

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

4/2023
16. Jahrgang

S. 700–938

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Das zivilrechtliche Hilfsgutachten in der juristischen Ausbildung

Prof. Dr. Carsten Fischer, Trier

700

Die Publizitätswirkung des Handelsregisters nach Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie

Akad. Rätin a.Z. Dr. Carmen Freyler, Augsburg

710

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Öffentliches Recht

Die Prüfung der Erfolgsaussichten eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO – Klausurtaktische Erläuterungen zum „Klassiker“ mit Formulierungshilfen

Dr. Sarah Lüttmann, Osnabrück

719

Strafrecht

Die „Vorprüfung“ beim Versuch in der Fallbearbeitung

Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam

729

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Examensübungsklausur: Die blockierte Stadt und der fehlerhafte Chatbot

Dr. Tristan Radtke, LL.M. (NYU), Leipzig

737

Anfängerklausur BGB AT/Schuldrecht AT: Gefälschter Dalvador Salí

Wiss. Mitarbeiter Johannes Ipsen, Stud. iur. Jonas Rehder, Hamburg

751

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

Examensübungsklausur: Digitales Allerlei

Wiss. Mitarbeiter David Lang, Wiss. Mitarbeiter Kevin Rösch, Erlangen-Nürnberg 769

Öffentliches Recht

(Referendar-)Examensklausur: Museumsschließungen durch ordnungsvertretendes Gesetz

Prof. Dr. Lothar Michael, Wiss. Mitarbeiterin Sarah Dersarkissian, Düsseldorf 788

Schwerpunktbereichsklausur Steuerverwaltungsrecht: Die alkoholisierte Angestellte

Ass. iur. Timon El-Sherif, Berlin 809

Anfängerklausur – Grundrechte: Die Rennraddemo auf der Autobahn

Wiss. Mitarbeiter Johannes Forck, Passau 819

Anfängerhausarbeit: Punks auf Sylt

Wiss. Mitarbeiter Sven Siebrecht, Berlin 831

Strafrecht

Fortgeschrittenenklausur: Ein Wettstreit unter Kollegen mit Folgen

Wiss. Mitarbeiterin Dr. Tamina Preuß, Würzburg 857

Examensübungsklausur: „Klimakleber“ – Mit Exkurs zur Zurechenbarkeit eines Todeserfolges durch die Hinderung von Rettungskräften infolge einer Straßenblockade

Wiss. Mitarbeiter Finn-Lauritz Schmidt, Frankfurt am Main 875

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Strafrecht

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 1.3.2023 – 1 ORs 36 Ss 47/23

(Zur gescheiterten Abholung eines „Beutepäckchens“ und dem Fahren ohne Fahrerlaubnis zum/vom geplanten Abholort)

(RiOLG Prof. Dr. Janique Brüning, Wiss. Mitarbeiter David Rapp, Kiel) 906

BGH, Beschl. v. 4.5.2023 – 5 StR 38/23 (LG Flensburg)

(Urkundenfälschung mittels Collagen, Verjährungsunterbrechung)

(Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster) 924

BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22

(Strafbarkeit von Impfausweisfälschungen nach altem Recht)

(Wiss. Hilfskraft Emilia Kanera, Halle [Saale])

931

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

Das zivilrechtliche Hilfgutachten in der juristischen Ausbildung*

Prof. Dr. Carsten Fischer, Trier**

Wann ist in einem zivilrechtlichen Gutachten ein Hilfgutachten statthaft und sinnvoll? Welche Form soll es haben, wie ausführlich soll es sein? Trotz der Ubiquität entsprechender Aufgabenstellungen sind in der Literatur zu diesen Fragen kaum belastbare Regeln ersichtlich. Unter Rückbindung an den Zweck des Gutachtens geht der Beitrag zunächst auf die Funktion eines Hilfgutachtens ein, arbeitet Fallgruppen heraus, in denen von einem Hilfgutachten abzuraten ist, und schließt mit einigen Vorschlägen zur Ausführung von Hilfgutachten in der zivilrechtlichen Klausur- und Hausarbeitspraxis an der Universität und in der Ersten Juristischen Prüfung.

I. Der Gutachtenstil und juristische Prüfungsaufgaben	701
II. Die falsche Abbiegung und eine goldene Brücke	703
III. Kein Hilfgutachten.....	703
1. Konkurrierende Anspruchsgrundlagen	704
2. Alternative Sachverhaltsauslegungen	704
3. Hilferwägungen.....	704
4. Beifang und Zufallstreffer	705
IV. Darf man ein Hilfgutachten ausschließlich in prozessrechtlich geprägten Prüfungen verfassen?.....	706
V. Ist ein Hilfgutachten immer statthaft?	707
VI. Ein Ende und ein Anfang.....	708
VII. Stoffauswahl und Ausführlichkeit	708
VIII. Schluss	708

„Wie ist die Rechtslage?

Bearbeitungsvermerk: Es sind alle in Betracht kommenden Ansprüche zu prüfen, ggf. auch hilfgutachtlich.“

Unter wohl den meisten zivilrechtlichen Klausuren¹ in der deutschen juristischen Ausbildung findet sich der Hinweis auf die Möglichkeit zur Erstellung eines Hilfgutachtens.² Dabei handelt es sich um

* Für Gespräche über Hilfgutachten und für die kritische Lektüre eines Entwurfs dieses Beitrags danke ich herzlich meinen Trierer Kollegen *Mohamad El-Ghazi*, *Lea Katharina Kumkar*, *Hans-Friedrich Müller* und *Henning Tappe*.

** Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte an der Universität Trier.

¹ Das Folgende gilt *cum grano salis* auch für Hausarbeiten.

² Beispielsweise enthielten in Rheinland-Pfalz alle zwölf zivilrechtlichen Klausuren der Examenskampagnen der

eine salvatorische Klausel; in aller Regel legen Prüfer³ es nicht darauf an, dass eine Klausur primär im Wege des Hilfsgutachtens gelöst wird.⁴ Die Bezeichnung als Hilfsgutachten kommt also nicht von ungefähr. An dieser Stelle endet im zivilrechtlichen Bereich die *communis opinio*. Was genau ein Hilfsgutachten ist, wann man es verfassen darf und in welcher Ausführlichkeit, darüber gehen die Meinungen auseinander.⁵

I. Der Gutachtenstil und juristische Prüfungsaufgaben

Die juristische Ausbildung in Deutschland⁶ ist vom *Gutachtenstil* geprägt. Das ist banal, dennoch wert, festgehalten zu werden. Denn zum einen sind Studierende damit in ihrer Darstellungsweise auf eine Kette von Syllogismen festgelegt. Andere mögliche Bearbeitungsformen, etwa eine eher assoziative oder ausschließlich essayistisch-problemorientierte, kommen nicht in Betracht.⁷ Juristische Aufgabenstellungen sind also, jedenfalls während des Studiums, mit der Gutachtentechnik oder -methode zu bearbeiten. Dass hierbei der wohlüberlegte Einsatz des Urteilsstils und andere Möglichkeiten der Verdichtung unproblematischer Aspekte gestattet sind,⁸ ändert daran nichts.

Zum anderen soll in dieser Form und mit dieser Technik ein *Gutachten* erarbeitet werden. Dahinter steht die Aufgabe, Sachverhalte umfassend rechtlich zu würdigen und diese Würdigung überzeugend erklären zu können. Das Gutachten nimmt demnach für sich in Anspruch, sämtliche erörterungswürdigen Rechtsfragen anzusprechen und einer dogmatisch vertretbaren, interessengerechten Lösung zuzuführen. Das entspricht den späteren beruflichen Anforderungen: Anwälte sind dazu angehalten, nicht nur den ihnen überzeugend erscheinenden juristischen Pfad zu erläutern, sondern auch abweichende Lösungsmöglichkeiten und die mit ihnen einhergehenden (Prozess-)Risiken darzulegen. Und Richter müssen als Berichterstatter den anderen Mitgliedern eines Richterkollegiums

Jahre 2020 und 2021 einen solchen Hinweis („Die Aufgaben 1, 2 und 3 sind in einem Gutachten zu bearbeiten. Dabei ist auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. hilfsgutachterlich [oder: in einem Hilfsgutachten] – einzugehen.“).

³ Mit dem hier und im Folgenden benutzten generischen Maskulinum sind alle Geschlechter gemeint.

⁴ In diesem Sinne auch *Schimmel*, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 14. Aufl. 2020, Rn. 418.

⁵ Die didaktische Literatur zum Hilfsgutachten, zumal zum zivilrechtlichen, in universitärem Studium und Erster Juristischer Prüfung ist überschaubar. Dazu zählen *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 224 f.; *Theuersbacher*, JuS 1989, 768 (771); *Schwerdtfeger/Schwerdtfeger*, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 15. Aufl. 2018, Rn. 832 f.; *Butzer/Epping*, Arbeitstechnik im Öffentlichen Recht, 3. Aufl. 2006, S. 65–68; *Schwabe*, Jura 1996, 533 (vor allem, aber nicht nur, für das öffentliche Recht). Für das Referendariat und Assessorexamen *Mühl*, Die Lehre von Gutachten und Urteil – Unter besonderer Berücksichtigung der Verknüpfung von materiellem Recht und Prozeßrecht, 1970, S. 84; *Schneider*, Der Zivilrechtsfall in Prüfung und Praxis, 7. Aufl. 1988, Rn. 133–135; aus der neueren Literatur *Knöringer/Kunnes*, Die Assessor Klausur im Zivilprozess, 19. Aufl. 2022, S. 74 Rn. 6.12; *Anders/Gehle*, Das Assessorexamen im Zivilrecht, 15. Aufl. 2022, S. 86 A 137, S. 150 B 51; *Kaiser/Kaiser/Kaiser*, Die Anwaltsklausur Zivilrecht, 9. Aufl. 2021, Rn. 2, 49. Viele Anleitungen thematisieren das Hilfsgutachten gar nicht, z.B. *Putzke*, Juristische Arbeiten erfolgreich schreiben – Klausuren, Hausarbeiten, Seminare, Bachelor- und Masterarbeiten, 7. Aufl. 2021. Am klarsten zur Frage des Hilfsgutachtens *Beyerbach*, JA 2014, 813 (818 f., allgemein); *Schimmel*, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 14. Aufl. 2020, Rn. 418–419 (allgemein). Ebenfalls klar *Schnapp*, JuS 1998, 420 (für Aufgabenstellungen des öffentlichen Rechts) und *Schmalz*, Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Aufl. 1998, Rn. 500–505, nach hier vertretener Ansicht aber nicht für zivilrechtliche Prüfungsarbeiten einschlägig, siehe Ausführungen unter A.IV.

⁶ In der Schweiz etwa wird der Gutachtenstil in der juristischen Ausbildung gelehrt, ist als obligatorische Falllösungs- und Darstellungsmethode aber unüblich.

⁷ Eine erwähnenswerte Ausnahme bilden rechtshistorische Exegesen, vgl. *Keiser/Oestmann/Pierson*, Wege zur Rechtsgeschichte: Die rechtshistorische Exegese, 2022.

⁸ Ein beherrztes Plädoyer für den sparsameren Einsatz des ungleich aufwändigeren Gutachtenstils (dort: „Begründungsstil“) bei *Lagodny/Mansdörfer/Putzke*, ZJS 2014, 157.

einen Vorschlag zur rechtlichen Bewältigung eines Falles darlegen. Dabei haben sie mit zu berücksichtigen, dass Ihre Kollegen manches anders beurteilen mögen als sie.⁹ Sie sollten folglich auf alternative Lösungswege vorbereitet sein, um unmittelbar zu einer gemeinschaftlichen Entscheidung kommen zu können und die Fallbesprechung nicht auf einen Folgetermin vertagen zu müssen.¹⁰

An dieser Stelle beginnt das Problem. Wo der Gutachtenstil Genauigkeit, Klarheit und Nachvollziehbarkeit für sich in Anspruch nimmt, bleibt der Begriff des „Gutachtens“ ein wenig wolkig. Was genau in ein Gutachten gehört, „erörterungswürdig“ oder „zu bedenken“ ist, ergibt sich mit Blick auf Prüfungsarbeiten zwar weit überwiegend aus dem Sachverhalt und aus der Aufgabenstellung selbst, letztlich aber nicht nur aus ihnen. Hinzu tritt die Entscheidung für eine bestimmte Darstellungstiefe. Die Rahmenbedingungen für diese Darstellungstiefe wiederum sind zum einen die für die Bearbeitung zur Verfügung stehende Zeit und bei Hausarbeiten auch Zeichenzahl, zum anderen eine stillschweigende Übereinkunft, wonach der Umfang gängiger Lehr- und Lernmaterialien der Prüfung zu Grunde gelegt wird. Schließlich ließen sich für die meisten Sachverhalte mal mehr, mal weniger mühelos weitere Probleme und Aspekte finden, die durchaus zum Gutachten gehören könnten, die es aber nicht in den Kanon¹¹ der üblichen Lehrbücher oder in die Vorlesungsinhalte geschafft haben¹². Hausarbeiten zehren davon und sind häufig darauf ausgelegt, die Studierenden auf der Grundlage kanonisierter Lehrinhalte mit einem oder mehreren spezielleren, in der Lehre – didaktisch vollkommen nachvollziehbar und zulässig verkürzend – häufig nicht erwähnten und in Lehrbüchern vielleicht lediglich angerissenen Problemen zu konfrontieren, für deren Aufarbeitung Kommentare, Aufsätze und Monographien herangezogen werden müssen. Die Frage, was alles in ein Gutachten gehört, lässt sich nicht mit wissenschaftlicher Exaktheit beantworten. Schon am Ausgangspunkt des zivilrechtlichen Gutachtens ist damit festzustellen: *Auf welche Art* juristische Fälle intellektuell zu zergliedern und darzustellen sind, ist klar (Gutachtenstil); *was* genau so darzustellen ist hingegen nicht bis in die letzte Verästelung.

Dennoch führt diese Feststellung nicht zu größeren Verwerfungen oder unbilliger Unsicherheit in der Prüfungspraxis. Die Sachverhalte juristischer Abschlussarbeiten sind mit Blick auf eine bestimmte Lösung entwickelt, gleichsam „vom Ende her gedacht“, und die Lösung sollte von Breite und Schwierigkeitsgrad her dem der Lehrveranstaltung zu Grunde liegenden Stoff entsprechen. Klausuren reihen Prüfungsprobleme auf eine Perlenschnur und sind letztlich ein Stück weit artifiziell. Auch das ist nicht weiter zu beanstanden. Auf diesem Wege kann ein fairer Streifzug durch das behandelte

⁹ Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund ist es bedauerlich, dass das juristische Studium in Deutschland keine verpflichtenden Gruppenarbeiten vorsieht und auch sonst kaum ernsthaft auf die Mitwirkung in Kollegien vorbereitet.

¹⁰ Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 225; Braun, JuS 2023, 97 (101); Butzer/Epping, Arbeitstechnik im Öffentlichen Recht, 3. Aufl. 2006, S. 65 f. Die vielfältigen Probleme, die in europäischen Rechtsordnungen der Gegenwart und Vergangenheit mit der Entscheidungsfindung in einem Kollegialgericht einhergehen, analysiert Ernst, Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten, 2016.

¹¹ Die Geschichte der juristischen Ausbildung in Deutschland ist zwar mit Blick auf Ausbildungsverläufe, Institutionen und Reformen bekannt. Die konkret gelehrteten Inhalte und deren Entwicklung wurden bislang aber viel zu wenig untersucht. Hier besteht Nachholbedarf.

¹² Ein Beispiel ist die Erörterung eines Anspruchs aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB im Falle des Fremdbesitzerexzesses des redlichen Besitzers. In der Sache spricht einiges dafür, diesen Anspruch in einer Prüfung zumindest anzusprechen, nicht zuletzt mit Blick auf die bei einer analogen Anwendung des § 991 Abs. 2 BGB zu erörternde Regelungslücke. In der Lehrbuchliteratur ist dieser Ansatz bislang kaum angekommen (Neuner, Examinatorium Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, Rn. 118; Vieweg/Lorz, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 8 Rn. 17; zudem Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, Vorbemerkung zu §§ 987 ff. Rn. 93. Die Dissertation von Arndt, Die Schadensersatzpflicht des Fremdbesitzers im Exzess, zugleich ein Beitrag zur Schadensersatzhaftung kraft Sonderverbindung, 2015, macht sich für eine Haftung auf Grundlage der §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB stark).

Rechtsgebiet vorgenommen werden, der – anders als in der Regel praktische Fälle – keine oder nur wenige Rücksichten auf andere Rechtsgebiete zu nehmen braucht. Konstruierte Klausuren entsprechen also dem Bedürfnis, den zu lehrenden und zu lernenden Stoff zu begrenzen und so vernünftiges Lernen überhaupt erst zu ermöglichen. Für die Klausurpraxis bedeutet das: Der Klausurersteller wird in aller Regel davon ausgehen, dass sämtliche im Sachverhalt angelegten Probleme ohne ein Hilfgutachten angesprochen werden können.¹³

II. Die falsche Abbiegung und eine goldene Brücke

Gibt es eine vom Klausurersteller am Reißbrett entworfene Lösung, dann könnten Studierende annehmen, dass Lösungsteile, die nicht diesem Weg folgen, in der Korrektur als nicht mehr vertretbar angesehen werden. Aber vom Lösungsvorschlag abweichende, jedoch noch vertretbare Lösungen sind eben dies – vertretbar, und damit auch als zulässige Klausurleistung zu bewerten. Entsprechende studentische Sorgen sollten folglich unbegründet sein.

Neben vertretbaren gibt es allerdings selbstverständlich auch unvertretbare Lösungen. Auch dieses Dilemma ist den Kandidaten bewusst. Einige wichtige Indizien dafür, dass die eigene Lösung sich wohl in eine andere als die vom Klausurersteller beabsichtigte Richtung bewegt, sind:¹⁴

1. Erkennbar im Sachverhalt angelegte Probleme oder substantielle Teile der Sachverhaltsschilderung können mit dem selbst erarbeiteten Lösungsweg nicht gestreift werden. Die Spiegelung der eigenen Lösung am Sachverhalt ist hier Gold wert: Unterstreicht man im Sachverhalt die verwendeten Angaben, dann sollte am Ende wenig Text nicht unterstrichen sein, und dieser Rest sollte als Geschichtserzählung oder Ausschmückung erkennbar sein.¹⁵ Hier tut man allerdings auch gut daran, sich noch einmal zu fragen, ob der Sachverhalt wirklich auf das u.U. nur vermeintlich erkannte Problem zusteuert.
2. Die Prüfung scheitert an einer relativen Nebensächlichkeit. Dadurch wird die Erörterung eines großen Problems verbaut.
3. Das Gutachten ist nach unverhältnismäßig kurzer Zeit beendet oder das Hilfgutachten fällt länger aus als das Gutachten.

In solchen Fällen, in denen man die Unvollständigkeit der eigenen Lösung bemerkt, soll das Hilfgutachten nun eine goldene Brücke bauen. Es bietet die Möglichkeit, diese Lösung wie geplant zu Ende zu bringen und weitere, auf diesem Weg nicht denknotwendig zu erörternde Probleme alsdann in einem als Hilfgutachten bezeichneten Anhang zu platzieren.

III. Kein Hilfgutachten

Auf dieser Erkenntnis lässt sich aufbauen und festhalten, was in einer zivilrechtlichen Arbeit *gerade kein* Hilfgutachten sein kann.

¹³ So z.B. auch Butzer/Epping, Arbeitstechnik im Öffentlichen Recht, 3. Aufl. 2006, S. 67.

¹⁴ Zum Folgenden Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 14. Aufl. 2020, Rn. 419.

¹⁵ Möllers, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 10. Aufl. 2021, S. 32 f. Rn. 4, 7.

1. Konkurrierende Anspruchsgrundlagen

In der Regel sind „sämtliche in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen“ zu prüfen. Das wird wegen des Gebots der Prozessökonomie und der damit einhergehenden Beschränkung auf das Notwendige zwar nicht in gerichtlichen Entscheidungen getan, sehr wohl hingegen – siehe oben – in juristischen Prüfungsarbeiten im Zivilrecht gefordert. Das macht auch Sinn, da jeder Anspruch ein eigenes Schicksal hat, unter anderem unterschiedlichen Verjährungsfristen unterliegt oder unterschiedliche Rechtsfolgen haben kann¹⁶. Wenn man nach der Bejahung einer Anspruchsgrundlage, z.B. des Anspruchs eines Geschäftsführers auf Ersatz risikotypischer Begleitschäden aus §§ 683 S. 1, 677, 670 BGB, weitere, daneben anwendbare Anspruchsgrundlagen aus dem Bereich der gesetzlichen Schuldverhältnisse prüft, etwa § 823 Abs. 1 BGB, dann ist das keine hilfsweise angestellte nicht mehr erforderliche Erwägung, sondern gerade für die Erstattung eines umfassenden Gutachtens wesentlich.

Das bedeutet nicht im Umkehrschluss, dass verdrängte konkurrierende Anspruchsgrundlagen immer in einem Hilfgutachten geprüft werden müssten. Im Falle des EBV etwa würde das dazu führen, dass gerade noch wegen § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB ausgeschlossene deliktische Ansprüche doch noch erörtert würden. Hier ist das oben Gesagte entscheidend: Wenn die Lösung angesichts des Sachverhaltes unvollständig erscheint, ist daran zu denken, sie mit einem Hilfgutachten zu vervollständigen. Ein Hilfgutachten dient aber nicht dazu, wirklich jede nicht gewählte gutachtliche Abzweigung noch zu erörtern.

2. Alternative Sachverhaltsauslegungen

Kommen Bearbeiter zu dem Schluss, der Sachverhalt sei nicht eindeutig, dann kann das grundsätzlich eine zweite, alternative Begutachtung nahelegen. Darin läge tatsächlich ein Hilfgutachten, insofern gehört diese Fallgruppe eigentlich nicht hierher. Dennoch ist sie der Klarheit halber hier aufgenommen. Bearbeiter von Prüfungsarbeiten im Studium und in der Ersten Juristischen Prüfung können davon ausgehen, dass der Sachverhalt vollständig, eindeutig und unstrittig ist. Das schließt non-liquet-Situationen nicht aus, die für eine Subsumtion weder ein positives noch ein negatives Ergebnis erlauben. In der Regel sind aber auch diese geplant angelegt und zumeist über eine gesetzliche Vermutung, beispielsweise § 280 Abs. 1 S. 2 BGB, zu lösen. Schwierigkeiten beim Verständnis des Sachverhalts sollten also nicht Anlass für ein Hilfgutachten sein.¹⁷ In der Regel werden sie vom Klausurersteller bewusst aufgenommen worden sein. Aber auch Klausurersteller sind nur Menschen und vor Fehlern nicht gefeit. Lässt sich der Eindruck eines solchen Fehlers nicht ausräumen, dann kann, insbesondere bei Hausarbeiten, ein Nachfragen beim Lehrstuhl angezeigt sein.

3. Hilferwägungen

„Ob das Verhalten des A tatsächlich zur Verletzung des Eigentums des B geführt hat, kann jedoch dahinstehen, da es jedenfalls an der Rechtswidrigkeit fehlt.“ Solche Darstellungen, die ein erstes Problem lediglich anklingen lassen, ohne es jedoch zu lösen, um dann zu einem zweiten überzugehen, sind weit verbreitet. Selten werden sie als Hilfgutachten bezeichnet¹⁸. Tatsächlich sind sie es in der Sache aber: Scheitert ein Anspruch schon an Merkmal 1, dann bedarf es nicht einer Erörterung

¹⁶ Beispiel: Beschränkung der Höhe von Schadensersatzansprüchen nach StVG, §§ 12 ff. StVG; anders nach §§ 823 ff. BGB.

¹⁷ Beyerbach, JA 2014, 813 (819).

¹⁸ So etwa auch nicht von Zuck, JuS 1990, 905 (909).

von Merkmal 2. Eine Hilfserwägung ist bei Licht betrachtet redundant und wäre damit bei einer strengen Lesart des Gutachtenstils sogar falsch¹⁹. Zudem kann, je nach Darstellungsweise, solch argumentatives „Nachkarten“ wirken, als traue man seinem Ergebnis zu Merkmal 1 selber nicht so recht, und so den Eindruck von Unsicherheit hinterlassen. Nichtsdestotrotz ist dieser Weg akzeptiert und wird, soweit ersichtlich, auch nicht als Verwässerung des Gutachtenstils gerügt.²⁰ Warum? Tatsächlich scheint hier eine in der Darstellungs- und Prüfungspraxis vollkommen anerkannte Ausnahme zum strengen Gutachtenstil auf. Die ansonsten verteilte Redundanz wird hier zur bloß lässlichen Sünde – denn sie gestattet es, über ein gutachtentechnisches Minimalprogramm hinauszukommen. Nahe liegende verstärkende Argumente für den eigenen Lösungsweg können auf diesem Wege elegant aufgegriffen werden. Die Kumulation von im Ergebnis gleichlautenden Hinderungsgründen für einen Anspruch ist gewissermaßen ein rhetorisches Stilmittel, das die strenge Grammatik des Gutachtenstils ein wenig dehnt. Die besseren Gründe sprechen also dafür, in kumulativen Hilfserwägungen eine elegante Flexibilisierung des Gutachtenstils zu sehen und sie zuzulassen. Für den Preis einer nur kleinen diskursiven Redundanz können Kandidaten an der im Gutachten relevanten Stelle zeigen, dass sie mehr als ein Problem erkannt haben – und ersparen sich den umständlicheren Weg über ein formales Hilfgutachten. Zudem wird möglicherweise ein unerwünschtes Verbiegen vermieden: Ein alternativer Weg wäre es, die Lösung des ersten Problems so zurecht zu schneiden, dass auch formal sich die Möglichkeit zur Erörterung des zweiten Problems bietet, also insbesondere beim ersten Merkmal entgegen der eigenen Überzeugung zu argumentieren. Das erscheint jedoch unnötig kompliziert. Schließlich ist der Gutachtenstil eine Krücke, kein Selbstzweck²¹. Er soll die gedankliche Leistung kanalisieren, in eine allgemein akzeptierte und wiedererkennbare Richtung lenken. Und wer die Form beherrscht, der darf sie auch brechen.

Hilfserwägungen sind, zusammengefasst, technisch gesehen Hilfgutachten. Der besseren Lesbarkeit halber sollten sie aber als zulässige Ausnahme zum strengen Gutachtenstil betrachtet und nicht in ein Hilfgutachten genötigt werden.

4. Beifang und Zufallstreffer

Greifen Bearbeiter in der Musterlösung vorgesehene Prüfungsaspekte auf, auf die allerdings nach dem in der eigenen Bearbeitung eingeschlagenen Weg nicht einzugehen gewesen wäre, dann ist das eine in sich widersprüchliche Lösung. Solche Überlappungen mit der Musterlösung sind mithin zufällig lanciert. Ob dieser juristische Beifang in der Korrektur berücksichtigt werden kann, vielleicht sogar überhaupt nicht berücksichtigt werden darf, ist wohl nur im Einzelfall zu entscheiden. Es dürfte einiges dagegen sprechen, bloße „Zufallstreffer“ stets zu honorieren; im schlimmsten Falle würde so zusammenhanglose Vielschreiberei privilegiert. Liegt der „Beifang“ aber dicht neben der Musterlösung, erscheint die Berücksichtigung durchaus vertretbar.

