen den erkennbaren Willen einer Person vorgenommen wird. Der entgegenstehende Wille markiert die Grenze zwischen legalem und illegalem Verhalten, denn eine sexuelle Handlung, die im Einvernehmen mit dem Partner geschieht, wird durch das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung beider Partner geschützt.[22] Aus diesem Grund ist ein möglicher entgegenstehender Wille schon auf Tatbestandsebene zu prüfen und nicht erst auf Rechtfertigungsebene. In der Strafrechtsdogmatik spricht man in solchen Fällen von „tatbestandsausschließendem Einverständnis" und unterscheidet dies von der Einwilligung, die erst auf Rechtfertigungsebene relevant wird und ein an sich verbotenes Verhalten ausnahmsweise legitimiert.[23] Studierende kennen diese Unterscheidung z.B. von der Prüfung des § 242 StGB, bei dem eine Wegnahme nicht vorliegt, wenn der Gewahrsamsbruch mit Einverständnis des Gewahrsamsinhabers erfolgt ist. An § 242 StGB zeigt sich jedoch auch die Besonderheit des tatbestandsausschließenden Einverständnis: Anders als bei der Einwilligung schließen Willensmängel, insbesondere eine Täuschung, ein wirksames Einverständnis nicht aus.[24] Wer also durch Täuschung das Einverständnis in den Gewahrsamsübergang herbeiführt, ist nicht wegen Diebstahls zu bestrafen, sondern allenfalls wegen Betrugs.

Während es in Fällen des durch Täuschung erschlichenen Einverständnisses in einen Gewahrsamsübergang typischerweise um die Frage geht, wonach jemand strafbar ist (Diebstahl oder Betrug), nicht aber darum, ob überhaupt eine Strafbarkeit gegeben ist, ist dies bei den Sexualdelikten anders. Die Vornahme einer sexuellen Handlung nach Erschleichen eines Einverständnisses durch Täuschung, z.B. durch Vorspielen des Wunsches, eine dauerhafte Beziehung einzugehen, oder durch die Angabe eines jüngeren Alters[25], ist nach h.M. nicht strafbar.[26] Würde man bei Stealthing daher vom Vorliegen eines – zwar auf einer Täuschung beruhenden, aber wirksamen – Einverständnisses des Sexualpartners ausgehen, wäre die täuschende Person nicht zu bestrafen. Vor diesem Hintergrund haben sich zwei Meinungen zur Strafbarkeit von Stealthing herausgebildet.

Ein Teil der Rechtsprechung und Literatur lehnt eine Strafbarkeit des entsprechenden Verhaltens als sexueller Übergriff ab.[27] Das Opfer sei mit der sexuellen Handlung an sich einverstanden und unterliege nur dem täuschungsbedingten Willensmangel, es werde ein Kondom verwendet.[28] Dieser Willensmangel sei bei einem tatbestandsausschließenden Einverständnis unbeachtlich.[29] Andernfalls wären alle für die Vornahme sexueller Handlungen relevanten Willensmängel ebenfalls strafrechtlich zu beachten, was zur Konturlosigkeit des Tatbestands führen würde.[30] Zum Teil wird auch darauf abgestellt, dass der entgegenstehende Wille des Opfers objektiv nicht erkennbar sei, wenn das Opfer die Vornahme der sexuellen Handlung – unter Verkennung der Tatsache, dass kein Kon-

---

[21] So auch die in Fn. 34 Genannten.

[22] Siehe *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (162); *Vavra*, ZIS 2018, 611 (613).

[23] Siehe dazu *Franzke*, BRJ 2019, 114 (116 f.).

[24] Allgemeine Ansicht, siehe nur BGHSt 18, 221.

[25] KG BeckRS 2020, 18243 Rn. 18.

[26] Allgemeine Ansicht, siehe nur *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (164); *Wißner*, MschrKrim 2020, 315 (323 f.); *Linoh/Wettmann*, ZIS 2020, 383 (391 f.). A.A. *Vavra*, ZIS 2018, 611 (613 ff.).

[27] AG Kiel BeckRS 2020, 38969; *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 (349 f.); *Franzke*, BRJ 2019, 114 (114 ff.); *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (819 ff.). Zum Teil wird eine Strafbarkeit wegen versuchter Körperverletzung und Beleidigung angenommen, *Franzke*, BRJ 2019, 114 (120 ff.).

[28] AG Kiel BeckRS 2020, 38969 Rn. 8 f.

[29] *Franzke*, BRJ 2019, 114 (119 f.).

[30] *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (159 f.)

dom verwendet werde – dulde.[31] Ein im Vorhinein der sexuellen Handlung erklärter Widerspruch habe keine Relevanz für die Erkennbarkeit des Willens zum Zeitpunkt der sexuellen Handlung.[32] Die Annahme, es handele sich bei Geschlechtsverkehr mit und ohne Kondom um zwei unterschiedliche sexuelle Handlungen, würde einen einheitlichen Lebenssachverhalt künstlich aufspalten.[33]

Der Großteil der Rechtsprechung und Literatur ordnet Stealthing hingegen als sexuellen Übergriff ein.[34] Sexuelle Handlungen mit und ohne Kondom wiesen wegen der Gefahr der Ansteckung mit sexuell übertragbaren Krankheiten und dem Risiko einer ungewollten Schwangerschaft eine unterschiedliche Qualität auf, so dass das Einverständnis mit sexuellen Handlungen mit Kondom nicht für sexuelle Handlungen ohne Kondom gelte.[35] Auch eine heimliche Tatbegehung sei im Übrigen tatbestandsmäßig.[36] Wegen der Heimlichkeit des Vorgehens liege keine Täuschung vor und das Opfer erleide keine Fehlvorstellung, sondern es finde eine nicht vom Einverständnis umfasste sexuelle Handlung statt.[37] Dabei sind Vaginalverkehr mit[38] und ohne[39] Ejakulation sowie auch eine versuchte Penetration[40] von den Gerichten als tatbestandsmäßig angesehen worden. Dieser Argumentation hat sich der BGH angeschlossen.

In der Sache überzeugt die Ansicht der h.M., der sich der BGH in der hier besprochenen Entscheidung angeschlossen hat. Bei Sexualkontakten kommt es typischerweise zu einer Vielzahl von sexuellen Handlungen, die die Erheblichkeitsschwelle des § 184h Nr. 1 StGB überschreiten. Zwar wird das Vorliegen einer sexuellen Handlung aus Sicht eines objektiven Dritten bestimmt.[41] Liegt aber – wie unstreitig in den Fällen des Stealthing – eine sexuelle Handlung vor, richtet sich die Frage, welche davon erwünscht und damit erlaubt sind, nach dem Willen der Person, an der die sexuellen Handlungen vorgenommen werden sollen. Diese entscheidet, ob sie Vaginal-, Oral- oder Analverkehr zulässt oder nicht und an welchen Stellen sie berührt werden darf. So ist es Ausprägung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung, wenn man – aus welchen Gründen auch immer – die Berührung der nackten linken Brust erlaubt, der rechten aber nicht, wobei für eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 StGB der entgegenstehende Wille erkennbar sein muss.[42] Auch jeder Fall der Penetration stellt eine

---

[31] *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (819 ff.); ebenso wohl auch *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (158 f.).

[32] *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (821 f.).

[33] *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 (354).

[34] BayOLG BeckRS 2021, 31633 Rn. 14 ff.; AG Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 35 ff. (juris); KG BeckRS 2020, 18243 Rn. 12 ff.; OLG Schleswig NStZ 2021, 619 (619 ff.); OLG Hamm, Urt. v. 1.3.2022 – III-5 RVs 124/21, Rn. 15 ff. (juris); AG Freiburg BeckRS 2020, 41446 Rn. 89 ff.; AG München BeckRS 2020, 51766 Rn. 40 ff.; LG München BeckRS 2020, 51752 Rn. 45; *Corrêa Camargo*, ZStW 134 (2022), 351 (375); *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 177 Rn. 2e; *Geneuss/Bublitz/Papenfuß*, JR 2021, 191 (191 f.); *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (17); *Hörnle*, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 177 Rn. 35; *Hoven*, NStZ 2020, 578 (580 f.); *Kienzerle*, FD-StrafR 2023, 455930; *Keßler*, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 337 ff.; *Linoh/Wettmann*, ZIS 2020, 383 (391 f.); *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (12); *Ost/Weil*, jm 2021, 346 (348 ff.); *Pschorr*, StraFo 2021, 279 (284 f.); *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 177 Rn. 51; *Vavra*, ZIS 2018, 611 (617); *Wißner*, KriPoZ 2021, 279 (283); *Wittschurky/Seidl*, ZAP 2022, 899 (902).

[35] *Hörnle*, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 177 Rn. 35; *Ost/Weil*, jm 2021, 346 (348 ff.).

[36] AG Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 35 (juris); AG Freiburg BeckRS 2020, 41446 Rn. 91.

[37] *Wittschurky/Seidl*, ZAP 2022, 899 (902); *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (13).

[38] KG BeckRS 2020, 18243; OLG Hamm, Urt. v. 1.3.2022 – III-5 RVs 124/21, Rn. 15 ff. (juris); AG Freiburg BeckRS 2020, 41446.

[39] OLG Schleswig NStZ 2021, 619.

[40] BayOLG BeckRS 2021, 31633.

[41] *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 184h Rn. 6; *Keßler*, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 156 ff.

[42] Beispiel nach *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 (354).

eigenständige sexuelle Handlung dar.[43] Es handelt sich daher um keine künstliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebenssachverhalts, wenn die Penetration vor Abstreifen des Kondoms und danach als zwei verschiedene sexuelle Handlungen bewertet werden.[44]

Damit konzentriert sich die Problematik auf die Frage, ob dem Geschlechtsverkehr ohne Kondom der erkennbare Wille des Opfers entgegenstand.[45] Die Erkennbarkeit wird aus der Sicht eines objektiven Dritten bestimmt.[46] Die Gegner einer Strafbarkeit von Stealthing wenden hiergegen ein, dass das Opfer keinen (relevanten) entgegenstehenden Willen habe, weil es mit der sexuellen Handlung als solcher einverstanden sei und die Frage der Verwendung des Kondoms nur die Art und Weise der Begehung der sexuellen Handlung betreffe.[47] Diese Ansicht verkennt jedoch, dass es Ausprägung der sexuellen Selbstbestimmung ist, nicht nur über das „Ob" einer sexuellen Handlung, sondern auch über das „Wie" zu entscheiden.[48] Bei jedem Sexualkontakt werden die Grenzen des Zulässigen durch die Beteiligten explizit oder implizit vereinbart. Sofern dabei Modalitäten vereinbart werden, sind diese Ausdruck der sexuellen Autonomie und daher zu berücksichtigen, mögen sie auch noch so unsinnig sein.[49] Vereinbaren die Partner daher die Penetration durch einen Penis, kann dieser nicht ohne weitere Absprache durch einen Vibrator, Finger oder einen Alltagsgegenstand wie eine Gurke ersetzt werden, obwohl ein Einverständnis mit der Penetration „an sich" vorlag. Nichts anderes gilt für die Penetration mit und ohne Kondom oder einen vereinbarten *coitus interruptus*[50].

Zum Teil wird allerdings darauf abgestellt, ein entgegenstehender Wille sei zum Zeitpunkt der Tathandlung nicht erkennbar, weil das Opfer im Handlungszeitpunkt ein konkludentes Einverständnis mit der tatsächlich vorgenommenen sexuellen Handlung erkläre.[51] Der vorher explizit erklärte Wille, sexuelle Kontakte nur bei Verwendung eines Kondoms zuzulassen, solle dann konkludent durch die Beteiligung an der sexuellen Handlung aufgehoben worden sein.[52] Diese Ansicht überspannt die Anforderungen an den erkennbar entgegenstehenden Willen.[53] Das KG Berlin hat schön ausgeführt, was die Konsequenzen einer solchen Maßgabe wären:

> „Um solcher Unterstellung einer auf die Vornahme ungeschützten Geschlechtsverkehrs gerichteten ‚aktuellen Willensbetätigung' entgegenzuwirken, müsste das Tatopfer […] noch irgendwelche Aktivitäten entfalten, um das – bei unbefangener Betrachtung selbstverständliche – Fortbestehen seines ablehnenden Willens zu dokumentieren. Dies erlegt ihm mit der gesetzgeberischen Grundentscheidung über den umfassenden Schutz sexueller Autonomie nicht zu vereinbarende und auch lebensfremde Pflichten auf, deren Erfüllung zudem absonderliche Folgen haben könnte. Der Fingierung einer ‚faktischen Willensäußerung' ließe sich etwa dadurch entgegenwirken,

[43] Siehe *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (356).

[44] So aber *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 (354). Dagegen auch *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (14); *Keßler*, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 173 ff.

[45] Zutreffend *Pschorr*, StraFo 2021, 279 (285).

[46] *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (166).

[47] *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 (354).

[48] *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (355); *Linoh/Wettmann*, ZIS 2020, 383 (391).

[49] KG BeckRS 2020, 18243 Rn. 13; AG Freiburg BeckRS 2020, 41446 Rn. 93. Siehe auch *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (17); *Hörnle*, StV 2001, 453 (455); *Keßler*, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 177 f.

[50] OLG Hamm, Urt. v. 1.3.2022 – III-5 RVs 124/21, Rn. 15 (juris); siehe auch *Hörnle*, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 177 Rn. 35.

[51] *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (821 f.).

[52] *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (821 f.).

[53] Ebenso KG BeckRS 2020, 18243 Rn. 34; *Pschorr*, StraFo 2021, 279 (285); *Keßler*, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 279, 282.

> dass der penetrierte Sexualpartner ein Band am Handgelenk mit der Aufschrift ‚Niemals ohne Kondom', einen Anhänger um den Hals mit einer solchen Gravur oder eine entsprechende Tätowierung auf dem Körper trägt, oder wenn das Opfer während des (einheitlichen) Sexualakts in regelmäßigen Abständen rein vorsorglich vor sich hinsprechen würde ‚Ohne Kondom will ich das nicht', einen Zettel mit eben diesem Inhalt neben das Bett legen oder ein T-Shirt mit dieser Aufschrift tragen würde oder anderes mehr."[54]

Dass solche Absurditäten nicht erforderlich sind, liegt daran, dass ein einmal erklärter Wille, der sich auf den gesamten Sexualkontakt bezieht, weiterbesteht, bis er aufgehoben wurde.[55] Ein Verhalten mit einem entsprechenden Erklärungsinhalt liegt aber gerade nicht vor, wenn die Person – wie in den Fällen von Stealthing – nichts von den geänderten Umständen weiß. Im Ergebnis hat der BGH daher zu Recht einen sexuellen Übergriff angenommen.

Auch für andere Konstellationen im Umkreis von Stealthing lassen sich aus der BGH-Entscheidung Schlüsse ziehen. Da nach der Ansicht des BGH schon objektiv kein Einverständnis mit der vorgenommenen sexuellen Handlung – Geschlechtsverkehr ohne Kondom – vorliegt, unterliegt das Opfer keiner Fehlvorstellung und wurde auch nicht getäuscht. Die Grundsätze zur Unbeachtlichkeit einer Täuschung gelten also weiterhin. Ein durch Vorspiegelung von Treue o.ä. erschlichenes Einverständnis ist daher wirksam und schließt die Strafbarkeit gem. § 177 Abs. 1 StGB aus.[56] Dies gilt auch für den Fall, dass einer der Sexualpartner wahrheitswidrig behauptet, eine Schwangerschaft sei ausgeschlossen, etwa durch Einnahme der „Pille" oder eine zuvor erfolgte Vasektomie.[57]

Etwas anderes gilt für den Fall, dass das Vorspiegeln falscher Tatsachen die sexuelle Handlung als solche betrifft. In einem Fall, den das AG Bielefeld zu entscheiden hatte, hatte die Angeklagte das Kondom ihres gelegentlichen Sexualpartners, mit dem sie in einer WG wohnte, mit einer Nadel durchlöchert, um von ihm schwanger zu werden.[58] Das AG wertete den Geschlechtsverkehr unter Verwendung eines dieser Kondome als sexuellen Übergriff. Auf Basis der Entscheidung des BGH ist das konsequent: Wenn Geschlechtsverkehr mit und ohne Kondom u.a. wegen des erhöhten Infektions- und Schwangerschaftsrisikos unterschiedliche sexuelle Handlungen darstellen, gilt das auch in den Fällen, in denen das Kondom so manipuliert wurde, dass es keine Schutzwirkung mehr entfaltet. Erst recht kommt man zum selben Ergebnis, wenn man die sexuelle Autonomie in den Mittelpunkt stellt. Da das Opfer erkennbar nur dem Geschlechtsverkehr unter Verwendung eines nichtmanipulierten Kondoms zugestimmt hat, setzt sich die Täterin über diesen Willen vorsätzlich hinweg und verletzt das Opfer in seinem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung.