In jedem Fall handelt es sich dabei *nicht* um ein Hilfgutachten. Denn mit einem Hilfgutachten bekennt sich der Bearbeiter dazu, weitere Aspekte ansprechen zu wollen, auf Grundlage der eigenen

¹⁹ Anleitungsliteratur rät einstimmig zur knappen Darstellung des Wesentlichen, etwa *Schimmel*, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 14. Aufl. 2020, Rn. 146–149, 181–184. Solche vollkommen angebrachten Hilfestellungen werden in der Unterrichtspraxis gelegentlich zum markigen, in dieser Pauschalität nichtsdestoweniger unsinnigen Satz verdichtet „Überflüssiges ist falsch; was falsch ist, ist ein Fehler.“ Tatsächlich liegt die Kunst darin, zu erkennen, was überflüssig ist.

²⁰ So auch *Beyerbach*, JA 2014, 813 (818).

²¹ OVG Münster, Urt. v. 27.8.2009 – 14 A 313/09 = BeckRS 2010, 45569 = NWVBl 2010, 238: „Der Gutachtenstil darf nicht zum Selbstzweck werden. Nebensächlichkeiten müssen daher nicht im Gutachtenstil abgehandelt werden.“ Hierzu ausführlich *Lagodny/Mansdörfer/Putzke*, ZJS 2014, 157 (160 f.).

Lösung dafür aber keine Gelegenheit zu erhalten. Dass diese auf eine gutachtliche Bruchstelle folgenden Ausführungen in der Korrektur berücksichtigt werden, dafür sorgt die entsprechend formulierte Aufgabenstellung („[...] ggf. hilfsgutachtlich [...]“).

Damit ist ein wichtiges Charakteristikum des Hilfsgutachtens angesprochen: *Nur wo Hilfsgutachten draufsteht, ist auch Hilfsgutachten drin*. Um als Bearbeiter von der Möglichkeit eines Hilfsgutachtens zu profitieren, muss man sich dazu bekennen, ein Hilfsgutachten zu erstellen.

IV. Darf man ein Hilfsgutachten ausschließlich in prozessrechtlich geprägten Prüfungen verfassen?

Wie eingangs geschildert sind Wortmeldungen in der Literatur zu Hilfsgutachten vergleichsweise selten. Viele von ihnen erledigen die Frage von Hilfsgutachten zumindest für das Zivilrecht und das öffentliche Recht in einem Abwasch;²² das Strafrecht wird in der Regel gar nicht ausdrücklich erwähnt²³. Einige Autoren raten nun dazu, ein Hilfsgutachten ausschließlich zu erstellen, wenn eine bereits erhobene Klage oder ein anderer Rechtsbehelf sich als unzulässig erweise.²⁴ Obschon der Ratschlag recht allgemein formuliert sein kann, wird in der Regel eine öffentlich-rechtliche Aufgabenstellung gemeint sein oder als gedankliches Beispiel gedient haben.²⁵ Maßgeblich dafür ist, dass im öffentlichen Recht auch bereits während des Studiums prozessuale und materiellrechtliche Aspekte gemeinsam in einer Klausur anzusprechen sind und die Erörterung der materiellrechtlichen Aspekte häufig in die Prüfung eines Rechtsbehelfs eingekleidet ist. Das gilt für das Zivilrecht nicht; hier werden in der deutschen juristischen Ausbildung materielles Recht und Prozessrecht in der Regel fein geschieden. Das spiegelt sich auch in der Anlage der Unterrichtsfächer. Das Zivilprozessrecht wird während des Studiums zumeist in ein bis zwei separaten Veranstaltungen unterrichtet. Außerhalb dieser und entsprechender Schwerpunktbereiche begegnet Studierenden das Prozessrecht in einer zivilrechtlichen Klausur während des Studiums so gut wie nie,²⁶ in den Fortgeschrittenenübungen allenfalls in einer

²² Schmalz, Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Aufl. 1998, Rn. 500–505.

²³ Auch etwa in der folgenden strafrechtlichen Literatur nicht: Kindhäuser/Schumann/Lubig, Klausurtraining Strafrecht, 4. Aufl. 2020; Hilgendorf, Fälle zum Strafrecht I – Klausurenkurs für Anfänger, 4. Aufl. 2020; Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022.

²⁴ Etwa Zuck, JuS 1990, 905 (907); dezidiert für öffentlich-rechtliche Arbeiten Butzer/Epping, Arbeitstechnik im Öffentlichen Recht, 3. Aufl. 2006, S. 66 f.: „[...] kommt ein Hilfsgutachten also nur in Betracht, wenn die Fallfrage zwar beantwortet worden ist, die Antwort sich aber nur auf prozessuale oder formell-rechtliche Gründe stützt.“ Butzer/Epping gehen noch weiter und raten dazu, auch in den Fällen, in denen Studierende die materielle Rechtmäßigkeit bzw. Verfassungsmäßigkeit in einem frühen Prüfungsstadium verneinen, offensichtlich noch nicht verwertete Sachverhaltsangaben, die die materielle Rechtslage betreffen, in einem Hilfsgutachten zu verwerten. Vor dem Hintergrund des bislang Gesagten sind in der Literatur begegnende Ratschläge etwas verwirrend, bei alternativen Lösungswegen handele es sich nicht um Hilfsgutachten, siehe Schnapp, JuS 1998, 420 (422) für Aufgabenstellungen des öffentlichen Rechts; Schmalz, Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Aufl. 1998, Rn. 503. Gemeint ist damit etwa, „daß der Fall, falls er über eine andere Rechtsvorschrift oder eine andere Auffassung gelöst würde, zu demselben oder zu einem anderen Ergebnis führen würde“ (Rn. 503). Gerade das ist aber die oben umrissene Natur zivilrechtlicher Hilfsgutachten. Klarer wird es, wenn man die Perspektive dieser Autoren berücksichtigt. Für sie sind Hilfsgutachten nur solche, bei denen die primäre Lösung die gestellte Aufgabe beantwortet, „diese Antwort sich jedoch lediglich auf formelle Gründe stützt, so daß die materiell-rechtliche Problematik des Sachverhalts nicht ausgeschöpft werden konnte. Hauptfall ist, daß sich eine Klage als unzulässig erweist und daß deshalb die nach dem Sachverhalt offensichtlich erforderliche Sachprüfung nicht möglich ist.“ (Rn. 500). Hilfsgutachten sollen also ausschließlich im Zusammenhang mit einer prozessualen Fragestellung möglich sein (Schnapp, JuS 1998, 420 [423, für Aufgabenstellungen des öffentlichen Rechts]).

²⁵ Vgl. etwa die Ausführungen bei Schnapp, JuS 1998, 420 (421), und Schmalz, Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Aufl. 1998, Rn. 500–504.

²⁶ Fernwirkungen des Prozessrechts auf das materielle Recht zeigen sich etwa bei der Erörterung von Einreden.

sog. „zivilprozessualen Zusatzfrage“. Für die Erste Juristische Prüfung sollte hingegen die Wahrscheinlichkeit einer Verquickung von materiellem mit Prozessrecht und auch eines dezidiert prozessrechtlichen Schwerpunktes in einer Klausur nicht unterschätzt werden. Die aufgezeigte geeignete Sollbruchstelle, an der ein Hilfsgutachten ansetzen kann, gibt es in den meisten während des Studiums anzufertigenden zivilrechtlichen Prüfungsarbeiten also gar nicht. Der Rat, dass ein Hilfsgutachten ausschließlich im Falle der Unzulässigkeit eines Rechtsbehelfs greifen könne, entspricht daher nur zum Teil der zivilrechtlichen Prüfungsrealität. Gemessen an der Aufgabe, ein umfassendes Gutachten zu erstatten, hat er für das Zivilrecht auch keinen Wert. Schließlich ist die zwischen prozessrechtlicher Zulässigkeit und materiellrechtlicher Begründetheit liegende Hürde nicht die einzige, die der Erörterung von offensichtlich im Sachverhalt angelegten Problemen im Wege stehen kann.²⁷

Tatsächlich gibt es jedoch andersherum eine Fallgruppe, bei der auch im Zivilrecht trotz der Unzulässigkeit eines Rechtsbehelfs kein Hilfsgutachten verfasst werden sollte, nämlich wenn lediglich einer von mehreren erhobenen und materiellrechtlich gleichgerichteten Rechtsbehelfen unzulässig ist. Das ist etwa der Fall bei mehreren Klagen mit identischem materiellem Begehren und identischer Argumentation. Scheitert es hier bei einer Klage an Zulässigkeitsvoraussetzungen, dann liegt die Vermutung nahe, dass der Klausurersteller an dieser Stelle Probleme absichten wollte und man zu den im Sachverhalt angelegten materiellrechtlichen Problemen getrost auch über die übrigen Klagen kommen kann.²⁸ Nicht hierher dürfte der Fall zählen, dass der einzig zu prüfende Rechtsbehelf aus Sicht des Bearbeiters eindeutig unzulässig ist, etwa auf Grund einer Verfristung. Schneidet diese Bewertung die Erörterung offensichtlich im Sachverhalt angelegter materiellrechtlicher Probleme ab, dann steht zu vermuten, dass sie nicht zutrifft. Hier sollte zu einem Hilfsgutachten gegriffen werden.²⁹

V. Ist ein Hilfsgutachten immer statthaft?

Darf man stets ein Hilfsgutachten verfassen, mithin auch dann, wenn die Aufgabenstellung das nicht ausdrücklich zulässt? Auf diese Frage gibt es leider keine eindeutige Antwort. Ist Ziel der Prüfungsarbeit die Erstattung eines Gutachtens, das möglichst alle im Sachverhalt angelegten Probleme berücksichtigt, dann spricht wohl wenig dagegen. Diese umfassende Berücksichtigung sollte wichtiger sein als die Erstattung eines vielleicht bruchlosen erscheinenden, aber mit Blick auf den Sachverhalt bloß (höchst) unvollständigen Gutachtens.

Folgt man dieser Betrachtung unbefangen, dann läuft man allerdings Gefahr, die Rechnung ohne den Wirt zu machen, sprich ohne den Klausursteller. Dieser mag mit Blick auf das anzufertigende Gutachten eine solch liberale Einstellung vielleicht nicht teilen. Tatsächlich kann es dafür auch nachvollziehbare Gründe geben. So kann es in Anfängerveranstaltungen didaktisch zielführend sein, Studierende einüben zu lassen, den Gutachtenstil zunächst in aller Konsequenz durchzuziehen und ihn so beherrschen zu lernen. Fazit: Ist man im Unklaren darüber, ob ein Hilfsgutachten statthaft ist,

²⁷ In dieser Richtung – für das öffentliche Recht – auch *Butzer/Epping*, Arbeitstechnik im Öffentlichen Recht, 3. Aufl. 2006, S. 67, die dazu raten, auch in den Fällen, in denen Studierende die materielle Rechtmäßigkeit bzw. Verfassungsmäßigkeit in einem frühen Prüfungsstadium verneinen, offensichtlich noch nicht verwertete Sachverhaltsangaben, die die materielle Rechtslage betreffen, in einem Hilfsgutachten zu verwerten. Einer der Gründe für dieses Vorgehen mag darin liegen, dass etwa formell oder materiell rechtswidrige Aspekte von Behördenhandeln durchaus noch geheilt werden können, etwa durch die Nachholung einer unterbliebenen Anhörung oder das Auswechseln von Ermessenserwägungen.

²⁸ *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 225; *Beyerbach*, JA 2014, 813 (818).

²⁹ So auch *Mann*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 225.

wenn die Aufgabenstellung sich hierzu nicht verhält, so sollte diese Frage mit dem Dozenten geklärt werden – bestenfalls vor der Prüfung.

VI. Ein Ende und ein Anfang

Gelangt man an den Punkt, an dem man ein Hilfsgutachten für erforderlich hält, dann ist zweierlei angeraten. Zunächst sollte klar festgestellt werden, an welchem Prüfungspunkt und mit welchem Ergebnis das Gutachten endet,³⁰ etwa „Mangels Einigung kam es nicht zum Vertragsschluss zwischen A und B. A hat daher keinen Anspruch aus einem Kaufvertrag gegen B“. Es empfiehlt sich, der Klarheit halber diesen Teil mit „Ende des Gutachtens“ abzuschließen, alsdann korrespondierend hierzu das „Hilfsgutachten“ als solches zu überschreiben und die Gründe offenzulegen, derentwegen ein Hilfsgutachten folgen sollte. Dazu kann ein Satz dienen wie „Mangels Vertrages ist es nicht erforderlich, im Gutachten auf weitere materiell-rechtliche Probleme einzugehen. Die Erörterung dieser Probleme erfolgt daher in einem Hilfsgutachten. Dabei ist zu unterstellen, dass A und B wirksam einen Vertrag geschlossen haben.“³¹ Das klingt zwar ein wenig hölzern, macht dem Korrektor aber unmissverständlich klar, dass das Instrument des Hilfsgutachtens nicht unreflektiert, sondern bewusst eingesetzt wird.

VII. Stoffauswahl und Ausführlichkeit

Was sollte bereits, was noch nicht in ein Hilfsgutachten gelangen? Wie ausführlich sollte ein Hilfsgutachten sein? Auch diese Antwort muss sich am Zweck des Gutachtens orientieren, eine umfassende Darlegung aller im Sachverhalt angelegten Probleme auszuarbeiten. Dazu gehört, diese Probleme in angemessener Detailtiefe darzustellen – unabhängig davon, ob in einem Gutachten oder Hilfsgutachten. Fertigt man ein Hilfsgutachten, dann dürfen dort nicht nur Ausführungen minderer Güte oder Ausführlichkeit abgeladen werden. Die Probleme sollen vielmehr in gewohnter Ausführlichkeit behandelt werden. Das ist folgerichtig, schließlich erstellt man ein Hilfsgutachten, weil man den Eindruck hat, ansonsten an Wesentlichem vorbeizuschreiben, und Wesentliches darf nicht lediglich cursorisch erwähnt werden, sondern verdient eine ausführliche Erörterung.

VIII. Schluss

Zum Schluss sei ein Hinweis wiederholt. Eine zivilrechtliche Prüfungsaufgabe wird im Zweifel nicht auf ein Hilfsgutachten angelegt sein. Darin liegt für die Klausurbearbeitung ein wichtiger Weckruf. Wer zu einem Hilfsgutachten übergehen möchte, muss innehalten und sich fragen, ob es dessen wirklich bedarf. Jedenfalls nach den Überlegungen des Klausurerstellers vermutlich nicht. Daher sollte man an dieser Stelle zurückblicken und die eigene Lösungsskizze auf Fehler abschreiten. Gelingt es einem jedoch nicht, dort überzeugende Änderungen vorzunehmen, die die zwanglose Aufnahme der ansonsten liegen gelassenen Materien erlauben, dann ist ein Hilfsgutachten statthaft und auch angezeigt.³² Es sollte dann gründlich ausgeführt werden.

³⁰ In diesem Sinne auch *Schwerdtfeger/Schwerdtfeger*, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 15. Aufl. 2018, Rn. 832.

³¹ Formulierung in Anlehnung an *Butzer/Epping*, Arbeitstechnik im Öffentlichen Recht, 3. Aufl. 2006, S. 68.

³² A.A. *Schimmel*, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 14. Aufl. 2020, Rn. 418, der von Hilfsgutachten abrät, jedenfalls wenn es darum geht, „ein weiteres Problem hilfsweise darzustellen, das Sie sich mit Ihrer Argumentation abgeschnitten haben“, auch weil Fehler im Hilfsgutachten zu einem Punkt-

Auch wenn Anleitungsliteratur zum Hilfgutachten manchmal etwas verdruckst daherkommt – das zivilrechtliche Hilfgutachten ist kein Trick aus der methodischen Schmutzkiste³³, sondern ein legitimes Werkzeug zur umfassenden Behandlung der im Sachverhalt angelegten Probleme.

abzug führen können. Ausnahme: „wenn die Aufgabe für einen bestimmten Fall ausdrücklich ein Hilfgutachten verlangt“ (ebenda).

³³ Anders vielleicht *Diederichsen/Wagner*, Die BGB-Klausur, 9. Aufl. 1998, S. 158 Fn. 155: „Sie [sc. Hilfgutachten] sind in Rechtsfragen grundsätzlich verpönt.“

Die Publizitätswirkung des Handelsregisters nach Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie

Akad. Rätin a.Z. Dr. Carmen Freyler, Augsburg*

I. Einleitung	710
II. Überblick und Hintergrund	711
1. Formelle und materielle Registerpublizität.....	711
2. Änderungen durch das DiRUG.....	711
III. Negative Publizität, § 15 Abs. 1 HGB	712
IV. Schutz bei richtiger Eintragung und Bekanntmachung, § 15 Abs. 2 HGB	713
V. Positive Publizität, § 15 Abs. 3 HGB	714
1. Unrichtige Eintragung (und unrichtige Bekanntmachung) als gesetzlich geregelter Fall	714
2. Abweichung von Eintragung und Bekanntmachung	715
a) Fehlende Bekanntmachung.....	715
b) Fehlende Eintragung	716
c) Unrichtige Eintragung und richtige Bekanntmachung	716
d) Richtige Eintragung und unrichtige Bekanntmachung.....	716
3. Kritik.....	717
VI. Fazit	717

I. Einleitung

Fragen rund um die Publizitätswirkung des Handelsregisters sind regelmäßig Gegenstand von Klausuren.¹ § 15 HGB zählt zu den Vorschriften des Handelsrechts mit großer Prüfungsrelevanz. Durch das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG)² hat § 15 Abs. 3 HGB zum 1.8.2022 Änderungen erfahren, die sich auf die Falllösung auswirken. Ein Auseinanderfallen von Eintragung- und Bekanntmachungsinhalt ist aufgrund der Neuausrichtung des Bekanntmachungswesens praktisch unwahrscheinlich geworden. Die gleichwohl verbleibende (theoretische) Restmöglichkeit einer Abweichung ist vor dem Hintergrund des neugefassten Wortlauts zu betrachten.

* Die Autorin ist Akad. Rätin a.Z. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht (Prof. Dr. Martina Benecke), Universität Augsburg.

¹ Siehe beispielsweise folgende Übungsklausuren: *Mittwoch/Westphal*, JuS 2022, 582; *Tröger/Drechsler/Harenberg*, JA 2022, 984; *Beilner/Tilk*, ZJS 2021, 40; *Loose*, JuS 2016, 1095; *Lotte/Bertl*, JuS 2014, 339.

² Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) v. 25.6.2021, BGBl. I 2021, S. 2123.

II. Überblick und Hintergrund

1. Formelle und materielle Registerpublizität

Bei der Publizität des Handelsregisters ist zwischen formeller und materieller Publizität zu unterscheiden.³ Die formelle Publizität spiegelt sich in den Regelungen zur Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister (§ 12 HGB), zur Bekanntmachung der Eintragungen (§ 10 HGB) und zur Einsichtnahme in das Handelsregister (§ 9 HGB) wider. § 15 HGB regelt die materielle Publizität,⁴ d.h. die Wirkungen der Handelsregistereintragung für den Rechtsverkehr. Die Vorschrift zielt auf Vertrauensschutz und Rechtssicherheit und soll den Handelsverkehr erleichtern.⁵

Im Rahmen des § 15 HGB ist weiter zwischen den einzelnen Absätzen und ihrer Wirkung streng zu differenzieren. Die sog. negative Publizität des § 15 Abs. 1 HGB bietet Verkehrsschutz im Hinblick auf das Schweigen des Handelsregisters, § 15 Abs. 2 HGB beinhaltet eine Klarstellung hinsichtlich der im Handelsregister eingetragenen Tatsachen und die sog. positive Publizität des § 15 Abs. 3 HGB schützt das Vertrauen in die Richtigkeit der Handelsregistereintragung.

2. Änderungen durch das DiRUG

Das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) führte zum 1.8.2022 zu Änderungen des Bekanntmachungswesens, die sich auch auf die materielle Publizität auswirken. Nach § 10 HGB ist eine Handelsregistereintragung bekannt zu machen. In der Vergangenheit erfolgte die Bekanntmachung der Eintragung durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger (und mindestens einem anderen Blatt), später erlaubte der Gesetzgeber eine elektronische Bekanntmachung auf einem hierfür eingerichteten Internetportal⁶. Darüber hinaus war die Handelsregistereintragung unter *handelsregister.de* einsehbar.⁷ Eintragung und Bekanntmachung waren auch äußerlich zwei zu unterscheidende Publikationsvorgänge.⁸ § 10 HGB in seiner aktuellen Fassung versteht nunmehr unter dem Begriff der Bekanntmachung die erstmalige Abrufbarkeit der Eintragung durch Bereitstellung im elektronischen Handelsregister. Eintragung und Bekanntmachung werden dadurch aneinandergekoppelt. Die doppelte Veröffentlichungspflicht im Sinne einer Veröffentlichung in unterschiedlichen Medien bzw. auf unterschiedlichen Internetseiten entfällt.⁹

Während die Regelung des § 15 Abs. 1 und 2 HGB und die damit verbundenen Fragestellungen hiervon unberührt geblieben sind, hat der Gesetzgeber den Wortlaut des § 15 Abs. 3 HGB an die veränderten formellen Publizitätsanforderungen angepasst.¹⁰ Abgestellt wird nicht mehr auf die Bekanntmachung einer Tatsache, sondern auf deren Eintragung, da diese unmittelbar aus dem elektronischen Handelsregister abgerufen wird. Es ist davon auszugehen, dass eine Abweichung zwischen Eintragungs- und Bekanntmachungsinhalt daher technisch nahezu ausgeschlossen ist.¹¹ Nach § 10

³ Siehe auch *Jung*, Handelsrecht, 12. Aufl. 2019, § 10 Rn. 9 ff.; *Oetker*, Handelsrecht, 8. Aufl. 2019, § 3 Rn. 28 ff.

⁴ *Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 14 Rn. 1.

⁵ *Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 14 Rn. 2; *Jung*, Handelsrecht, 12. Aufl. 2019, § 10 Rn. 10.

⁶ *Kindl*, AL 2023, 55 (57); kritisch hierzu *Tebben*, in: FS Hopt, 2020, S. 1237 (1239 f.).

⁷ *Kindl*, AL 2023, 55 (57).

⁸ Kritisch *Bayer/Schmidt*, BB 2019, 1922 (1924); *Lieder*, NZG 2020, 91 (87); *Tebben*, in: FS Hopt, 2020, S. 1237 (1239 f.).

⁹ *Kindl*, AL 2023, 55 (57); *Merkt*, in: Hopt, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 42. Aufl. 2023, § 10 Rn. 2.

¹⁰ Siehe Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie, BT-Drs. 19/28177, S. 99.

¹¹ Siehe Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie,

Abs. 4 S. 1 HGB gilt eine Eintragung sogar mit dem Ablauf des Tages der Eintragung als bekannt gemacht, wobei die Vermutung widerlegt werden kann (§ 10 Abs. 4 S. 2 HGB).¹² Gleichwohl unterscheidet das Gesetz weiterhin begrifflich zwischen Eintragung und Bekanntmachung als zwei rechtlich zu trennende Vorgänge.¹³

III. Negative Publizität, § 15 Abs. 1 HGB

Wird eine eintragungspflichtige Tatsache nicht eingetragen und bekanntgemacht, wird das Vertrauen des Handelsverkehrs auf das Schweigen des Handelsregisters nach § 15 Abs. 1 HGB geschützt. Die sog. negative Publizität stellt den Rechtsschein des Nichtvorliegens einer bestimmten Tatsache der Wirklichkeit gleich.¹⁴ Es handelt sich um einen Fall der Rechtsscheinhaftung.¹⁵ Derjenige, in dessen Angelegenheiten die Tatsache einzutragen war, kann sie einem Dritten nicht entgegensetzen.

Beispiel: Kaufmann K widerruft die Prokura des P. Entgegen § 53 Abs. 2 HGB wird der Widerruf nicht in das Handelsregister eingetragen. Das Handelsregister schweigt zu dieser eintragungspflichtigen Tatsache. Ein Dritter darf sich auf das Schweigen verlassen und davon ausgehen, dass die Prokura des P fortbesteht.

Der Wortlaut des § 15 Abs. 1 HGB bezieht sich auf eintragungspflichtige Tatsachen, also solche, für die das Gesetz eine Eintragung vorschreibt (z.B. für die Erteilung und den Widerruf der Prokura nach § 53 HGB, für die OHG nach § 106 Abs. 1 HGB oder für die Bestellung eines Geschäftsführers einer GmbH nach § 39 Abs. 1 GmbHG). Lediglich eintragungsfähige Tatsache werden von der Publizitätswirkung des § 15 Abs. 1 HGB nicht erfasst.¹⁶ Die Eintragungspflicht ist darüber hinaus von der Frage zu unterscheiden, ob eine Eintragung konstitutive oder deklaratorische Wirkung hat. § 15 Abs. 1 HGB gilt für die konstitutive und die deklaratorische Eintragung gleichermaßen.¹⁷

Voraussetzung ist weiterhin, dass der Dritte gutgläubig ist. Nur das Vertrauen eines redlichen Dritten wird über § 15 Abs. 1 geschützt („es sei denn“). Hat der Dritte positive Kenntnis von der wahren Rechtslage, kann er sich nicht auf das Schweigen des Handelsregisters berufen. Fahrlässige oder sogar grob fahrlässige Unkenntnis geht hingegen nicht zulasten des Dritten.¹⁸ Dabei entfaltet § 15 Abs. 1 HGB seine Wirkung abstrakt, d.h. unabhängig davon, ob der Dritte überhaupt Einsicht in das Handelsregister genommen hat.¹⁹

BT-Drs. 19/28177, S. 99.

¹² Kindl, AL 2023, 55 (57).

¹³ Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie, BT-Drs. 19/28177, S. 99; *Merk*, in: Hopt, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 42. Aufl. 2023, § 10 Rn. 2; für eine Abschaffung des gesonderten Bekanntmachungsvorgangs *Tebben*, in: FS Hopt, 2020, S. 1237 (1240).

¹⁴ *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 5 Rn. 4.

¹⁵ *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 5 Rn. 4, 7; *Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 14 Rn. 18.

¹⁶ *Bülow/Artz*, Handelsrecht, 7. Aufl. 2015, Rn. 126; *Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 14 Rn. 20; *Oetker*, Handelsrecht, 8. Aufl. 2019, § 3 Rn. 35; für eine analoge Anwendung *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 5 Rn. 10.

¹⁷ OLG Bremen NZG 2016, 185 (186); siehe hierzu auch *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2019, § 3 Rn. 10, 19; *Brox/Henssler*, Handelsrecht, 23. Aufl. 2020, § 6 Rn. 97; a.A. *Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 14 Rn. 22.

¹⁸ *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 5 Rn. 13; *Bülow/Artz*, Handelsrecht, 7. Aufl. 2015, Rn. 137; *Brox/Henssler*, Handelsrecht, 23. Aufl. 2020, § 6 Rn. 83; siehe auch OLG Oldenburg NZG 2011, 230 (231).

¹⁹ BGH NJW 1976, 569; *Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 14 Rn. 36, 40; *Bülow/Artz*, Handelsrecht, 7. Aufl. 2015, Rn. 138.

Ein mögliches (Klausur-)Problem stellt sich in diesem Zusammenhang bei einer voreintragungspflichtigen Tatsache²⁰, deren fehlende Eintragung zur sog. sekundären Unrichtigkeit des Handelsregisters führt.²¹ Mangels unterbliebener Voreintragung erzeugt das Handelsregister keinen falschen Rechtsschein.²² Es stellt sich daher die Frage, worauf sich der Vertrauensschutz des Dritten stützt. Nach h.M. findet § 15 Abs. 1 HGB gleichwohl Anwendung, da sich der Wortlaut ausschließlich auf die Nichteintragung der in Frage stehenden eintragungspflichtigen Tatsache bezieht.²³ Auf eine Voreintragung kommt es nicht an.²⁴

Beispiel: Kaufmann K widerruft die Prokura des P. Der Widerruf wird nicht in das Handelsregister eingetragen. Jedoch war bereits die Erteilung der Prokura als ebenfalls eintragungspflichtige Tatsache (§ 53 Abs. 1 HGB) nicht zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet worden. Ein redlicher Dritter, der auf anderem Wege von der Erteilung der Prokura erfahren hat, kann sich trotz fehlender Voreintragung auf das Schweigen des Handelsregisters im Hinblick auf den Widerruf und damit auf den Fortbestand der Prokura berufen.

IV. Schutz bei richtiger Eintragung und Bekanntmachung, § 15 Abs. 2 HGB

§ 15 Abs. 2 HGB liegt der Fall zugrunde, dass die wahre Rechtslage mit der Eintragung im Handelsregister und der Bekanntmachung übereinstimmt. Daher handelt es sich bei § 15 Abs. 2 HGB nicht um einen Rechtsscheintatbestand.²⁵ Dass eine Tatsache, die korrekt eingetragen und bekannt gemacht wurde, einem Dritten entgegengehalten werden kann, ist an sich eine Selbstverständlichkeit²⁶ und wird durch § 15 Abs. 2 S. 1 HGB nur gesetzlich klargestellt.

Größere Bedeutung hat insofern § 15 Abs. 2 S. 2 HGB, der bei einer Änderung der Rechtslage die Wirkung des § 15 Abs. 1 HGB für einen Zeitraum von fünfzehn Tagen aufrechterhält²⁷. Innerhalb dieser Übergangsfrist kann sich ein Dritter, der beweist, dass er die Tatsache weder kannte noch kennen musste,²⁸ trotz bereits erfolgter Eintragung auf das Schweigen des Handelsregisters berufen.

Beispiel: Kaufmann K widerruft die Prokura des P. Der Widerruf wird in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht. Zehn Tage nach Bekanntmachung schließt P namens des K mit A einen Vertrag. Wenn A beweisen kann, dass er den Widerruf der Prokura weder kannte noch kennen musste, wird sein Vertrauen in das Bestehen der Prokura im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geschützt.

²⁰ Zum Begriff *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 5 Rn. 12.

²¹ *Brox/Henssler*, Handelsrecht, 23. Aufl. 2020, § 6 Rn. 79; *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2019, § 3 Rn. 19; siehe auch *Prütting/Weller*, Handels- und Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2020, § 2 Rn. 50.

²² *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2019, § 3 Rn. 21.

²³ BGH NJW 1971, 1268 (1270); BGH NJW 1983, 2258 (2259); BGH NJW 1992, 505 (506 f.); *Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 14 Rn. 36; *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2019, § 3 Rn. 21; *Merkt*, in: Hopt, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 42. Aufl. 2023, § 15 Rn. 11; a.A. *Hueck*, AcP 118 (1920), 350; *Schilken*, AcP 187 (1987), 1 (7 f.); *Bülow/Artz*, Handelsrecht, 7. Aufl. 2015, Rn. 134.

²⁴ *Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 14 Rn. 27.

²⁵ *Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 14 Rn. 4; *Oetker*, Handelsrecht, 8. Aufl. 2019, § 3 Rn. 52.

²⁶ *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 5 Rn. 34; *Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 14 Rn. 4; *Bülow/Artz*, Handelsrecht, 7. Aufl. 2015, Rn. 145; siehe auch *Prütting/Weller*, Handels- und Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2020, § 2 Rn. 53.

²⁷ *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 5 Rn. 30; *Oetker*, Handelsrecht, 8. Aufl. 2019, § 3 Rn. 54.

²⁸ Kritisch zum Verschuldensprinzip des § 15 Abs. 2 S. 2 HGB *Tebben*, in: FS Hopt, 2020, S. 1237 (1245).

V. Positive Publizität, § 15 Abs. 3 HGB

1. Unrichtige Eintragung (und unrichtige Bekanntmachung) als gesetzlich geregelter Fall

§ 15 Abs. 3 HGB schützt das Vertrauen des Handelsverkehrs darauf, dass die Eintragung im Handelsregister mit der wahren Rechtslage übereinstimmt. Bei der positiven Publizität des § 15 Abs. 3 HGB handelt es sich, wie bei der negativen Publizität des § 15 Abs. 1 HGB, um einen Rechtsscheintatbestand.²⁹ Der gutgläubige Dritte darf sich auf eine eingetragene Tatsache verlassen, auch wenn sie unrichtig ist. An der erforderlichen Gutgläubigkeit fehlt es bei positiver Kenntnis von der wahren Rechtslage, nicht aber bei (grob) fahrlässiger Unkenntnis.³⁰ Zum Schutz desjenigen, in dessen Angelegenheit die Tatsache einzutragen war, gilt nach h.M. das sog. Veranlassungsprinzip, wonach er die unrichtige Eintragung (beispielweise durch fehlerhaften Antrag oder Versäumung der Berichtigung) veranlasst haben muss.³¹

Beispiel: Kaufmann K erteilt dem P Prokura. Im Handelsregister wird aufgrund eines Versehens des K bei der Anmeldung zur Handelsregistereintragung nicht P, sondern V als Prokurist eingetragen. Das Handelsregister stimmt mit der wahren Rechtslage nicht überein. § 15 Abs. 3 HGB schützt das Vertrauen eines gutgläubigen Dritten, der davon ausgeht, dass V Prokurist ist.

Anders als § 15 Abs. 3 HGB a.F., der eine unrichtige Bekanntmachung zur Voraussetzung hatte, stellt die Regelung nunmehr auf die Unrichtigkeit der Eintragung ab. Die Unrichtigkeit der Eintragung ergibt sich dabei aus dem Vergleich mit der wahren Rechtslage.³² Weichen wahre Rechtslage und Eintragung voneinander ab, ist die Eintragung unrichtig. Begründet wird die Änderung des Bezugspunkts damit, dass es nach Umstellung des Bekanntmachungswesens technisch nahezu ausgeschlossen ist, dass Bekanntmachung und Eintragung auseinanderfallen.³³ Damit geht der Gesetzgeber davon aus, dass die unrichtige Eintragung automatisch eine unrichtige Bekanntmachung zur Folge hat. Diese Kombination aus unrichtiger Eintragung und unrichtiger Bekanntmachung stellt den gesetzlichen geregelten Fall dar.³⁴ Das (vormals prüfungsrelevante) Problem des Divergierens von Eintragung- und Bekanntmachungsinhalt³⁵ und der Streit um die analoge Anwendbarkeit des § 15 Abs. 3 HGB für den Fall der unrichtigen Eintragung³⁶ scheinen sich auf den ersten Blick erledigt zu haben.³⁷

²⁹ Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2019, § 3 Rn. 40; Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 5 Rn. 42.

³⁰ Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2019, § 3 Rn. 45; Oetker, Handelsrecht, 8. Aufl. 2019, § 3 Rn. 72; Brox/Henssler, Handelsrecht, 23. Aufl. 2020, § 6 Rn. 100; Merkt, in: Hopt, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 42. Aufl. 2023, § 15 Rn. 20.

³¹ Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2019, § 3 Rn. 46; Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 5 Rn. 51 f.; Merkt, in: Hopt, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 42. Aufl. 2023, § 15 Rn. 19; zur Weitergeltung des Veranlassungsprinzips nach der Gesetzesänderung Lieder, DNotZ 2021, 830 (844); Kindl, AL 2023, 55 (61); a.A. auf Grundlage des DiRUG Fischinger, Handelsrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 170 f.

³² Bitter/Linardatos, Handelsrecht, 4. Aufl. 2022, § 4 Rn. 17a; Fischinger, Handelsrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 165a; zur alten Rechtslage Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 5 Rn. 46.

³³ Siehe Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie, BT-Drs. 19/28177, S. 99 f.

³⁴ So auch Lieder, DNotZ 2021, 830 (839); Bitter/Linardatos, Handelsrecht, 4. Aufl. 2022, § 4 Rn. 17b; Fischinger, Handelsrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 165a.

³⁵ Siehe den Überblick bei Fischinger, Handelsrecht, 2. Aufl. 2019, Rn. 165.

³⁶ Siehe hierzu Lettl, Handelsrecht, 4. Aufl. 2018, § 3 Rn. 71; Jung, Handelsrecht, 12. Aufl. 2019, § 10 Rn. 21; Brox/Henssler, Handelsrecht, 23. Aufl. 2020, § 6 Rn. 99.

³⁷ Siehe auch Kindl, AL 2023, 55 (61).

2. Abweichung von Eintragung und Bekanntmachung

Doch auch bei praktisch äußerst geringer Wahrscheinlichkeit bleibt jedenfalls die theoretische Möglichkeit, dass Eintragung und Bekanntmachung nicht übereinstimmen (z.B. aufgrund eines technischen Fehlers bei der Datenübertragung beim Abruf des elektronischen Handelsregistereintrags). Der bloße Hinweis auf die Relevanz der Problematik macht es nicht obsolet, sich juristisch damit auseinanderzusetzen,³⁸ zumal die Beibehaltung der Trennung von Eintragung und Bekanntmachung verdeutlichen, dass es sich um dogmatisch zu unterscheidende Vorgänge handelt.³⁹

a) Fehlende Bekanntmachung

Zunächst stellt sich die Frage, was im Falle der fehlenden Bekanntmachung einer unrichtigen Eintragung gilt. An einer Bekanntmachung fehlt es, wenn sich die Handelsregistereintragung nicht abrufen lässt. Der Wortlaut des § 15 Abs. 3 HGB stellt auf die Unrichtigkeit der Eintragung ab, spricht aber im ersten Halbsatz von einer einzutragenden und bekannt *gemachten* Tatsache. Das impliziert, dass § 15 Abs. 3 HGB nur auf eintragungspflichtige Tatsachen Anwendung findet, die bereits bekannt gemacht wurden. Die Bekanntmachung ist Voraussetzung der positiven Publizität und damit des § 15 Abs. 3 HGB.⁴⁰ Bei fehlender Bekanntmachung findet § 15 Abs. 3 HGB daher keine Anwendung.⁴¹

Beispiel: Kaufmann K erteilt dem P Prokura. Aufgrund eines Versehens des K wird nicht P, sondern V als Prokurist in das Handelsregister eingetragen. Ein Abruf der Eintragung ist aufgrund eines technischen Fehlers nicht möglich. V schließt namens des K mit D einen Vertrag, wobei D davon ausgeht, dass V Prokurist ist. D kann sich in diesem Fall nicht nach § 15 Abs. 3 HGB auf die unrichtige Eintragung des V als Prokurist berufen.

Über eine fehlende Bekanntmachung kann auch die Bekanntmachungsfiktion des § 10 Abs. 4 HGB nicht hinweghelfen. Die Vorschrift geht erkennbar davon aus, dass eine Bekanntmachung in Form der erstmaligen Abrufbarkeit bereits stattgefunden hat (§ 10 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 HGB) oder zu einem späteren Zeitpunkt stattfindet (§ 10 Abs. 2 Nr. 2 HGB), jedenfalls (technisch) möglich ist. Der Fall der Nichtabrufbarkeit wird nicht geregelt. Eine Fiktion der Bekanntmachung scheidet aus.

Die unrichtige Eintragung kann im Fall der fehlenden Bekanntmachung darüber hinaus nicht tauglicher Rechtsscheintatbestand der allgemeinen Rechtsscheinhaftung sein. Der Vorgang der Bekanntmachung bedeutet nunmehr allein die erstmalige Abrufbarkeit der Eintragung. Solange die Eintragung nicht abrufbar ist, bleibt sie ein registergerichtliches Internum⁴² und es kann sich kein Vertrauen des Rechtsverkehrs darauf bilden.⁴³ Ohne die Abrufbarkeit besteht kein Zugang zum Inhalt des Handelsregisters.⁴⁴ Trotz der Gesetzesänderung stellt weiterhin die Bekanntmachung die Rechtscheingrundlage dar.⁴⁵

³⁸ A.A. Kindl, AL 2023, 55 (61).

³⁹ Lieder, DNotZ 2021, 830 (840); siehe auch Linke, NZG 2021, 309 (313).

⁴⁰ Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie, BT-Drs. 19/28177, S. 100, siehe auch Fischinger, Handelsrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 65; Kindl, AL 2023, 55 (61).

⁴¹ Lieder, DNotZ 2021, 830 (843); Fischinger, Handelsrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 165a.

⁴² Siehe Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie, BT-Drs. 19/28177, S. 99 f.

⁴³ So auch Lieder, DNotZ 2021, 830 (842 f.).

⁴⁴ Lieder, DNotZ 2021, 830 (840).

⁴⁵ Bitter/Linardatos, Handelsrecht, 4. Aufl. 2022, § 4 Rn. 17a; siehe auch Merkt, in: Hopt, Kommentar zum Handels-

b) Fehlende Eintragung

Vom Fehlen der Bekanntmachung ist das Fehlen der Eintragung zu unterscheiden. Da die Eintragung technische Voraussetzung für den Abruf der Information ist, ist eine Bekanntmachung trotz fehlender Eintragung kaum denkbar. Jedenfalls ist eine fehlende Eintragung aber einer unrichtigen Eintragung gleichzustellen. Auch in diesem Fall weicht der Inhalt des Handelsregisters von der wahren Rechtslage ab. § 15 Abs. 3 HGB findet Anwendung, wenn die Eintragung fehlt und die Bekanntmachung unrichtig ist. Fehlt indes auch die Bekanntmachung, liegt ein Fall des § 15 Abs. 1 HGB vor („nicht eingetragen und bekanntgemacht“).

c) Unrichtige Eintragung und richtige Bekanntmachung

Daran anschließend stellt sich die Frage, wie der Fall zu behandeln ist, dass die Eintragung unrichtig ist (oder fehlt), die Bekanntmachung aber der wahren Rechtslage entspricht. Ausgehend vom Wortlaut des § 15 Abs. 3 HGB ist ausschließlich der Eintragungsfehler maßgeblich. Danach käme § 15 Abs. 3 HGB ungeachtet der Diskrepanz zwischen Eintragung und Bekanntmachung zur Anwendung.⁴⁶ Der Gesetzgeber legte seiner Regelung jedoch zugrunde, dass aufgrund der technischen Verknüpfung von Eintragung und Bekanntmachung im Sinne eines Abrufs der Eintragung auch stets die Bekanntmachung unter demselben Fehler leidet. Die Unrichtigkeit der Bekanntmachung ist daher ungeschriebene Voraussetzung des § 15 Abs. 3 HGB.⁴⁷ Hieran fehlt es aber gerade, zumal aufgrund des intern bleibenden Eintragungsfehlers ohne übereinstimmenden Bekanntmachungsfehler auch kein schutzwürdiges Vertrauen des Rechtsverkehrs entstehen kann. Die Vorschrift bedarf einer teleologischen Reduktion.⁴⁸ Sie geht andernfalls in ihrer Rechtsfolge über den Normzweck hinaus, indem sie (abstrakten) Vertrauensschutz in einem Fall gewähren würde, in welchem sich faktisch kein Vertrauen bildet. Eine Haftung für die unrichtige Eintragung kommt daher weder nach § 15 Abs. 3 HGB noch auf Grundlage der allgemeinen Rechtsscheinhaftung in Betracht.⁴⁹

Beispiel: Kaufmann K erteilt dem P Prokura. Aufgrund eines technischen Fehlers weist die Handelsregistereintragung jedoch V als Prokurist aus, während die Bekanntmachung die Prokura des P enthält. Der Rechtsverkehr kann sich aufgrund der richtigen Bekanntmachung nicht auf die unrichtige Eintragung berufen.

d) Richtige Eintragung und unrichtige Bekanntmachung

Im umgekehrten Fall der richtigen Eintragung, aber unrichtigen Bekanntmachung kann indes ein schutzwürdiges Vertrauen des Rechtsverkehrs auf Grundlage der Bekanntmachung erwachsen. Die Bekanntmachung als Abruf ist die einzige Informationsquelle des Rechtsverkehrs über den Inhalt des Handelsregisters. Eine in der Vergangenheit erforderliche doppelte Veröffentlichung, die jeweils für sich von der Öffentlichkeit eingesehen werden konnte, findet nicht mehr statt. Orientiert man sich streng am Wortlaut des § 15 Abs. 3 HGB, würde das Vertrauen auf die unrichtige Bekanntmachung

gesetzbuch, 42. Aufl. 2023, § 15 Rn. 18.

⁴⁶ Siehe auch *Fischinger*, Handelsrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 165a.

⁴⁷ *Lieder*, DNotZ 2021, 830 (842).

⁴⁸ *Lieder*, DNotZ 2021, 830 (842 f.); offengelassen *Fischinger*, Handelsrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 165a; kritisch *Kindl*, AL 2023, 55 (61 Fn. 71).

⁴⁹ So auch *Lieder*, DNotZ 2021, 830 (842 f.); siehe aber *Fischinger*, Handelsrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 160.

gleichwohl nicht geschützt. In Betracht kommt eine analoge Anwendung des § 15 Abs. 3 HGB.⁵⁰ Die Problematik erinnert an die umstrittene Analogie zu § 15 Abs. 3 HGB a.F. im Fall der unrichtigen Eintragung trotz (damals maßgeblicher) richtiger Bekanntmachung.⁵¹

Voraussetzung einer Analogie ist eine planwidrige Regelungslücke und die Vergleichbarkeit der Sachverhalte im Hinblick auf die Interessenlage.⁵² § 15 Abs. 3 HGB regelt den Fall der richtigen Eintragung, aber unrichtigen Bekanntmachung nicht und ist insofern lückenhaft. Der Gesetzgeber wollte jedoch ausdrücklich keine Regelung für den Fall der unrichtigen, dabei von der Eintragung abweichenden Bekanntmachung schaffen. Dass er eine solche aufgrund des geänderten Bekanntmachungswesens für nicht erforderlich hielt, ändert nichts an seinem Willen, keine Regelung hierfür zu treffen.⁵³ Die Voraussetzungen einer Analogie liegen nicht vor.⁵⁴ Stattdessen ist auf die Grundsätze der allgemeinen Rechtsscheinhaftung zurückzugreifen.⁵⁵ Rechtsscheintatbestand ist die unrichtige Bekanntmachung. Ist der Rechtsschein der unrichtigen Bekanntmachung demjenigen, in dessen Angelegenheiten die Tatsache einzutragen war, zurechenbar (beispielweise aufgrund pflichtwidrigen Unterlassens der Berichtigung), kann sich ein gutgläubiger Dritter, dessen Dispositionen in einem Kausalverhältnis hierzu stehen, auf sein Vertrauen auf die unrichtige Bekanntmachung berufen.

Beispiel: Kaufmann K erteilt dem P Prokura. P wird als Prokurist in das Handelsregister eingetragen. Aufgrund eines technischen Fehlers bei der Übertragung weist die Bekanntmachung jedoch V als Prokurist aus. Das Vertrauen des Rechtsverkehrs auf die Prokura des V wird nicht von § 15 Abs. 3 HGB (analog) geschützt (str.). Anzuwenden sind die Grundsätze der allgemeinen Rechtsscheinhaftung.

3. Kritik

Gerade der letzte Fall zeigt, dass die Anknüpfung des § 15 Abs. 3 HGB an die Eintragung nicht sachgerecht ist.⁵⁶ Nicht die Eintragung, sondern deren Abruf, mithin die Bekanntmachung des Registerinhalts, ist der im Rechtsverkehr vertrauensbegründende Vorgang. Konsequenterweise hätte der Gesetzgeber hierauf abzustellen müssen, zumal sich unter seiner Prämisse des notwendigen Gleichlaufs zwischen Eintragung und Bekanntmachung in der Sache nichts ändert.⁵⁷ In diesem Fall macht es keinen Unterschied, ob man auf die Diskrepanz zwischen wahrer Rechtslage und Eintragung oder wahrer Rechtslage und mit der Eintragung gleichlautender Bekanntmachung abstellt. Die Publizitätswirkung kommt aber ausschließlich Letzterem zu.⁵⁸

VI. Fazit

1. An der Prüfung der materiellen Registerpublizität von § 15 Abs. 1 und 2 HGB hat sich durch das

⁵⁰ So *Lieder*, DNotZ 2021, 830 (841 f.).

⁵¹ Siehe hierzu *Lettl*, Handelsrecht, 4. Aufl. 2018, § 3 Rn. 71; *Jung*, Handelsrecht, 12. Aufl. 2019, § 10 Rn. 21; *Brox/Henssler*, Handelsrecht, 23. Aufl. 2020, § 6 Rn. 99.

⁵² *Baldus*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl. 2020, Rn. A 30 ff.

⁵³ A.A. *Lieder*, DNotZ 2021, 830 (841).

⁵⁴ A.A. *Lieder*, DNotZ 2021, 830 (841 f.); *Fischinger*, Handelsrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 165a; kritisch zur analogen Anwendung *Kindl*, AL 2023, 55 (61 Fn. 71).

⁵⁵ Siehe *Fischinger*, Handelsrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 160.

⁵⁶ Kritisch auch *Linke*, NZG 2021, 309 (313).

⁵⁷ Siehe auch *Linke*, NZG 2021, 309 (313).

⁵⁸ *Linke*, NZG 2021, 309 (313).

DiRUG nichts geändert.

2. Die Neufassung des § 15 Abs. 3 HGB wirft neue Rechtsfragen auf, jedoch mit voraussichtlich geringer praktischer Relevanz. Diese betreffen, wie bereits i.R.d. § 15 Abs. 3 HGB a.F., das Auseinanderfallen der rechtlich zu unterscheidenden Vorgänge der Eintragung und der Bekanntmachung. Die Lösungsfindung wird von der fortschreitenden Digitalisierung und der damit verbundenen Änderung des Bekanntmachungswesens geprägt. Entscheidendes Auslegungskriterium ist, dass der Rechtsverkehr ausschließlich über den Abruf Kenntnis vom Handelsregisterinhalt als registergerichtliches Internum erlangen kann. Insofern ist nach wie vor die Bekanntmachung der vertrauensbildende Vorgang, obschon der Wortlaut nunmehr auf die Eintragung abstellt.

Die Prüfung der Erfolgsaussichten eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO – Klausurtaktische Erläuterungen zum „Klassiker“ mit Formulierungshilfen

*Dr. Sarah Lüttmann, Osnabrück**

I.	Einleitung	720
II.	Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO in der Klausur	720
1.	Zulässigkeit.....	720
a)	Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges	720
aa)	Keine aufdrängende Spezialzuweisung	721
bb)	Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit	721
cc)	Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art	721
dd)	Keine abdrängende Sonderzuweisung	721
ee)	Zwischenergebnis	722
b)	Statthafte Antragsart.....	722
c)	Antragsbefugnis.....	722
d)	Antragsgegner	723
e)	Beteiligungs- und Prozessfähigkeit	723
f)	Rechtsschutzbedürfnis.....	724
aa)	Einhaltung der Klagefrist	724
bb)	Vorheriger Antrag bei der Behörde.....	724
cc)	Durchführung eines Vorverfahrens	725
g)	Zwischenergebnis.....	725
2.	Begründetheit.....	725
a)	Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung	726
aa)	Zuständigkeit	726
bb)	Verfahren	726
cc)	Schriftliche Begründung	726
b)	Interessenabwägung zwischen Aussetzungsinteresse und Vollzugsinteresse	727
III.	Fazit.....	728

* Dr. Sarah Lüttmann ist Verwalterin einer Professur für Öffentliches Recht an der Hochschule Osnabrück.

I. Einleitung

Um eine gute Note in einer juristischen Klausur zu bekommen, ist es bekanntlich nicht ausreichend, bloßes Wissen in Bezug auf einen konkreten Fall wiederzugeben. Vielmehr bedarf es im Rahmen der juristischen Fallbearbeitung neben der Beherrschung des Gutachtenstils auch einer guten Schwerpunktsetzung. Zwar ist die Schwerpunktsetzung stets von dem konkreten Fall und dessen aufgeworfenen Problemen abhängig, allerdings gibt es bestimmte Prüfungspunkte, die generell eher einer genaueren Betrachtung bedürfen und Prüfungspunkte, die in der Regel kurz mit prägnanten Formulierungen abgehandelt werden können bzw. aus Gründen der Schwerpunktsetzung sogar müssen. Insbesondere für Studierende in Anfangssemestern ist eine gute Schwerpunktsetzung aufgrund mangelnder Erfahrungen gewiss eine besondere Herausforderung. Der vorliegende Beitrag soll anhand eines „Klausur-Klassikers“, nämlich der Prüfung eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO, entsprechende Hilfestellungen bieten.

II. Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO in der Klausur

Die Aufgabenstellung in Form der Prüfung der Erfolgsaussichten eines Antrages nach § 80 Abs. 5 VwGO ist im Allgemeinen Verwaltungsrecht und im Verwaltungsprozessrecht eine sehr häufige, die Studierende bis ins Examen begleitet. Dies ist auch praxisgerecht, da das gerichtliche Aussetzungsverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO gegenüber dem behördlichen Aussetzungsverfahren nach § 80 Abs. 4 VwGO die deutlich größere Rolle spielt.¹ Fordert die Aufgabenstellung also, zu prüfen, ob der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO Aussicht auf Erfolg hat, dann ist folgender Einleitungssatz zu empfehlen:

Formulierungsvorschlag: Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und soweit er begründet ist.

1. Zulässigkeit

Formulierungsvorschlag: Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ist zulässig, wenn die allgemeinen Sachentscheidungs voraussetzungen vorliegen.

Für die Klausur gilt als gedankliche Faustformel, dass ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO dann zulässig ist, wenn auch eine Anfechtungsklage in der Hauptsache zulässig wäre. Es ergeben sich die folgenden Zulässigkeitsvoraussetzungen:

a) Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Formulierungsvorschlag: Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein.

¹ Vgl. auch *Koehl*, JA 2016, 610 (616).

aa) Keine aufdrängende Spezialzuweisung

Bevor die Voraussetzungen des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO geprüft werden, muss kurz mit einem Satz festgestellt werden, dass keine aufdrängende Spezialzuweisung vorliegt.