Eine Verletzung der sexuellen Autonomie und damit ein strafbarer sexueller Übergriff liegt nach dem Ausgangspunkt des BGH auch vor, wenn die Partner sich darauf verständigt haben, kein Kondom zu verwenden, einer der Partner dies jedoch trotzdem heimlich tut.[59] Die tatsächlich vorgenommene sexuelle Handlung ist dann nicht diejenige, auf die sich die Partner verständigt haben. Hiergegen könnte man einwenden, dass durch die Verwendung eines Kondoms das Risiko der Infektion

---

[54] KG BeckRS 2020, 18243 Rn. 34.

[55] *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (357); *Keßler*, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 270.

[56] *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 177 Rn. 5a.

[57] *Corrêa Camargo*, ZStW 134 (2022), 351 (375); *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (17); *Keßler*, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 349 ff.; *Linoh/Wettmann*, ZIS 2020, 383 (392). A.A. *Stehr*, StRR 2021, Nr. 7, 27 (31 f.).

[58] AG Bielefeld, Urt. v. 2.5.2022 – 10 Ls – 566 Js 962/21 – 476/21.

[59] Ebenso *Pschorr*, StraFo 2021, 279 (285); *Keßler*, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 343 f.; a.A. *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (17); *Hörnle*, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 177 Rn. 35; *Linoh/Wettmann*, ZIS 2020, 383 (391); *Wißner*, KriPoZ 2021, 279 (283).

mit sexuell übertragbaren Krankheiten und das einer ungewollten Schwangerschaft vermindert wird und wegen dieser Risikominderung kein strafwürdiges Verhalten vorläge.[60] Die Abweichung sei daher nicht erheblich.[61] In Bezug auf das maßgebliche Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung trifft diese Argumentation aber nicht zu: So, wie es in manchen Fällen *conditio sine qua non* sein kann, dass ein Kondom verwendet wird, kann in anderen Fällen das Fehlen eines Kondoms die Voraussetzung für die Zustimmung zum Geschlechtsverkehr sein. Man denke etwa an Kinderwunschpaare, die gezielt an den fruchtbaren Tagen Geschlechtsverkehr haben wollen, um die Chance auf eine Schwangerschaft zu erhöhen. Dieses Beispiel zeigt, dass zumindest die Wahrscheinlichkeit eines Schwangerschaftseintritts je nach Situation Risiko oder Chance sein kann. Tatsächlich stellt jede Abweichung von der vereinbarten sexuellen Handlung ein Risiko für die sexuelle Selbstbestimmung dar, unabhängig davon, ob weitere (gesundheitliche) Risiken dadurch vermindert oder verstärkt werden.[62] Etwas anderes gilt nur dann, wenn die tatsächlich vorgenommene sexuelle Handlung notwendiges Durchgangsstadium zur vereinbarten ist, weil sich dann das Einverständnis auch auf diese Handlung erstreckt. Haben die Partner eine Penetration vereinbart und verzichtet der aktive Partner darauf, diese zu vollziehen, sind die sexuellen Handlungen zur Vorbereitung der Penetration dennoch vom Einverständnis umfasst. Dies gilt aber nicht für die abredewidrige Verwendung eines Kondoms.[63]

3. Verwirklichung des Regelbeispiels von § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB

Offen gelassen hat der BGH die Frage, ob das Regelbeispiel des § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB verwirklicht ist. Zwar hat er es nicht ausgeschlossen, allerdings weder in die eine noch in die andere Richtung in einem obiter dictum argumentiert, so dass die Frage nach wie vor als höchstrichterlich ungeklärt anzusehen ist.[64] In dieser Frage gehen die Meinungen unter den Befürwortern einer Strafbarkeit von Stealthing auseinander. Für das Vorliegen einer Vergewaltigung[65] wird angebracht, dass der Täter in diesen Fällen den Wortlaut des Merkmals erfülle, da Beischlaf vollzogen werde. Eine besondere Erniedrigung sei nur bei ähnlichen sexuellen Handlungen erforderlich.[66] Gründe, die Verwirklichung des Regelbeispiels abzulehnen, seien nicht gegeben.[67]

Der überwiegende Teil der Rechtsprechung und Literatur spricht sich hingegen gegen das Vorliegen des Regelbeispiels der Vergewaltigung aus.[68] Stealthing unterscheide sich vom Regelfall der Vergewaltigung dadurch, dass ein Einverständnis mit der Penetration vorliege, was eine deutliche Abweichung von üblichen Fällen der Vergewaltigung darstelle.[69] Die Handlung sei nicht dazu geeignet,

---

[60] Ähnlich *Wißner*, der allerdings auf die „Intimitätswegnahme“ abstellt, KriPoZ 2021, 279 (283). Als „weniger“ ordnet die Konstellation *Hoven* ein, NStZ 2020, 578 (581 Fn. 40). Siehe auch *Hörnle*, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 177 Rn. 35.

[61] *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (17); *Linoh/Wettmann*, ZIS 2020, 383 (391).

[62] Ähnlich OLG Hamm, Urt. v. 1.3.2022 – III-5 RVs 124/21, Rn. 15 (juris).

[63] Gleich setzt diese Konstellationen aber *Hörnle*, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 177 Rn. 35.

[64] Anders aber *Beukelmann/Heim*, NJW-Spezial 2023, 121.

[65] *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 177 Rn. 2e; *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (14); *Ost/Weil*, jm 2021, 346 (350); *Linoh*, jurisPR-StrafR 11/2019 Anm. 5, S. 4 f.

[66] *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (14).

[67] *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (14).

[68] AG Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 39 ff. (juris); AG Bielefeld, Urt. v. 2.5.2022 – 10 Ls – 566 Js 962/21 – 476/21; AG Kiel BeckRS 2020, 38969 Rn. 18; LG Berlin, Urt. v. 27.11.2019 – (570) 284 Js 118/18 Ls Ns (50/19), Rn. 7 (juris); AG Freiburg BeckRS 2020, 41446 Rn. 97; *Beukelmann/Heim*, NJW-Spezial 2023, 121; *Geneuss/Bublitz/Papenfuß*, JR 2021, 191 (192 f.); *Hoven*, NStZ 2020, 578 (584); *Keßler*, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 288; *Wißner*, KriPoZ 2021, 279 (283). Für gut vertretbar hält dies auch *Hörnle*, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 177 Rn. 233, 261.

[69] AG Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 41 (juris).

das Opfer besonders zu erniedrigen.[70] Zum Teil wird angenommen, dass dieser Umstand in der Regel zum Wegfall des Regelbeispiels führe,[71] zum Teil wird er nur als ein Faktor in die Abwägung eingestellt.[72] Ein minderschwerer Fall nach § 177 Abs. 9 StGB wird hingegen in Fällen von Stealthing meist nicht angenommen.[73]

Die Zurückhaltung der Gerichte, einen besonders schweren Fall des sexuellen Übergriffs anzunehmen, dürfte mit dem verhältnismäßig hohen Strafmaß des § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB zusammenhängen. Schon das Grunddelikt des § 177 Abs. 1 StGB zählt, indem es im Minimum eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten vorsieht, zu den mittelschweren Delikten.[74] Liegt eine Vergewaltigung vor, erhöht sich die Mindestfreiheitsstrafe auf zwei Jahre. Das ist eine bedeutsame Grenze, weil eine Bewährungsstrafe nur bei einer Freiheitsstrafe von maximal zwei Jahren in Betracht kommt (§ 56 Abs. 2 StGB). Regelmäßig werden Vergewaltiger daher eine Freiheitsstrafe tatsächlich verbüßen müssen. Eine Besonderheit des § 177 StGB ist zudem, dass die Mindeststrafe jedenfalls in den Fällen der Abs. 1 und 2 bei Verwirklichung des Regelbeispiels deutlich erhöht, nämlich vervierfacht wird.[75] Zum Vergleich: Bei §§ 242, 243 StGB ist bei Verwirklichung des Regelbeispiels eine Mindeststrafe von drei Monaten zu verhängen, bei Verwirklichung der Qualifikation der §§ 242, 244 Abs. 1 StGB sind es sechs Monate. Die Sanktionshöhen steigen bei den Eigentumsdelikten also deutlich langsamer als bei § 177 StGB. Dieser Vergleich zeigt, dass die Annahme einer Vergewaltigung sich deutlich stärker auf die Strafzumessung auswirkt als etwa die Annahme eines Einbruchsdiebstahls.

Aus den bislang ergangenen Urteilen zu Stealthing ist erkennbar, dass die Gerichte eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren in Fällen von Stealthing überwiegend für nicht schuldangemessen halten. Die Täterin und die Täter wurden zu Freiheitsstrafen von sechs Monaten[76], acht Monaten[77], neun Monaten[78] und zwölf Monaten[79] verurteilt, das BayObLG[80] legt sogar – bei Annahme eines minderschweren Falls nach § 177 Abs. 9 StGB – nur eine Geldstrafe nah. Das sind alles Strafen, die sich am unteren Ende des Strafzumessungsspektrums befinden und den Strafrahmen des § 177 Abs. 1 StGB von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe nicht annähernd ausschöpfen.[81] In der Sache ist es auch nachvollziehbar, dass die Gerichte ein Verhalten, dessen Strafbarkeit als solche umstritten ist und zu dem es bis zur hier besprochenen Entscheidung des BGH keine höchstrichterliche Rechtsprechung gab, eher milde bestrafen wollen.

---

[70] AG Bielefeld, Urt. v. 2.5.2022 – 10 Ls – 566 Js 962/21 – 476/21, Rn. 8 (juris); *Hoven*, NStZ 2020, 578 (584).

[71] In diese Richtung LG Berlin, Urt. v. 27.11.2019 – (570) 284 Js 118/18 Ls Ns (50/19), Rn. 7 (juris); AG Bielefeld, Urt. v. 2.5.2022 – 10 Ls – 566 Js 962/21 – 476/21, Rn. 8 (juris); *Hoven*, NStZ 2020, 578 (584); *Geneuss/Bublitz/Papenfuß*, JR 2021, 191 (193).

[72] AG Freiburg BeckRS 2020, 41446 Rn. 98 ff. In diese Richtung auch *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (18); *Hörnle*, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 177 Rn. 233, 261.

[73] AG Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 43 (juris); LG Berlin, Urt. v. 27.11.2019 – (570) 284 Js 118/18 Ls Ns (50/19), Rn. 8 (juris); AG Freiburg BeckRS 2020, 41446 Rn. 101. A.A. BayObLG BeckRS 2021, 31633 für einen Fall ohne Penetration.

[74] Vgl. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 177 Rn. 10.

[75] Die Regelbeispiele beziehen sich auch auf § 177 Abs. 4, Abs. 5 StGB, die jeweils eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr vorsehen. Hier läge nur eine Verdoppelung vor.

[76] AG Bielefeld, Urt. v. 2.5.2022 – 10 Ls – 566 Js 962/21 – 476/21; LG Berlin, Urt. v. 27.11.2019 – (570) 284 Js 118/18 Ls Ns (50/19).

[77] AG Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 39 ff. (juris), aufgehoben durch LG Berlin, Urt. v. 27.11.2019 – (570) 284 Js 118/18 Ls Ns (50/19).

[78] AG Freiburg BeckRS 2020, 41446.

[79] AG München BeckRS 2020, 51766; gehalten durch LG München BeckRS 2020, 51752; aufgehoben durch BayObLG BeckRS 2021, 31633.

[80] BayObLG BeckRS 2021, 31633 Rn. 48.

[81] Kritisch *Geneuss/Bublitz/Papenfuß*, JR 2021, 191 (193).

Aus juristischer Perspektive stellt sich bei Regelbeispielen immer zunächst die Frage, ob deren Voraussetzungen vorliegen und sie damit Indizwirkungen entfalten. Das ist in den Stealthing-Fällen regelmäßig der Fall, weil in den typischen Fällen der „Beischlaf vollzogen" wird, also Vaginalverkehr stattfindet, oder andere sexuelle Handlungen vollzogen werden, die das Opfer besonders erniedrigen (§ 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB). Kommt es zu einem Eindringen in den Körper des Opfers, wird die Tat (auch im Schuldspruch) als „Vergewaltigung" bezeichnet.[82] Die Indizwirkung des Regelbeispiels kann allerdings in Ausnahmefällen widerlegt werden. Überwiegend wird die Verneinung des Regelbeispiels damit begründet, dass bei Stealthing ein Einverständnis zur Penetration vorliege und die Situation daher nicht besonders erniedrigend für das Opfer sei.[83] Dabei stellen sich drei Fragen:

Erstens kann diese Argumentation nur dann überzeugen, wenn das Fehlen einer „besonderen Erniedrigung" das maßgebliche Kriterium für den Ausschluss des Regelbeispiels ist. Dem Wortlaut nach ist die besondere Erniedrigung allerdings für das Vorliegen des Regelbeispiels, und dann auch nur bei beischlafähnlichen sexuellen Handlungen, erforderlich.[84] Das ist auch logisch, weil das Eindringen in den Körper als Faktor für die Erniedrigung gewertet wird und dies beim Beischlaf immer der Fall ist. Nach der Konzeption des Gesetzgebers steht die besondere Erniedrigung beim Beischlaf (trotz erkennbar entgegenstehenden Willens) offenbar außer Frage.[85] Dann ist es aber nicht überzeugend, einen besonders schweren Fall allein unter Hinweis darauf abzulehnen, dass es bei Stealthing an der besonderen Erniedrigung fehle. Auf eine besondere Erniedrigung kommt es bei vollzogenem Beischlaf gar nicht an, sondern es ist zu fragen, ob die Tat „[…] nach der gebotenen Gesamtabwägung aller für und gegen ihn sprechenden Umstände im Ergebnis in ihrem Unrechts- und Schuldgehalt so sehr von dem typischen, erfahrungsgemäß vorkommenden und vom Gesetzgeber bei der Bestimmung des erhöhten Strafrahmens zugrunde gelegten Tatbild [abweicht], dass die Annahme eines besonders schweren Falles gemäß § 177 Abs. 6 StGB unangemessen und damit unverhältnismäßig ist."[86]

Zweitens begegnet auch die Annahme Bedenken, dass Opfer sei weniger erniedrigt, weil es mit der Penetration an sich einverstanden war. Die Argumentation des BGH beruht auf der Prämisse, dass gerade kein Einverständnis mit der Penetration „an sich" vorliegt, sondern die Penetration ohne Kondom eine nicht vom Einverständnis erfasste sexuelle Handlung ist. Dann ist es aber widersprüchlich, für die Frage des Vorliegens einer Vergewaltigung doch darauf abzustellen, dass das Opfer den Geschlechtsverkehr eigentlich gewünscht habe.[87] Wie in anderen Fällen der Vergewaltigung setzt sich der Täter über die Wünsche des Opfers hinweg und benutzt das Opfer daher als Objekt für die Befriedigung seiner eigenen (Macht-)Interessen.[88] Die Konstellation erinnert an die Kontroverse um die Vergewaltigung von Prostituierten: Während insbesondere der *4. Strafsenat* des BGH bei beischlafähnlichen Handlungen mit Penetration zu Gunsten des Täters weitere Anhaltspunkte für eine „besondere Erniedrigung" fordert, wenn das Opfer an und für sich gegen Entgelt zur Vornahme der

[82] Siehe BGH NStZ 2001, 369 (369).

[83] AG Bielefeld, Urt. v. 2.5.2022 – 10 Ls – 566 Js 962/21 – 476/21, Rn. 8 (juris); *Hoven*, NStZ 2020, 578 (584).

[84] So zutreffend *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 177 Rn. 100 ff.; *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (14); *Keßler*, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 286. Siehe auch BGH NStZ 2000, 254 (255).

[85] *Keßler*, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 141.

[86] Siehe etwa LG Berlin, Urt. v. 27.11.2019 – (570) 284 Js 118/18 Ls Ns (50/19), Rn. 7 (juris).

[87] KG BeckRS 2020, 18243 Rn. 41; *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (14); *Ost/Weil*, jm 2021, 346 (350); *Linoh*, jurisPR-StrafR 11/2019 Anm. 5, S. 4 f.; a.A. *Geneuss/Bublitz/Papenfuß*, JR 2021, 191 (193).