Formulierungsvorschlag: Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.

Eine spezialgesetzliche Zuweisung an die Verwaltungsgerichtsbarkeit stellt z.B. § 40 BeamtStG dar. Sofern eine solche gegeben ist, bedarf es keiner Prüfung der Voraussetzungen des § 40 VwGO.

bb) Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit

Dass es sich in der Fallbearbeitung um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt, dürfte im Ergebnis außer Frage stehen. Die Schwierigkeit liegt vielmehr darin, die streitentscheidende Norm ausfindig zu machen und anschließend anhand der modifizierten Subjektstheorie (oder Sonderrechtstheorie)² nachvollziehbar zu erläutern, warum die streitentscheidende Norm öffentlich-rechtlicher Natur ist.

Formulierungsvorschlag: Gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO muss die Streitigkeit zunächst öffentlich-rechtlicher Natur sein. Dies wäre dann der Fall, wenn die streitentscheidende Norm dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist. Nach der modifizierten Subjektstheorie ist eine Norm dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn sie ausschließlich einen Hoheitsträger als solchen zum Handeln berechtigt oder verpflichtet. Vorliegend ist § XY die streitentscheidende Norm. Diese berechtigt allein die Behörde XY dazu, [...]. Es handelt sich somit um eine Norm des öffentlichen Rechts, sodass insgesamt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt.

cc) Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art

Eine Streitigkeit ist dann verfassungsrechtlicher Art, wenn Verfassungsorgane unmittelbar über Verfassungsrecht streiten (doppelte Verfassungsunmittelbarkeit). Da dies in der Klausur auch nicht der Fall sein wird, sollte dies wieder in einem Satz festgestellt werden.

Formulierungsvorschlag: Vorliegend sind weder Verfassungsorgane beteiligt, noch wird unmittelbar über Verfassungsrecht gestritten, sodass mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit die Streitigkeit auch nicht verfassungsrechtlicher Art ist.

dd) Keine abdrängende Sonderzuweisung

Ebenfalls an dieser Stelle ist im Ergebnis bereits klar, dass im Klausurfall keine abdrängende Sonderzuweisung an eine andere Gerichtsbarkeit als der Verwaltungsgerichtsbarkeit vorliegt. Insofern genügt eine kurze Feststellung.

Formulierungsvorschlag: Eine abdrängende Sonderzuweisung ist ebenfalls nicht gegeben.

² Begründet von Wolff, AöR 76 (1950/51), 205.

Beispiele für abdrängende Sonderzuweisungen sind etwa § 23 EGGVG (an die ordentliche Gerichtsbarkeit), § 33 FGO (an die Finanzgerichtsbarkeit) oder § 51 SGG (an die Sozialgerichtsbarkeit).

ee) Zwischenergebnis

Formulierungsvorschlag: Mithin ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

b) Statthafte Antragsart

Im Rahmen der statthaften Antragsart gilt es, die Anträge im vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO und 123 Abs. 1 VwGO voneinander abzugrenzen, wobei der vorläufige Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO dem des § 123 VwGO gem. § 123 Abs. 5 VwGO grundsätzlich vorgeht.³ Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ist statthaft, wenn Widerspruch und Anfechtungsklage abweichend vom Grundsatz des § 80 Abs. 1 VwGO keine aufschiebende Wirkung entfalten. In der Klausur muss also einerseits dargelegt werden, dass in der Hauptsache eine Anfechtungsklage statthaft ist und andererseits, dass diese Anfechtungsklage ausnahmsweise keine aufschiebende Wirkung entfaltet. Ob sodann ein Antrag auf Wiederherstellung oder auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung statthaft ist, lässt sich schlicht dem Wortlaut des § 80 Abs. 4 S. 1 VwGO entnehmen.

Formulierungsvorschlag: Die statthafte Antragsart richtet sich gem. §§ 88, 122 Abs. 1 VwGO nach dem Antragsbegehren. Das Verfahren nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO ist einschlägig, wenn sich das Begehren darauf richtet, die aufschiebende Wirkung einer Anfechtungsklage anordnen (Alt. 1) oder wiederherstellen (Alt. 2) zu lassen. Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO hat Vorrang vor dem vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 Abs. 1 VwGO, was sich aus § 123 Abs. 5 VwGO ergibt. Vorliegend begehrt XY die Aufhebung des an ihn gerichteten Verwaltungsaktes i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG,⁴ sodass in der Hauptsache eine Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO) statthaft ist. Aufgrund der Anordnung der aufschiebenden Wirkung in dem Bescheid hat diese jedoch gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO keine aufschiebende Wirkung. Somit ist hier der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO statthaft.

c) Antragsbefugnis

Die Antragsbefugnis ist in analoger Anwendung von § 42 Abs. 2 VwGO zu prüfen.⁵ Dies führt in der Klausur zur Anwendung der sog. Adressatentheorie. Diese hat ihren Ursprung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 2 Abs. 1 GG. Demnach gewährt die allgemeine Handlungsfreiheit einen „grundrechtlichen Anspruch, durch die Staatsgewalt nicht mit einem Nachteil belastet zu werden, der nicht in der verfassungsmäßigen Ordnung begründet ist.“⁶ Die Adressatentheorie besagt daher, dass der Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes stets klagebefugt bzw. antrags-

³ Hoppe, in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 16. Aufl. 2022, § 80 Rn. 67.

⁴ In der Regel liegt unproblematisch ein Verwaltungsakt vor, sodass keinesfalls alle Tatbestandsmerkmale zu prüfen sind. Im Einzelfall bietet es sich jedoch an, kurz auf das problematische Merkmal (z.B. Regelung) einzugehen.

⁵ BVerwG NVwZ 1994, 1000 (1001); BVerwG BeckRS 2018, 2910; VGH Mannheim NVwZ-RR 1992, 509 (510); VGH München DVBl 1990, 167 (168); VGH Kassel NVwZ-RR 1989, 635 (636); Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht VwGO, 43. Lfg., Stand: August 2022, § 80 Rn. 462 ff.

⁶ BVerfGE 9, 83 (88).

befugt ist.⁷ Auch wenn die Klagebefugnis unproblematisch durch Anwendung der Adressatentheorie gegeben sein sollte, ist es in der Klausur darüber hinaus ratsam, auch speziellere (Grund-)Rechte anzusprechen, da es sich bei Art. 2 Abs. 1 GG nur um das „sog. Auffanggrundrecht mit Anwendungssubsidarität“ handelt.⁸

Formulierungsvorschlag: Die Antragsbefugnis setzt in analoger Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO voraus, dass eine Verletzung subjektiver Rechte des Antragstellers zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen ist, mithin möglich erscheint. Nach der Adressatentheorie ist der Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes stets antragsbefugt, weil zumindest die Möglichkeit besteht, dass dieser in seinem Auffanggrundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt ist. Als spezielleres Grundrecht kommt vorliegend noch Art. XY in Betracht. Somit ist die Antragsbefugnis gegeben.

d) Antragsgegner

In entsprechender Anwendung von § 78 VwGO ist richtiger Antragsgegner je nach Landesrecht der Rechtsträger der Behörde, die den sofort vollziehbaren Verwaltungsakt erlassen hat. Dies gilt nach der h.M. unabhängig davon, ob die Ausgangs- oder die Widerspruchsbehörde den Sofortvollzug angeordnet hat.⁹ In der Klausur sollte dieser grundsätzlich unproblematische Prüfungspunkt möglichst kurz abgehandelt werden.

Formulierungsvorschlag: Richtige Antragsgegnerin ist in analoger Anwendung des § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die Stadt XY als Rechtsträgerin der Behörde, die den sofort vollziehbaren Verwaltungsakt erlassen hat.

e) Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

Die Beteiligten- und Prozessfähigkeit gem. §§ 61 und 62 VwGO sind notwendige Prozessvoraussetzungen für ein Verfahren vor dem Verwaltungsgericht und damit auch für ein Verfahren im vorläufigen Rechtsschutz. Insbesondere bedarf es hier keiner Analogiebildung zur Klage. Eine gute Bearbeitung setzt an dieser Stelle (lediglich) voraus, dass sowohl für den Antragsteller als auch für den Antragsgegner die Beteiligungs- und Prozessfähigkeit anhand der einschlägigen Normen – und zwar so genau wie möglich – festgestellt wird.

Formulierungsvorschlag: Der Antragsteller XY ist als natürliche Person beteiligungsfähig nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO und nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO als geschäftsfähige Person auch prozessfähig. Die Stadt XY ist als Gebietskörperschaft eine juristische Person des öffentlichen Rechts und damit nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligungsfähig. Die Prozessfähigkeit der Stadt XY resultiert aus § 63 Abs. 3

⁷ Vgl. z.B. BVerwG NJW 1988, 2752 (2753); Gurlit, Die Verwaltung 28 (1995), 449 ff.; Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 43. Lfg., Stand: August 2022, VwGO § 42 Rn. 48.

⁸ Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 99. Lfg., Stand: September 2022, Art. 2 Rn. 21.

⁹ OVG Bremen NordÖR 2019, 127; OVG Bautzen SächsVBl. 2001, 122; VGH Mannheim NVwZ 1995, 1220 (1221); OVG Lüneburg NJW 1989, 2147 (2148); VGH Kassel NVwZ 1990, 677; Hoppe, in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 16. Aufl. 2022, § 80 Rn. 67; a.A. OVG Münster 1993, 316; Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 43. Lfg., Stand: August 2022, VwGO § 80 Rn. 467.

VwGO, wobei sie durch den Bürgermeister vertreten wird.¹⁰

f) Rechtsschutzbedürfnis

Für die Zulässigkeit eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO ist zudem ein rechtlich schutzwürdiges Interesse des Antragstellers an dem erstrebten Rechtsschutzziel erforderlich. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn der Eintritt der aufschiebenden Wirkung nicht mehr möglich ist.¹¹ Dies ist dann der Fall, wenn der eingelegte Hauptsacherechtsbehelf offensichtlich unzulässig ist.¹² In der Klausur müssen daher die drei wesentlichen Punkte „Einhaltung der Klagefrist, Vorheriger Antrag bei der Behörde und Durchführung eines Vorverfahrens“ angesprochen werden.

Formulierungsvorschlag: Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis ist grundsätzlich gegeben. Es würde jedoch entfallen, wenn die Anfechtungsklage in der Hauptsache offensichtlich unzulässig ist.

aa) Einhaltung der Klagefrist

Ein verfristeter Rechtsbehelf löst den Suspensiveffekt nach § 80 Abs. 1 VwGO nicht aus, welcher vom Verwaltungsgericht angeordnet oder wiederhergestellt werden könnte. Insofern ist die Hauptsache evident unzulässig, wenn sie verfristet ist.¹³ Deshalb muss die Klagefrist gem. § 74 Abs. 1 VwGO geprüft werden.

Formulierungsvorschlag: Eine evidente Unzulässigkeit der Anfechtungsklage ist insbesondere dann zu bejahen, wenn die Klagefrist gem. § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO nicht eingehalten worden wäre. Demnach muss die Klage innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes erhoben werden. Laut Sachverhalt hat XY eine Woche nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes Klage erhoben, sodass die Anfechtungsklage nicht verfristet ist.

bb) Vorheriger Antrag bei der Behörde

In den Fällen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO (Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten) muss der Antragsteller vor der Stellung eines Antrags beim Verwaltungsgericht einen Antrag bei der Behörde auf Aussetzung der Vollziehung nach § 80 Abs. 4 S. 1 VwGO stellen.

Formulierungsvorschlag: Darüber hinaus würde das Rechtsschutzbedürfnis entfallen, wenn in den Fällen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO die Behörde einen vorherigen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung nicht ganz oder zum Teil abgelehnt hat. Vorliegend handelt es sich jedoch um einen Fall des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO, sodass ein vorheriger Antrag bei der Behörde gar nicht zu stellen war.

¹⁰ Vgl. die jeweiligen Regelungen des Kommunalrechts, z.B. § 63 Abs. 1 GO NRW.

¹¹ Koehl, JA 2016, 610 (617).

¹² BVerwG NVwZ 2018, 1485 (1488); Buchheister, in: Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3. Aufl. 2020, § 80 Rn. 7; Hoppe, in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 16. Aufl. 2022, VwGO § 80 Rn. 20 m.w.N.; a.A. Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 29. Aufl. 2023, § 80 Rn. 50; Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 43. Lfg., Stand: August 2022, VwGO § 80 Rn. 80.

¹³ BVerwG NVwZ 2018, 1485 (1488).

cc) Durchführung eines Vorverfahrens

Hinsichtlich der Notwendigkeit einer vorherigen Klageerhebung trifft § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO ausdrücklich die Regelung, dass ein Antrag bereits vor Erhebung der Anfechtungsklage zulässig ist. In Bezug auf die Notwendigkeit bzw. Entbehrlichkeit der vorherigen oder zeitgleichen Einlegung eines Widerspruchs trifft die VwGO jedoch keine klare Aussage. Dementsprechend ist diese Frage umstritten.¹⁴ In der Fallbearbeitung ist diese Rechtsfrage zumindest dann unerheblich, wenn ein Vorverfahren generell wegen § 68 Abs. 1 S. 2 HS. 1 VwGO in Verbindung mit landesrechtlichen Regelungen entbehrlich ist, beispielsweise in Niedersachsen nach 80 Abs. 1 NJG oder in Nordrhein-Westfalen nach § 110 Abs. 1 JustG NRW. Dann genügt eine entsprechende Feststellung im Rahmen der Fallbearbeitung. Sofern generell ein Widerspruchverfahren erforderlich ist und dies laut Sachverhalt auch nicht durchgeführt wurde, müsste eine Entscheidung getroffen werden. Dies dürfte in der Klausur jedoch eher die Ausnahme darstellen.

Formulierungsvorschlag: Nach § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO ist die Erhebung der Anfechtungsklage nicht vor Antragstellung erforderlich. Allerdings könnte die Erhebung eines Widerspruchs zu fordern sein. Ob dies vor Erhebung eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO der Fall ist, ist umstritten. In Niedersachsen ist das Vorverfahren jedoch gem. § 68 Abs. 1 S. 2 HS. 1 VwGO i.V.m. 80 Abs. 1 NJG generell entbehrlich, sodass der Streit vorliegend dahinstehen kann.

g) Zwischenergebnis

Formulierungsvorschlag: Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ist damit zulässig.

2. Begründetheit

Im Rahmen der Begründetheit muss differenziert werden, ob ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO oder ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO vorliegt. Im Falle eines Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist vor der Vornahme einer Interessenabwägung zwischen dem Aussetzungsinteresse des Betroffenen und dem Vollzugsinteresse der Allgemeinheit noch die formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung zu prüfen. Sofern diese nämlich rechtswidrig ist, hat der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bereits deshalb Erfolg.

Formulierungsvorschlag: Der Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO ist begründet, soweit das Ergebnis der gerichtlichen Interessenabwägung ergibt, dass das Aussetzungsinteresse des Betroffenen das Vollzugsinteresse der Allgemeinheit überwiegt. Entscheidend für die Interessenabwägung sind maßgeblich die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache nach summarischer Prüfung.

¹⁴ Für eine vorherige Durchführung: *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 43. Lfg., Stand: August 2022, VwGO § 80 Rn. 461; *Hoppe*, in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 16. Aufl. 2022, § 80 Rn. 81; a.A. *Fontana/Eh*, JuS 2023, 142 (145); *Kopp/Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 29. Aufl. 2023, § 80 Rn. 139.

a) Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung

Die formellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit ergeben sich aus § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 und Abs. 3 VwGO.

Formulierungsvorschlag: Die Anordnung der sofortigen Vollziehung müsste formell ordnungsgemäß erfolgt sein.

aa) Zuständigkeit

Sowohl die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat (Ausgangsbehörde), als auch die Widerspruchsbehörde sind für die Vollziehbarkeitsanordnung zuständig (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO).

Formulierungsvorschlag: Die Stadt XY als Ausgangsbehörde ist gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO für die Anordnung der sofortigen Vollziehung zuständig.

bb) Verfahren

§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 und Abs. 3 VwGO schreiben nicht vor, dass der Betroffene anzuhören ist, bevor behördlicherseits die sofortige Vollziehbarkeit des Verwaltungsakts angeordnet wird. Dennoch ist hinsichtlich des Verfahrens umstritten, ob eine vorherige Anhörung unter Rückgriff auf § 28 VwVfG zu erfolgen hat. Da es sich bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht um einen Verwaltungsakt handelt, scheidet eine direkte Anwendung des § 28 VwVfG von vornherein aus.¹⁵ In Betracht kommt daher allenfalls eine analoge Anwendung, sofern die Voraussetzungen einer Analogie (planwidrige Regelungslücke und vergleichbare Interessenlage) vorliegen. Eine planwidrige Regelungslücke liegt deshalb nicht vor, weil der Gesetzgeber in § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 und Abs. 3 VwGO abschließende Regelungen zur formellen Rechtmäßigkeit der Vollziehbarkeitsanordnung getroffen hat.¹⁶ In der Klausur ist diese Streitdarstellung überhaupt nur dann vorzunehmen, wenn keine Anhörung stattgefunden hat, was in der Regel wohl der Fall sein dürfte.

Formulierungsvorschlag: Darüber hinaus müssten etwaige Verfahrensvorschriften eingehalten worden sein. Eine Pflicht zur vorherigen Anhörung des Betroffenen ist nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 und Abs. 3 VwGO nicht vorgesehen. Ob eine Anhörung aufgrund von § 28 Abs. 1 VwVfG (analog) durchzuführen ist, ist umstritten. Eine Streitdarstellung ist vorliegend jedoch verzichtbar, da XY umfassend angehört wurde.

cc) Schriftliche Begründung

Das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes bedarf gem. § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO der schriftlichen Begründung. Von dem besonderen Begründungserfordernis darf nur

¹⁵ OVG Brandenburg NVwZ 1997, 202 (204); OVG Brandenburg NVwZ-RR 1997, 555 (557); OVG Lüneburg NVwZ-RR 2007, 348; *Schenke*, *VerwArch* 91 (2000), 587 (593); *Buchheister*, in: *Wysk*, *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, § 80 Rn. 23; *Hoppe*, in: *Eyermann*, *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, 16. Aufl. 2022, § 80 Rn. 53; *Schoch*, in: *Schoch/Schneider*, *Verwaltungsrecht, Kommentar*, 43. Lfg., Stand: August 2022, VwGO § 80 Rn. 258; a.A. OVG Bremen DÖV 1980, 180 (181); OVG Bremen NordÖR 1999, 284 (285); *Ganter*, DÖV 1984, 970 f.

¹⁶ OVG Brandenburg NVwZ 1997, 202 (204); OVG Lüneburg NVwZ-RR 2002, 822; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2007, 348; OVG Münster BauR 1995, 69; OVG Koblenz NVwZ 1988, 748; OVG Schleswig NVwZ-RR 1993, 587; *Schmaltz*, DVBl 1992, 230 (232); *Kaltenborn*, DVBl. 1999, 828 (830).

unter den Voraussetzungen des § 80 Abs. 3 S. 2 VwGO, also bei sog. Notstandsmaßnahmen, abgesehen werden. Um der Begründungspflicht gerecht zu werden, muss die Behörde bezogen auf die Umstände im konkreten Fall das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung sowie die Ermessens-erwägungen, die sie zur Anordnung der sofortigen Vollziehung bewogen haben, darlegen. Formelhafte, also für beliebige Fallgestaltungen passende Wendungen, formblattmäßige oder pauschale Argumentationsmuster sowie die bloße Wiederholung des Gesetzestextes reichen nicht aus.¹⁷ Dabei ist in der Regel ein besonderes öffentliches Interesse darzutun, das über die die Verfügung selbst tragenden Erwägungen hinausgeht.¹⁸ Nicht zur formellen Rechtmäßigkeit der Begründung gehört hingegen die Frage, ob die angeführten Gründe die Anordnung des Sofortvollzuges auch inhaltlich tragen.¹⁹

Formulierungsvorschlag: Zuletzt müsste die Behörde das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes gem. § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO schriftlich begründet haben. Erforderlich ist grundsätzlich eine einzelfallbezogene Darlegung eines besonderen öffentlichen Interesses, vom Grundsatz der aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen nach § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO abzuweichen. In dem Bescheid führt die Behörde aus, dass [...]. Damit ist die Begründung in formeller Hinsicht nicht zu beanstanden. Damit ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell ordnungsgemäß erfolgt.

b) Interessenabwägung zwischen Aussetzungsinteresse und Vollzugsinteresse

Wie bereits beschrieben sind im Rahmen der Interessenabwägung zunächst die Erfolgsaussichten der Anfechtungsklage zu prüfen. Lässt sich dabei im Ergebnis feststellen, dass der angefochtene Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig und den Betroffenen in seinen Rechten verletzt ist (vgl. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO), kann regelmäßig kein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes bestehen. Auf eine weitere Interessenabwägung kann daher verzichtet werden.

Formulierungsvorschlag: Nach summarischer Prüfung ist der Bescheid mithin rechtswidrig. An dem sofortigen Vollzug eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes kann regelmäßig kein öffentliches Interesse bestehen, sodass das Suspensivinteresse des Betroffenen gegenüber dem Vollzugsinteresse der Allgemeinheit überwiegt.

Sofern sich der angegriffene Verwaltungsakt hingegen als rechtmäßig erweist, ist im Anschluss an die Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache noch eine Interessenabwägung vorzunehmen. Zu differenzieren ist hier wieder zwischen der Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO und der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO. Wie sich aus § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO ergibt, muss für die Rechtmäßigkeit der Anordnung des Sofortvollzuges ein besonderes öffentliches Interesse oder ein überwiegendes Interesse eines Beteiligten an der sofortigen Vollziehung bestehen. Sofern ein solches nicht festgestellt werden kann, hat der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung trotz Rechtmäßigkeit des

¹⁷ Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 43. Lfg., Stand: August 2022, VwGO § 80 Rn. 247; Gersdorf, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2023, § 80 Rn. 87.

¹⁸ OVG Lüneburg, Beschl. v. 9.9.2022 – 11 ME 180/22, Rn. 15 (juris); Schaks/Friedrich, JuS 2018, 954 (957).

¹⁹ OVG Lüneburg, Beschl. v. 19.5.2010 – 11 ME 133/10, Rn. 10 (juris); OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.11.2017 – 11 ME 268/17, Rn. 5 (juris).

Verwaltungsaktes Erfolg.²⁰ Hingegen ist in der Situation der Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Entfall der aufschiebenden Wirkung nach dem Willen des Gesetzgebers als Regelfall vorgesehen. Insofern sind hier die Erfolgsaussichten der Hauptsache maßgeblich.²¹

III. Fazit

Dieser Beitrag hat beispielhaft gezeigt, dass sich verwaltungsrechtliche Klausuren mit der prozessualen Einkleidung eines Antrages nach § 80 Abs. 5 VwGO mit einer angemessenen Schwerpunktsetzung durchaus gut bewerkstelligen lassen. Die Voraussetzung dafür ist, dass insbesondere die einzelnen Prüfungspunkte in der Zulässigkeitsprüfung sicher beherrscht werden. Dadurch wird in der Klausursituation sichergestellt, dass für die Begründetheitsprüfung noch im ausreichenden Maße Zeit zur Verfügung steht. Zudem zeichnet sich eine gute Schwerpunktsetzung gerade auch dadurch aus, dass unproblematische Prüfungspunkte kurz und gehaltvoll abgeprüft werden.

²⁰ Schaks/Friedrich, JuS 2018, 954 (960).

²¹ Schaks/Friedrich, JuS 2018, 954 (960).

Die „Vorprüfung“ beim Versuch in der Fallbearbeitung

Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam*

Der Beitrag behandelt eine Marginalie der strafrechtlichen Fallbearbeitung, die „Vorprüfung“ bei der Erörterung von Versuchsstrafbarkeit. Fehler sind hier selten, kommen aber in der Universitäts- und Examenrealität vor. Zu ihrer Vermeidung gibt der vorliegende Beitrag einige Ratschläge und Hinweise.

I. Einleitung	729
II. Nichtvollendung	730
1. Stilistisches	730
2. Notwendigkeit vorheriger Vollendungsprüfung.....	731
3. Ungewöhnliche Fälle der Nichtvollendung	732
4. Teilnahme am Versuch ist Vollendung	733
III. Gesetzliche Versuchsstrafdrohung	733
1. Stilistisches	733
2. Verbrechen und Vergehen	734
3. Untauglicher Versuch	735
IV. Schluss	736

I. Einleitung

Die Bearbeitung strafrechtlicher Fälle hat häufig versuchte Straftaten zum Gegenstand, weil eine Strafbarkeit wegen einer vollendeten Straftat nicht begründet ist.¹ Diese Feststellung ist der Erörterung der Versuchsstrafbarkeit vorgeschaltet und wird üblicherweise im Rahmen einer sogenannten „Vorprüfung“ noch einmal erwähnt. Erst nach der „Vorprüfung“ beginnt die gutachtliche Befassung mit den Voraussetzungen eines strafbaren Versuchs.² Vereinzelt wird die Empfehlung gegeben, auf diesen Einstieg zu verzichten und sogleich mit dem „Tatentschluss“ anzufangen.³ Dem ist nicht zu folgen⁴, obwohl das, was Gegenstand der Vorprüfung ist, nicht zu den Strafbarkeitsvoraussetzungen des Versuchs gehört.⁵ Mit den Ausführungen in der Vorprüfung erklärt der Fallbearbeiter dem Leser,

* Der Verf. ist emeritierter Professur für Strafrecht an der Universität Potsdam.

¹ Eisele/Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2020, Rn. 423; zu den verschiedenen Gründen der Nichtvollendung, die nicht nur im objektiven Tatbestand verankert sind, Mitsch, Strafrecht in der Examenklausur, 2022, § 6 Rn. 1 ff.

² Arzt, Die Strafrechtssklausur, 7. Aufl. 2006, S. 210; Kühl, JuS 1980, 120 (122).

³ Putzke, JuS 2009, 894 (895).

⁴ Kudlich, Fälle zum Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2021, S. 10 (Klausurtyp).

⁵ Berechtigt ist die von Hardtung/Putzke, Examinatorium Strafrecht AT, 2016, Rn. 1120 formulierte Kritik an der „h.A.“, die das Ausbleiben der Vollendung als Bedingung eines tatbestandmäßigen Versuchs behandle. Diese unrichtige Kategorisierung ist zwar keine „herrschende Ansicht“, wird aber in der Literatur tatsächlich immer noch kommuniziert, vgl. Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 22 Rn. 5; Frisch, Strafrecht, 2022, § 7 Rn. 23. Zur Richtigstellung sehr lesenswert Herzberg, JuS 1996,

warum er sich überhaupt mit der Strafbarkeit wegen Versuchs beschäftigt.⁶ Gewiss ist das in den meisten Fällen ganz einfach und unproblematisch. Gleichwohl sollte man die Selbstkontrolle, die solche vorgeschalteten Erörterungen auch beinhalten, nicht unterschätzen. Es ist gar nicht so selten, dass an dieser Stelle schon falsche Weichenstellungen vorgenommen werden und dadurch die gesamte folgende Prüfung auf einen Irrweg gerät. Das ist verhängnisvoll, weil Fehler, die bei vollkommen einfachen Stellen der Aufgabe gemacht werden, besonders schwer wiegen und den Gesamteindruck der Arbeit erheblich beeinträchtigen. Langjährige Erfahrungen als Hochschullehrer und Prüfer im Staatsexamen sind die Quellen der Erkenntnis, dass von Studenten und Prüfungskandidaten selbst in einem so scheinbar problemfreien Raum wie der „Vorprüfung“ beim Versuch noch gravierende Fehler gemacht werden können. Das ist die Inspiration zu vorliegendem Text, der hoffentlich dazu beiträgt, dass künftig der Einstieg in die Prüfung der Strafbarkeitsvoraussetzungen eines Versuches fehlerfrei gelingt.

II. Nichtvollendung

1. Stilistisches

Ein unter Studenten offenbar beliebter Einleitungssatz lautet: „Die Tat dürfte nicht vollendet sein“.⁷ Das ist zumindest sprachlich schief, strenggenommen aber auch sachlich unrichtig. Der Verfasser eines solchen Satzes suggeriert ein Exklusivitätsverhältnis zwischen Vollendung und Versuch: Wenn die Tat vollendet ist, dann ist sie kein (bloßer) Versuch. Nichtvollendung ist also eine Voraussetzung eines tatbestandsmäßigen Versuchs. Das ist grob falsch. Richtig ist das Gegenteil: Wenn die Tat vollendet ist, dann wurde sie auch in strafbarer Weise versucht. Denn der Versuch ist ein Durchgangsstadium, das die Tat vor Erreichen der Vollendungsgrenze durchläuft.⁸ Auch wenn der Abstand zwischen dem „unmittelbaren Ansetzen“ und der Vollendung manchmal minimal ist, gilt: Eine vollendete Straftat, die nicht zugleich versuchte Straftat ist, gibt es nicht. Deswegen ist die Nichtvollendung keine Voraussetzung eines tatbestandsmäßigen Versuchs. Vielmehr besteht zwischen der vollendeten und der versuchten Straftat ein Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz. Die Vollendung verdrängt den Versuch, der Versuch tritt hinter der Vollendung zurück.⁹ Der Einleitungssatz muss also anders formuliert werden. Sofern ohnehin zuvor eine Strafbarkeit wegen vollendeter Tat geprüft und verneint wurde, genügt eine schlichte Rückverweisung darauf: „Die Tat wurde nicht vollendet (s.o. [...])“.¹⁰ Da dies im Rahmen der Prüfung einer vollendeten Tat ausführlich begründet wurde, ist eine Wiederholung dieser Begründung hier nicht erforderlich. In den Fällen, in denen eine Strafbarkeit wegen Vollendung nicht erörtert wurde, weil das nach dem Sachverhalt evident ausgeschlossen ist, muss die Feststellung der Nichtvollendung im Rahmen der Vorprüfung knapp begründet werden.

377 (378); Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 22 Rn. 29. Vorbildlich die Aufbauschemata bei Eisele/Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2020, Rn. 435; Gropp/Sinn, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 102; Kudlich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2021, S. 174; Murmann, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2022, § 28 Rn. 34; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 935. Klarstellend Murmann, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, vor § 22 Rn. 9.

⁶ Beachtenswert auch der Hinweis auf die Prüferperspektive bei Murmann, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2022, § 28 Fn. 88.

⁷ Harnisch/Knaupe/Schröder, Falltraining, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2022, Rn. 235; s. auch Haft, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2004, S. 288: „Für den Versuch sind vier Elemente wesentlich. [...] Zweitens darf die Tat nicht vollendet sein. [...]“; ebenso Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 653.

⁸ Krey/Esser, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 1192.

⁹ Sternberg-Lieben/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, vor § 52 Rn. 110.

¹⁰ Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 653.

In der Regel genügt dazu der Hinweis auf den Sachverhalt, z.B.: „Die Tat wurde nicht vollendet, weil der Todeserfolg nicht eingetreten ist“.¹¹

2. Notwendigkeit vorheriger Vollendungsprüfung

Der verhängnisvollste Fehler, von dem die erste Stufe der Vorprüfung betroffen sein kann, ist die vorilige Verneinung einer Vollendung ohne gründliche Prüfung und folglich ohne Begründung.¹² Wie in einem solchen Fall die Kontrollfunktion der Vorprüfung kläglich versagt hat, war in einer aktuellen Examensklausur zu beobachten. Zwei Täter hielten das Opfer fest und nahmen ihm die Brieftasche ab. Nachdem sie festgestellt hatten, dass der Geldbeutel nur wertlose Gegenstände enthielt, gaben sie ihn dem Opfer zurück.¹³ Weit mehr als 50 % der Kandidaten behaupteten, dass ein vollendeter Raub nicht vorliege. Einige gaben dafür überhaupt keine Begründung, viele verwiesen ohne rechtliche Würdigung auf die Rückgabe der Brieftasche. Manche erklärten immerhin, dass die Täter keinen Gewahrsam begründet haben, was nach dem Sachverhalt aber eindeutig falsch war. Nur ganz wenige prüften zunächst einmal vollendeten Raub und kamen beim Merkmal „Wegnahme“ zu dem falschen Ergebnis. Der eigentliche Fehler ist zwar der Vorprüfung vorgelagert und besteht darin, dass keine ordentliche Prüfung der Wegnahme-Komponenten „fremder Gewahrsam“, „Bruch des Gewahrsams“ und „Begründung neuen Gewahrsams“ durchgeführt wurde. Aber beim Schreiben der Worte „Die Tat ist nicht vollendet“ hätte zumindest noch einmal konzentriertes Nachdenken darüber stattfinden müssen, warum denn die Tat nicht vollendet ist und ob das denn auch stimmt. Eines ist völlig klar: Ist nach dem Sachverhalt die Nichtvollendung nicht offensichtlich, muss prioritär eine Strafbarkeit wegen vollendeter Tat gutachtlich untersucht werden. Hier wird also der erste Punkt der Vorprüfung der anschließenden Versuchserörterung vorweggenommen, weshalb verständlich ist, warum mancher Kollege die Wiederholung dessen für überflüssig hält. Der Möglichkeit einer Vollendungsstrafbarkeit keine Beachtung zu schenken und apodiktisch die Behauptung einer Nichtvollendung in den Raum zu stellen, ist schon deswegen eine grobe Verfehlung, weil damit die Chance des Sammelns von Pluspunkten leichtfertig verschenkt wird. Oft gehört die Frage der Vollendung zu den Hauptproblemen des Falles. Der Mangel verschlimmert sich noch, wenn – wie in dem Examens-Fall – ein weiteres schwieriges Problem erst auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes, bei der Zueignungsabsicht¹⁴, liegt. Wer vor der möglichen Vollendung im objektiven Tatbestand die Augen verschließt, gräbt sich natürlich auch das Wasser zur Begutachtung des subjektiven Tatbestands ab.

Zwei Strafvorschriften, bei denen häufig das Vorliegen von Vollendung übersehen und deshalb ohne vorherige Vollendungsprüfung sogleich mit der Erörterung einer Versuchsstrafbarkeit begonnen wird, sind § 239a Abs. 1 Var. 1 StGB und § 316a Abs. 1 StGB. Wer die im Gesetzestext abgebildete Struktur der Tatbestände verstanden hat, weiß, dass die Vollendung der Tat nicht von der Begehung der Erpressung (§ 239a StGB) oder des Raubes oder raubähnlichen Verbrechens (§ 252 StGB; §§ 253, 255 StGB) usw. (§ 316a StGB) abhängt. In Fällen, in denen es zur Verwirklichung der beabsichtigten Raub- oder Erpressungstat nicht gekommen ist, hat der Täter gleichwohl eine vollendete Tat begangen, wenn er sich des Opfers bemächtigt (§ 239a StGB)¹⁵ oder einen Angriff auf Leib, Leben oder Ent-

¹¹ Harnisch/Knaupe/Schröder, Falltraining, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2022, Rn. 235.

¹² Arzt, Die Strafrechtsklausur, 7. Aufl. 2006, S. 210; Kühl, JuS 1980, 120 (122).

¹³ Ähnlich der Fall 9 bei Kühl, JuS 1980, 120 (122).

¹⁴ Nach h.M. hatten die Täter nicht die Absicht, sich die Brieftasche und die wertlosen Sachen zuzueignen. Aus diesem Grund war Strafbarkeit wegen vollendeten Raubes nicht begründet, Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 63.

¹⁵ Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 239 a Rn. 17, 27.

schlussfreiheit (§ 316a StGB)¹⁶ begangen hat. Leider sind Klausurbearbeiter sich dessen häufig nicht bewusst und behaupten auf der Vorprüfungsstufe beispielsweise: „Die Tat wurde nicht vollendet, weil der Täter keinen Raub begangen hat“. Spätestens wenn dieser Satz niedergeschrieben wird, sollte darüber reflektiert werden, welche Voraussetzungen auf der Ebene des objektiven Tatbestandes tatsächlich für eine vollendete Tat bestehen.

Eine Deliktsgattung, bei der die Gefahr der Fehldeutung einer vollendeten Tat als bloßer Versuch besonders groß ist, sind die Unternehmensdelikte. Wer § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB nicht beachtet, wird hier möglicherweise das im Sachverhalt als unvollendetes Projekt gezeichnete Tatgeschehen ahnungslos in die Kategorie der versuchten Tat einordnen.¹⁷ Nachdem allerdings der Gesetzgeber aus dem Text des § 316a StGB das Wort „unternimmt“ entfernt und durch „verübt“ ersetzt hat¹⁸, dürfte das Unternehmensdelikt seine Examensrelevanz verloren haben. Die Strafvorschriften, die nach geltendem Recht Unternehmensdelikte i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB sind (z.B. §§ 184b Abs. 3, 307 Abs. 1, 309 Abs. 1, 357 Abs. 1 StGB), gehören nicht zum strafrechtlichen Prüfungsstoff in der ersten juristischen Prüfung.

3. Ungewöhnliche Fälle der Nichtvollendung

Ein Standardproblem des Strafrechts im Examen ist das Fehlen eines subjektiven Rechtfertigungselements einschließlich der Frage nach den rechtlichen Konsequenzen.¹⁹ Nach h.M. ist ein subjektives Rechtfertigungselement bei jedem Rechtfertigungsgrund erforderlich. Erfüllt der Täter nur die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes, ist seine Tat nicht vollständig gerechtfertigt. Allerdings ist die durch die Tatbestandsmäßigkeit „indizierte“ Rechtswidrigkeit zum Teil aufgehoben. Wegen der objektiven Erlaubtheit der Tat hat sie nur den Unrechtsgehalt eines (untauglichen) Versuchs.²⁰ Klausurtechnisch wird dieses Thema stets im Rahmen der Prüfung einer tatbestandsmäßigen vollendeten Tat erörtert. Auf der Ebene der Rechtswidrigkeit läuft die Begutachtung in der Feststellung aus, dass diese tatbestandsmäßig vollendete Tat nicht rechtswidrig ist. Zugleich weist der Fallbearbeiter darauf hin, dass die Tat als Versuch strafbar sein kann. Beendet er daher die Prüfung der vollendeten Tat mit diesem Ergebnis und setzt er danach zu einer neuen Strafbarkeitsprüfung in Bezug auf einen Versuch an²¹, genügt im Rahmen der Vorprüfung der Hinweis auf das Ergebnis der auf die vollendete Tat bezogenen Erörterungen zur Rechtfertigung.²² Deshalb ist es auch für die Fallbearbeitung an dieser Stelle unerheblich, ob die tatbestandsmäßig vollendete Tat, die nur objektiv gerechtfertigt ist, wirklich ein Versuch „ist“²³ oder nur „wie ein Versuch behandelt“²⁴ wird.

¹⁶ Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 316 a Rn. 17.

¹⁷ Mitsch, Strafrecht in der Examensklausur, 2022, § 6 Rn. 12.

¹⁸ Stein, in: Dencker u.a., Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz, 1998, 4. Teil Rn. 113.

¹⁹ Beulke/Zimmermann, Klausurenkurs im Strafrecht III, 6. Aufl. 2023, Rn. 931; Hardtung/Putzke, Examinatorium Strafrecht AT, 2016, Rn. 525 ff.; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 6 Rn. 11 ff.; Mitsch, Strafrecht in der Examensklausur, 2022, § 10 Rn. 19 ff.

²⁰ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 17 Rn. 18.

²¹ Rönnau, JuS 2009, 594 (597); nach Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 17 Rn. 21 ist ein „nahtloser“ Übergang von der Vollendungsprüfung zur Versuchsprüfung zulässig.

²² Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 417.

²³ So z.B. Rönnau, in: LK-StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, vor § 32 Rn. 90.

²⁴ So Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 32 Rn. 27: entsprechende Anwendung der Versuchsregeln.

Dass eine Tat eine vollendete Straftat sein kann, obwohl sie die objektiven Tatbestandsmerkmale nicht erfüllt, erscheint unlogisch.²⁵ Tatsächlich ist das aber möglich auf der Grundlage des § 16 Abs. 2 StGB. Examensrelevant ist diese Vorschrift in ihrer Verbindung mit § 216 StGB, dem Hauptanwendungsfall dieser Irrtumsregelung. Tötet jemand einen Menschen in der irrtümlichen Annahme, dieser habe die Tötung ernstlich verlangt, sind alle objektiven Tatbestandsmerkmale des § 212 Abs. 1 StGB erfüllt, nicht aber die des § 216 Abs. 1 StGB. Der Täter hat also einen untauglichen Versuch der Tötung auf Verlangen begangen. § 16 Abs. 2 StGB bestätigt die „Sperrwirkung des milderen Tatbestandes“ und stellt klar, dass der Täter nicht aus § 212 StGB, sondern aus § 216 StGB strafbar ist.²⁶ Da der Täter aber vorsätzlich getötet hat, wäre eine Strafbarkeit nur wegen des Versuchs einer Tötung auf Verlangen unangemessen privilegierend. Der Täter ist deshalb wegen vollendeter Tötung auf Verlangen strafbar.²⁷

4. Teilnahme am Versuch ist Vollendung

Ein fundamentaler Fehler, der erstaunlicherweise selbst Examenskandidaten noch unterläuft, ist die Behandlung einer vollendeten Teilnahme (Anstiftung, Beihilfe) an einer versuchten Haupttat als Versuch. Das erkennt man deutlich am falschen Aufbau. Die Strafbarkeit wird nicht nach dem Schema „Objektiver Tatbestand, Subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld“ geprüft, sondern der Bearbeiter beginnt mit dem „Tatentschluss“ und lässt dann das „unmittelbare Ansetzen“ folgen. Zuvor schon hat er in der Vorprüfung behauptet, die Tat sei nicht vollendet. Das ist zwar insoweit nicht ganz unrichtig, da die Haupttat, auf die sich die Teilnahme bezieht, nicht vollendet wurde. Allerdings stellt diese Haupttat den falschen Bezugspunkt für die Festlegung auf Vollendung oder Versuch dar. Maßgeblich ist die Teilnahme und diese ist bereits dann vollendet, wenn der Haupttäter einen mit Strafe bedrohten Versuch begangen hat und der Teilnehmer ihn dazu bestimmt (§ 26 StGB) oder ihm dabei Hilfe geleistet (§ 27 StGB) hat.²⁸ Die Prüfung muss deshalb auf der Grundlage des Aufbauschemas einer vollendeten Straftat erfolgen. Da die falsche Weichenstellung schon einen Schritt vorher stattgefunden hat, sollte der Fallbearbeiter spätestens bei den Vorüberlegungen zur „Nichtvollendung“ seinen Fehler erkennen und auf das Prüfungsschema der vollendeten Tat umschwenken. In der Sache geht es darum, sich den fundamentalen Unterschied von „Anstiftung zum Versuch“ und „versuchter Anstiftung“ klarzumachen.²⁹ Letzteres ist nur nach § 30 Abs. 1 StGB strafbar. Der Prüfung dieser Strafbarkeit wird das Versuchsschema einschließlich der „Vorprüfung“³⁰ zugrunde gelegt.³¹

III. Gesetzliche Versuchsstrafdrohung

1. Stilistisches

Auf der 2. Stufe der Vorprüfung wird klargestellt, ob der Versuch in Bezug auf den aus dem Besonde-

²⁵ Ebert, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2001, S. 119; Eisele/Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2020, Rn. 437.

²⁶ BGH NStZ 2021, 85 (86); Eisele/Heinrich, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2020, Rn. 131.

²⁷ Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 24. Aufl. 2023, § 6 Rn. 15.

²⁸ Eisele/Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2020, Rn. 889; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 47 Rn. 6.

²⁹ Eisele/Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2020, Rn. 835 (Klausurtyp); Rn. 890.

³⁰ Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, Rn. 913.

³¹ Krey/Esser, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 1334b; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 47 Rn. 9; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, Rn. 912.

ren Teil des StGB ausgewählten Straftatbestand nach geltendem Strafrecht überhaupt eine Straftat sein kann.³² Eingebürgert haben sich zu diesem Thema Formulierungen, in denen das Wort „strafbar“ enthalten ist: „Der Versuch müsste strafbar sein“.³³ Dagegen ist nichts einzuwenden, weil allgemein bekannt ist, was damit gemeint ist. Zudem verwendet der Gesetzgeber selbst das Wort „strafbar“, vgl. z.B. § 242 Abs. 2 StGB. Ganz glücklich ist die Verwendung des Wortes „strafbar“ im Gutachten an dieser Stelle nicht. Denn die Frage nach der „Strafbarkeit“ richtet sich auf die Erfüllung der Strafbarkeitsvoraussetzungen durch die im Sachverhalt beschriebene konkrete Tat. Schließlich lautet die Aufgabenstellung stets: „Haben sich die Beteiligten strafbar gemacht?“³⁴ In der Versuchs-Vorprüfung geht es hingegen auf der Ebene des abstrakten Gesetzes um die Frage, ob es im geltenden Strafrecht eine Vorschrift gibt, nach der z.B. der Versuch eines Raubes eine tatbestandsmäßige und – wenn Rechtswidrigkeit und Schuld gegeben sind – strafbare Tat sein kann. Mit der Bejahung dieser Frage wird selbstverständlich nicht zum Ausdruck gebracht, dass die zu prüfende Tat ein strafbarer Versuch ist. Eine Formulierung, mit der dieses Missverständnis vermieden wird, könnte lauten: „Der Versuch (z.B. der Körperverletzung) müsste nach geltendem Strafrecht mit Strafe bedroht sein.“ Eine Selbstverständlichkeit ist die exakte Angabe der einschlägigen Vorschriften: § 12 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB und § 23 Abs. 1 Var. 1 oder Var. 2 StGB. Tatsächlich aber geben viele Studenten und Examenkandidaten überhaupt keine Norm an oder nur eine von beiden oder lassen die Absätze weg. Juristische Arbeit ist Anwendung von Gesetzen. Dazu gehört stets die präzise Nennung der Vorschrift, über die gerade kommuniziert wird.

2. Verbrechen und Vergehen

Eigentlich dürfte es jedenfalls in der Examens(vorbereitungs)phase nicht passieren, dass ein Delikt, das nach geltendem Strafrecht Vergehen ist, als Verbrechen bezeichnet und daraufhin aus § 23 Abs. 1 Var. 1 StGB (konsequent) die Möglichkeit eines strafbaren Versuchs dieses Delikts abgeleitet wird. Aber das passiert, wenngleich nicht oft. Deshalb sei hier noch einmal eindringlich davor gewarnt, auf den Blick in das Gesetz zu verzichten. In der Prüfungspraxis des *Verf.* ist es vor nicht allzu langer Zeit vorgekommen, dass ein Kandidat in der mündlichen Prüfung über Strafbarkeit wegen „versuchter Untreue“ gesprochen hat, bis der Prüfer ihm Einhalt geboten hat. Man sollte also aufpassen, sich hier nicht „um Kopf und Kragen“ zu reden. § 12 Abs. 1 StGB definiert das „Verbrechen“ und das ist selbstverständlich für § 23 Abs. 1 Var. 1 StGB maßgeblich. Achten muss man auf § 12 Abs. 3 StGB. Prüft man den Versuch eines Qualifikationstatbestandes, der Verbrechenscharakter hat, während das korrespondierende Grunddelikt Vergehen ist, sollte man primär auf § 23 Abs. 1 Var. 1 StGB abstellen. Meistens existiert zwar auch eine Strafdrohung für den grundtatbestandlichen Vergehensversuch, so z.B. bei § 242 Abs. 2 StGB und § 253 Abs. 3 StGB. Wird aber Strafbarkeit wegen versuchten schweren Bandendiebstahls (§ 244a StGB) oder versuchter räuberischer Erpressung (§§ 253, 255 StGB) geprüft, geht es um den Versuch eines Verbrechens, weshalb die Versuchsstrafdrohung auf § 23 Abs. 1 Var. 1 StGB i.V.m. § 12 Abs. 1 StGB beruht. Auf einen Erst-recht-Schluss aus § 242 Abs. 2 StGB und § 253 Abs. 3 StGB die Strafbarkeit des qualifizierten Versuchs abzuleiten, wäre zwar nicht falsch, aber unnötig umständlich.

Umstritten ist die Strafbarkeit des „erfolgsqualifizierten Versuchs“ in den Fällen, in denen der Gesetzgeber den Versuch des grundtatbestandlichen Vergehens nicht mit Strafe bedroht hat, wes-

³² Arzt, Die Strafrechtsklausur, 7. Aufl. 2006, S. 211.

³³ Harnisch/Knaupe/Schröder, Falltraining, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2022, Rn. 236.

³⁴ Vgl. den Obersatz (die fünf „W“-Fragen) bei Harnisch/Knaupe/Schröder, Falltraining, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2022, Rn. 11.

halb der Versuch des Grunddelikts gem. § 23 Abs. 1 Var. 2 StGB i.V.m. § 12 Abs. 2 StGB straflos bleibt. Das wichtigste examensrelevante Beispiel der insgesamt wenigen Fälle des geltenden Rechts betrifft die Aussetzung mit Todesfolge, § 221 Abs. 3 StGB. Dieses erfolgsqualifizierte Delikt ist ein Verbrechen, weshalb gem. § 23 Abs. 1 Var. 1 StGB der Versuch mit Strafe bedroht ist. Das ist auch insoweit unbestritten, soweit es um die Erscheinungsform des Versuchs geht, bei dem der Täter mit Tötungsvorsatz gehandelt hat, der qualifizierende Todeserfolg aber ausgeblieben ist („versuchte Erfolgsqualifizierung“).³⁵ Der umstrittene Fall ist der einer bloß versuchten Aussetzung, mit der vom Täter fahrlässig (vgl. § 18 StGB) die Todesfolge verursacht wurde. Dass der Versuchsstrafbarkeit die Fahrlässigkeitskomponente nicht entgegensteht, folgt aus § 11 Abs. 2 StGB.³⁶ Die h.M. behauptet dennoch, der durch Todesfolge qualifizierte Versuch einer Aussetzung sei nicht strafbar, weil anderenfalls der Todesfolge entgegen § 18 StGB nicht strafbarkeitserhöhende („schwerere Strafe“), sondern strafbarkeitsbegründende Wirkung zugeschrieben werde.³⁷ Der Erfolgseintritt mache aus einem straflosen (grundtatbestandlichen) Versuch einen strafbaren Versuch. Der Erfolgseintritt dürfe aber nur aus einem strafbaren Versuch einen qualifiziert strafbaren Versuch machen, wie das z.B. beim versuchten Raub mit Todesfolge (§§ 249, 22, 23 Abs. 1 Var. 1 i.V.m. § 251 StGB)³⁸ der Fall ist. Da die postulierte Straflosigkeit der versuchten Aussetzung mit (fahrlässig³⁹ verursachter) Todesfolge in Widerspruch steht zu § 23 Abs. 1 Var. 1 StGB, muss das Thema bereits in der Vorprüfung erörtert und einer Entscheidung zugeführt werden. Wer der h.M. folgt⁴⁰, kommt also gar nicht mehr zur Erörterung des Tatenschlusses.

3. Untauglicher Versuch

Der untaugliche Versuch ist nach geltendem Strafrecht ebenso strafbar wie der taugliche Versuch.⁴¹ Diese Bemerkung in einem Gutachten zu machen, ist nicht unbedingt notwendig, aber auch nicht verfehlt. Eine gewisse Unsicherheit besteht aber über den richtigen Standort im Prüfungsschema, an dem dieser Hinweis platziert wird. Unrichtig ist die Einbeziehung in die Vorprüfung.⁴² Alles, was zu den Strafbarkeitsvoraussetzungen, zu den Straftatmerkmalen des Versuchs gehört, ist erst nach der Vorprüfung zu erörtern. Dies betrifft auch Feststellungen zur Tauglichkeit oder Untauglichkeit des Versuchs. Dass der untaugliche Versuch strafbar ist, beruht auf der Erfüllung aller Strafbarkeitsvoraussetzungen durch eine entsprechende Tat. Weder der „Tatenschluss“ noch das „unmittelbare Ansetzen“ fehlt bei einem untauglichen Versuch. Diese Erkenntnis hat man aber erst gewonnen, nachdem man Tatenschluss und unmittelbares Ansetzen geprüft hat. Die Ergebnisse dieser Prüfung

³⁵ *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 91, 94; *Kudlich*, Strafrecht, Allgemeine Teil, 6. Aufl. 2021, Fall 208 (S. 176); *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 17a Rn. 33 ff.

³⁶ *Ebert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 127; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 90; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 17a Rn. 41; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 997.

³⁷ *Ebert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 128; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 93; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 17a Rn. 47.

³⁸ *Kudlich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2021, Fall 207 (S. 176).

³⁹ Im Fall vorsätzlich herbeigeführter Todesfolge bejahen auch die Vertreter der h.M. die Strafbarkeit des erfolgsqualifizierten Versuchs, *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 17a Rn. 47.

⁴⁰ Zur Gegenmeinung vgl. *Mitsch*, NZWiSt 2019, 121 ff.

⁴¹ *Ebert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 124; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 28; *Hardtung/Putzke*, Examinatorium Strafrecht AT, 2016, Rn. 1130; *Kudlich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2021, Fall 212 (S. 179); *Mitsch*, Strafrecht in der Examensklausur, 2022, § 8 Rn. 14; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 980.