[88] *Ost/Weil*, jm 2021, 346 (350).

sexuellen Handlung bereit war,[89] geht der überwiegende Teil der Rechtsprechung und Literatur (u.a. der *3. Strafsenat*, der in der Frage des Stealthing entschieden hat)[90] davon aus, dass die grundsätzliche Bereitschaft zu sexuellen Handlungen unter bestimmten Umständen nichts daran ändert, dass bei Missachtung dieser Umstände eine besonders erniedrigende Handlung und damit eine Vergewaltigung vorliegt. Treffend formuliert *Gaede* „halb gewollt ist nicht gewollt".[91] Das gilt erst recht in Fällen, in denen der Beischlaf vollzogen wurde und eine „besondere Erniedrigung" gar nicht zu prüfen ist. Würde man bei Stealthing eine Vergewaltigung verneinen, weil das Opfer „an sich" zur Penetration bereit war, würde man sein Recht auf sexuelle Selbstbestimmung abwerten. Mit der Entscheidung, geschützten Geschlechtsverkehr zu haben, würde das Opfer den Schutz des § 177 Abs. 6 StGB dann für Fälle des sexuellen Übergriffs verlieren, weil der Geschlechtsverkehr nicht besonders erniedrigend bewertet würde, wenn das Opfer grundsätzlich dazu bereit war. Damit könnte das Opfer die Modalitäten des Sexualkontakts nicht mehr frei festlegen.[92] Letztendlich werden durch eine solche Ansicht moralische Vorstellungen in das Recht hineingetragen, weil ein Opfer, das grundsätzlich zu allen Sexualpraktiken bereit gewesen wäre, seltener vergewaltigt werden könnte als ein Opfer, das nur eine Sexualpraktik gutgeheißen hätte. Das kann nicht richtig sein.[93]

Drittens sind Fälle von Stealthing selbst dann nicht unbedingt als nicht besonders erniedrigend einzuordnen, wenn man – entgegen der hier vertretenen Ansicht – dem grundsätzlichen Einverständnis in die Penetration eine Bedeutung zukommen lässt. Denn kennzeichnend für Stealthing ist ein Vertrauensbruch, der in vielen klassischen Fällen der Vergewaltigung nicht vorliegt.[94] Im Vertrauen darauf, dass ihre klar kommunizierten Wünsche respektiert werden, verzichten die Opfer auf weitere Kontrolle und Schutzmaßnahmen. Entsprechend erleben viele Opfer in Folge der Tat einen Vertrauensverlust.[95] Es wäre zu diskutieren, welche Rolle diese Auswirkung i.R.d. § 177 Abs. 6 StGB spielt. So wird zum Teil eine Vergleichbarkeit mit einer „klassischen" Vergewaltigung abgelehnt[96] und sogar durch Einbeziehung von Stealthing eine „Verharmlosung der Vergewaltigung"[97] befürchtet, zum Teil wird hingegen eine Nähe zur Vergewaltigung gesehen.[98]

Im Ergebnis ist es daher nicht überzeugend, in Fällen des Stealthing das Regelbeispiel routinemäßig zu verneinen, weil das Opfer nicht erniedrigt sei. Das gilt auch dann nicht, wenn das Opfer männlich und die Täterin weiblich ist.[99] Das Regelbeispiel ist – sofern es zur Penetration kommt – verwirklicht und es stellt sich nur die Frage, ob ausnahmsweise im Rahmen einer Gesamtwürdigung davon abgewichen werden kann.[100] Dabei kommt es aber jeweils auf die konkreten Umstände des

---

[89] BGH NStZ 2001, 369 (370). Siehe auch eine Entscheidung des *5. Senats*: BGH NStZ 2001, 29, wonach eine „Differenzierung geboten [sei] zwischen Taten gegen Frauen, die sich dem Täter zu – gegebenenfalls entgeltlichen – sexuellen Handlungen anbieten, und Taten gegen Opfer, die dem Täter keinerlei Anlass zu der Annahme geben, sie wären zu sexuellem Kontakt bereit […]". Kritisch hierzu *Hörnle*, StV 2001, 453.

[90] BGH NStZ-RR 2008, 74; siehe auch BGH BeckRS 2022, 32088 m.w.N.; *Gaede*, NStZ 2002, 238 (239 ff.); *Hörnle*, StV 2001, 453 (455); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 177 Rn. 104; *Wolters/Noltenius*, in: Wolter, Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 177 Rn. 88.

[91] So der Titel des Aufsatzes von *Gaede*, NStZ 2002, 238.

[92] Vgl. *Hörnle*, StV 2001, 453 (455).

[93] Dagegen auch in Bezug auf die Differenzierung bei Prostituierten *Hörnle*, StV 2001, 453 (455).

[94] Näher *Linoh/Wettmann*, ZIS 2020, 383 (383 ff.).

[95] Siehe das Fallbeispiel bei *Wißner*, KriPoZ 2021, 279 (284 f.).

[96] *Wißner*, KriPoZ 2021, 279 (286); *Keßler*, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 288.

[97] AG Kiel BeckRS 2020, 38969 Rn. 18.

[98] *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (14).

[99] So aber AG Bielefeld, Urt. v. 2.5.2022 – 10 Ls – 566 Js 962/21 – 476/21, Rn. 8 (juris).

[100] So zutreffend AG Freiburg BeckRS 2020, 41446 Rn. 97 ff.; AG Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 39 ff. (juris).

Einzelfalls an. So ist z.B. nachvollziehbar, dass das BayObLG die Tatsache, dass vor und nach dem sexuellen Übergriff trotz dessen Erkennen einvernehmlicher Geschlechtsverkehr vollzogen wurde, zum Vorteil des Täters gewertet hat.[101] Ebenfalls verständlich ist, dass das KG die vorangegangene Planung der Tat zum Nachteil des Täters gewertet hat.[102] Die Urteile von KG und BayObLG zeigen deutlich die Komplexität der Abwägung, der sich die Gerichte aber nicht durch das pauschale Ablehnen des Regelbeispiels entziehen können.

V. Ausblick

Die Strafbarkeit von Stealthing wird zurzeit weltweit diskutiert. So hat kürzlich ein niederländisches Gericht erstmalig einen Stealthing-Vorfall als Sexualdelikt verurteilt.[103] Mit der Entscheidung des BGH sind in Deutschland die Würfel gefallen, was die Strafbarkeit von Stealthing als solche angeht: Stealthing ist ein strafbarer sexueller Übergriff.

Damit wird sich in Zukunft die Diskussion zur Frage hin verlagern, welche Strafe angemessen ist und ob in den entsprechenden Fällen eine Vergewaltigung vorliegt. Es fällt auf, dass bisher noch in keinem Fall wegen Vergewaltigung verurteilt wurde, obwohl die Voraussetzungen des Regelbeispiels häufig vorlagen. Es dürfte aber nur eine Frage der Zeit sein, bis ein Gericht § 177 Abs. 6 StGB anwendet. Die Entscheidung des *3. Strafsenats* des BGH zu Stealthing ist daher zwar die erste, wird aber sicherlich nicht die letzte sein.

[101] BayObLG BeckRS 2021, 31633 Rn. 41, allerdings im Kontext von § 177 Abs. 9 StGB.

[102] KG BeckRS 2020, 18243 Rn. 41.

[103] Rechtsbank Rotterdam, Urt. v. 14.3.2023 – 10/040511-22 = ECLI:NL:RBROT:2023:2092, abrufbar unter https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=-CLI:NL:RBROT:2023:2092&showbu-ton=true&keyword=Stealthing&idx=2 (24.3.2023).

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 5 StR 276/22[1]

Beurteilung der Erforderlichkeit einer Notwehrhandlung

Für die zur Beurteilung der Erforderlichkeit einer Notwehrhandlung gebotene ex ante-Betrachtung ist entscheidend, wie sich die Lage aus Sicht eines objektiven und umfassend über den Sachverhalt orientierten Dritten in der Tatsituation des Angeklagten nach der unter Beachtung des Zweifelssatzes zu bildenden tatrichterlichen Überzeugung darstellt. Geprägt wird die Tatsituation eines Verteidigers dabei auch durch den ihm in diesem Moment zugänglichen Erkenntnishorizont; maßgeblich ist nicht die Sicht eines allwissenden Beobachters, sondern die Perspektive des sorgfältig beobachtenden Verteidigers.

(Amtlicher Leitsatz)

StGB § 32

*Marc Prehler, LL.M. (San Francisco), Düsseldorf**

I. Zum Sachverhalt

Laut Feststellungen der Vorinstanz[2] trafen sich die beiden Angeklagten A und B zur Abwicklung eines von B initiierten Ankaufs einer Pistole für etwa 4.000 € mit dem Nebenkläger N bei einer Straßenbahnhaltestelle. A führte neben dem Kaufpreis für das eventuelle Eintreten von Problemen eine Schusswaffe mit sich, die er dann zur Verteidigung einsetzen wollte. Als N von A für die Geschäftsabwicklung zunächst die Übergabe des Geldes forderte, kam es zu Unstimmigkeiten, woraufhin N zunächst mit seinem Motorrad das Geschehen verließ. Nach einigen Minuten kehrte N mit dem Zeugen Z zurück, der A ebenfalls zur Übergabe des Geldes aufforderte. Als A das Geld aus seiner Jackentasche nahm und es vorzeigte, sprühte N mit einem Pfefferspray in seine Richtung und traf A im Gesicht. Z entriss A in diesem Zeitraum (entweder vor Anwendung des Sprays oder danach) das Geld. A zog daraufhin die Pistole, was N und Z erkannten. N und Z ergriffen nun die Flucht in Richtung Motorrad. A lief ihnen hinterher und forderte sie zur Rückgabe auf. Da beide auf diese Forderung nicht reagierten, schoss A in rascher Folge zweimal auf Oberkörperhöhe in Richtung N und Z, die zwei bis drei Meter von ihm entfernt liefen, ohne sie zu treffen. Im Laufe der Flucht erhöhte sich der Abstand. Als A bereits 20–25 Meter im Rückstand war und Z bereits in einen Stichweg und somit außerhalb des Schussfeldes einbog, drehte sich N an diesem Weg kurz um. A schoss ihm bei dieser Gelegenheit kurz unter das Schlüsselbein und traf ihn lebensgefährlich. N setzte dennoch die Flucht fort, woraufhin A die Jagd abbrach, da er an ein Einholen nicht mehr glaubte. Bei allen Schüssen nahm A – bei dem es sich um einen besonders geübten Schützen handelt – den Tod des Z und N in

---

* *Marc Prehler* ist Compliance-Manager im Bereich strafrechtlicher interner Ermittlungen. Nebenbei promoviert er an der Universität des Saarlandes zu einem Thema mit Schnittstellenbezug zu Strafrecht und Compliance.

[1] Die Entscheidung ist abrufbar unter http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=5%20StR%20276/22&nr=131965.

[2] LG Bremen, Urt. v. 25.2.2022 – 42 KLs 210 Js 900011/21 (11/21).

Kauf, wenn das LG zu seinen Gunsten davon ausging, dass er auch gleichermaßen mit dem Willen handelte, sich gegen die Entwendung des Geldes zur Wehr zu setzen. Es wurden keine Feststellung des LG dazu getroffen, wer das Geld bei der Flucht in Besitz hatte – Z oder N – und ob A die Situation durch den Pfeffersprayangriff klar einschätzen konnte.

Das LG verneinte bei allen drei Schüssen eine erforderliche Notwehrhandlung gem. § 32 Abs. 2 StGB, da es sich jeweils nicht um das mildeste Mittel handelte. Die verbale Ankündigung der Waffe habe sich durch das Zeigen dieser erübrigt, jedenfalls aber hätte A zunächst Warnschüsse und als geübter Schütze Schüsse auf weniger gefährliche Körperteile abgeben müssen. Die Revision (§ 333 StPO) des Angeklagten hatte Erfolg.

Prüfungsaufbau der Notwehr gem. § 32 StGB

1. Notwehrlage
   a) Angriff
   b) Gegenwärtigkeit des Angriffs
   c) Rechtswidrigkeit des Angriffs
2. Verteidigungshandlung
   a) Verteidigung gegen den Angriff (nur gegen Rechtsgüter des Angreifers)
   b) Erforderlichkeit
   c) Gebotenheit
3. Subjektives Rechtfertigungselement (h.M.)

II. Einführung in die Probleme

Jede Verteidigungshandlung i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB muss nach dem Gesetzeswortlaut erforderlich sein. Das ist der Fall, wenn sie einerseits zur Abwehr des Angriffs geeignet ist und andererseits das relativ mildeste Gegenmittel darstellt.[3]

Die Verteidigungshandlung ist dann geeignet, wenn durch ihren Einsatz die Möglichkeit besteht, dass der Angriff sofort und endgültig beseitigt oder abgeschwächt wird.[4] Konsequenterweise sind daher Verteidigungshandlungen nicht geeignet, sofern sie überhaupt keine Auswirkungen auf den Angriff haben, sei es wegen geringer Intensität oder nutzloser Beeinträchtigung von Rechtsgütern des Angreifers, die den Angriff auf keinen Fall beenden können und Vergeltungscharakter besitzen.[5] Zu beachten ist aber, dass an die Eignung des Mittels keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen. Ausreichend ist, wenn dieses nach den Grundsätzen des Notwehrrechts sinnvoll erscheint,[6] die Abschwächung oder Verzögerung des Angriffs, oder die Verringerung der Gefahr einer Verletzung, nicht von vornherein aussichtslos ist.[7]

---

[3] *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 34; *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 32 Rn. 24; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 32 Rn. 88.

[4] *Momsen/Savić*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 32 Rn. 28; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 16. Kap. Rn. 23.

[5] OLG Düsseldorf NStZ 1994, 343 (344); *Momsen/Savić*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 32 Rn. 28; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 16. Kap. Rn. 24; *Rönnau/Hohn*, in: LK-StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 32 Rn. 167.

[6] OLG Düsseldorf NStZ 1994, 343 (344).

[7] *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 35.

Eine Verteidigungshandlung ist ferner erforderlich, wenn sie mit dem mildesten zur Verfügung stehenden Mittel den Angriff effektiv und endgültig abwehren kann, wobei der Angegriffene nicht das Risiko einer unzureichenden Abwehrhandlung in Kauf nehmen muss.[8] Die Verpflichtung besteht aber nur dann, wenn mehrere – gleich geeignete – Mittel zur Verfügung stehen, die den Angriff jeweils effektiv und endgültig abwehren können.[9] Diese Kriterien beurteilen sich im Hinblick auf den prognostischen Charakter der Erforderlichkeit nach einem objektiven ex ante Urteil[10] innerhalb der Umstände des Einzelfalles – die Rechtsprechung spricht insoweit auch von der „konkreten Kampflage"[11] – aus Sicht eines besonnenen Dritten (ggf. unter Berücksichtigung von Sonderwissen des Notwehrtäters) in der Lage des Angegriffenen[12] – und nicht nach der tatsächlichen Vorstellung des Täters[13].

Irrtümer in dieser Prognoseentscheidung (Situationsbeurteilung), die auch diesem Verteidiger unterlaufen wären, dürfen dem tatsächlich Verteidigendem nicht angelastet werden: Sie wirken zulasten des Angreifers. Somit fließen unerkennbare, nachträglich bekanntwerdende Umstände nicht in die Erforderlichkeitsbeurteilung ein.[14] Dagegen kommt bei einem Irrtum ein Erlaubnistatbestandsirrtum in Betracht, wenn der Verteidiger keine ex ante erforderliche Verteidigungsmaßnahme wählt, weil er sich tatsächliche Umstände vorstellt, unter denen die gewählte Verteidigungshandlung erforderlich gewesen wäre. Dies kann der Fall sein, wenn der Verteidiger die Intensivierung eines bereits in Gang befindlichen rechtswidrigen Angriffs verkennt und aufgrund dieser falschen Bewertung nicht das mildeste Mittel wählt.[15]

Eine besondere Begründung der Erforderlichkeit ist – auch in der Klausur – unabdingbar, wenn es sich bei der Verteidigungshandlung um einen Schusswaffeneinsatz handelt.[16] Schritt eins ist hier ein Warnruf und, sofern dies nicht ausreicht, ein Warnschuss. Danach darf als zweiter Schritt der Angegriffene einen gezielten, nicht tödlichen Schuss auf den Angreifer abgeben. Schließlich darf als letzte Verteidigungsmaßnahme (Stichwort: „ultima ratio"[17]) ein tödlicher Schuss auf den Angreifer abgefeuert werden.[18] Zu beachten bleibt dennoch der oben genannte Grundsatz, dass das Risiko einer unzureichenden Abwehrhandlung nicht in Kauf genommen werden muss, sodass ein Schuss – auch ein tödlicher – ohne Vorwarnung erforderlich sein kann.[19]

---

[8] *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 18 Rn. 36; *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 129.

[9] *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 16. Kap. Rn. 25; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 7 Rn. 100.

[10] Bei einer Betrachtung ex ante wird eine erkennbare Sachlage vor dem Eintritt des Ereignisses vorgestellt, ohne dabei nachträglich bekanntwerdende Fakten zu berücksichtigen. Im Falle der ex-post-Betrachtung werden eben diese berücksichtigt. Es geht folglich bei der Bewertung der Erforderlichkeit um Umstände, die ein besonnener Beobachter zum Zeitpunkt seines Handelns objektiv hätte erkennen können, die aber nicht notwendigerweise tatsächlich erkannt wurden, vgl. *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 32 Rn. 24.

[11] BGH NStZ 2018, 84 (85) m. Anm. *Rückert*; BGH NStZ 2002, 425 (427); BGH NStZ-RR 2004, 10 (11).

[12] BGH NStZ 2009, 626 (627); *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 130.

[13] BGH, Urt. v. 1.7.1952 – 1 StR 119/52 = BeckRS 1952, 30401639; *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 130.