⁴² Anders aber *Beulke/Zimmermann*, Klausurenkurs im Strafrecht III, 6. Aufl. 2023, Rn. 140.

dürfen nicht antizipiert werden. Das ist einleuchtend vor allem in Bezug auf die Fälle, die nach h.M. gerade nicht strafbar sind, weil sie den Tatbestand einer versuchten Straftat nicht erfüllen: die sogenannten „abergläubischen“ oder „irrealen“ Versuche.⁴³ Solche Extremfälle des untauglichen Versuchs erfüllen die Tatbestandsmerkmale nicht, es fehlt also am Tatentschluss.⁴⁴ Dies ist im Stadium der Vorprüfung selbstverständlich noch gar nicht untersucht worden. Ähnlich verhält es sich mit dem untauglichen Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts.⁴⁵ Die Frage, ob eine solche Tat strafbar ist, richtet sich nicht auf die gesetzgeberische Pönalisierungsentscheidung gem. § 23 Abs. 1 StGB, sondern darauf, ob eine solche Tat den Tatbestand eines strafbaren Versuchs (Tatentschluss, unmittelbares Ansetzen) erfüllt.⁴⁶ Auf die generelle Strafbarkeit des untauglichen Versuchs im Rahmen der Vorprüfung hinzuweisen, ist nicht falsch, aber überflüssig. Worauf es ankommt, ist, dass die Strafbarkeit der konkreten Tat nicht an der Untauglichkeit scheitert. Die diesbezügliche Feststellung sollte man beim „unmittelbaren Ansetzen“ treffen.⁴⁷ Auch die Straflosigkeit des „Wahndelikts“⁴⁸ ist kein Thema, über das bereits in der Vorprüfung zu diskutieren ist.⁴⁹ Zuvor muss festgestellt werden, ob die Tat ein untauglicher Versuch oder ein Wahndelikt ist. Diese Erkenntnis gewinnt man in der Fallbegutachtung erst bei der Prüfung des Tatentschlusses.⁵⁰

IV. Schluss

Versuch und Rücktritt gehören zu den gefährlichsten Minenfeldern im Examen. Die „wirklichen“ Probleme dieses Themenkreises begegnen in der Fallbearbeitung regelmäßig erst, nachdem die Vorprüfung absolviert worden ist. Lorbeeren kann man vorher kaum ernten, dazu ist die Aufgabe zu einfach. Umso schlimmer sind Fehler, die, wenn sie passieren, auf Mangel an Sorgfalt und Konzentration beruhen. Deswegen sei am Ende dieses Textes noch einmal der dringende Appell wiederholt: Arbeiten Sie mit dem Gesetz, lesen Sie – auch – §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB!

⁴³ Ebert, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2001, S. 125; Gropf/Sinn, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 40; Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 15 Rn. 93; für Strafbarkeit gem. § 23 Abs. 3 StGB hingegen Eisele/Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2020, Rn. 456; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, Rn. 988.

⁴⁴ Hardtung/Putzke, *Examinatorium Strafrecht AT*, 2016, Rn. 1131; Seier/Gaude, *JuS* 1999, 456 (460).

⁴⁵ Vgl. dazu Rotsch, *Strafrechtliche Klausurenlehre*, 4. Aufl. 2022, Teil 2 Fall 1 Rn. 103–107, wo im Rahmen der Vorprüfung erörtert wird, ob der Täter sich „grundsätzlich wegen eines untauglichen Versuchs eines unechten Unterlassungsdelikts strafbar gemacht haben“ kann, und sodann (Rn. 108) darauf hingewiesen wird, dass noch geprüft werden müsse, „ob in concreto die Voraussetzungen eines versuchten Totschlags durch Unterlassen vorliegen“.

⁴⁶ Dies wird von der heute ganz h.M. bejaht, vgl. Frisch, *Strafrecht*, 2022, § 8 Rn. 173.

⁴⁷ Seier/Gaude, *JuS* 1999, 456 (458).

⁴⁸ Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 15 Rn. 97; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, Rn. 991.

⁴⁹ Anders nach Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 15 Rn. 18, wenn im Sachverhalt mitgeteilt ist, dass der Täter sich Strafbarkeit auf der Grundlage einer gar nicht existierenden Strafvorschrift (z.B. „Ehebruch“; vgl. Haft, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. 2004, S. 234) vorstellt. In einem solchen Fall kommt man aber gar nicht zu „Vorprüfung“, weil bereits Überschrift und Einleitungssatz („T könnte sich wegen Ehebruchs gemäß § [...] strafbar gemacht haben“) mit einer Paragraphenkette des geltenden Rechts nicht möglich wären.

⁵⁰ Harnisch/Knaupe/Schröder, *Falltraining, Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2022, Rn. 242; Kudlich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2021, Fall 214 (S. 181); Mitsch, *Strafrecht in der Examensklausur*, 2022, § 8 Rn. 15.

Examensübungsklausur: Die blockierte Stadt und der fehlerhafte Chatbot*

Dr. Tristan Radtke, LL.M. (NYU), Leipzig**

Die vorliegende Examensübungsklausur wirft spannende Fragen der Abgrenzung des Mietmängelrechts zu § 313 BGB bei der Blockade von Zufahrtsstraßen auf. Die Störung der Geschäftsgrundlage wird insoweit nicht im klassischen Corona-Szenario relevant, sondern in einem Grenzszenario, das großzügig Raum für eigenständige Argumentation lässt. Daran anknüpfend stellen sich hochaktuelle Fragen der Haftung von Protestierenden. Die Klausur wird abgerundet durch Fragen zum Verbraucherrecht (§§ 312a ff. BGB) und dem Vertragsschluss mit einem Chatbot.

In einer Umfrage im Rahmen der Klausurbesprechung bewerteten die Studierenden die Klausur als durchschnittlich bis leicht überdurchschnittlich schwierig. Als größte Herausforderungen wurde neben dem Zeitdruck auch die Protestierendenhaftung (Frage 2) und die Prüfung der §§ 174, 180 BGB genannt.

Darüber hinaus schienen die Anwendung des § 313 BGB (Frage 1) und des § 312j BGB (Frage 3) bei der Bearbeitung Schwierigkeiten zu bereiten.

Sachverhalt

Die R-GmbH betreibt das Restaurant „Zum Walde“ in einer kleinen Stadt in Sachsen. Das Restaurant begrüßt immer wieder viele Besucher aus dem Umland, die sich mit dem Auto auf den Weg in den beliebten Ort machen. Alleinigere Geschäftsführer und Gesellschafter der GmbH ist der G. Die Räumlichkeiten nebst Parkplätzen hat die R-GmbH von der V-AG angemietet. Die R-GmbH erzielt durchschnittlich einen monatlichen Umsatz i.H.v. 26.000 € abzüglich Personalkosten i.H.v. 10.000 €, Einkaufskosten i.H.v. 8.000 € und der Miete i.H.v. 5.000 €.

Am 13.1.2022 wird der Bau neuer Stromtrassen angekündigt. Diese Maßnahme soll eine Teilabforstung von Waldabschnitten entlang zweier Zufahrtsstraßen, die durch die Stadt führen, erforderlich machen. Am 1. Februar werden nach einem öffentlichen Aufruf der Protestierenden P und unter führender Mitwirkung durch die P schließlich Protestcamps mit Straßenbarrikaden an mehreren Stellen auf den öffentlichen Zufahrtsstraßen und im Stadtkern selbst errichtet. An ein Durchkommen zum Bistro „Zum Walde“ ist nicht zu denken: mit dem Auto lässt sich das Restaurant nicht mehr erreichen, mit dem Rad oder zu Fuß nur mit Mühe und erheblich erhöhtem Zeitaufwand. Gleiches gilt für diverse andere Restaurants, Bistros und Modegeschäfte in der Stadt. Erst am Vorabend des 1. März wird das Protestcamp durch die zuständige Behörde geräumt. Die R-GmbH erzielt im Februar lediglich einen Umsatz von 2.000 € durch wenige Protestierende und Bewohner, die dem Restaurant gelegentlich einen Besuch abstatten. Die Personalkosten sind für den Monat gleichbleibend, die Einkaufskosten konnten auf 1.000 € reduziert werden.

Nachdem die R-GmbH über G die V-AG bereits am 1. Februar über die Maßnahme informiert hat und die R-GmbH die Miete nur unter Vorbehalt gezahlt hat, wendet sich G am 1. März per Fax an die

* Die vorliegende Klausur wurde im März 2023 im Examensübungsklausurenkurs der Uni Leipzig (LEO) gestellt und besprochen.

** *Tristan Radtke* ist Referendar am OLG Braunschweig und Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Informationsrecht, Daten- und Medienrecht von Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxford) an der Universität Leipzig.

V-AG und verlangt hälftige Rückzahlung der bereits gezahlten Miete für Februar, d.h. 2.500 €. Schließlich könne niemand etwas dafür, dass ganz überraschend das ganze Dorf „belagert“ werde. Die V-AG weist das Verlangen mit Fax vom gleichen Tag zurück, da G – was zutrifft – wie auch schon im Schreiben vom 1. Februar keinen Nachweis über seine Vertretungsmacht beigefügt habe. Außerdem sei eine solche Straßensperre das typische Risiko der R-GmbH und die V-AG habe hiermit nichts zu tun.

Die R-GmbH erhebt Klage auf Zahlung der 2.500 € nebst Verzugszinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1. März sowie auf Zahlung einer Pauschale i.H.v. 40 €. Die V-AG reagiert nicht und wird schließlich mit Versäumnisurteil vom 15.5.2022 antragsgemäß zur Zahlung der genannten Beträge und der Verzugszinsen verurteilt. Vier Tage später legt die V-AG Einspruch gegen das Versäumnisurteil ein und beantragt die Aufhebung des Versäumnisurteils und im Übrigen Klageabweisung.

Fallfrage

Frage 1 (55 %): Hat das Vorgehen der V-AG Aussicht auf Erfolg? Die Zulässigkeit der Klage der R-GmbH ist zu unterstellen.

Frage 2 (25 %): Unterstellt, die V-AG unterliegt, können die V-AG oder die R-GmbH Regress bei P nehmen?

Fallfortsetzung

Die R-GmbH hat aus den Erfahrungen im Februar gelernt und möchte zukünftig eine weitere Filiale an einem neuen Standort eröffnen und von dort aus auch Lieferungen ermöglichen. Außerdem kauft die R-GmbH eine Chatbot-Software ein, um Bestellungen über soziale Netzwerke entgegennehmen zu können. Die Software stellt Fragen zu der Bestellung und fragt im Anschluss: „Sollen wir Ihr Essen nun zubereiten?“. Antworten die Kund:innen mit „Ja“ wird die Bestellung im System vermerkt, eine Bestellbestätigung per E-Mail verschickt und die Bestellung wird verarbeitet und ausgeliefert.

K ist nach ihrem Arbeitstag im Auto unterwegs und bittet ihren mit ihr im Fahrzeug befindlichen Sohn S, zwei Pizzen, ein Erfrischungsgetränk und Crème Brûlée über ihr Smartphone und ihren Social-Media-Account zu bestellen. K landet plötzlich im Stau und entscheidet sich, den Pizzaabend zu vertagen. Sie ruft dies S zu, der sie allerdings aufgrund des Lärms eines sich nähernden Polizeiwagens falsch versteht und infolgedessen die Bestellung durch Eingabe des Wortes „Ja“ abschickt.

Nachdem beide früher als erwartet ihr Fahrtziel erreicht haben, klingelt es und G überbringt persönlich die Bestellung für einen Betrag i.H.v. insgesamt 28 €. K teilt ihm mit, er könne die Bestellung gleich wieder mitnehmen, zahlen werde sie dafür jedenfalls nicht.

Fallfrage

Frage 3 (20 %): Hat die R-GmbH gegen K einen Anspruch auf Zahlung der 28 €?

Bearbeitungsvermerk

Es ist auf alle aufgeworfenen Fragen – ggf. hilfsgutachtlich – einzugehen.

Lösungsvorschlag

Lösungsvorschlag Fallfrage 1	740
I. Zulässigkeit des Einspruchs	740
II. Zulässigkeit der Klage	740
III. Begründetheit der Klage	740
1. Anspruch der R gegen V auf Zahlung i.H.v. 2.500 €.....	741
a) Anspruch aus §§ 535, 280 ff. BGB	741
b) Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.....	741
aa) Etwas erlangt	741
bb) Durch Leistung	741
cc) Ohne Rechtsgrund	741
(1) Entfall der Mietzahlungspflicht wegen Unmöglichkeit der vertrags- gemäßen Bereitstellung nach §§ 326 Abs. 1 S. 1, 275 Abs. 1 BGB	742
(2) Entfall der Mietzahlungspflicht wegen Mietmangels nach § 536 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, S. 2 BGB.....	742
(3) Entfall der Mietzahlungspflicht wegen Einrede aus §§ 242, 313 Abs. 1 BGB	743
(a) Reales Element.....	743
(b) Hypothetisches Element.....	743
(c) Normatives Element	743
(d) Rechtsfolge.....	744
dd) Kein Ausschluss nach § 814 BGB	744
c) Zwischenergebnis.....	744
2. Anspruch der R-GmbH gegen die V-AG auf Zahlung von Verzugszinsen aus §§ 288 Abs. 1, 286 Abs. 1 BGB seit dem 1. März	745
3. Anspruch der R-GmbH gegen die V-AG auf Zahlung i.H.v. 40 € aus §§ 288 Abs. 5, 286 Abs. 1 BGB	745
IV. Ergebnis	746
Lösungsvorschlag Fallfrage 2	746
I. Anspruch der V-AG gegen P aus § 823 Abs. 1 BGB	746
1. Rechtsgutverletzung durch Verhalten der P.....	746
2. Zwischenergebnis.....	747
II. Anspruch der V-AG gegen P aus § 823 II BGB	747
III. Anspruch der V-AG gegen P aus § 826 BGB	747
IV. Anspruch der R-GmbH gegen P aus § 823 Abs. 1 BGB	747
V. Anspruch der R-GmbH gegen P aus § 823 Abs. 2 BGB oder § 826 BGB	748

Lösungsvorschlag Fallfrage 3	748
I. Vertragsschluss	748
1. Willenserklärung der K	748
2. Willenserklärung der R-GmbH.....	748
3. Nichtigkeit nach §§ 142 Abs. 1, 120 BGB	748
II. Unwirksamkeit des Vertrags nach § 312j Abs. 4 BGB	749
1. Vertrag nach § 312j Abs. 2 BGB.....	749
2. Kein Ausschluss nach § 312j Abs. 5 S. 1 BGB.....	749
3. Ausdrückliche Bestätigung der Zahlungsverpflichtung.....	749
4. Zwischenergebnis.....	750
III. Ergebnis	750

Lösungsvorschlag Fallfrage 1

Das Vorgehen der V-AG hat Aussicht auf Erfolg, wenn der Einspruch zulässig ist und die Klage unzulässig oder unbegründet ist.

Hinweis: Es ist als Fehler zu werten, wenn hier die Rechtmäßigkeit des Versäumnisurteils geprüft wird.

I. Zulässigkeit des Einspruchs

Der Einspruch müsste zulässig sein (§§ 338 ff. ZPO), wobei sich der Prüfungsumfang nach § 341 Abs. 1 ZPO richtet.

Da zunächst ein Versäumnisurteil gegen V erging, ist der Einspruch nach § 338 ZPO statthafter Rechtsbehelf.

Der Einspruch ist nur wenige Tage nach Zustellung des Versäumnisurteils eingegangen und es bestehen keine Anhaltspunkte für die Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Form (§§ 338, 339 ZPO).

Der Einspruch ist also zulässig. Nach § 342 ZPO wird der Prozess in die Lage vor Säumnis zurückversetzt, d.h. die Zulässigkeit und Begründetheit der Klage sind zu prüfen.

II. Zulässigkeit der Klage

Die Klage ist ausweislich des Bearbeitungsvermerks zulässig.

III. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, soweit der R-GmbH die gegen die V-AG geltend gemachten Ansprüche zustehen.

1. Anspruch der R gegen V auf Zahlung i.H.v. 2.500 €

Die R-GmbH könnte gegen die V-AG einen Anspruch auf Zahlung i.H.v. 2.500 € haben. Die R-GmbH ist nach § 13 GmbHG als Rechtssubjekt taugliche Anspruchstellerin und die V-AG nach § 1 AktG taugliche Anspruchsgegnerin.

a) Anspruch aus §§ 535, 280 ff. BGB

Da jedenfalls kein Verschulden der V-AG bzw. ihr zuzurechnender Personen vorliegt, ergibt sich ein solcher Anspruch der R nicht aus §§ 535, 280 ff. BGB.

Hinweis: Die erheblich verkürzte Prüfung bietet sich hier zur Vermeidung von Zeitdruck bei der Bearbeitung im Übrigen an.

b) Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

Ein solcher Anspruch der R-GmbH könnte sich aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ergeben.

Hinweis: Die Proteste begannen am 1. des Monats und damit naheliegender Weise vor der Mietzahlung, sodass § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB einschlägig ist. Es kann auch gut vertretbar mit einer anderen Anspruchsgrundlage (z.B. § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB oder § 813 BGB) gearbeitet werden. Wird mit § 813 BGB gearbeitet, müssen die Bearbeiter argumentativ begründen, warum eine „dauernde“ Einrede besteht bzw. hierfür womöglich auch ein Monat genügen soll.

aa) Etwas erlangt

Die V-AG hat den Eingang der Mietzahlung auf dem Bankkonto erlangt und daraus einen Anspruch aus § 675t Abs. 1 S. 1 BGB auf Gutschrift gegen die Bank, auf Auszahlung aus §§ 700, 488 ff. BGB¹ bzw. nach periodischem Rechnungsabschluss auch aus §§ 780, 781 BGB.

bb) Durch Leistung

Die R-GmbH hat diese Vermögensmehrung bewusst und zweckgerichtet herbeigeführt. Die Zahlung unter Vorbehalt steht dieser – zumindest temporären – bewussten Vermögensmehrung nicht entgegen und war vor allem mit Blick auf § 814 BGB notwendig.

cc) Ohne Rechtsgrund

Die Leistung müsste erfolgt sein, ohne dass zum Leistungszeitpunkt ein Rechtsgrund bestand.² Der Rechtsgrund könnte hier in der Erfüllung der Verbindlichkeit aus dem Mietverhältnis zu sehen sein.³ Grundsätzlich hat V einen solchen Anspruch auf Mietzinszahlung aus dem Gewerbemietverhältnis (§ 535 Abs. 2 BGB) und insoweit besteht ein Rechtsgrund für das mit der Zahlung Erlangte.

¹ BGH NJW-RR 2009, 979.

² Vgl. *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, § 812 Rn. 23.

³ Vgl. *Wiese*, in: *Schulze u.a.*, Handkommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 812 Rn. 7 f.

(1) Entfall der Mietzahlungspflicht wegen Unmöglichkeit der vertragsgemäßen Bereitstellung nach §§ 326 Abs. 1 S. 1, 275 Abs. 1 BGB

Die Mietzahlungspflicht könnte allerdings für den Monat Februar von Beginn des Monats an zumindest teilweise wegen Unmöglichkeit der korrespondierenden Pflicht zur vertragsgemäßen Bereitstellung der Mietsache nach §§ 326 Abs. 1 S. 1, 275 Abs. 1 BGB entfallen sein.

Hinweis: Eine entsprechende Prüfung kann auch als vertraglicher Anspruch aus §§ 326 Abs. 4, 346 ff. BGB zu Beginn der Bearbeitung erfolgen. Diese sollte allerdings kurzgehalten werden, da ein solcher Anspruch letztlich abzulehnen ist.

Der § 326 Abs. 1 S. 1 BGB findet allerdings aufgrund der vorrangigen mietrechtlichen Regelungen keine Anwendung,⁴ vgl. z.B. § 536 Abs. 3 BGB. Überdies kann der Leistungserfolg in Form der Nutzung des und der Anfahrt zum vermieteten Objekt weiterhin herbeigeführt werden – wenn auch unter erheblichen wirtschaftlichen Einbußen⁵ –, sodass zumindest keine (tatsächliche) Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB vorliegt.

(2) Entfall der Mietzahlungspflicht wegen Mietmangels nach § 536 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, S. 2 BGB

Ein teilweiser Entfall der Mietzahlungspflicht kommt allerdings wegen eines Mietmangels nach § 536 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, S. 2 BGB in Betracht.⁶

Das setzt einen Mangel voraus, der die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt. Hier kommt die eingeschränkte Zufahrt zum Mietobjekt samt Parkplätzen aufgrund der Proteste als ein solcher Mangel in Betracht. Allerdings müsste die Zufahrt mit dem PKW und der ungehinderte Zugang zum Mietobjekt insgesamt vom vertragsgemäßen Gebrauch umfasst sein und insoweit das Gewährleistungsrisiko des Vermieters betreffen. In Abgrenzung hierzu trifft den (Gewerbe-)Mieter grundsätzlich das Verwendungsrisiko der Mietsache,⁷ also hier die Nutzung als Restaurant für Gäste, die zu Fuß oder mit einem PKW anreisen.

Der vertragsgemäße Gebrauch umfasst nicht nur die Mietsache selbst, sondern auch die für die Nutzung essenziellen Umstände außerhalb der Mietsache und die Beziehung zum Umfeld der Mietsache. Dabei handelt es sich um Aspekte, ohne die eine sinnvolle Nutzung entsprechend dem von den Parteien Vereinbarten nicht möglich wäre. Gerade bei der gewerblichen Vermietung umfasst die vertragsgemäße Bereitstellung auch den uneingeschränkten Zugang zur Mietsache.⁸ Der Begriff des Mangels ist daher weit zu verstehen und umfasst auch den sog. Umfeldmangel.⁹ Die V-AG und R-GmbH sind zudem übereingekommen, Parkplätze ebenfalls zum Gegenstand des Mietvertrags zu machen. Das legt eine Vereinbarung über die Zugänglichkeit mit dem Fahrzeug nahe.

Ein Mietmangel muss dennoch stets an die konkrete Beschaffenheit, den Zustand oder die Lage der Mietsache anknüpfen.¹⁰ Vorliegend war die Mietsache selbst für Kundenverkehr grundsätzlich

⁴ So OLG Frankfurt a.M. NZM 2021, 395 (399 Rn. 37) m.w.N.

⁵ Vgl. auch *Kumkar/Voß*, ZIP 2020, 893 (897).

⁶ Vgl. BGH NJW-RR 1993, 519 (520).

⁷ BGH NJW-RR 2010, 1016 (1017 Rn. 17).

⁸ *Bieder*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2022, § 536 Rn. 52 f.; z.B. kann die Erreichbarkeit des Mietobjekts als Beschaffenheit vereinbart worden sein, OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2017, 121594; zur Abgrenzung bei anders prognostiziertem Kundenverkehr BGH NJW 1981, 2405.

⁹ Vgl. *Hellner*, NJOZ 2020, 769 (770 f.) m.w.N.

¹⁰ Vgl. BGH NJW 2022, 1378 (1379 Rn. 22).

erreichbar. Allerdings führten die zahlreichen Straßensperren in der Stadt und auf wichtigen Zufahrtsstraßen zu erheblichen Verkehrsbehinderungen, sodass die Mietsache nicht mehr mit dem PKW und im Übrigen nur mühsam erreicht werden konnte. Die mitvermieteten Parkplätze konnten zwar weiterhin für bereits zum Restaurant gelangte Fahrzeuge benutzt werden, erfüllten aber nicht mehr in vollem Umfang ihren Zweck als Kundenparkplätze. Insgesamt war der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache aber weiterhin gewährleistet. Die erheblichen Einschränkungen der gewerbsmäßigen Benutzung ergaben sich nicht aus der Beschaffenheit der Mietsache selbst, ihrem Zustand oder der Lage der Mietsache. Nicht die Mietsache in ihrer konkreten Lage, sondern die gesamte Stadt war betroffen. Demnach lag kein Mietmangel vor.

Hinweis: Hier kommt es lediglich auf die Argumentation an. Bearbeiter können auch sehr gut vertretbar einen Mietmangel annehmen, sollten dann aber versuchen, mögliche Argumente für § 313 BGB aus dem Sachverhalt bereits hier anzubringen und zu § 313 BGB abzugrenzen. Sofern ein Mietmangel angenommen wird, ist kurz darauf einzugehen, dass die Minderung ohne Erklärung eintritt, § 536c BGB nicht entgegensteht und es nicht auf §§ 174, 180 BGB ankommt. Ferner ist die Erheblichkeit des Mangels zu begründen (§ 536 Abs. 1 S. 3 BGB), z.B. indiziert durch die erheblichen Umsatzeinbußen der R-GmbH.

(3) Entfall der Mietzahlungspflicht wegen Einrede aus §§ 242, 313 Abs. 1 BGB

Die Mietzahlungspflicht könnte aber aufgrund einer Einrede aus §§ 242, 313 Abs. 1 BGB wegen Anpassung des Vertrags nach den Grundsätzen der Störung der (kleinen)¹¹ Geschäftsgrundlage entfallen sein.

(a) Reales Element

Der Umstand, dass die Stadt nebst Zufahrtsstraßen zum Mietobjekt nicht durch Proteste blockiert wird, müsste zur Grundlage des Vertrags geworden sein. Die Parteien sind bei der Vermietung des Objekts und der Parkplätze zur Einrichtung eines Restaurants erkennbar von der durchgehenden Erreichbarkeit der Lokalität ausgegangen, sodass der Umstand zur Grundlage des Vertrags geworden ist.

(b) Hypothetisches Element

Die Parteien dürften den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen haben, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten. Die Parteien haben in ihrer Kalkulation auch den möglichen Restaurantumsatz berücksichtigt. Ein deutlich geringerer Kundenverkehr (wie hier 2.000 € statt 26.000 € Umsatz) und die Nichtbenutzung der Parkplätze hätte veränderte Vertragsbedingungen, wie etwa eine reduzierte Mietzahlung, zur Folge gehabt.

(c) Normatives Element

Der R-GmbH dürfte unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zuzumuten gewesen sein.¹² Dabei ist die Regelung des § 313 BGB zurückhaltend anzuwenden und Ausnahme-

¹¹ Andere Einordnung vertretbar. Zu den Begriffen *Grüneberg*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, § 313 Rn. 5.

¹² Hierzu etwa BGH NJW 2022, 1378 (1380 Rn. 29 ff.).

fällen vorbehalten.¹³

Die R-GmbH hat für den Fall der Nichterreichbarkeit der Stadt nicht das alleinige Verwendungsrisiko übernommen. Hierfür spricht insbesondere auch, dass die Proteste gerade nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem konkreten Betrieb stehen, sondern sich gegen Handlungen Dritter richten. Die Störung hing sich also gerade nicht mehr an der Verwendung der Mietsache durch die Mieterin auf. Ebenso wenig war die Mietsache selbst und ihre Lage – als Teil des Gewährleistungsrisikos der Vermieterin – für die Beeinträchtigungen durch die Proteste ursächlich. Es lagen vielmehr äußere Umstände vor, die – ähnlich wie während der Corona-Pandemie – beiden Vertragsparteien gleichermaßen (nicht) zuzurechnen sind. Ein Protest solchen Ausmaßes war nicht vorhersehbar. Der Protest ging mit erheblichen Störungen für sämtliche Geschäfte in der Stadt einher. Für das Restaurant der R-GmbH hatten die Störungen signifikante Umsatzeinbußen zur Folge, nämlich einen Umsatz von lediglich 2.000 € statt 26.000 € in Vormonaten. Die erheblichen reduzierten Einkaufskosten von 1.000 € statt 8.000 € konnten diesen Umsatzausfall nicht bzw. nur teilweise kompensieren, da weiterhin Personalkosten i.H.v. 10.000 € und die Miete anfielen. Das Äquivalenzverhältnis war daher ganz erheblich gestört.