[14] *Rönnau/Hohn*, in: LK-StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 32 Rn. 180; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 18 Rn. 47; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 46.

[15] BGH, Beschl. v. 1.3.2011 – 3 StR 450/10 = BeckRS 2011, 6578; BGH NStZ-RR 2013, 139.

[16] Zutreffend: *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2022, § 5 Rn. 40.

[17] BGH NStZ 2012, 272 (274) m. Anm. *Engländer*; *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 166.

[18] BGH NJW 2001, 1075 (1076); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 18 Rn. 41.

[19] BGH NStZ 2012, 272 (274) m. Anm. *Engländer*; zur Vertiefung: *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2022, § 5 Rn. 40; vgl. auch zu Messerstichen: BGH NStZ 2016, 593 (594).

Auf subjektiver Ebene entspricht es der herrschenden Meinung,[20] dass die Notwehrhandlung im Rahmen des subjektiven Rechtfertigungselementes mit einem Rechtfertigungsvorsatz ausgeübt werden muss. Dafür genügt jedenfalls ein Handeln in sicherer Kenntnis der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen.[21] Umstritten ist dagegen, ob dieser Verteidigungsvorsatz bei der Notwehr ausreichend ist oder es darüber hinaus einer Verteidigungsabsicht in der Form bedarf, dass der Verteidigungszweck trotz anderweitiger Motive wie Hass, Rache oder Wut nicht völlig in den Hintergrund tritt. Letzteres vertreten die Rechtsprechung[22] und Teile der Literatur[23], die dies aus dem Gesetzeswortlaut entnehmen. Die Gegenmeinung in der Literatur[24] lehnt dies mit dem Hinweis auf ein daraus folgendes Gesinnungsstrafrecht ab.

Die Klärung der Frage, wann an die Verteidigungshandlung welches Maß angelegt werden kann, bereitet Schwierigkeiten, sofern – wie im folgenden Fall – die tatsächlichen Gegebenheiten und der Erkenntnishorizont innerhalb kürzester Zeit variieren und abgewandelt werden können.

III. Darstellung und Analyse

Das LG hat die Rechtfertigung des versuchten Totschlages gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Var. 1 StGB durch Notwehr an der Erforderlichkeit der Verteidigungshandlungen scheitern lassen.

Der BGH sieht – anders als die Vorinstanz – im letzten Schuss des A ein potentiell mildestes Mittel im Sinne einer Notwehr gem. § 32 Abs. 2 StGB. Im Urteil selbst war diese Frage nicht vollständig aufzuklären: Das LG hatte keine Feststellung dazu getroffen, ob N bei Abgabe des dritten Schutzes im Besitz des Geldes und damit die Verteidigung des Rechtsgutes möglich war. Die drei Schüsse hätten nicht rechtlich einheitlich gewertet werden dürfen. Dazu führt der *5. Strafsenat* aus:[25]

> „Die Erwägungen, mit denen das Landgericht die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlungen und damit eine Rechtfertigung des Angeklagten abgelehnt hat, halten rechtlicher Überprüfung teilweise nicht stand. Es hat die drei Schüsse rechtlich einheitlich gewürdigt. Da diese unter sich ändernden Bedingungen abgegeben wurden, hätte es jedoch einer differenzierenden Betrachtung und in deren Konsequenz zusätzlicher Feststellungen bedurft. […]
> Für den dritten Schuss hat das Landgericht dagegen nicht in den Blick genommen, dass sich im Verlauf des Tatgeschehens Umstände geändert haben, die für die Voraussetzungen der Notwehr wesentlich sind. Ausgehend hiervon hat es unzureichende Feststellungen getroffen, die es dem Senat nicht erlauben, die mögliche Erforderlichkeit des Schusses als Notwehrhandlung zu überprüfen.“

[20] U.a. BGH NJW 1954, 438; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 32 Rn. 7; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 63; *Momsen/Savić*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2022, § 32 Rn. 46.

[21] *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 17 Rn. 11.

[22] BGH NStZ 2016, 333; BGH NStZ 2000, 365 (366); BGH NStZ-RR 2013, 369 (370).

[23] *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 18 Rn. 108; *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2022, § 5 Rn. 53.

[24] *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2022, § 16 Rn. 60; *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 240; *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 32 Rn. 63; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 32 Rn. 7; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 63.

[25] BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 5 StR 276/22, Rn. 9, 13.

Die Notwehrlage bestand bei allen drei Schüssen. Auch unter der Annahme, dass Z das Geld im Zeitpunkt des dritten Schusses besaß, war der rechtswidrige Angriff auf das Besitzrecht gegenwärtig, da die Beute für die Beendigung noch nicht gesichert war und Z sich weiterhin der Verfolgung ausgesetzt sah, die im unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit der Tat eingeleitet und ununterbrochen fortgesetzt wurde.[26]

Die ersten beiden Schüsse des A waren geeignet, aber nicht erforderlich. Unabhängig von der Frage, wer das Geld im Schusszeitpunkt besaß, war die Verteidigung entweder geeignet, den Besitzer zu stoppen oder diesen wegen der Verletzung seines Weggefährten zur Aufgabe zu zwingen. Dagegen wurden die ersten beiden Schüsse korrekterweise von der Vorinstanz als nicht erforderlich eingestuft. Die Ansicht des LG, durch das Hervorziehen der Waffe sei eine Androhung erübrigt, erscheint vertretbar, da damit As Einsatzwille deutlich zum Ausdruck gebracht wird. Der direkte Schuss ohne vorigen Warnschuss ist aus der ex-ante-Perspektive eines besonnenen Verteidigers dagegen nicht einleuchtend, da dieser mit seiner Schreckwirkung N und Z zur Aufgabe hätte bewegen können. Ebenfalls wäre es A zumutbar gewesen, den Angriff in gleich effektiver Weise durch Schüsse z.B. auf die Beine zu beenden, zumal er in der Verwendung der Waffe geschult war.

Für den dritten Schuss – den die Vorinstanz gleichermaßen wertete – hätte das LG allerdings in Betracht ziehen müssen, dass sich die tatsächlichen Umstände in diesem Zeitpunkt geändert haben. Z und N hatten eine größere Distanz zu A aufgebaut. Z war bereits in den Stichweg abgebogen. Die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles. Somit wäre eine Neubewertung der Erforderlichkeit des dritten Schusses inklusive der dafür nötigen Feststellungen notwendig gewesen. Der *5. Strafsenat* führt aus:[27]

> „Für die zur Beurteilung der Erforderlichkeit einer Notwehrhandlung gebotene ex ante-Betrachtung ist entscheidend, wie sich die Lage aus Sicht eines objektiven und umfassend über den Sachverhalt orientierten Dritten in der Tatsituation des Angeklagten nach der unter Beachtung des Zweifelssatzes zu bildenden tatrichterlichen Überzeugung darstellt. Geprägt wird die Tatsituation eines Verteidigers dabei auch durch den ihm in diesem Moment zugänglichen Erkenntnishorizont; maßgeblich ist nicht die Sicht eines allwissenden Beobachters, sondern die Perspektive des sorgfältig beobachtenden Verteidigers."

Zunächst – so der BGH – war im Zeitpunkt des dritten Schusses nicht klar, ob Z oder N das Geld in Besitz hatten. Dazu erläutert der BGH:[28]

> „Ausgehend hiervon erlauben es die vorhandenen Feststellungen jedoch schon nicht zu beurteilen, ob der dritte Schuss eine Beseitigung der Gefahr überhaupt ermöglichte, mithin ob er zur Abwehr des Angriffs auf das Besitzrecht des [A] geeignet war. Dies unterliegt Zweifeln, weil der dritte Schuss – anders als die ersten beiden Schüsse – allein auf den [N] abgegeben wurde. Trug der [Z], der die Geldscheine entrissen hatte, sie auch bei Abgabe des dritten Schusses noch bei sich, so erscheint fraglich, inwiefern eine Unterbindung der Flucht des [N] noch zur Abwehr des Angriffs hätte beitragen können. Dazu hätte das Handeln des [A] schließlich die Aussicht bieten müssen, eine Beutesicherung durch den bereits vorauseilenden [Z] noch zu verhindern. Das

[26] Vgl. BGH NStZ 2003, 425 (426); BGH NJW 1985, 814; BGH, Urt. v. 4.5.2022 – 6 StR 628/21 = BeckRS 2022, 10757; *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 114.

[27] BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 5 StR 276/22, Amtlicher Leitsatz.

[28] BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 5 StR 276/22, Rn. 15 f.

> Landgericht hat nicht festgestellt, ob sich das Geld bei Abgabe des dritten Schusses noch beim [Z] oder aber beim [N] befand.
> Dies hätte hier jedoch allenfalls dann offen bleiben dürfen, wenn aus der gebotenen ex ante-Sicht gar nicht erkennbar gewesen sein sollte, welcher der Fliehenden das entwendete Geld mit sich führte, denn dann wäre aus dieser Perspektive jeder Schuss als chancenerhöhend für die Abwehr anzusehen gewesen, unabhängig davon, auf wen von beiden er abgegeben wurde. Auch über diese Frage geben die Urteilsgründe aber keine Auskunft."

Diese Argumentation überzeugt. Anders als bei den ersten Schüssen bestand für A kein unmittelbarer Zugriff auf Z. Ferner hat der Pfeffersprayeinsatz seine Wahrnehmung ggf. beeinträchtigt oder beeinflusst. Es kam nun entscheidend auf die tatsächlichen Verhältnisse an und wie sich diese aus Sicht des A bzw. objektiven und umfassend über den Sachverhalt orientierten Beobachter dargestellt hätten.

Je nach Variante wäre ein anderes Ergebnis zu erwarten.

> *Variante 1*: Z hat das Geld und A hatte positive Kenntnis davon.

Ein Schuss auf N würde keinen Effekt mehr erzielen, sondern wäre schlichtweg untauglich und hätte vergeltungsähnlichen Charakter, wodurch dieser nicht einmal geeignet wäre, den Angriff abzuwehren.[29] Denn Z würde sich aus dieser Entfernung auch aufgrund seines vorigen Verhaltens[30] kaum veranlasst sehen, die Flucht zu beenden.

Der BGH führt darüber hinaus aus:[31]

> „Sollte das Tatgericht zu der Überzeugung gelangen, dass der [A] positiv von einem Besitz des [Z] ausging, so kann dies die erneute Annahme eines auch beim Schuss auf den [N] noch fortbestehenden Verteidigungswillens in Frage stellen."

Diese Formulierung entspricht der in der Rechtsprechung vertretenden Ansicht einer notwendigen Verteidigungsabsicht mit der Folge, dass im Falle eines völlig in den Hintergrund tretenden Verteidigungszweckes das subjektive Rechtfertigungselement ausscheiden soll. Das erscheint hier naheliegend, wenn A mit dem Schuss sein Besitzrecht überhaupt nicht effektiv verteidigen hätte können und dieser somit reinen Vergeltungscharakter gewinnt. Die Gegenmeinung in der Literatur würde das subjektive Rechtfertigungselement annehmen, da für sie ein Handeln in Kenntnis der objektiven Notwehrvoraussetzungen im Sinne eines bloßen Verteidigungsvorsatzes genügt.[32]

> *Variante 2*: N hat das Geld, z.B. weil Z es ihm während der Flucht übergeben hat, was auch erkennbar war.

In diesem Fall hätte sich die „konkrete Kampflage" derartig verändert, dass N nun 20–25 Meter entfernt war. Er war auf Höhe des Stichweges, bei dem Z schon schwer einholbar außerhalb des Schuss-

[29] Vgl. *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 16. Kap. Rn. 23.
[30] Er hat die Flucht selbst bei Schüssen aus kürzester Distanz nicht aufgegeben.
[31] BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 5 StR 276/22, Rn. 26.
[32] Vgl. *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 18 Rn. 103, 106 f.

feldes abbog. Würde N nun abbiegen, wäre auch er kaum noch einzuholen. Der Schuss wäre nun geeignet, um die Flucht des N zu beenden. Hier müsste sich A im Rahmen der Erforderlichkeit weder auf einen Warnschuss noch auf einen Schuss auf Höhe der Beine verweisen lassen. Der Verteidigende darf dasjenige Mittel wählen, welches eine endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet und nur dann das weniger gefährliche Mittel zu wählen, wenn beide gleich wirksam sind. Er muss sich – auch im Fall einer Schusswaffe – nicht auf das gefahrlosere Mittel verweisen lassen, wenn dessen Abwehrwirkung zweifelhaft ist.[33] In der „konkreten Kampflage" war aufgrund der vorigen Erkenntnisse ex ante ersichtlich, dass nur noch ein Schuss auf Oberkörperhöhe überhaupt ein effektives Abwehrmittel darstellen würde. Es wäre ohnehin fraglich gewesen, ob A aus dieser Distanz überhaupt die Beine des N träfe, wo er doch zuvor aus wenigen Metern bei einer größeren Körperoberfläche gescheitert war. Auch hatten die vorigen Schüsse N nicht beeindruckt. A hatte nur noch eine letzte Chance, N aufzuhalten, bevor dieser im Stichweg verschwinden würde.

Dazu schildert der *Senat*:[34]

> „Die maßgebliche ‚Kampflage' […] stellte sich bei Abgabe des dritten Schusses ganz anders dar als bei den vorangegangenen Schüssen: Der N war vom A nun bereits 20 bis 25 Meter entfernt, der Z zuvor schon in einen Stichweg abgebogen. Ex ante lag damit nahe, dass ein Entkommen des N aus dem Schussfeld nun unmittelbar bevorstand und dem A nur noch Gelegenheit zu einem letzten Schuss verblieb, um dies zu verhindern. Da die beiden gezielten, ihn allerdings verfehlenden Schüsse den N von seiner Flucht nicht abgehalten hatten, konnte dies realistisch nur noch durch einen Treffer gelingen.
> […] Die Jugendkammer hat Schüsse auf die Beine gerade deshalb für möglich erachtet, weil der A ein geübter Schütze ist. Sie ist also offenbar davon ausgegangen, dass die sich bewegenden Beine eines Fliehenden schwieriger zu treffen sind als sein Oberkörper. Dann hätte sie allerdings in ihren prognostischen Vergleich der Erfolgswahrscheinlichkeiten einstellen müssen, dass der A den dritten Schuss unter weit ungünstigeren Bedingungen abgab als die ersten beiden Schüsse, bei denen er seine Ziele schon verfehlt hatte: Was aus einer Entfernung von lediglich zwei bis drei Meter gelingen konnte, muss aus rund zehnfacher Distanz keineswegs genauso erreichbar gewesen sein."

> *Variante 3*: A ging irrigerweise davon aus, dass N das Geld hatte. Für einen besonnenen Verteidiger wäre erkennbar gewesen, dass Z das Geld besaß.

Mangels Geeignetheit des Schusses würde man zu dem Ergebnis gelangen, dass auf Grundlage der ex-ante-Perspektive keine Erforderlichkeit gegeben ist und eine Rechtfertigung durch Notwehr folglich ausscheidet. Dennoch kann der Irrtum des A im Rahmen eines Erlaubnistatbestandsirrtums relevant werden. Dieser ist auch möglich, wenn sich der Verteidigende über tatsächliche Umstände irrt, die über das erforderliche Verteidigungsmittel entscheiden.[35] Denn auf Grundlage seines Irrtums hätte A in seiner Vorstellung das erforderliche Verteidigungsmittel angewandt (vgl. *Variante 2*).

Der BGH führt aus:[36]

---

[33] BGH NStZ 2012, 272 (274) m. Anm. *Engländer*.

[34] BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 5 StR 276/22, Rn. 21 f.

[35] BGH NStZ 2020, 725.

[36] BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 5 StR 276/22, Rn. 26. Natürlich wäre in der Folge der klassische Meinungsstreit darzustellen, zur Vertiefung: *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 30 Rn. 8 ff.

„Sollte der [A] dagegen irrtümlich einen gar nicht bestehenden Besitz des [N] angenommen haben, könnte dies unter dem Gesichtspunkt der irrigen Annahme eines rechtfertigenden Sachverhalts als ein den Vorsatz ausschließender Irrtum über Tatumstände nach § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB Bedeutung erlangen […]."

Variante 4: Es ist ex ante nicht aufklärbar, wo sich das Geld befand, sodass der Besitz des N möglich erschien.

In dieser Variante ist zu unterscheiden zwischen der Beurteilung bei der Notwehrlage und der Verteidigungshandlung. Die Notwehrlage wird nach h.M. ex post beurteilt, weswegen das Risiko eines Irrtums zulasten des Verteidigers fällt.[37] Anders als die Notwehrlage bemisst sich die Erforderlichkeit der Verteidigung nach einem objektiven ex ante Urteil zur Zeit der Handlung, weswegen unerkennbare, erst nachträglich bekanntwerdende Umstände, nicht in die Bewertung der Erforderlichkeit einfließen.[38] Objektiv unvermeidbare Irrtümer des Täters, die auch einem besonnenen Verteidiger unterlaufen wären, gehen damit zu Lasten des Angreifers.[39] Die risikobehaftete Prognoseentscheidung – geprägt durch das dynamische Geschehen des Pfeffersprayeinsatzes – hinsichtlich der Geeignetheit des Mittels wegen eines möglichen Besitzes des Z geht damit zulasten des N, auch wenn sich später herausstellen sollte, das Z das Geld mit sich führte.