Der R-GmbH war daher das Festhalten am unveränderten Vertrag für den Monat Februar nicht zuzumuten.

(d) Rechtsfolge

Der Anspruch war damit für den Monat Februar einredebehaftet (§ 242 BGB).¹⁴ Die Einrede wurde auch bereits zu Beginn des Ereignisses am 1. Februar geltend gemacht, sodass die Verbindlichkeit in hälftiger Höhe (2.500 €) keinen Rechtsgrund i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB darstellte.

Hinweis: Andere Risikoverteilung als in hälftiger Höhe vertretbar.

Der Geltendmachung der Einrede stand auch nicht § 174 BGB entgegen. Unabhängig davon, ob diese Geltendmachung als einseitiges Rechtsgeschäft anzusehen ist, hat der Geschäftsführer G organschaftliche Vertretungsmacht und war daher kein „Bevollmächtigter“ (vgl. §§ 166, 167 BGB) i.S.d. der Norm.¹⁵ Bei organschaftlicher Vertretungsmacht besteht nämlich aufgrund spezieller gesellschaftsrechtlicher (Publizitäts-)Regelungen kein entsprechendes Schutzbedürfnis.

dd) Kein Ausschluss nach § 814 BGB

Der Anspruch ist auch nicht nach § 814 BGB entfallen, da die Zahlung unter Vorbehalt erfolgte und insoweit § 814 BGB mangels Schutzbedürfnisses des Leistungsempfängers teleologisch zu reduzieren ist.¹⁶

c) Zwischenergebnis

Die R-GmbH hat also gegen die V-AG den geltend gemachten Anspruch i.H.v. 2.500 €.

¹³ Nur Kumkar/Voß, ZIP 2020, 893 (895); Hellner, NJOZ 2020, 769 (772).

¹⁴ Kumkar/Voß, ZIP 2020, 893 (901) m.w.N.

¹⁵ Zur GbR BGH NJW 2002, 1194.

¹⁶ So i.E. BGH NJW 1982, 1147 (1148).

2. Anspruch der R-GmbH gegen die V-AG auf Zahlung von Verzugszinsen aus §§ 288 Abs. 1, 286 Abs. 1 BGB seit dem 1. März

Die R-GmbH könnte gegen die V-AG einen Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen aus §§ 288 Abs. 1, 286 Abs. 1 BGB seit dem 1. März haben.

Die V-AG müsste sich in Verzug i.S.d. § 286 Abs. 1 BGB befunden haben. Es bestand ein fälliger, einredefreier Anspruch auf Zahlung des oben genannten Betrags. Es müsste allerdings auch eine Mahnung nach Eintritt der Fälligkeit erfolgt sein. Die Mahnung ist die Aufforderung an den Schuldner, die Leistung zu erbringen.¹⁷ Da die bloße Ankündigung der Zahlung unter Vorbehalt noch keine Aufforderung zur Rückzahlung eines konkreten Betrags enthielt, handelt es sich hierbei noch nicht um eine solche Aufforderung. In dem Fax vom 1. März ist aber eine solche Aufforderung und damit eine Mahnung zu sehen. Die Zurückweisung nach §§ 174, 180 BGB steht der Mahnung nicht entgegen. Die Mahnung fällt zwar als rechtsgeschäftsähnliche Handlung unter die Normen,¹⁸ aber der Geschäftsführer hat – wie oben gezeigt – organschaftliche Vertretungsmacht und ist daher kein Bevollmächtigter im Sinne der Normen.

Der zur Forderung von Zinsen berechtigende Verzug begann entsprechend dem Rechtsgedanken des § 187 Abs. 1 BGB mit dem 2. März. Nach § 288 Abs. 1 S. 2 BGB sind dies die beantragten 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. Höhere Zinsen, wie sie der R-GmbH etwa nach § 288 Abs. 2 BGB zustehen könnten, wurden nicht beantragt (§ 308 Abs. 1 ZPO).

Hinweis: Es ist als Fehler zu werten, wenn Bearbeiter entgegen § 308 Abs. 1 ZPO mehr als die beantragten Zinsen zusprechen sollten.

Es besteht daher ein Anspruch auf Verzugszinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz, aber erst vom 2. März an.

3. Anspruch der R-GmbH gegen die V-AG auf Zahlung i.H.v. 40 € aus §§ 288 Abs. 5, 286 Abs. 1 BGB

Die R-GmbH könnte gegen die V-AG einen Anspruch auf Zahlung von 40 € aus §§ 288 Abs. 5, 286 Abs. 1 BGB haben. Verzug lag vor (siehe oben) und die V-AG ist nach § 13 BGB, § 1 Abs. 1 S. 1 AktG keine Verbraucherin. Es müsste eine Entgeltforderung im Sinne der Vorschrift vorliegen, nämlich eine Geldforderung als Gegenleistung im Rahmen eines vertraglichen Austauschverhältnisses.¹⁹ Bereicherungsrechtliche Ansprüche sind gerade Ansprüche außerhalb oder zur Abwicklung eines Austauschverhältnisses.²⁰ Vorliegend besteht allerdings ein unmittelbarer Zusammenhang mit der regelmäßigen Mietzahlung aus dem Austauschverhältnis, sodass diese Rückforderung spiegelbildlich der Mietzahlung als Entgeltforderung anzusehen ist.

Hinweis: Die andere und wohl überwiegende Auffassung ist hier sehr gut vertretbar.

Weitere Kosten für eine Verrechnung nach § 288 Abs. 5 S. 3 BGB wurden nicht geltend gemacht. Die R-GmbH hat also einen solchen Anspruch.

¹⁷ Statt aller *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, § 286 Rn. 16.

¹⁸ BGH NJW 1983, 1542.

¹⁹ *Schulze*, in: *Schulza u.a.*, Handkommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 286 Rn. 21.

²⁰ BGH NJW 2018, 458 (462 Rn. 46). Vgl. auch Art. 6 Abs. 1, Art. 2 Nr. 1 Zahlungsverzugs-Richtlinie 2011/7/EU.

IV. Ergebnis

Das Vorgehen der V-AG hat also weit überwiegend keinen Erfolg, da die Klage der R-GmbH weit überwiegend begründet ist.

Lösungsvorschlag Fallfrage 2

I. Anspruch der V-AG gegen P aus § 823 Abs. 1 BGB

Die V-AG könnte gegen P einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB haben.

1. Rechtsgutverletzung durch Verhalten der P

Ein Recht(-sgut) der V-AG müsste durch ein Verhalten der P verletzt worden sein.

Die P rief zu Protesten auf und beteiligte sich hieran selbst maßgeblich, sodass eine entsprechende Handlung vorliegt.²¹

Als hierdurch verletztes Recht kommt das Eigentum der V-AG in Betracht. Das Eigentum wurde zwar nicht unmittelbar beschädigt oder zerstört, aber es könnte ein Fall der Nutzungsentziehung vorliegen (vgl. auch § 903 BGB).²² Eine solche Nutzungsentziehung stellt angesichts der restriktiven Auslegung, um eine ausufernde deliktische Haftung zu verhindern, nur dann eine Verletzung des Eigentums dar, wenn die bestimmungsgemäße Brauchbarkeit vollständig aufgehoben wird und es sich um eine unmittelbare Einwirkung handelt. Vorliegend waren die Zufahrtswege nicht vollständig versperrt, sondern nur die Zugänglichkeit mit Kraftfahrzeugen beeinträchtigt. Das Grundstück konnte also weiter genutzt werden und die aus der Verletzungshandlung folgenden Beeinträchtigungen stehen hier nicht einem Sachentzug gleich.²³ Das Eigentum wurde daher nicht verletzt.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist hier vertretbar. Dann sollte im weiteren Prüfungsverlauf eine Auseinandersetzung erfolgen mit der Versammlungsfreiheit²⁴ sowie der Frage, ob der nur mittelbar über §§ 812, 313, 242 BGB eingetretene Schaden genügt.

Es kommt eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb²⁵ in Betracht, das wegen Art. 12, 14 GG und der Ähnlichkeit zum Eigentum als ein sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB anzusehen ist. Eine solche Verletzung setzt aber einen betriebsbezogenen Eingriff gegen vom Gewerbebetrieb nicht ablösbare Rechte voraus.²⁶ Der Protest wies keinen Bezug zum Vermietungsgewerbe auf, sondern zielte vor allem auf die Verhinderung des Fällens von Bäumen. Überdies betrifft der Eingriff gerade das Eigentum und deren Nutzung – wenngleich nicht über der nach § 823 Abs. 1 BGB maßgeblichen Schwelle zur Eigentumsverletzung – und damit ein vom Gewerbebetrieb ablösbares Recht.

²¹ Vgl. auch BGH NJW 1998, 377 (380).

²² BGH NJW 1971, 886; und auch BGH NJW 1998, 377.

²³ Vgl. auch BGH NJW 2015, 1174 (1175 Rn. 18).

²⁴ Vgl. hierzu *Behme*, NJW 2023, 327 (328 f. Rn. 8, 329 Rn. 12 f.) und a.A. *Patros/Pollithy*, NJOZ 2023, 1 (3).

²⁵ Hierzu *Förster*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 823 Rn. 178 ff. m.w.N.; BGH NJW 1959, 479 (481).

²⁶ Vgl. auch BGH NJW 2015, 1174 (1176 Rn. 20).

Hinweis: Eine andere Ansicht ist sehr gut vertretbar.

2. Zwischenergebnis

Daher besteht ein solcher Anspruch nicht.

II. Anspruch der V-AG gegen P aus § 823 II BGB

Ein solcher Anspruch der V-AG gegen P könnte sich aus § 823 Abs. 2 BGB ergeben. Das setzt insbesondere den Verstoß gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetzes voraus. Die Vorschriften der StVO, soweit sie hier verletzt sein sollten, bezwecken nur den Schutz des öffentlichen Interesses, nicht aber den Schutz der Vermieter dort belegener Räumlichkeiten und sind daher kein solches Schutzgesetz.²⁷ Ein relevanter Verstoß gegen § 240 StGB scheidet hier bereits aus dem Grund aus, dass der Nötigungserfolg nicht auf die ansässigen Vertragsparteien zielt, sondern auf Dritte zur Unterlassung des Fällens der Bäume.

Hinweis: Andere Ansicht vertretbar.

Es besteht daher kein solcher Anspruch.

III. Anspruch der V-AG gegen P aus § 826 BGB

Auch ein Anspruch der V-AG gegen P aus § 826 BGB besteht vorliegend mangels Vorsatzes zur Schädigung der Vermieter²⁸ nicht, da keine Anhaltspunkte für ein billigendes Inkaufnehmen entsprechender Schädigungen bestehen. Vielmehr besuchen Protestierende, die dem Aufruf von P gefolgt sind, selbst die anliegenden Geschäfte und sind für erzielte Umsätze in den Geschäften verantwortlich, von denen Vermieter mittelbar profitieren.

Hinweis: Andere Ansicht sehr gut vertretbar.

IV. Anspruch der R-GmbH gegen P aus § 823 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch der R-GmbH gegen P aus § 823 Abs. 1 BGB scheidet aus den oben genannten Gründen, da der Schutz des berechtigten Besitzes nicht weiterreicht als der Eigentumsschutz und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb mangels Betriebsbezogenheit des Eingriffs ebenfalls nicht einschlägig ist.

Hinweis: Andere Ansicht vertretbar (siehe oben).

²⁷ BGH NJW 2015, 1174 (1175 Rn. 13). Hierzu auch *Patros/Pollithy*, NJOZ 2023, 1 (1).

²⁸ I.E. ähnlich in verwandten Konstellationen *Patros/Pollithy*, NJOZ 2023, 1 (5 f.); a.A. *Behme*, NJW 2023, 327 (330 Rn. 15 f.).

V. Anspruch der R-GmbH gegen P aus § 823 Abs. 2 BGB oder § 826 BGB

Ein Anspruch der R-GmbH gegen P ergibt sich entsprechend dem oben Gesagten auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB oder § 826 BGB.

Hinweis: Andere Ansicht vertretbar (siehe oben).

Lösungsvorschlag Fallfrage 3

Die R-GmbH könnte gegen K einen Anspruch auf Zahlung der 28 € aus § 631 Abs. 1 a.E. BGB haben. Die R-GmbH ist dabei als juristische Person nach § 13 Abs. 1 GmbHG taugliche Anspruchstellerin. Der Vertragstyp bei einem Essenslieferungsvertrag bzw. die Zusammensetzung eines typengemischten Vertrags kann dahinstehen, da sich der Primäranspruch auf Zahlung hier unmittelbar aus dem Vereinbarung ergibt.

I. Vertragsschluss

Die Parteien müssten einen entsprechenden Vertrag geschlossen haben.

1. Willenserklärung der K

K erklärte nicht selbst unmittelbar gegenüber der R-GmbH, dass die Essenslieferung und damit ein entsprechender Vertragsschluss erfolgen soll (§§ 133, 157 BGB). Allerdings akzeptierte S die Bestellung für K, was der K zuzurechnen sein könnte. Bei S könnte es sich um einen (Erklärungs-)Boten i.S.d. § 120 BGB handeln, wenn die Auslegung ergibt, dass er hier lediglich eine Willenserklärung der K übermittelte,²⁹ statt selbst als Stellvertreter i.S.d. § 164 Abs. 1 BGB eine eigene Willenserklärung abzugeben. S war hier auf dem Account der K angemeldet und nahm ihre konkrete Anweisung entgegen, die Bestellung abzuschicken, sodass er nach dem objektiven Empfängerhorizont lediglich die Willenserklärung der K als ihr Bote übermittelte.

2. Willenserklärung der R-GmbH

Eine Willenserklärung der R-GmbH bzw. ihrer organschaftlichen Vertreter wurde mit der Bestellbestätigung abgegeben.

3. Nichtigkeit nach §§ 142 Abs. 1, 120 BGB

Allerdings könnte K ihre Willenserklärung angefochten haben, sodass das Rechtsgeschäft nach § 142 Abs. 1 BGB als von Anfang an nichtig anzusehen wäre.

Da S die K falsch verstanden hat und dementsprechend die Willenserklärung versehentlich unrichtig übermittelt hat i.S.d. §§ 120, 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB,³⁰ würde ein entsprechender Anfechtungsgrund vorliegen. Auch die Anfechtungsfrist aus § 121 Abs. 1 BGB wäre nur wenige Minuten bzw. Stunden nach Abgabe der Willenserklärung gewahrt.

²⁹ Vgl. zu den Anforderungen *Ellenberger*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, Einf. v. § 164 Rn. 11.

³⁰ Vgl. *Dörner*, in: *Schulze u.a.*, Handkommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 120 Rn. 1.

Allerdings müsste die Erklärung der K auch als eine Anfechtungserklärung auszulegen sein (§ 143 Abs. 1 BGB). Die Erklärung könnte auch lediglich den Verweis auf die Unwirksamkeit des Vertrags und eine daraus folgende Zahlungsverweigerung meinen. Das liegt für den Fall nahe, dass der Vertrag bereits unwirksam war, eine Anfechtung aufgrund des Schadensersatzanspruchs nach § 122 BGB nachteilhaft und daher nicht gewollt wäre. Es ist nachfolgend zu prüfen, ob der Vertrag bereits unwirksam war.

Hinweis: Die Prüfung der Anfechtung können Bearbeiter vertretbar entfallen lassen.

II. Unwirksamkeit des Vertrags nach § 312j Abs. 4 BGB

Der Vertrag könnte nämlich nach § 312j Abs. 4 BGB³¹ unwirksam sein. Das ist der Fall, wenn seitens der R-GmbH die Pflicht aus § 312j Abs. 3 BGB nicht beachtet wurde.

1. Vertrag nach § 312j Abs. 2 BGB

Es müsste zunächst ein Vertrag nach § 312j Abs. 2 BGB vorliegen.

Da K die Essensbestellung zu privaten Zwecken abgegeben hat, war sie Verbraucherin (§ 13 BGB) und die R-GmbH – schon aufgrund ihrer Rechtspersönlichkeit (juristische Person) – Unternehmerin (§ 14 BGB), sodass ein Verbrauchervertrag nach § 310 Abs. 3 BGB vorlag.

Der Vertrag müsste im elektronischen Geschäftsverkehr geschlossen worden sein (§ 312i Abs. 1 S. 1 BGB). Es handelt sich bei dem Vertrag über die Essensherstellung und -lieferung bei unionskonformer weiter Auslegung der Vorschrift um einen Vertrag über die Lieferung von Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen. Die Unternehmerin bediente sich dabei der Telemedien, indem sie einen Chatbot zur Vorbereitung des Vertragsschlusses einsetzte und die Bestellbestätigung ebenfalls elektronisch übermittelte.

2. Kein Ausschluss nach § 312j Abs. 5 S. 1 BGB

Es greift ferner nicht der Ausschluss nach § 312j Abs. 5 S. 1 BGB. Ein solcher setzt nämlich individuelle Kommunikation voraus, die mit einem vorprogrammierten Chatbot gerade nicht erfolgt. Die Ausnahme hat gerade den Zweck, dass bei der individuellen und spontanen Kommunikation feststehende Formulierungen nicht so einfach umzusetzen sind wie bei einem feststehenden Formular und sich zudem regelmäßig die Absicht zum Vertragsschluss bereits aus dem Gesamtkontext ergibt.

3. Ausdrückliche Bestätigung der Zahlungsverpflichtung

Es müsste an der ausdrücklichen Bestätigung der Zahlungsverpflichtung fehlen.

Es könnte § 312j Abs. 3 S. 2 BGB greifen. Das ist der Fall, wenn die Bestellung über eine Schaltfläche erfolgt. Allerdings genügt vorliegend nicht der Klick auf eine einzelne Taste, sondern stattdessen ist die Eingabe mehrere Buchstaben zum Bestellabschluss erforderlich, sodass es sich nicht um eine Schaltfläche im Sinne der Norm handelt.

Es könnte aber nach § 312j Abs. 3 S. 1 BGB an der ausdrücklichen Bestätigung fehlen. Aus dem Wortlaut des S. 1 und dem systematischen Vergleich mit S. 2 ergibt sich, dass sich die Bestätigung

³¹ Unionsrechtlicher Hintergrund: Art. 8 sowie Erwägungsgrund 39 der (geänderten) Richtlinie 2011/83/EU.

auf das Entstehen einer Zahlungspflicht beziehen muss. Aus der eingesetzten Formulierung „Sollen wir Ihr Essen nun zubereiten“ und der Bestätigung mit „Ja“ wird sich der Verbraucher gerade nicht bewusst, dass er damit nun die kostenpflichtige Essensbestellung auslöst.

Hinweis: Andere Ansicht vertretbar. Falls Bearbeiter eine andere Ansicht vertreten, wäre ein möglicher Widerruf zu prüfen. Bearbeiter sollten sich dann insbesondere mit den §§ 312 Abs. 2 Nr. 8, 312g Abs. 2 Nr. 2 BGB auseinandersetzen.

4. Zwischenergebnis

Es kam also nicht zu einem wirksamen Vertragsschluss, sodass K nicht die Anfechtung erklärt hat.

III. Ergebnis

Ein entsprechender Anspruch besteht also nicht. Auch andere Ansprüche kommen nicht in Betracht, da sonst § 312j Abs. 4 BGB (auch i.V.m. § 241a BGB) unterlaufen werden würde.

Anfängerklausur BGB AT/Schuldrecht AT: Gefälschter Dalvador Salí

Wiss. Mitarbeiter Johannes Ipsen, Stud. iur. Jonas Rehder, Hamburg*

Der vorliegende Fall behandelt Fragen des Allgemeinen Teil des BGB und prüft dabei insbesondere „Klassiker“ wie den Vertragsschluss und die Anfechtung ab. Weiterhin werden die (Konkurrenz-)Verhältnisse der Anfechtung und der culpa in contrahendo (cic) zum Sachmängelgewährleistungsrecht behandelt. Ein besonderes Augenmerk liegt auf dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip, das erfahrungsgemäß gerade Studierende in den ersten Semestern vor nicht unerhebliche Probleme stellt. Dieser Fall wurde als Teilaufgabe einer Hausarbeit im ersten Semester im Wintersemester 2021/2022 an der Universität Hamburg gestellt und kann in dieser leicht abgewandelten Form ohne Probleme als zweistündige Probeklausur verwendet werden. Er richtet sich insbesondere an Studierende im Grundstudium.

Sachverhalt

Valentina Veritas (V) ist Antiquitäten- und Kunsthändlerin, die sich auf Kunstwerke der Neuzeit spezialisiert hat. Neben Original-Werken stellt sie auch beinahe originalgetreue Repliken bekannter Kunstwerke zum Verkauf, deren Unechtheit nur von Experten erkannt werden kann. Unter den ausgestellten Werken befindet sich auch ein originales Werk des Künstlers Dalvador Salí (DS) und eine entsprechende Replik. Leider sehen die Repliken so echt aus, dass V einmal versehentlich die Preisschilder für das Original und die Replik des Werkes von DS vertauscht. Das Original des aufstrebenden Künstlers DS hat einen Wert i.H.v. 10.000 €, während die Replik lediglich einen Materialwert i.H.v. 2.000 € hat. Das Original trägt nun das Preisschild i.H.v. 2.000 € und die Replik wird mit einem Preis i.H.v. 10.000 € ausgestellt.

Der neureiche Kunstliebhaber Kalle Kaufmann (K), der lediglich über laienhafte Kenntnisse im Kunstbereich verfügt, kommt in den Laden und möchte sich von den wertvollen Stücken von V inspirieren lassen. Beim Stöbern fällt ihm das Werk des Künstlers DS ins Auge. K findet den Kaufpreis i.H.v. 10.000 € mehr als akzeptabel. Er geht davon aus, dass das Werk in nur wenigen Monaten das Doppelte wert sein werde, bemerkt allerdings nicht, dass es sich lediglich um die Replik handelt.

Begeistert von seinem Fund geht K direkt zur Kasse und möchte das Geschäft so schnell wie möglich abwickeln. An der Kasse findet er V vor und übergibt ihr das Werk mit den Worten: „Dieser DS wird in Zukunft deutlich mehr wert sein. Dieses Werk würde ich gerne mit nach Hause nehmen.“ V fällt – dank ihrer Expertise – auf, dass es sich bei dem Werk um die Replik handelt. Sie beschließt aber, hier ein günstiges Geschäft machen zu können und lässt sich nichts anmerken, sondern antwortet ganz routinemäßig und verlangt den Preis i.H.v. 10.000 €.

V weist K darauf hin, dass sie in ihrem Geschäft ausschließlich Barzahlung akzeptiere. K hat allerdings nur 2.000 € in bar dabei, weshalb sich die beiden darauf einigen, dass K das Kunstwerk bereits jetzt erhalten und die restlichen 8.000 € binnen einer Woche in das Geschäft von V bringen soll. Die Anzahlung i.H.v. 2.000 € legt V nicht in die Kasse, sondern in einen separaten Tresor, den sie für solche

* Der Autor Ipsen ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. Claudia Schubert) an der Universität Hamburg. Beide Autoren sind ehemalige stud. Hilfskräfte am Lehrstuhl für Globale Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht von Prof. Dr. Matthias Armgardt an der Universität Hamburg.

Fälle im Geschäft hat. In diesem Tresor lagert sie bei Anzahlungen immer den ersten Teil separat von jeglichem anderen Geld, um bei der Zahlung des Restes schnell die Buchführung aktuell halten zu können.

K geht voller Freude mit seinem neuen „wertvollen“ Kunstwerk nach Hause und präsentiert das Werk seiner Ehefrau Eva Expertin (E), die eine Kunstexpertin ist. Deren Begeisterung hält sich allerdings in Grenzen. Als Kunstexpertin fällt ihr auf, dass es sich bei dem Werk nicht um ein Original, sondern um eine Replik handelt. Dies war für K beim Kauf nicht erkennbar gewesen. K ist tief enttäuscht und fühlt sich von V hinters Licht geführt, braucht aber erstmal einige Tage, um sich von seiner Wut zu beruhigen.

Eine Woche später ruft V bei K an, um das restliche Geld einzufordern. K ist aber aufgrund der Geschehnisse immer noch zu wütend und ignoriert daher den Anruf. Als V den K nach zehn weiteren Tagen erneut anruft, nimmt K ab und konfrontiert V mit der Täuschung über die verkaufte Replik. Er werde die restlichen 8.000 € definitiv nicht zahlen und überhaupt, die bereits gezahlten 2.000 € wolle er auch zurück. Ein solches Vorgehen könne nicht von der Rechtsordnung gebilligt werden.

V ist hingegen der Ansicht, dass Vertrag nun mal Vertrag sei, und besteht auf die Restzahlung. Selbst wenn der Vertrag zwischen ihnen nichtig sei, hätte K nun die Replik, die 2.000 € wert ist. Das bereits gezahlte Bargeld könne sie zudem nicht zurückgeben, schließlich liegt es bereits im Tresor. Notfalls möchte V wenigstens die Replik von K zurückbekommen.

Aufgabe 1

Prüfen Sie die Ansprüche von V gegen K.

Aufgabe 2

Prüfen Sie die Ansprüche von K gegen V.

Hinweis zur Bearbeitung

Ansprüche aus den §§ 434 ff. BGB sind ebenso wenig wie Ansprüche aus dem Deliktsrecht, aus § 861 BGB sowie aus § 1007 BGB zu prüfen. Auf die Saldotheorie im Rahmen der ggf. bestehenden bereicherungsrechtlichen Ansprüche und auf ggf. bestehende Gegenrechte ist nicht einzugehen. Auch § 134 BGB und § 138 BGB sollen bei der Bearbeitung außen vor bleiben. Es ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ggf. hilfsgutachtlich einzugehen.

Lösungsvorschlag¹

Ansprüche von V gegen K.....	754
I. Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB	754
1. Anspruch entstanden	754
a) Kaufvertrag zwischen K und V.....	754

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.

aa) Antrag durch Ausstellung durch V	755
bb) Antrag durch K	755
cc) Annahme durch V	755
dd) Annahme durch K	755
b) Zwischenergebnis	756
2. Anspruch untergegangen	756
a) Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB	756
b) Zwischenergebnis	757
c) Anfechtung nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB	757
aa) Sperrung des Anfechtungsrechts	757
bb) Anfechtungsgrund: Arglistige Täuschung, § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB	758
cc) Fristgerechte Anfechtungserklärung	759
dd) Ausschlussgründe	759
d) Zwischenergebnis	760
3. Ergebnis	760
II. Anspruch aus § 985 BGB	760
1. Eigentum des Anspruchstellers	760
a) Eigentumsübergang nach § 929 S. 1 BGB	760
aa) Einigung	760
bb) Zwischenergebnis	761
b) Zwischenergebnis	761
2. Besitz des Anspruchsgegners	761
3. Kein Recht zum Besitz	761
4. Ergebnis	761
III. Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB	761
1. Etwas Erlangt	761
2. Durch Leistung	762
3. Ohne Rechtsgrund	762
4. Kein Ausschluss und Rechtsfolge	762
5. Ergebnis	763
Ansprüche K gegen V	763
I. Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB	763
1. Sperrung der culpa in contrahendo (cic)	763
a) Durch das Anfechtungsrecht	763
b) Durch das Mangelgewährleistungsrecht	763

2. Vorvertragliches Schuldverhältnis	764
3. Pflichtverletzung	764
4. Vertretenmüssen	765
5. Haftungsausfüllender Tatbestand	765
6. Ergebnis	765
II. Anspruch aus § 985 BGB	765
1. Eigentum des Anspruchstellers	765
a) Eigentumsübergang nach § 929 S. 1 BGB	765
aa) Einigung	765
bb) Zwischenergebnis	766
b) Zwischenergebnis	767
c) Eigentumsübergang nach §§ 948 Abs. 1, 947 BGB	767
d) Zwischenergebnis	767
2. Besitz des Anspruchsgegners	767
3. Kein Recht zum Besitz	767
4. Ergebnis	767
III. Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB	767
1. Etwas Erlangt	768
2. Durch Leistung	768
3. Ohne Rechtsgrund	768
4. Rechtsfolge	768
5. Ergebnis	768

Ansprüche von V gegen K

I. Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB

V könnte gegen K einen Anspruch auf die Zahlung des noch ausstehenden Kaufpreises i.H.v. 8.000 € aus § 433 Abs. 2 BGB haben.