In der Folge (vgl. *Variante 2*) hätte er das mildeste Mittel angewandt.

Der BGH führt dahingehend aus:[40]

„Für die gebotene ex ante-Betrachtung ist entscheidend, wie sich die Lage aus Sicht eines objektiven und umfassend über den Sachverhalt orientierten Dritten in der Tatsituation des Angeklagten nach der unter Beachtung des Zweifelssatzes zu bildenden tatrichterlichen Überzeugung darstellt […]. Geprägt wird die ‚Tatsituation' eines Verteidigers dabei auch durch den ihm in diesem Moment zugänglichen Erkenntnishorizont; maßgeblich ist nicht die Sicht eines allwissenden Beobachters, sondern die Perspektive des sorgfältig beobachtenden Verteidigers […]. Für den [A] war diese Perspektive naheliegend insofern limitiert, als ihm das Geld in einem plötzlich beginnenden, dynamischen Geschehen entrissen und zudem gegen ihn Reizgas eingesetzt worden war. Die Jugendkammer ist zwar davon ausgegangen, dass dies die Sehfähigkeit des A ‚nicht signifikant' verschlechtert hatte, konnte aber nicht ausschließen, dass er jedenfalls ‚im Gesicht getroffen und dementsprechend beeinträchtigt' war.

Aus der beschriebenen Perspektive bildete die Verhinderung der Flucht des [N] schon dann eine geeignete Abwehrhandlung, wenn der Verbleib des Geldes nicht erkennbar gewesen sein sollte. Denn aus dieser Sicht wäre dann von der Möglichkeit auszugehen gewesen, dass der [N] das Geld mit sich führte, so dass der Schuss auf ihn eine Chance zum Erhalt der von den Angreifern noch nicht endgültig gesicherten Beute begründen konnte. Eine für den [A] nur ex post zu erlangende

[37] *Rönnau/Hohn*, in: LK-StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 32 Rn. 180; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 18 Rn. 47;

[38] BGH, Beschl. v. 26.11.2013 – 3 StR 331/13 = BeckRS 2014, 2524; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 18 Rn. 47.

[39] *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 18 Rn. 47; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 46; *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2022, § 5 Rn. 39.

[40] BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 5 StR 276/22, Rn. 17 f.

> Kenntnis davon, dass sich das Geld beim [Z] befand, würde dies nicht in Frage stellen; dies fällt vielmehr in das Risiko der Angreifer […].“

IV. Exkurs: StPO

Auffällig ist, dass obwohl die Vorinstanz die ersten beiden Schüsse rechtsfehlerfrei wertete, der BGH dennoch den gesamten Schuldspruch gem. §§ 349 Abs. 4, 353 Abs. 1 und Abs. 2 StPO aufgehoben hat. Die Vorinstanz hatte A wegen versuchten Totschlages in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung verurteilt.[41] Aus diesem Urteilstenor ergibt sich nicht auf den ersten Blick, wie oft geschossen wurde bzw. auf wie viele Schüsse sich der Tenor bezieht. Da der BGH die ersten beiden Schüsse rechtlich nicht beanstandete, läge der Gedanke nahe, hinsichtlich der ersten beiden Schüsse den Schuldspruch aufrecht zu erhalten und lediglich den Strafausspruch und die Feststellungen zum dritten Schuss aufzuheben, da die Verurteilung wegen eines versuchten Totschlages richtigerweise erfolgte. Dass dies nicht geschah, lässt sich mit der in Tateinheit im Tenor enthaltenen gefährlichen Körperverletzung erklären. Da A den Körperverletzungserfolg nur bei seinem letzten Schuss erzielte, berücksichtigt der Schuldspruch der versuchten Tötung alle drei Schüsse im Sinne einer natürlichen Handlungseinheit.[42] Der dritte Schuss war auch im Falle der gefährlichen Körperverletzungen wegen der zur versuchten Tötung dargestellten Erwägungen rechtsfehlerhaft, weswegen dieses Detail zur Komplettaufhebung zwang.

Dazu erörtert der BGH im Beschluss:[43]

> „Das Urteil beruht auf den aufgezeigten Rechtsfehlern (§ 337 Abs. 1 StPO). Das gilt aufgrund der vom Landgericht angenommenen Tateinheit auch für die ersten beiden – auf Grundlage der bisherigen Feststellungen – mit Tötungsvorsatz abgegebenen Schüsse, obgleich das Landgericht insoweit eine Rechtfertigung durch Notwehr rechtsfehlerfrei abgelehnt hat und die Feststellungen isoliert betrachtet eine Verurteilung wegen versuchten Totschlags getragen hätten. Die Sache bedarf daher insgesamt der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung.“

V. Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

Der Fall zeigt lehrbuchmäßig die Anforderungen an den Schusswaffengebrauch im Rahmen der Notwehr und ist somit von Relevanz in der juristischen Ausbildung. Ebenfalls lässt er durchblicken, wie kleinere Abwandlungen im Sachverhalt enorme Auswirkungen auf die strafrechtliche Bewertung haben können.

---

[41] Die gefährliche Körperverletzung bleibt aus Klarstellungsgründen neben einem versuchten Tötungsdelikt bestehen, vgl. BGH NJW 1999, 69.

[42] Vgl. dazu: BGH NStZ-RR 2001, 82.

[43] BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 5 StR 276/22, Rn. 23.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20[1]

Abgrenzung Täterschaft und Teilnahme

1. Die bloße Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung (§ 129a StGB) rechtfertigt noch nicht die mittäterschaftliche Zurechnung aller aus ihr heraus begangenen Taten.
2. Für einen die Tatherrschaft begründenden Tatbeitrag kann es genügen, dass dieser Tatbeitrag eine herausragende Funktion für den ideologischen Zweck der einzelnen terroristischen Taten und damit auch für das Gelingen des Gesamtvorhabens erfüllt.

(Leitsätze der *Verf.*)

StGB § 25 Abs. 2

*Wiss. Hilfskraft Constantin Schweer, B.A., Wiss. Mitarbeiter Florian Knoop, Osnabrück**

I. Entscheidungshintergrund

Gegenstand der Entscheidung des *3. Strafsenats* des BGH ist u.a. die Frage, ob die Angeklagte Zschäpe sich als Mittäterin gem. § 25 Abs. 2 StGB wegen vollendeten und versuchten Mordes strafbar gemacht hat. Dabei versucht sich der *3. Strafsenat* darin, die ohnehin umstrittenen Voraussetzungen der Mittäterschaft auch auf diesen im Grenzbereich liegenden Fall zu übertragen. Die gegen diese Entscheidung erhobene Verfassungsbeschwerde ist am 30.9.2022 vom BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen worden.[2]

II. Der Sachverhalt

Der *Staatsschutzsenat* des OLG München hatte die Angeklagte u.a. wegen vollendeten und versuchten Mordes in Mittäterschaft zu einer lebenslangen Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt und die besondere Schwere der Schuld festgestellt.

Zschäpe gründete mit Mundlos und Böhnhardt 1998 den „Nationalsozialistischen Untergrund" (NSU). Von September 2000 bis April 2007 führten Böhnhardt und Mundlos zwölf ideologisch motivierte Mordanschläge aus.[3]

---

* *Constantin Schweer* ist Wiss. Hilfskraft am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht an der Deutschen Hochschule der Polizei. *Florian Knoop* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht sowie Strafrechtsvergleichung (Prof. *Dr.* Prof. h.c. *Arndt Sinn*) an der Universität Osnabrück und Lehrbeauftragter für Strafrecht an der HSPV NRW.

[1] Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2021, 2896 und abrufbar unter: https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=d77e32ed6e6e656688b034f108cb4de5&nr=131716&pos=3&anz=4&Blank=1.pdf.

[2] BVerfG, Beschl. v. 30.9.2022 – 2 BvR 2222/21.

[3] BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 6.

Nach der letzten Tat suizidierten sich Böhnhardt und Mundlos. Die Angeklagte setzte daraufhin die von ihr, Mundlos und Böhnhardt genutzte Wohnung in Brand und veröffentlichte zahlreiche Exemplare des – auf den neusten Stand gebrachten – Bekennervideos.[4] Zschäpe selbst war bei keinem der Mordanschläge vor Ort.

III. Entscheidung des Senats

Der BGH hat die Revision der Angeklagten mit Beschl. v. 12.8.2021 gem. § 349 Abs. 2, Abs. 4 StPO, § 354 Abs. 1 StPO analog einstimmig als offensichtlich unbegründet verworfen. Das BVerfG entschied, dass dieser Beschluss die Verurteilte weder in ihrem Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletze, noch ihr der gesetzliche Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) entzogen wurde und ebenfalls der § 349 Abs. 2 StPO nicht willkürlich i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG angewendet worden sei.

IV. Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme

Im deutschen Strafrecht gilt, anders als im Ordnungswidrigkeitenrecht (vgl. § 14 OWiG), kein Einheitstäterbegriff.[5] Es wird unterschieden zwischen Täterschaft (in Form der Einzel-, der mittelbaren und der Mittäterschaft) und Teilnahme (Anstiftung oder Beihilfe). Die Frage, ob sich ein Beteiligter mit seinem Tatbeitrag als Täter einer bestimmten Straftat oder lediglich als Teilnehmer qualifizieren lässt, kurz gesagt die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme, ist in der Strafrechtswissenschaft seit langer Zeit umstritten. Dies ist nicht zuletzt darin begründet, dass die §§ 25 ff. StGB lediglich alle existierenden Täterschafts- und Beteiligungsformen nennen, ihre Abgrenzung untereinander aber offen lassen. Dabei sind die heutigen Positionen in Literatur und Rechtsprechung längst nicht mehr so weit voneinander entfernt wie zu Beginn der Debatte. Dennoch wird der asymptotische Abstand bisher von den Gerichten aufrechterhalten.

1. Grundsätzliche Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme

a) Literatur

Ausgangspunkt der Diskussion innerhalb der Literaturstimmen war die Frage, ob die Qualität eines Verursachungsbeitrags nach objektiven Kriterien oder nach den subjektiven Vorstellungen und Einstellungen des Täters zur Tat beurteilt werden muss.

Innerhalb des (kleineren) subjektiven Lagers wurde wiederum darum gestritten, ob der Wille oder der Grad des Interesses am Taterfolg maßgebliches Kriterium für die Unterscheidung zwischen Täter- und Teilnehmerwillen sein sollte. Nach der Dolus-Theorie kommt es darauf an, ob der Handelnde seinen Willen dem eines anderen unterordnet oder dies gerade nicht zulässt.[6] Maßgeblich ist nach dieser Theorie also ein Überlassen der Entscheidung, ob die Tat begangen wird. Wer die Entscheidungsmacht für sich proklamiert, ist Täter. Bei Vertretern der herrschenden objektiven Betrachtungsweise kam zunächst vor dem Hintergrund eines restriktiven Täterbegriffs[7] die formal-objektive Theorie auf.[8] Täter konnte demnach nur sein, wer die tatbestandsmäßige Handlung eigenhändig

[4] BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 9.
[5] Vgl. m.w.N. *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, Vor § 25 Rn. 1.
[6] *Bockelmann*, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, S. 76.
[7] *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 25 ff. Rn. 4.
[8] *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, Vor § 25 Rn. 4.

vorgenommen und somit alle Tatbestandsmerkmale in seiner Person verwirklicht hatte.[9] Dass diese Sichtweise lückenhaft ist und insbesondere für die in § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB genannte mittelbare Täterschaft keinen Raum lässt, sorgte für das Vordringen der materiell-objektiven Theorien. Sie setzen als normativ aufgeladene Betrachtungsweisen auf die Gefährlichkeit des Tatbeitrags als Abgrenzungskriterium.[10] Die wichtigste der materiell-objektiven Theorien bildet die Tatherrschaftslehre, die oft auch als eigene Theorie dargestellt wird.[11] Sie umgeht die Schwächen der anderen materiell-objektiven Sichtweisen, die beispielsweise den Grad der Gefährlichkeit des Tatbeitrags vom Anstifter schwer von dem des mittelbaren Täters unterscheiden können. Dies gelingt ihr dadurch, dass sie weder ausschließlich auf objektive noch auf subjektive Kriterien abstellt. Sie bewertet die Rolle eines Beteiligten anhand beider Faktoren.

Nach der Tatherrschaftslehre[12] ist also Täter, wer als „Zentralgestalt des handlungsmäßigen Geschehens"[13] den Geschehensablauf vorsätzlich in seinen Händen hält und somit die Tatbestandsverwirklichung nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen kann.[14] In ihrer funktionalen Ausrichtung kann die Tatherrschaftslehre alle Erscheinungsformen sachgerecht erfassen: Die Handlungsherrschaft beim unmittelbaren Täter, die Wissens- oder Willensherrschaft beim mittelbaren Täter und schließlich die funktionelle Tatherrschaft in der Tatplanungsphase bei Mittätern.[15]

Auch die Tatherrschaftslehre ist nicht ohne Kritik geblieben. *Freund* und *Rostalski* merken beispielsweise an, dass die Tatherrschaftslehre nicht sinnvoll in den strafrechtlichen Deliktsaufbau integriert werden könne.[16] *Heine* und *Weißer* kritisieren, dass die Theorie nicht vor die Klammer gezogen werden könne und letztlich immer ein unsicherer Bereich zurückbleibe.[17] Diesem Problem widmen sich bereits neuere Ansätze in der Literatur, die bei jedem Straftatbestand handlungsspezifisch bestimmen wollen, wo die Teilnahme aufhört und die Täterschaft beginnt.[18]

b) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung unterscheidet seit jeher zwischen Täter und Teilnehmer, indem sie auf den Willen der Agierenden abstellt. Schon 1881 differenzierte das Reichsgericht zwischen Täterwillen (animus auctoris) und Teilnehmerwillen (animus socii).[19] Diese rein subjektive Betrachtungsweise ließ den konkreten Tatbeitrag einer Person gänzlich außer Acht. Zumindest bei vollständig eigenhändiger Begehung der Tat durch eine Person ist diese Sichtweise, wenn sie eine Täterschaft mangels Täterwillen ablehnt, heute nach § 25 Abs. 1 StGB nicht mehr vertretbar.[20] Diese extrem subjek-

[9] Heute noch vertreten von *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 10 Rn. 36.

[10] *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 64; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, Vor §§ 25 ff. Rn. 56.

[11] *Heine/Weißer* bezeichnen sie auch als Weiterentwicklung der materiell-objektiven Theorien: *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 25 Rn. 57.

[12] Siehe zu den verschiedenen Ausprägungen der Tatherrschaftslehre: *Schild*, Tatherrschaftslehren, 2009.

[13] *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 11. Aufl. 2022, S. 29.

[14] Vgl. *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1984, § 47 Rn. 87 ff.; *Valerius*, NJW 2021, 2851 (2852 Rn. 4).

[15] Vgl. *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 86; *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 10 Rn. 43.

[16] *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 10 Rn. 46 ff.

[17] *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 25 Rn. 59.

[18] Vgl. m.w.N. *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 10 Rn. 52.

[19] RGSt 3, 181.

[20] OLG Stuttgart NJW 1978, 715 (716); *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 25 ff. Rn. 54.

tive Abgrenzung war der Rechtsprechung nur möglich, da sie mehrheitlich den extensiven Täterbegriff vertrat, der alle Tatbeiträge als gleichwertig ansah.[21] Heute hält der BGH zwar formal noch immer an der subjektiven Betrachtungsweise fest, hat sich aber der Literatur stark angenähert. Zwar ist das Hauptkriterium im Rahmen einer Gesamtabwägung noch immer der Wille des Agierenden, ob dieser Wille allerdings auf eine Täterschaft oder nur auf eine Teilnahme gerichtet ist, bestimmt der BGH anhand von vier Kriterien: Art und Umfang der Tatbeteiligung, Interesse am Taterfolg, Wille zur Tatherrschaft und Tatherrschaft.[22]

Damit vereint der BGH, ähnlich zur Tatherrschaftslehre, objektive und subjektive Kriterien und sorgt durch das Einstellen der Tatherrschaft in die Abwägung dafür, dass unterschiedliche Ergebnisse zur Ausnahme werden. Ob die Rechtsprechung sich der Tatherrschaftslehre in Zukunft vollumfänglich anschließen wird, bleibt abzuwarten.

V. Begründung des Senats

Zunächst stellt der *3. Strafsenat* fest, dass allein die Zugehörigkeit zu einer terroristischen Vereinigung nicht ausreichen könne, um Taten, die aus dieser terroristischen Vereinigung heraus begangen wurden, dem einzelnen Vereinigungsmitglied zurechnen zu können. So müsse nach den allgemeinen Kriterien im Einzelfall geprüft werden, inwieweit sich das betreffende Mitglied als Mittäter, Anstifter oder Gehilfe beteiligt habe oder ob kein strafbarer Tatbeitrag geleistet worden sei.[23] Somit war der bloße Umstand, dass Zschäpe Mitglied im NSU war, für die Frage der Mittäterschaft (vorerst) ohne Bedeutung.

Sodann legt der *Senat* die Voraussetzungen der Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB dar. Dazu bedarf es laut BGH eines gemeinsamen Tatplans sowie eines eigenen Tatbeitrags, welcher sich so in die Tat einfügen lässt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint. Es bedürfe nicht zwingend einer Mitwirkung am Kerngeschehen selbst. Zudem sei eine Anwesenheit am Tatort nicht erforderlich. Ausreichen könne vielmehr auch ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag, welcher sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränke. Ob letztlich die fremden Tatbeiträge gem. § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen sind, sei aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung aller festgestellten Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Um die Umstände des Einzelfalls greifbarer zu machen, führt der BGH weiter an, dass Kriterien wie der Grad des eigenen Interesses an der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung sowie die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu herangezogen werden sollen.[24] Darüber hinaus könne auch die psychische Förderung der Tat, insbesondere die Bestärkung des Tatwillens des Handelnden einen relevanter Tatbeitrag i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB darstellen.[25]

Der *Senat* stellt sodann fest, dass Zschäpe bei keinem der aufgeführten Tathandlungen selbst vor Ort war. Zudem vertritt der BGH entgegen der Ansicht des OLG München die Auffassung, dass die Angeklagte durch ihre Mitwirkung an der Tatplanung im Vorfeld keinen gestaltenden Einfluss auf das

[21] Vgl. RGSt 9, 75; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 25 ff. Rn. 7 f.

[22] Siehe nur BGH, Urt. v. 29.7.2021 – 1 StR 83/21; BGH, Beschl. v. 11.7.2017 – 2 StR 220/17; BGH, Urt. v. 14.12.2005 – 2 StR 466/05.

[23] BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 49.

[24] BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 50.

[25] BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 51.

„Ob“, „Wann“, „Wo“ und „Wie“ der Tatbegehung hatte.[26] Es sei nicht erkennbar, dass sie noch in irgendeiner Form auf die Deliktsverwirklichung hätte Einfluss nehmen können. Gerade dies sei auch der Unterschied zu dem sogenannten „Schmieresteher“, welcher sehr wohl durch seine Funktion als Wachposten auf die Handlung einwirken könne.[27] Dies spreche gegen die Tatherrschaft oder eine so gewichtige Handlung im Vorfeld, welche das Minus im Ausführungsstadium kompensieren könne, sodass im Ergebnis eine Zurechnung der Handlung von Mundlos und Böhnhardt gem. 25 Abs. 2 StGB verneint werden müsse.

Sodann bezieht sich der *Senat* unter dem Gesichtspunkt der Tatherrschaft auf das von der Angeklagten abgegebene Versprechen, die tatbedingte Abwesenheit zu „legendieren“, Beweismittel zu vernichten und das Bekennervideo in der aktuellen Version zu verbreiten. Dieses erforderte bei jeder einzelnen Tat die Anwesenheit im Bereich der als Zentrale genutzten Wohnung.[28] Erst durch die Veröffentlichung der Bekennervideos sollte sich ein Zusammenhang herstellen lassen, der den eigentlichen Grundgedanken des NSU finalisieren sollte. So waren Mundlos, Böhnhardt und Zschäpe der Meinung, dass erst hierdurch eine Staats- und Gesellschaftsform in Deutschland entsprechend ihren nationalsozialistisch-rassistischen Vorstellungen herbeigeführt werden könne.[29] Demgemäß war die Angeklagte entscheidend dafür verantwortlich, dass das über die Deliktsverwirklichung hinausgehende (übergeordnete) Ziel der Taten erreicht werden konnte. Der BGH stellt überdies fest, dass die Zusage der Angeklagten somit sinnstiftend und handlungsleitend gewesen sei, da der gesamte Zweck der Vereinigung mit den Handlungen von Zschäpe stehen und fallen sollte. Demnach führte die Angeklagte eine wesentliche Funktion aus, von der das Gelingen des Gesamtvorhabens abhängen solle.[30] Darüber hinaus sei der Ausgang jeder einzelnen Tat maßgeblich von ihrem Willen abhängig gewesen, da sie mit den Zusagen psychisch in hohem Maße auf die Deliktsverwirklichung Einfluss genommen habe. Dies stelle einen über die Beteiligung an der Tatplanung hinausgehenden bedeutenden objektiven Tatbeitrag dar.[31]

Schließlich stellt der BGH fest, dass Zschäpes Tatinteresse nicht hinter demjenigen ihrer beiden Komplizen zurückgestanden habe.[32] So sei das hohe Tatinteresse schon in der politisch-ideologischen Einstellung der Angeklagten zu erkennen. Es sei nicht ersichtlich, dass das Fernziel des NSU nicht gleichermaßen auch von ihr angestrebt worden sei.[33] Diesem großen Tatinteresse komme nicht deshalb eine geringere Bedeutung für eine Beteiligung der Angeklagten als Mittäterin gem. § 25 Abs. 2 StGB zu, da es sich mit den übergeordneten gemeinsamen Zielen aller Mitglieder des NSU decken würde. Zwar könne die Zugehörigkeit einer terroristischen Vereinigung für sich gesehen nicht automatisch zur mittäterschaftlichen Zurechnung der Tat nach § 25 Abs. 2 StGB führen. Dies bedeute nicht, dass die Kriterien, die für das Vorliegen der Vereinigung bedeutsam sind, aus diesem Grund für die Qualifizierung der Tatbeteiligung an Gewicht verlieren.[34]

Somit liegen nach Ansicht des *Senats* unter einer wertenden Gesamtbetrachtung aller festgestellten Umstände des Einzelfalls die Voraussetzung der Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB vor, sodass sich die Angeklagte als Mittäterin strafbar gemacht hat.

---

[26] BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 56.
[27] BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 57.
[28] BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 58.
[29] BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 59.
[30] BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 60.
[31] BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 61.
[32] BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 62.
[33] BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 63.
[34] BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 64.

VI. Kritische Würdigung

Der Beschluss des *3. Strafsenats* begegnet hinsichtlich der Begründung der Mittäterschaft dogmatischen Bedenken.

So heißt es in § 25 StGB, Täter ist, wer die Straftat selbst (§ 25 Abs. 1 Var. 1 StGB), durch einen anderen (§ 25 Abs. 1 Var. 2 StGB) oder mit anderen gemeinschaftlich (§ 25 Abs. 2 StGB) begeht. Folglich wird gefordert, dass die Tat begangen werden muss. Dies spricht für die Tatherrschaftslehre. Denn für das Beherrschen einer Tat ist die Steuerungsmacht und deren bewusste Ausübung ausschlaggebend.[35] Tatherrschaft setzt nicht nur ein „Beherrschen-wollen", sondern auch ein „Beherrschen-können" voraus.[36] Fraglich erscheint unter Betrachtung dieses Wortlautes, wie eine wertende Gesamtbetrachtung auf Grundlage der Kriterien, Grades des eigenen Interesses an der Tat, Umfang der Tatbeteiligung sowie Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu hergeleitet werden kann. Das subjektive Element „Interesse an der Tat" findet keinen Niederschlag in § 25 StGB, wobei es leicht hätte verankert werden können. Eine denkbare Lösung wäre demnach gewesen, den Gesetzeswortlaut so zu ändern, dass es hieße, „Täter ist, wer die Straftat begeht oder ein erhebliches Eigeninteresse an der Tat hat". Dass der Gesetzgeber dies jedoch gerade nicht wollte, lässt sich aus den Gesetzesmaterialien entnehmen. So erkannte der Gesetzgeber zum damaligen Zeitpunkt, dass sich entgegen der objektiven Teilnahmelehre in der Rechtsprechung eine subjektive Auffassung durchsetzen konnte. Danach sollte die Kennzeichnung und Bewertung einer Tatbeteiligung somit grundsätzlich von inneren Tatsachen, also v.a. von dem Willen des Tatbeteiligten abhängen. Das würde dazu führen, dass das äußere Tatbild als maßgebendes Unterscheidungsmerkmal in den Hintergrund trete.[37] So befürchtete der Gesetzgeber weiter, dass durch die misslungene Schwerpunktsetzung auf die innere Willensrichtung des Täters die Teilnahmeformen an Umriss und Gestalt verlieren würden und dies sachwidrige und unbefriedigende Ergebnisse zur Folge haben könnte. Um dem entgegenzuwirken, sollte die Neufassung der Vorschrift über die Täterschaft (heute § 25 Abs. 2 StGB) dem Gedanken der Tatherrschaft mehr Beachtung schenken.[38]

Durch den Beschluss des *Senats* wird diese formelhafte Rechtsprechung jedoch zementiert und zugleich unpräzise erweitert. Von dem Wortlaut, dem ursprünglichen Sinn und Zweck und der systematischen Stellung des § 25 Abs. 2 StGB entfernt sie sich dadurch zunehmend. So ist nicht ersichtlich, in welchen Fällen die Voraussetzungen der Beihilfe vorliegen sollen und wie genau diese nachvollziehbar abzugrenzen sind. Die Kriterien des BGH liefern hierfür keine tragfähigen Anhaltspunkte. Die hier zugrunde liegende Argumentation eröffnet zudem eine neue Dimension, die der Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB ausufernde Anwendungsbereiche eröffnen kann. So stellt der BGH bzgl. der Tatherrschaft nunmehr nicht auf jede einzelne Tat ab, sondern zieht das Große und Ganze, also den Sinn und Zweck der terroristischen Vereinigung, heran. Indem er die Mikroebene verlässt und die Makroebene betritt, verschwimmen die Grenzen zwischen den Voraussetzungen zur Mittäterschaft und denen einer terroristischen Vereinigung. So betont der BGH, dass eine automatische Zurechnung aufgrund der Tatsache, dass Zschäpe Mitglied im NSU war, nicht ausreiche, um die Mittäterschaft zu begründen.[39] Er führt jedoch danach aus, dass gerade diese Mitgliedschaft und die gewichtige Rolle, welche Zschäpe in Form der „Legendierung" und anschließenden Versendung der Beken-

[35] *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 9.
[36] Vgl. *Niehaus*, DAR 2015, 720.
[37] BT-Dr. IV/650, S. 147.
[38] BT-Dr. IV/650, S. 147.
[39] BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 49.

nervideos zugekommen sei, dann doch eine Mittäterschaft begründen könne.[40] Diese Argumentation führt letztlich dazu, dass der objektive Tatbeitrag zur konkreten Tat zunehmend an Bedeutung verliert und die Mittäterschaft je nach Präferenz konstruiert werden kann. Ob diese Rechtsprechung dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs 2 GG (nulla poena sine lege certa) entspricht, erscheint zweifelhaft.

Dass die Bedenken des Gesetzgebers hinsichtlich sachwidriger oder zumindest unbefriedigender Ergebnisse nicht ganz von der Hand zu weisen sind, wird an folgendem Beispiel deutlich.[41] Am 7.4.1977 wurde der damalige Generalbundesanwalt *Buback* durch das „Kommando Ulrike Meinhof" der Roten Armee Fraktion (sog. RAF) ermordet. Auch hier musste der BGH die Beihilfe zur Mittäterschaft abgrenzen. So wurde der Beschuldigten nachgewiesen, dass sie als Mitglied der RAF (welche als terroristische Vereinigung eingestuft wurde)[42] zwar bei der Tatausführung nicht vor Ort war, aber den Befehl der in Stammheim inhaftierten Führungsmitglieder der RAF – „Der General muss weg" – an die letztlich ausführenden Täter weitergab.[43] Zudem konnten durch eine nachträgliche DNA-Analyse Speichelspuren der Beschuldigten auf den Selbstbezichtigungsschreiben der RAF nachgewiesen werden.[44] Darüber hinaus wurde festgestellt, dass die Beschuldigte sehr fanatisch gewesen sei und keinen Millimeter von der Linie der RAF abweichen wollte. In einem nachträglich von der Beschuldigten angefertigten Schreiben war zu lesen: „Natürlich würde ich es heute nicht mehr machen".[45] Gleichwohl entschied der BGH, dass die Voraussetzungen der Mittäterschaft nicht erfüllt gewesen seien. Er wies darauf hin, dass eine untergeordnete Tätigkeit schon objektiv darauf hinweise, dass die Beteiligte nur Gehilfin sein könne. Allein aus dem Umstand, dass die Beschuldigte als Führungsperson der Kerngruppe der RAF angehörte und diese maßgeblich mitentschied, dass die „Offensive 77" durchgeführt wurde, könne kein dringender Verdacht für die Mittäterschaft an der konkreten Straftat begründet werden.[46] Ließe man dies zu, hätte dies zur Folge, dass Unterschiede bei der rechtlichen Bewertung von Tätigkeiten, die das Tatbestandsmerkmal der mitgliedschaftlichen Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung i.S.d. § 129a StGB ausfüllen, und solchen, die der Begehung einer konkreten Straftat dienen, weitestgehend verwischen.[47] Schließlich sei anzunehmen, dass das Tatinteresse der Beschuldigten sehr groß gewesen ist. Jedoch komme diesem Abgrenzungskriterium keine wesentliche Bedeutung zu, da die Tatherrschaft ausschließlich bei den unmittelbaren Tätern des Attentats lag.[48] Der *3. Strafsenat* entschied, dass der geschilderte Fall mit dem hiesigen nicht vergleichbar sei. So habe die Beschuldigte weder einen bestimmten Einfluss auf die Planung der Tat noch eine Funktion ausgeübt, die für das ideologische und/oder politische Ziel von ausschlaggebender Bedeutung gewesen wäre.[49]

Die Divergenz der juristischen Argumentation kann nicht widerspruchsfrei erklärt werden. In beiden Fällen war die Angeklagte/Beschuldigte nicht an der Tatausführung beteiligt, hatte keinen Einfluss auf das Tatgeschehen, konnte sich jedoch in hohem Maße mit den übergeordneten Zielen der

[40] BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 64.
[41] BT-Dr. IV/650, S. 147.
[42] BGH, Beschl. v. 23.12.2009 – 1 BJs 26/77-5 StB 51/09, Rn. 8.
[43] BGH, Beschl. v. 23.12.2009 – 1 BJs 26/77-5 StB 51/09, Rn. 16.
[44] BGH, Beschl. v. 23.12.2009 – 1 BJs 26/77-5 StB 51/09, Rn. 14.
[45] BGH, Beschl. v. 23.12.2009 – 1 BJs 26/77-5 StB 51/09, Rn. 15.
[46] BGH, Beschl. v. 23.12.2009 – 1 BJs 26/77-5 StB 51/09, Rn. 37.
[47] BGH, Beschl. v. 23.12.2009 – 1 BJs 26/77-5 StB 51/09, Rn. 37.
[48] BGH, Beschl. v. 23.12.2009 – 1 BJs 26/77-5 StB 51/09, Rn. 38.
[49] BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 66.

terroristischen Vereinigung identifizieren und hatte demnach ein starkes eigenes Interesse an der Tatvollendung.

Diese unterschiedliche Beurteilung der doch zumindest sehr ähnlich gelagerten Sachverhalte zeigt, dass neben der dogmatischen Begründbarkeit ein zu großer Freiraum für politische Erwägungen bleibt. Dabei hätte der *Senat* gerade hier unter Beweis stellen können, dass sich die Judikative nicht von dem allgemeinen Stimmungsbild der Gesellschaft treiben lässt, sondern objektiv und stringent Recht spricht, selbst wenn dies zur Folge gehabt hätte, Zschäpe als Gehilfin lediglich zu einer Freiheitsstrafe von maximal 15 Jahren verurteilen zu können und sie somit aufgrund der bisher bereits verbüßten Haftzeit am Tag der Urteilsverkündung freilassen zu müssen (vgl. § 57 Abs. 1 StGB). Gerade vor dem Hintergrund jüngster Gruppenproteste (Stichwort „Letzte Generation“), die sich durch ein hohes Maß an ideologischer Verbundenheit auszeichnen, wäre unter Umständen eine Übertragung der BGH-Rechtsprechung auf solche von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG geschützten und somit legitimen Formen des Protests möglich, was aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten unbedingt zu verhindern ist. Selbstredend sind Täter, die ihre politischen Ansichten unter Begehung von Straftaten verbreiten wollen, zur Rechenschaft zu ziehen. Es sollte allerdings sichergestellt sein, dass eine Zurechnung des jeweiligen Tatbeitrags auf weitere Mitglieder der Gruppierung und somit die Einordnung als (Mit-)Täter nur in den engeren Grenzen der funktionalen Tatherrschaftslehre möglich ist.

Buchrezension

Litten, Rüdiger: Kapitalmarktrecht, Das Recht der Finanzinstrumente, RWS Verlag, Köln 2022, 452 S., 79,00 €

*Prof. Dr. Marcus Oehlrich, Bad Homburg**

I. Einleitung

Seit Anfang der 1990er-Jahre hat sich das Kapitalmarktrecht von einem Randthema zu einem Kernbereich des Wirtschaftsrechts gewandelt. Insbesondere die Finanzmarktkrise 2008 hat dazu geführt, dass der Gesetzgeber wesentliche Rechtsmaterien des Kapitalmarktrechts reformiert und um neue Regelungen erweitert hat. Dies betrifft allgemein eine intensivere Regulierung, um die Widerstandsfähigkeit des Finanzmarktes gegenüber Krisen zu verbessern, aber auch eine verstärkte Digitalisierung sowie eine Förderung von Nachhaltigkeit und Nachhaltigkeitskriterien. Damit zählt das Kapitalmarktrecht unstrittig zu den dynamischsten Rechtsgebieten.

Das hier zu besprechende Werk „Kapitalmarktrecht" von *Litten* reiht sich ein in eine Reihe anerkannter Lehr- und Fachbücher, wie die von *Buck-Heeb*, *Einsele*, *Grunewald/Schlitt*, *Langenbucher*, *Lehmann*, *Poelzig* und *Wilhelm*, die das Kapitalmarktrecht entweder isoliert oder in Kombination mit dem Bankrecht bzw. dem Aktien- oder Kapitalgesellschaftsrecht behandeln.[1] Von den vorgenannten unterscheidet sich *Littens* Werk jedoch in einem grundlegenden Punkt: Nach Ansicht des *Autors* handelt es sich beim Kapitalmarktrecht um „ein (hochwertiges) Rechtssystem, das einen auf Prinzipien beruhenden Ordnungsrahmen schafft für voraussehbare und nachvollziehbare Regelungen in den beiden großen Aufgabenbereichen der Kapitalmarktregulierung, der Gewährleistung der Kapitalmarktstabilität und des Anlegerschutzes" (S. VII). In einer Fußnote spricht er ihm sogar das Attribut der „Schönheit" zu, welches der Architekt *Paul Schmitthenner* mit seinem Postulat „Schönheit ruht in der Ordnung" in Anlehnung an Platons Charakteristika von Ordnung, Maß und Proportion festmachte. „Die kapitalmarktrechtliche Systematik in ihrer ganzen Schönheit darzustellen, ist ein Anspruch dieses Buches" (S. VII Fn. 3). Im Vergleich zu den eher zurückhaltenden Zielen anderer Bücher zum Kapitalmarktrecht[2] ist das Aufstellen eines solches Anspruches natürlich ein Paukenschlag, der die Leser aufhorchen lässt. Es kann aber schon verraten werden, dass der *Autor* diesem Anspruch voll und ganz gerecht wird.

II. Zum Inhalt

Das Buch gliedert sich in sechs Kapitel. Nach einer Einleitung werden schwerpunktmäßig das Kapitalmarktaufsichtsrecht und das Kapitalmarktzivilrecht behandelt. Es schließen sich kürzere Kapitel zum Kapitalmarktsanktionsrecht, zur Digitalisierung des Kapitalmarkts und zu den Rechtsquellen des Kapitalmarkts an.

---

* Der *Autor* ist Professor für Finance, Accounting and Taxation an der accadis Hochschule Bad Homburg.

[1] *Buck-Heeb*, Kapitalmarktrecht, 12. Aufl. 2022; *Einsele*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2022; *Grunewald/Schlitt*, Einführung in das Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2020; *Langenbucher*, Aktien- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2022; *Lehmann*, Grundriss des Bank- und Kapitalmarktrechts, 2016; *Poelzig*, Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2023; *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, Mit Grundzügen des Kapitalmarktrechts, 5. Aufl. 2020.

[2] Z.B. *Langenbucher*, Aktiengesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2022.

In „A. Der Kapitalmarkt und sein Recht“ beginnt *Litten* mit einer Einführung in die allgemeinen Grundbegriffe des Kapitalmarktrechts. Anschließend wird ausgehend von der Kapitalmarktrechtsgeschichte die Rechtsordnung des Kapitalmarkts näher betrachtet, darunter die Kapitalmarktrechtsmaterien, die Kapitalmarktrechtsquellen und die modernen Kapitalmarktrechtstrends.

In „B. Kapitalmarktaufsichtsrecht“ werden zunächst System und Prinzipien sowie Gegenstände und Schlüsselgesetze des Kapitalmarktaufsichtsrechts dargestellt, wie etwa MiFID, MiFIR, CRD und IFD sowie die Umsetzungen in KWG, WpIG und WpHG. Der Rest des Kapitels behandelt die Regulierung und zwar konkret in Bezug auf die Kapitalmarktakteure, die Verhaltensregeln zur Erbringung von Kapitalmarktdienstleitungen, den Kapitalmarkthandel und seine Handelsplätze, spezifische Kapitalmarktprodukte und die indirekte Regulierung.

In „C. Kapitalmarktzivilrecht“ werden bedeutsame zivilrechtliche Regelungen für den Kapitalmarkt im Allgemeinen und dann für spezifische Finanzinstrumente betrachtet. Neben den klassischen Wertpapieren wie Aktien, Anleihen und hybriden Wertpapieren sowie den Investmentfonds wird dabei den Derivaten eine besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Recht kurz werden hingegen Wertpapierfinanzierungsgeschäfte, Schuldscheine sowie sonstige Anlage-, Finanzierungs- und Handelsinstrumente behandelt.

Mit „D. Kapitalmarktsanktionsrecht“ beginnt quasi der „Abspann“ des Buches, da die letzten drei Kapitel jeweils nicht mehr als 25 Seiten umfassen. Das Sanktionsrecht wird klassisch nach Rechtsgebieten Verwaltungsrecht, Strafrecht und Zivilrecht unterteilt, wobei ein kleiner Schwerpunkt naturgemäß dem Haftungsrecht beigemessen wird.

Kapitel „E. Digitalisierung des Kapitalmarkts“ widmet sich neueren Entwicklungen im Finanzwesen, die auch für den Kapitalmarkt Auswirkungen haben. Im Mittelpunkt stehen dabei Token und Distributed Ledger Technology (DLT), also diejenigen Technologien, die bei den Kryptowährungen Verwendung finden, wenn auch mit Wertpapiergeschäften und Digital Ecosystems kurz weitere Anwendungsfälle von Token und DLT berücksichtigt werden. Ebenfalls kurz werden Online-Plattformen, Crowd-Financing und Robo Advice behandelt.

Kapitel „F. Rechtsquellen des Kapitalmarkts“ stellt inhaltlich bereits den Anhang dar. Hier werden die Kapitalmarktgesetze der EU und der Bundesrepublik jeweils mit ihrem Regelungsgegenstand umfassend aufgelistet. Daran schließt sich eine Auflistung derjenigen Veröffentlichungen europäischer und deutscher Regierungsstellen und Behörden an, die eine erhebliche Bedeutung für den Kapitalmarkt aufweisen.

III. Fazit

Insgesamt ist *Littens* „Kapitalmarktrecht“ ein wertvolles Referenzwerk, das ausführlich und prägnant zu den wichtigsten Aspekten des Kapitalmarktrechts informiert. Der *Autor* liefert eine klare und verständliche Erklärung der relevanten rechtlichen Bestimmungen und stellt eine wichtige Grundlage für diejenigen dar, die sich mit dem Kapitalmarktrecht befassen. Anders als die stark gesellschaftsrechtlich geprägten Werke (z.B. *Grunewald/Schlitt*, *Langenbucher*, *Wilhelm*, aber auch *Buck-Heeb*) oder die Werke mit bankrechtlichem Einschlag (z.B. *Einsele*, *Lehmann*) stellt es die Finanzinstrumente in den Vordergrund. Entsprechend ist die Gliederung in Aufsichtsrecht, Zivilrecht und Sanktionsrecht zwangsläufig und überzeugend – ebenso wie thematische Ergänzung um die Digitalisierung des Finanzmarkts. Es ist ein unerlässliches Werk für alle, die sich über die wesentlichen Elemente des Kapitalmarktrechts informieren möchten und eine knappe sowie aktuelle Darstellung suchen. Nicht unerheblich dürfte das Werk von der langjährigen Erfahrung des *Autors* „auf beiden Seiten“ profitiert haben. Er ist nicht nur Partner im Financial Markets & Products Team einer multinationalen Anwalts-

kanzlei, sondern seit vielen Jahren auch Lehrbeauftragter am Institute for Law and Finance der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

Das Werk zeichnet sich zudem durch einen sehr umfangreichen und akribisch recherchierten Fußnotenapparat aus, sodass es bisweilen optisch einer Dissertation gleicht. Zusammen mit dem umfangreichen Verzeichnis der Rechtsquellen des Kapitalmarktrechts in Kapitel E. bieten die Fußnoten einen idealen Ausgangspunkt für tiefergehende Recherchen. Daher werden Fußnotenapparat und Anhang nicht nur für Studierende hilfreich sein, die im Rahmen der universitären Schwerpunktbereichsprüfung eine Hausarbeit verfassen müssen, sondern auch Anwaltspraktiker werden von den umfangreichen Quellennachweisen, Beispielen und Ergänzungen in den Fußnoten profitieren.

Rüdiger Littens „Kapitalmarktrecht“ bietet eine knappe, aber sehr fundiert ausgearbeitete Darstellung des Kapitalmarktrechts mit einem Schwerpunkt auf die Finanzinstrumente. Es ist daher Studierenden und Praktikern gleichermaßen uneingeschränkt zu empfehlen.

Buchrezension

Herles, Christian: Unternehmensinterne Rechtsberatung, Der Guide für die Inhouse-Rechtsabteilung, Schäffer-Poeschel, Stuttgart 2022, 251 S., 49,95 €.

Wiss. Mitarbeiterin Clarissa Katharina Julia Zentgraf, LL.M., Siegen *

I. Einleitung

Die unternehmensbezogene Rechtsberatung gehört mittlerweile zu den wichtigsten Tätigkeitsfeldern für (Wirtschafts-)Juristen. Der Guide von *Herles* gewährt sowohl einen Überblick über die Tätigkeiten eines Unternehmensjuristen wie auch über die Arbeitsweise in internen Rechtsabteilungen. Gleichzeitig gibt er einen umfangreichen Überblick über die Themenkreise, mit denen sich Unternehmensjuristen typischerweise befassen. Hierbei gelingt hervorragend die Verknüpfung der rechtswissenschaftlichen Grundlagen mit der Praxis. So erfolgt neben den inhaltlichen Darstellungen stets auch die Darstellung praktischer Handhabungen rechtlicher Aspekte aus unternehmensinterner Sicht anhand einer Vielzahl von Beispielen. Das Buch richtet sich vor allem an Studierende der Rechtswissenschaften und des Wirtschaftsrechts, um den Einstieg in diesen Berufszweig zu erleichtern, laut Vorwort aber auch an alle, die bereits im Berufsleben stehen und ihre Grundlagen auffrischen wollen.

II. Zum Inhalt

Das Werk ist in drei Hauptabschnitte aufgeteilt: Im ersten, allgemeinen Teil werden wichtige Grundlagen zur Inhouse-Rechtsberatung dargestellt. Auf gut 40 Seiten werden das Berufsbild sowie grundsätzliche Aufgaben der internen Rechtsberatung aufgezeigt. Auch die Einbindung der Tätigkeit externer Rechtsanwälte sowie die Möglichkeiten der organisatorischen Einbindung werden dabei aufgegriffen. Mit diesen Darstellungen wird hier auch denjenigen der Einstieg in die Materie ermöglicht, die sich erstmals mit der Thematik der unternehmensinternen Rechtsberatung beschäftigen. Positiv anzumerken ist auch, dass der *Autor*, wenn auch in entsprechender Kürze, Themen wie Legal Tech und das elektronische Anwaltspostfach als Formen von modernen Arbeits- und Kommunikationsmittel anreißt.

Der zweite Teil widmet sich schließlich einem Überblick über relevante Rechtsgebiete. Es werden sieben Rechtsbereiche in den Blick genommen nämlich Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht, Vertragsrecht, Vertriebs- und Marketingrecht, Produktrecht, Geistiges Eigentum und Internationales Handelsrecht. Alle Themenfelder werden stringent in einem weitgehend gleichen Schema erläutert: Zunächst werden (potenzielle) Abschnitte bzw. Phasen oder Kategorien von Aufgaben erstellt. In diesen werden sodann die einzelnen Aufgaben, die anfallen können, aufgegliedert. Dabei werden nochmals kompakt die jeweiligen rechtlichen Grundlagen dargelegt und aufgefrischt. Sehr gelungen sind in diesem Zusammenhang auch die Schaubilder und Übersichten, die wesentliche Inhalte und Zusammenhänge grafisch aufbereiten. Dem folgend werden zu jedem der identifizierten Aufgaben praxisrelevante Beispiele angeführt. Hervorzuheben ist zudem die sprachliche sowie stilistische Ausdrucksweise, die auf unnötige Verkomplizierungen verzichtet. Dem *Autor* gelingt der Spagat, Theorie

* Die *Autorin* ist Wiss. Mitarbeiterin und Doktorandin an der Professur für Öffentliches Wirtschaftsrecht, Technik- und Umweltrecht an der Universität Siegen (Prof. *Dr. Rainer J. Schröder*).

und Praxis miteinander zu verknüpfen und nachvollziehbar sowie spannend darzulegen. Aufgrund der gewählten Darstellungsform setzen sich die Beispiele auch optisch vom Haupttext ab. Somit lässt sich der Blick, wenn gewollt, direkt auf die Praxisbeispiele lenken. Durch die Vielzahl an Beispielen in den einzelnen Rechtsbereichen wird deutlich, dass das Aufgabenspektrum eines internen Unternehmensjuristen äußerst vielfältig und abwechslungsreich ist. Einige der genannten Tätigkeiten und Beispiele sind dabei sicherlich nicht von vorneherein offensichtlich, sodass dieses Werk auch für bereits etablierte interne Rechtsabteilungen neue Blickwinkel auf die eigene Tätigkeit eröffnen kann.

Der letzte und somit dritte Teil beschäftigt sich mit dem Bereich Compliance und Datenschutz. Es ist nicht verwunderlich, dass der *Autor* diese beiden Themen behandelt, gewinnen diese doch zunehmend an rechtlicher und wirtschaftlicher Bedeutung. Dies wird insbesondere dadurch deutlich, dass diese Aspekte in einem eigenständigen Teil dargestellt werden, was ihre Bedeutung in der Praxis unterstreicht.

III. Fazit

Das Werk von *Herles* bietet einen praxisbezogenen Einstieg in die unternehmensbezogene Rechtsberatung als Arbeitsfeld. Neben der grundsätzlichen Darstellung des potenziellen Tätigkeitsfelds verbindet es unternehmensinterne Prozesse mit einer Vielzahl an praxisrelevanten Rechtsgebieten. Dem Untertitel „Ein Guide für […]“wird der *Autor* gerecht, denn es ist ihm nicht nur vollumfänglich gelungen, einen guten Überblick über die einzelnen Tätigkeitsfelder zu geben. Vielmehr hat er auch durch die anschaulichen und nachvollziehbaren Beispiele die unterschiedlichen Aufgabenfelder praxisnah strukturiert und als Orientierung an die Hand gegeben.

Die sinnvoll gewählten Untergliederungen der einzelnen Rechtsbereiche, die inhaltlich nicht überladenen Abschnitte und die Auflockerung durch die abgesetzten Beispiele ermöglichen einen sehr guten Lesefluss. Anhand des umfangreichen Stichwortverzeichnisses und des detaillierten Inhaltsverzeichnisses kann zudem jederzeit gezielt zu einzelnen Themenfeldern nachgeschlagen werden. All dies macht das Buch zu einem wichtigen Grundlagenwerk, was mit seinen 251 Seiten jedoch keinesfalls überladen ist. Es folgt eine klare Empfehlung an alle Personen, die sich mit der unternehmensinternen Rechtsberatung erstmalig vertraut, aber auch tiefergehend beschäftigen möchten. Als solches richtet es sich nicht nur an Praktiker, sondern ist auch für Studierende der Rechtswissenschaften bestens geeignet.

Buchrezension

von Schirach, Ferdinand: Jeder Mensch, Luchterhand Literaturverlag, München 2021, 31 S., 5,00€.

*Paul Kluth, Schmalkalden**

I. Überblick

Lange Zeit war das Leben nicht mehr von einer solchen Menge gesellschaftlicher Umbrüche geprägt wie heute. Immer sichtbarere Entwicklungen wie die Digitalisierung, der Klimawandel, die trotz jüngster Gegenentwicklungen noch immer herrschende Globalisierung und auch Konflikte führen unsere Gesellschaften zu nie dagewesenen Problemen, mit denen „jeder Mensch" konfrontiert wird. Trotz aller damit verbundenen Chancen entwickelt sich auch ein größer werdendes Bewusstsein für Gefahren in dieser „neuen Welt". Es mündet schließlich in einem Streben nach einem komfortabel-vernetzten, nachhaltigen und möglichst gerechten Miteinander, das aber wiederum zahlreiche Folgefragen birgt. Ist das Recht darauf vorbereitet? Wie soll es mit einer solchen Situation umgehen? Ist es nicht an der Zeit, einige ganz grundlegende Dinge an sich immens veränderte Rahmenbedingungen anzupassen? Sind z.B. die althergebrachten Grundrechte in Zeiten von Datensammelwut, Fake News, automatisierten Entscheidungen und anderen Entwicklungen dieser Art noch genug?

Einen Beitrag zur Beantwortung dieser Fragen liefert der Schriftsteller *Ferdinand von Schirach* in seinem bereits im vorletzten Jahr erschienenen essayistischen Kurzwerk „Jeder Mensch". Eigentlich für seine tiefsinnigen und mit einigem juristischen Sachverstand versehenen Romane bekannt, bettet der *Verf.* hier das aktuelle Moment der Renovierungsbedürftigkeit der Grundrechte in historische Vergleiche ein und wirbt mit ganz konkreten Vorschlägen für eine zeitgemäße Ergänzung dieser. Das an und für sich komplexe Thema wird im Buch in aller Kürze auf den Punkt gebracht und vermag in wenigen Minuten gelesen zu werden.

II. Inhalt und Sprache

Wenn der Autor zu Beginn seines Werks recht detailreich die Entstehungsumstände der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung 1776 und die der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte 1789 in Frankreich schildert, mag sich der Leser zunächst in einem Geschichtsbuch wähnen. Doch es wird recht schnell klar, was dies alles mit den eingangs erwähnten Änderungen unserer Zeit zu tun haben soll: Könne man die damaligen Ansätze auch als noch so fortschrittlich werten, seien sie lange Zeit auf der Ebene unverwirklichter Träumereien einer besseren Gesellschaft stehen geblieben. Gerade im Inkrafttreten der Europäischen Grundrechtecharta 2009 scheint der *Autor* hingegen einen Beleg dafür zu sehen, dass diese Utopien heutzutage Realität geworden sind. Es werden aber auch Effizienzprobleme erkannt. Da existente Menschen- und Grundrechtsnormierungen – egal ob national, europäisch oder international – nicht konkret die bezeichneten Phänomene unserer Zeit würdigen, lohne es sich gerade im Anbetracht dieses Vergleichs auch heute die historische Chance zu begreifen,

* *Paul Kluth* ist Masterstudent des Wirtschaftsrechts an der Hochschule Schmalkalden (University of Applied Sciences) und war dort als Stud. und Wiss. Hilfskraft für verschiedene zivil- und öffentlich-rechtliche Professuren tätig.

im Geiste der aufgeklärten Vordenker „sechs neue Grundrechte“[1] voranzubringen. Diese stellt der *Verf.* sodann in einem ausformulierten Normenkatalog[2] dar und behandelt dabei, welche Rechte „jeder Mensch“ im Angesicht von Klimawandel, Digitalisierung, künstlicher Intelligenz, Desinformation und Globalisierung haben sollte und wie er sie durchsetzen könnte. So wird jedem Menschen das Recht auf ein Leben „in einer gesunden und geschützten Umwelt“ zugesprochen (Art. 1), die „digitale Selbstbestimmung“ wird unter Verbot der „Ausforschung oder Manipulation“ festgeschrieben (Art. 2) und für den Einsatz von automatisierten Entschlüssen werden die Kriterien der Transparenz, Überprüfbarkeit und Fairness aufgestellt, wenngleich „wesentliche Entscheidungen“ weiterhin von Menschen zu fällen seien (Art. 3). Außerdem solle man verlangen dürfen, dass amtliche Aussagen der „Wahrheit“ entsprechen (Art. 4) und jegliche Bereitstellungen von Gütern die Einhaltung der „universellen Menschenrechte“ (Art. 5) beachten. Ein „systematischer“ Bruch dieser Rechte eröffne die Möglichkeit zur „Grundrechtsklage vor den Europäischen Gerichten“ (Art. 6). Schließlich folgt ein argumentativ überzeugendes Plädoyer dafür, dass der Leser doch an einer Abstimmung zur Etablierung dieser Grundrechte teilnehmen solle, um einen vom Willen der Bürger getragenen Prozess ins Rollen zu bringen, an dessen Ende sich vielleicht auch die Politik von deren Vorteilhaftigkeit überzeugen ließe. Im Schlussteil („Anmerkungen“) findet sich u.a. der Verweis zur Online-Abstimmung und eine bemerkenswerte Darstellung, wie seine eigene Familiengeschichte den *Autor* zum Buch motiviert hat.

Schirachs Sprache ist durchgängig klar und anschaulich. Ohne durch Länge oder Schmuck von den wesentlichen Punkten abzulenken, kann der Leser die einzelnen Schritte der faktenbasierten Argumentation konsequent nachvollziehen. Beim Formulierungsvorschlag für die neuen Grundrechte bedient er sich dem bekannten Duktus von Verfassungstexten. Durch dessen Ergänzung um zu den angesprochenen Entwicklungen passenden Begrifflichkeiten entsteht jedoch ein ungewohnt moderner, recht kompromisslos anmutender Normtext.

III. Wertung und Fazit

Der Ansatz *von Schirachs* ist ebenso einfach wie bemerkenswert. An dem Problem, dass eine Vielzahl der auch im juristischen Studium näher betrachteten Rechtsquellen antiquierte Perspektiven einnimmt, kommt niemand vorbei. Sich dann aber Gedanken zu einer zeitgemäßeren Ausgestaltung zu machen, fällt wohl nur äußerst wenigen Personen ein. Denn um damit überhaupt etwas Aussicht auf Gehör zu finden, braucht man einen Namen. Diesen hat *von Schirach* und nutzt ihn ganz gewaltig: Nach der Lektüre seines Werks fällt es schwer, Gegenargumente zu den Vorschlägen für eine moderne Grundrechtsergänzung zu finden. Dies mag an der sprachlich-fachlichen Kunst des *Autors*, an den tugendhaften Inhalten oder aber an der Tatsache liegen, dass man die angesprochenen Probleme nicht einfach unter den Tisch kehren kann.

Natürlich lässt sich mit Blick auf die grundsätzliche Idee des Projekts oder auch an der ein oder anderen konkreten Stelle Kritik üben. Verständnis für ein derartiges Unterfangen wächst indes mit der Bereitschaft des Lesers, visionären Gedanken Raum zu geben, und fällt wohl mit der durch Lebenserfahrungen geschaffenen Einsicht in die eher strenge Realität. Dass *von Schirach* in seinem Werk recht theatralisch vorgeht, ist weniger Grund zur Beanstandung als vielmehr direktes Erfordernis der ganz grundsätzlichen Anlage des Themas. Naheliegend ist es, die definitorische Unschärfe

[1] *v. Schirach*, Jeder Mensch, S. 16.

[2] Die Artikel im genauen Wortlaut sind im Werk selbst (vgl. *v. Schirach*, Jeder Mensch, S. 18 f.) und auch auf der Buchrückseite niedergeschrieben.

der im Normtext genutzten Begrifflichkeiten zu bemängeln[3] – was muss zum Leben in einer „gesunden und geschützten Umwelt“ alles genau erfüllt sein, wo beginnen und enden „Ausforschung oder Manipulation“, wodurch wird ein Algorithmus „belastend“, wann ist er „transparent, überprüfbar und fair“, wann ist eine Entscheidung eine „wesentliche“ und wer genau bestimmt eigentlich, was die „Wahrheit“ ist? Doch die Kritik daran fällt dann nicht so schwer ins Gewicht, wenn man sich eingesteht, dass derart unbestimmte Rechtsbegriffe in sämtlichen Verfassungstexten vorkommen und der Umgang mit ihnen und ihrer rechtspraktischen Auslegung üblich ist. Urteile, Kommentare und die Diskussion könnten – sollten die vorgeschlagenen Artikel tatsächlich irgendwann einmal Rechtskraft haben – hier eingrenzende Abhilfe leisten. Etwas unklar bleibt ferner, wo und wie genau die neuen Grundrechte für welche Träger und welche Verpflichteten rechtstechnisch verortet werden sollen, auch wenn immer wieder auf eine Ansiedlung auf europäischer Ebene Bezug genommen wird und bereits der Titel des Werks auf eine wohl wirklich allgemeine Geltungsabsicht verweist. Die Frage danach, ob es eine derartige Ergänzung wirklich braucht, ist ebenso berechtigt: Am Beispiel des Klimawandels sei nur darauf verwiesen, wie das BVerfG[4] jüngst wesentliche Inhalte eines von *von Schirachs* neuen Grundrechten auf anderem Wege hergeleitet hat. Der *Autor* zeigt aber auch Größe, indem er mögliche Kritik an seinem Projekt vorhersieht und sogleich versucht, diesen Punkten etwas von ihrer Schlagkraft zu nehmen;[5] außerdem gesteht er die Langwierigkeit und Komplexität eines entsprechenden Prozesses ein.[6]

Eine Lektüre des Werks ist so durchaus zu empfehlen – nicht nur für Studierende juristischer Fächer, sondern für eben jeden Menschen. Natürlich kann das Buch nicht als juristische Lehr- und Fachliteratur eingeordnet werden, aber dies dürfte auch kein Anliegen des *Autors* gewesen sein. Vielmehr handelt es sich um einen allgemeinbildenden, juristisch aber durchaus sinnvollen Beitrag zu drängenden Problemen unserer Gesellschaft. Die Abhandlung ist freilich nicht wenig prätentiös, moralisch enorm verführend und verleitet hier und da auch zu träumerischen Illusionen. Sie wirkt aber gerade durch ihre Interaktionsmöglichkeit sehr nahbar und auf eine erfrischende Weise umtriebig. Ob man nun an der verbundenen Abstimmung teilnimmt und es so den bisher über 270.000 Unterzeichnern gleichtut, bleibt einem selbst überlassen. Dass dadurch tatsächlich die Verabschiedung der Artikel zu einem späteren Zeitpunkt realistischer wird, darf als äußerst fraglich gelten. Doch es erscheint zentral, sich wenigstens eine Meinung gebildet zu haben. Und dies ist auch mit keinen großen Mühen verbunden: Schließlich kann man sich die Lektüre des dünnen Buchs problemlos für den Wartezeitraum auf den Vorlesungsbeginn vornehmen, auch wenn sich eine noch nähere Befassung mit der Vision des *Autors* lohnt.

---

[3] Für reichlich Kritik an einigen der genutzten Begriffe vgl. auch bereits die juristisch fundierte Kolumne: *Fischer*, »Jeder Mensch« braucht kein Mensch, v. 16.04.2021, abrufbar unter Ferdinand von Schirachs Grundrechteinitiative: »Jeder Mensch« braucht kein Mensch – Kolumne – DER SPIEGEL (12.1.2023), dort werden auch viele weitere Bedenken deutlich, z.B. an der Ausgestaltung der Grundrechtsklage.

[4] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18.

[5] Vgl. *v. Schirach*, Jeder Mensch, S. 20 f.

[6] Vgl. *v. Schirach*, Jeder Mensch, S. 24.

Buchrezension

Waßmer, Martin Paul: Medizinstrafrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022, 359 S., 29,90 €.

Dr. Matthias Wachter, Freiburg/Augsburg[*]

Das Medizinstrafrecht erfreut sich einer wachsenden Beliebtheit in der Juristenausbildung. Ein Grund dafür dürfte in dem Umstand liegen, dass die einschlägigen Entscheidungen und Konstellationen oftmals ein hohes Unterhaltungsniveau aufweisen: Fälle, in denen Pflegepersonal heimlich Gift injiziert, Ärztinnen mit entnommenen Organen Handel treiben oder zur Vertuschung eigener Fehler falsche Diagnosen vortäuschen, sind skurril und in Zeiten von True-Crime-Serien und -Podcasts populär. Hinzu kommt, dass es sich beim Medizinstrafrecht um ein Rechtsgebiet handelt, in dem „kriminalpolitischer Dauerbetrieb" herrscht: Neufassungen im Bereich der Urkundsdelikte (§§ 277–279 StGB), zur Korruption im Gesundheitswesen (§§ 299a, 299b StGB) oder zur ex-ante-Triage (§ 5c IfSG) und emotional geführte Diskussionen um die Legitimität von Strafvorschriften (z.B. zur Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs oder zur inzwischen aufgehobenen Strafvorschrift des § 219a StGB [Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft]) oder um deren Ausgestaltung (z.B. zur geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, § 217 StGB a.F.) prägten, um nur einige der neueren Entwicklungen zu benennen, das Bild der letzten Jahre.

Dem an der Universität zu Köln lehrenden *Martin Paul Waßmer* ist es in seinem neu erschienenen Lehrbuch gelungen, dieses Interesse am Medizinstrafrecht zu bedienen. Seinem eigenen Anspruch nach handelt es sich um ein Werk, das in erster Linie eine Einführung in die Materie geben soll und sich an Studierende im Schwerpunktbereich richtet. Wertvoll ist das Lehrbuch in diesem Stadium der Ausbildung, weil die Problemstellungen des Medizinstrafrechts stets unter Rückgriff auf die strafrechtlichen Grundlagen erläutert werden. Die einzelnen Kapitel beginnen mit einer Einführung in die jeweils einschlägigen Straftatbestände und Rechtsinstitute, bevor die spezifisch medizinstrafrechtlichen Konstellationen behandelt werden. Studierende profitieren dadurch nicht nur von einem „Auffrischungseffekt", der durch Wiederholungsfragen am Ende eines jeden Kapitels noch vertieft wird, sondern auch von der Anwendung des Erlernten auf meist neuartige Fälle. Die Vermittlung des medizinstrafrechtlichen Stoffes gelingt dem *Verf.* insbesondere deshalb, weil er dabei nicht nur abstrakt bleibt, sondern zahlreiche Beispielsfälle zur Veranschaulichung heranzieht.

Ein weiteres „Plus" des Lehrbuchs liegt in der Art und Weise, wie die Probleme dargestellt und behandelt werden. Trotz der hohen Informationsdichte des Werks gibt der *Verf.* nicht nur „skriptenartig" einzelne Meinungen wieder, sondern „denkt sie dem Lesenden vor". Dies führt regelmäßig[1] zu einer nachvollziehbaren und anregenden Diskussion über die Vor- und Nachteile der jeweiligen Ansichten. Die Darstellungen etwa der Vertragsarztuntreue (§ 17 Rn. 6 ff.) oder der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des § 226a StGB (Verstümmelung weiblicher Genitalien; § 4 Rn. 54 ff.) erfolgen sehr ausführlich und geistreich. Für das Verständnis der Thematik, aber auch für die Schulung des Argumentationsvermögens ist dieses Vorgehen ideal.

---

[*] Der *Autor* ist Akademischer Rat a.Z. an der Universität Augsburg. Er vertritt derzeit am Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Abt. 3).

[1] Lediglich vereinzelt, etwa bei der Frage nach der Relevanz von Motivirrtümern im Rahmen einer Einwilligung (§ 6 Rn. 32), werden abweichende Meinungen und deren Argumente unterschlagen.

Etwas mehr Gewicht hätte jedoch auf eine inhaltliche Ausformung der Patientenautonomie gelegt werden können. Zwar betont der *Verf.* gleich zu Beginn (§ 1 Rn. 3, § 2 Rn. 1) deren hohe Bedeutung für das Medizinstrafrecht. Eine Vorstellung davon, was damit genau bezeichnet ist und welche Voraussetzungen der Begriff mit sich bringt, bleibt er aber schuldig. Da auf die Patientenautonomie im Laufe der Darstellung nicht selten zurückgegriffen wird, wäre dies nicht nur aus rechtsphilosophischer Sicht interessant gewesen: Das Abstellen auf „Selbstbestimmung" zur Bejahung einer tatbestandlichen Körperverletzung bei Heileingriffen (§ 3 Rn. 9), als Argument zur Straflosigkeit von Behandlungsabbrüchen (§ 9 Rn. 33 ff.) oder als Ausschlussgrund für eine Rechtfertigung nach § 34 StGB bei Durchführung einer Bluttransfusion, die von einem Patienten abgelehnt wird (§ 6 Rn. 35), käme so mehr Überzeugungskraft zu.

Dennoch bestehen keine Bedenken daran, dass es sich bei dem Lehrbuch von *Waßmer* um eine hervorragende Einführung in das Medizinstrafrecht handelt. Es behandelt die einschlägigen Fragestellungen auf sehr hohem Niveau und geht dabei auf Standardkonstellationen ebenso ein wie auf neuere Problemfelder[2]. Nicht nur deshalb, sondern auch aufgrund der klaren Sprache und der durchgehend verständlichen Darstellung des Lehrstoffes ist es jedem Studierenden uneingeschränkt zu empfehlen.

[2] So beinhaltet das Lehrbuch etwa lesenswerte Ausführungen zum sog. Neuroenhancement (§ 6 Rn. 12) oder zu den unterschiedlichen Konstellationen der Triage (§ 8 Rn. 33 ff.).