1. Anspruch entstanden

a) Kaufvertrag zwischen K und V

Dafür müssten K und V einen Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB geschlossen haben. Hierfür müssten sie sich aufeinander beziehende Willenserklärungen mit sich deckenden Inhalten abgegeben haben (Antrag und Annahme, vgl. §§ 145, 147 BGB) und sich über die essentialia negotii, also die Vertragsart,

die Vertragspartner, den Vertragsgegenstand und die entsprechende Gegenleistung, geeinigt haben.²

aa) Antrag durch Ausstellung durch V

Möglicherweise hat V bereits einen Antrag i.S.d. § 145 BGB durch das Ausstellen der Kunstwerke und der Repliken im Laden abgegeben. Ein Antrag ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die einem anderen ein Vertragsschluss so angetragen wird, dass dieser nur noch zustimmen muss.³ Der Antrag muss i.d.R. die essentialia negotii enthalten und einen Rechtsbindungswillen erkennen lassen.⁴

Hier könnte es beim Ausstellen der Kunstwerke am Rechtsbindungswillen der V fehlen, so dass lediglich eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebots (sog. invitatio ad offerendum) vorliegen könnte. Das Vorliegen eines entsprechenden Rechtsbindungswillens ist anhand der Umstände der Erklärung zu bestimmen. Wäre bereits das Ausstellen der Kunstwerke ein Angebot, wäre V bei einer entsprechenden Annahme durch (irgend-)eine andere Person vertraglich gebunden. Das würde zu der unvorteilhaften Situation führen, dass V im Falle zahlreicher Annahmen, eine Vielzahl vertraglicher Verbindlichkeiten hätte, die V ggf. mangels Warenverfügbarkeit nicht erfüllen kann. Gerade beim Ausstellen an die Allgemeinheit wird der Handelnde ein solches Risiko nicht eingehen wollen, sondern die Verfügbarkeit der Ware sowie die Bonität des Käufers überprüfen wollen.⁵ Somit ist nach außen erkennbar, dass V nicht mit Rechtsbindungswillen handelte. Folglich stellt das Ausstellen des Kunstwerkes keinen Antrag nach § 145 BGB, sondern eine invitatio ad offerendum dar.

bb) Antrag durch K

Als K an der Kasse zu V sagte, dass er das Werk mit nach Hause nehmen wolle, brachte er erkennbar rechtverbindlich zum Ausdruck, das Gemälde zum Preis von 10.000 € von V kaufen zu wollen. Ein Antrag i.S.d. § 145 BGB liegt damit vor.

cc) Annahme durch V

V müsste dieses Angebot auch angenommen haben. Eine Annahme meint das vorbehaltlose Einverständnis mit dem Antrag.⁶ V ist an sich mit dem Angebot des K einverstanden, allerdings verlangt sie eine Barzahlung des Gemäldes. V ist somit mit dem Angebot des K nicht vollständig einverstanden. Darin liegt eine abändernde Annahme i.S.d. § 150 Abs. 2 BGB, die eine Ablehnung des Antrags verbunden mit einem neuen Antrag darstellt.

dd) Annahme durch K

K könnte dieses abändernde Angebot der V angenommen haben. Er erklärte sich mit der Zahlungsart einverstanden. Allerdings konnte K die Summe nicht vollständig in bar begleichen. K und V einigten sich auf ein Ratenzahlungsgeschäft, wobei K 2.000 € direkt und die restlichen 8.000 € binnen einer

² Zum Vertragsschluss im Allgemeinen: *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 655 ff., 700 ff.; *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 3 Rn. 1, 3.

³ *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 704, 711; *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. 2022, § 19 Rn. 3.

⁴ *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 705, 712; *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. 2022, § 19 Rn. 3.

⁵ *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 707; siehe im Allgemeinen zur sog. Invitatio ad offerendum: *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 705 ff.; *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 3 Rn. 4.

⁶ *Busche*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 147 Rn. 3; *Köhler*, BGB, Allgemeiner Teil, 47. Aufl. 2023, § 8 Rn. 21.

Woche in bar bezahlen sollte. Ein solches Ratenzahlungsgeschäft ist in Abweichung von § 266 BGB, nach dem der Käufer im Grundsatz nicht zu Teilleistungen berechtigt ist, privatautonom vereinbar.⁷ Damit ist ein Vertrag zustande gekommen.

Hinweis: Es handelt sich zwar um eine Finanzierungshilfe zwischen einem Unternehmer (V) i.S.d. § 14 BGB und einem Verbraucher (K) i.S.d. § 13 BGB nach § 506 BGB, allerdings sind die Vorschriften nach § 506 Abs. 4 S. 1 BGB i.V.m. § 491 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 BGB nicht anzuwenden.

b) Zwischenergebnis

K und V haben einen Kaufvertrag über das Kunstwerk des DS zu einem Preis von 10.000 €, die in Form einer Ratenzahlung zu leisten sind, geschlossen. Der Anspruch ist damit entstanden.

2. Anspruch untergegangen

Der Anspruch dürfte nicht untergegangen sein. K könnte seine Willenserklärung wirksam angefochten haben, mit der Folge, dass seine Willenserklärung nach § 142 Abs. 1 BGB ex tunc nichtig war und damit auch der Vertrag zwischen K und V von Anfang an nichtig war.

Hinweis: Es kommen verschiedene Prüfungsstandorte für die Anfechtung in Betracht; möglich ist auch, die Thematik der Anfechtung unter einem gesonderten Prüfungspunkt „Wirksamkeit der Eini-gung“ bei der Entstehung des Anspruchs zu prüfen; vertretbar ist es auch, die Anfechtung direkt bei der Annahmeerklärung des K zu prüfen.

a) Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB

In Betracht kommt die Anfechtung wegen eines Eigenschaftsirrturns gem. § 119 Abs. 2 BGB. Möglich-erweise wird § 119 Abs. 2 BGB als Anfechtungsgrund durch das (insoweit vorrangige) Mängelgewähr-leistungsrecht aus §§ 433 ff. BGB gesperrt.

Dafür müsste zunächst der Anwendungsbereich des Mängelgewährleistungsrecht eröffnet sein. Das setzt einen wirksamen Kaufvertrag sowie einen Mangel bei Gefahrübergang voraus. Ein Kauf-vertrag zwischen den Parteien besteht. V macht durch die Bezeichnung des Werkes als Original auf dem Preisschild deutlich, dass sie für die Beschaffenheit des Werkes als Original des Künstlers DS eintreten möchte. Dabei handelt es sich auch um eine dem K wichtige Eigenschaft, die dieser an der Kasse nochmals bekräftigt. Ein Mangel gem. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB ist wegen der Unechtheit des Kunstwerkes gegeben.⁸ Auch ein Gefahrübergang gem. § 446 S. 1 BGB hat – spätestens indem K das Gemälde aus dem Laden mitnahm – stattgefunden. Der Anwendungsbereich des Mängelgewähr-leistungsrecht ist mithin eröffnet.

⁷ Krüger, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 266 Rn. 8.

⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 13.2.1980 – VIII ZR 26/79 = NJW 1980, 1619 (1621); BGH, Urt. v. 9.10.2013 – VIII ZR 224/12, Rn. 13 = NJW 2013, 3570 (3571); Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 434 Rn. 28; Westermann, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 434 Rn. 76.

Spätestens ab dem Gefahrübergang⁹ wird das Anfechtungsrecht wegen eines Eigenschaftsirrums durch das Sachmängelgewährleistungsrecht gesperrt. Ansonsten würden dem Verkäufer (vorschnell) das Recht zur zweiten Andienung (Nacherfüllung) sowie die speziellen Ausschlussstatbestände (z.B. § 442 BGB) für die Rechte des Käufers genommen werden.¹⁰ Zudem würde die spezielle (kürzere) Verjährung der Mängelansprüche aus § 438 Abs. 1 BGB unterlaufen werden.¹¹ Somit ist das Anfechtungsrecht wegen eines Anfechtungsgrundes aus § 119 Abs. 2 BGB gesperrt und kann nicht zur Anwendung gelangen.

Hinweis: Sollte der Vorrang des Mangelgewährleistungsrecht übersehen werden und nicht auf das Konkurrenzverhältnis zwischen Mangelgewährleistungs- und Anfechtungsrecht eingegangen werden, müssen Bearbeiter erkennen, dass eine abgegebene Anfechtungserklärung nicht fristgerecht i.S.d. für die Anfechtung wegen Eigenschaftsirrums einschlägigen § 121 Abs. 1 S. 1 BGB erfolgt ist. Nach § 121 Abs. 1 S. 1 BGB hat die Anfechtung ab der Kenntnis von dem Anfechtungsgrund ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) zu erfolgen. Was für ein Zeitraum unter unverzüglich zu fassen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab.¹² Solange keine weiteren Umstände hinzutreten, ist eine Anfechtungserklärung, die nicht innerhalb von zwei Wochen abgegeben wird, nicht mehr unverzüglich abzugeben.¹³ Hier bemerkte K noch am Tag des Vertragsschlusses, dass es sich bei dem ihm übergebenen Gegenstand um eine Replik handelt. Die Anfechtung erklärt K allerdings erst über zwei Wochen nach der Entdeckung. Damit erfolgte die Erklärung nicht unverzüglich und war somit verfristet (a.A. schwer vertretbar).

b) Zwischenergebnis

K kann seine Willenserklärung nicht nach § 119 Abs. 2 BGB anfechten.

c) Anfechtung nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB

K könnte aber nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB wegen arglistiger Täuschung von V anfechten.

aa) Sperrung des Anfechtungsrechts

Auch an dieser Stelle stellt sich die Frage, ob das Anfechtungsrecht durch das Mängelgewährleistungsrecht gesperrt ist. Im Gegensatz zur Anfechtung wegen eines Eigenschaftsirrums sperrt das

⁹ Hierfür: BGH, Beschl. v. 18.10.2007 – V ZB 44/07, Rn. 9 = BeckRS 2007, 18222; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 856; bei behebbaren Mängeln bereits auf den Zeitraum vor Gefahrübergang abstellend: *Westermann*, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 437 Rn. 54; zu diesem Streitstand siehe auch: *Baer*, JuS 2017, 348 (353); *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 437 Rn. 187.

¹⁰ *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 856; *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 19 Rn. 15; *ders.*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 437 Rn. 186; *Westermann*, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 437 Rn. 54; a.A.: *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 437 Rn. 191.

¹¹ *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 19 Rn. 15; *Westermann*, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 437 Rn. 54.

¹² *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 121 Rn. 7; *Arnold*, in: Erman, BGB Kommentar, 16. Aufl. 2020, § 121 Rn. 4.

¹³ OLG Schleswig, Urt. v. 26.6.2018 – 3 U 20/17, Rn. 18 = BeckRS 2018, 48260; OLG Hamm, Urt. v. 4.4.2019 – 5 U 40/18, Rn. 86 = NJW 2019, 3387; *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 121 Rn. 7; *Arnold*, in: Erman, BGB Kommentar, 16. Aufl. 2020, § 121 Rn. 4; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 913.

Mängelgewährleistungsrecht nicht das Recht zur Anfechtung wegen einer arglistigen Täuschung.¹⁴ Den arglistig Täuschenden soll die „volle Härte des BGB“ treffen, was sich auch in gesetzlichen Wertungen manifestiert: Die Privilegierungen des Mängelgewährleistungsrechts, die zu einer Sperrung des Eigenschaftsirrturns führen, gelten für den arglistig Täuschenden nicht in gleicher Weise, wie durch § 438 Abs. 3 S. 1 BGB, § 442 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB sowie § 440 BGB im Rahmen der Unzumutbarkeit, deutlich wird.¹⁵ Somit wird die Anfechtung wegen einer arglistigen Täuschung nicht durch das Mängelgewährleistungsrecht gesperrt.

bb) Anfechtungsgrund: Arglistige Täuschung, § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB

K müsste auch widerrechtlich und arglistig durch V zur Abgabe seiner Willenserklärung getäuscht worden sein. Eine Täuschung meint das Hervorrufen, Aufrechterhalten oder Stärken einer Fehlvorstellung durch menschliches Verhalten.¹⁶ Menschliches Verhalten erfasst sowohl Tun als auch Unterlassen.¹⁷

Hier gibt es zwei Anknüpfungspunkte für eine Täuschungshandlung von V: Zum einen das Vertauschen der Schilder als aktives Tun, bevor K überhaupt das Geschäft von V betreten hat, und zum anderen die fehlende Aufklärung in Form von Unterlassen, als K sich mit V auf den Kauf einigt. Das Vertauschen der Schilder hat V allerdings versehentlich vorgenommen und damit (nur) die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen. Somit handelte V also fahrlässig i.S.d. § 276 Abs. 2 BGB. Für eine arglistige, also vorsätzliche Täuschung reicht diese Fahrlässigkeit nicht aus. Deshalb kann sich die arglistige Täuschung nur auf die unterlassene Aufklärung beim Vertragsschluss beziehen. Bei einer Täuschung durch Unterlassen bedarf es einer Pflicht zur Aufklärung über bzw. zur Preisgabe von gewissen Informationen. Wann und in welchem Umfang eine solche Pflicht besteht, ist nach der Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden¹⁸; eine allgemeine Offenbarungspflicht besteht aber nicht.¹⁹ V verfügt als Antiquitäten- und Kunsthändlerin im Gegensatz zu K, der lediglich laienhafte Kenntnisse hat, in ihrem eigenen Geschäft über ein erhebliches überlegenes Wissen in Bezug auf die Kunstwerke. Die Echtheit und die Urheberschaft des Werkes waren für K – was für V auch erkennbar war – entscheidend und es bestand somit ein erhebliches Aufklärungsinteresse auf Seiten des K. Aus diesem Informationsgefälle bzw. der vorliegenden sog. Informationsasymmetrie zwischen V und K ergibt sich hier die Aufklärungspflicht der V.²⁰

Ein Rechtfertigungsgrund auf Seiten der V ist nicht einschlägig, weshalb die arglistige Täuschung widerrechtlich war. Sie war auch ursächlich dafür, dass K darin bestärkt wurde, einen echten DS in

¹⁴ Allg. Meinung: vgl. *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 885; *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 20 Rn. 9; *ders.*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 437 Rn. 193; *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 119 Rn. 28, § 123 Rn. 29; *Westermann*, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 437 Rn. 56.

¹⁵ *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 437 Rn. 193.

¹⁶ *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 866; *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 20 Rn. 2.

¹⁷ *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 866; *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 20 Rn. 3.

¹⁸ BGH, Urt. v. 4.3.1998 – VIII ZR 378-96 = NJW-RR 1998, 1406 (1406); *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 123 Rn. 4; *Köhler*, BGB, Allgemeiner Teil, 47. Aufl. 2023, § 7 Rn. 39.

¹⁹ BGH, Beschl. v. 21.9.2011 – IV ZR 38/09 = NJW 2012, 296 (299 Rn. 38); BGH, Urt. v. 12.7.2001 – IX ZR 360/00 = NJW 2001, 3331 (3332); *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 33.

²⁰ *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 35; vgl. auch *Arnold*, in: Erman, BGB Kommentar, 16. Aufl. 2022, § 123 Rn. 16 f.

der Hand zu halten, was in Wirklichkeit nicht der Fall war. Dieser Irrtum war kausal dafür, dass K eine Willenserklärung gerichtet auf den Erwerb des Gegenstandes abgegeben hat.

V müsste auch arglistig gehandelt haben. Arglist meint dabei, dass der Täuschende vorsätzlich getäuscht haben muss.²¹ V wusste um die Unechtheit des Gegenstandes, den K bezahlen wollte, und wollte ein für sich günstiges Geschäft abschließen. Somit hatte V auch Vorsatz hinsichtlich des Irrtums auf Seiten von K, der zur Abgabe der Willenserklärung von K führte. Damit handelte V arglistig i.S.d. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB.

cc) Fristgerechte Anfechtungserklärung

Hinweis: Sollte im § 119 Abs. 2 BGB die Erklärung bereits angesprochen worden sein, bedarf es an dieser Stelle keiner erneuten Vertiefung.

Zudem müsste K die Anfechtung gegenüber dem Anfechtungsgegner erklärt haben, § 143 Abs. 1 BGB. Nach § 143 Abs. 2 BGB ist dies bei einem Vertrag der andere Teil und damit V.

K erklärte gegenüber V, dass er nichts mehr mit dem Geschäft zu tun haben möchte, benennt aber nicht explizit, dass er anfechten möchte. Entscheidend ist jedoch, dass die Willensäußerung eindeutig erkennen lässt, dass ein Rechtsgeschäft wegen eines Fehlers, insbesondere wegen eines Willensmangels, beseitigt werden soll.²² Demnach ist bei Zugrundelegung einer laienfreundlichen Auslegung nach §§ 133, 157 BGB die Erklärung von K dahingehend auszulegen, dass sie eine Anfechtung miterfasst. Zudem ist umstritten²³, ob die Anfechtungserklärung begründungsbedürftig ist und etwa den Anfechtungsgrund²⁴ oder zumindest die diesen begründenden Tatsachen enthalten muss²⁵. K konfrontiert V hier mit der Replik und benennt damit den Anfechtungsgrund. Somit liegt nach allen Ansichten eine Anfechtungserklärung vor.

Zudem hat K die Anfechtung 17 Tage nach Abgabe der Willenserklärung erklärt und damit die Anfechtung innerhalb der Jahresfrist nach § 124 Abs. 1 BGB vorgenommen.

dd) Ausschlussgründe

Die Anfechtung ist nicht nach § 124 Abs. 3 BGB ausgeschlossen. Möglicherweise könnte K das anfechtbare Rechtsgeschäft nach § 144 Abs. 1 BGB bestätigt haben, indem er den ersten Anruf der V nach einer Woche ignoriert hat. Bei einer Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts handelt es sich um einen ausdrücklichen oder konkludenten Verzicht auf das Anfechtungsrecht.²⁶ Sie muss nicht gegenüber dem anderen Teil erfolgen.²⁷ Ob eine Bestätigung i.S.d. § 144 Abs. 1 BGB vorliegt, ist

²¹ Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 874; Faust, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 20 Rn. 7.

²² BGH, Urt. v. 15.2.2017 – VIII ZR 59/16 = NJW 2017, 1660 (1663 Rn. 29); Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 143 Rn. 2; vgl. auch: Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 905.

²³ Zum Streitstand im Überblick: Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 143 Rn. 7 f.

²⁴ Arnold, in: Erman, BGB Kommentar, 16. Aufl. 2022, § 143 Rn. 2.

²⁵ Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 906; Faust, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 21 Rn. 2; Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 143 Rn. 4.

²⁶ Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 946; Faust, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 21 Rn. 6.

²⁷ Vgl. Faust, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 21 Rn. 7; a.A.: Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 946; kritisch auch: Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 144 Rn. 4.

hierbei durch Auslegung zu ermitteln.²⁸ K ignorierte den ersten Anruf von V. Darin liegt allerdings kein eindeutiges Verhalten, durch das K deutlich machen würde, am Geschäft zwischen ihm und V festhalten zu wollen. Somit liegt keine Bestätigung i.S.d. § 144 Abs. 1 BGB vor. Auch kommt durch das Ignorieren keine Verwirkung i.S.d. § 242 BGB in Betracht.²⁹ Somit ist die Anfechtung nicht ausgeschlossen.

d) Zwischenergebnis

K hat damit seine auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung angefochten mit der Folge, dass sie nach § 142 Abs. 1 BGB ex tunc nichtig ist. Somit ist auch der Kaufvertrag zwischen K und V ex tunc nichtig. Der Anspruch auf die Zahlung der 8.000 € ist untergegangen.

3. Ergebnis

V hat gegen K keinen Anspruch auf Zahlung der restlichen 8.000 € aus § 433 Abs. 2 BGB.

II. Anspruch aus § 985 BGB

V könnte gegen K einen Anspruch auf Herausgabe der Replik von DS aus § 985 BGB haben.

1. Eigentum des Anspruchstellers

V müsste Eigentümer der Replik sein. Eigentümer ist, wer das Eigentum erworben und nicht wieder verloren hat. Ursprünglich war V Eigentümer; anderweitige Anhaltspunkte lassen sich dem Sachverhalt nicht entnehmen³⁰. Allerdings könnte V ihr Eigentum an K nach § 929 S. 1 BGB übertragen haben.

a) Eigentumsübergang nach § 929 S. 1 BGB

Für einen Eigentumsübergang nach § 929 S. 1 BGB bedarf es einer Einigung, einer Übergabe, dem Einigsein im Zeitpunkt der Übergabe sowie der Berechtigung des Veräußerers.

aa) Einigung

Es bedarf einer dinglichen Einigung zwischen K und V, die durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen gerichtet auf den Eigentumsübergang zustande kommt. V und K verständigten sich an der Kasse darauf, dass K das Kunstwerk trotz bloßer Anzahlung des Kaufpreises schon mitnehmen könne. Damit gaben V und K konkludent übereinstimmende Willenserklärungen ab, die darauf gerichtet waren, K das Eigentum am Kunstwerk zu verschaffen.

Diese dingliche Einigung könnte allerdings unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung stehen (sog. Eigentumsvorbehalt, § 449 Abs. 1 BGB). Da K den Kaufpreis bisher nicht vollständig gezahlt hat, wäre eine solche Bedingung nicht eingetreten. Die Einigung wäre daher (schwebend) unwirksam gem. § 158 Abs. 1 BGB. Ob ein Eigentumsvorbehalt vereinbart wurde, ist durch Auslegung der Einigung gem. §§ 133, 157 BGB anhand der Umstände unter Berücksichtigung

²⁸ Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 947.

²⁹ Hierbei fehlt es sowohl am Umstands- als auch am zeitlichen Moment, um die Verwirkung i.S.d. § 242 BGB auslösen zu können; vgl. für die Voraussetzungen der Verwirkung: Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 242 Rn. 456 ff.

³⁰ Zudem streitet hierfür auch die Eigentumsvermutung des unmittelbaren Besitzers aus § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB.

der Parteiinteressen zu ermitteln³¹. Bei Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts hätte K noch nicht die Rechtsposition eines Eigentümers i.S.d. § 903 BGB, sondern ein sog. Anwartschaftsrecht erlangt.³² Damit sollen die Kaufpreiszahlungsansprüche der V gesichert werden. Der Sicherungsgedanke ergibt sich daraus, dass V bei einer frühzeitigen Übereignung allein auf das schwächere Bereicherungsrecht (das unter anderem den Entreichungseinwand kennt) zurückgreifen könnte und demnach eine schwächere Sicherung des Gegenstandswertes bestehen würde. Damit streiten vor allem die Interessen der V für die Einigung auf einen Eigentumsvorbehalt. Somit steht die dingliche Einigung unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung. K hat den Kaufpreis noch nicht vollständig bezahlt, weshalb damit auch die dingliche Einigung nicht wirksam geworden ist (a.A. mit guter Begründung vertretbar).

bb) Zwischenergebnis

Somit haben sich K und V nicht auf den Eigentumsübergang i.S.d. § 929 S. 1 BGB geeinigt.

b) Zwischenergebnis

Damit ist V weiterhin Eigentümerin der Replik.

2. Besitz des Anspruchsgegners

K hat die tatsächliche Sachherrschaft inne, ist deshalb unmittelbarer Besitzer der Replik i.S.d. § 854 Abs. 1 BGB und mithin tauglicher Anspruchsgegner i.R.d. § 985 BGB.

3. Kein Recht zum Besitz

K dürfte weiterhin kein Recht zum Besitz nach § 986 BGB haben. Das hier einzig denkbare Recht zum Besitz könnte sich aus dem zwischen K und V geschlossenen Kaufvertrag ergeben. Dieser ist allerdings von Anfang an aufgrund der durch K vorgenommenen Anfechtung nichtig und kann damit kein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 BGB darstellen. Somit hat K kein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 BGB.

4. Ergebnis

V hat gegen K einen Anspruch auf Herausgabe der Replik aus § 985 BGB.

III. Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

V könnte gegen K einen Anspruch auf Herausgabe der Replik des DS aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB haben.

1. Etwas Erlangt

K müsste etwas erlangt haben. Dabei ist jede Besserung der Vermögenssituation erfasst.³³ In Betracht

³¹ Vgl. *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 27; *Wellenhofer*, Sachenrecht, 37. Aufl. 2022, § 7 Rn. 4 f.

³² Siehe z.B.: *Wellenhofer*, Sachenrecht, 37. Aufl. 2022, § 14 Rn. 10 ff.; *Westermann*, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 449 Rn. 36.

³³ *Stadler*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 812 Rn. 8; *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse,

kommt alles, was geleistet werden kann. K erlangte unmittelbaren Besitz³⁴ an der Replik des Kunstwerks und hat damit eine Mehrung des eigenen Vermögens erlangt.

2. Durch Leistung

K müsste den unmittelbaren Besitz auch durch eine Leistung von V erlangt haben. Leistung meint die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.³⁵ Sowohl aus verobjektivierter Empfängerperspektive des K als auch subjektiv mehrte V durch das Übertragen des unmittelbaren Besitzes das Vermögen von K bewusst und zweckgerichtet, um von seiner Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrag nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB frei zu werden (*solvendi causa*)³⁶ und handelte damit durch Leistung.

3. Ohne Rechtsgrund

V müsste ohne Rechtsgrund geleistet haben. Der einzig in Betracht kommende Rechtsgrund ist der zwischen K und V abgeschlossene Kaufvertrag. Dieser ist allerdings nach erfolgter Anfechtung von Anfang an nichtig, § 142 Abs. 1 BGB. Damit leistete V ohne Rechtsgrund.

Hinweis: Im Rahmen der Anfechtung ist umstritten, welche Leistungskondition im Bereicherungsrecht einschlägig ist.³⁷ Zum einen wird die Anfechtung unter § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB (sog. *condictio indebiti*), zum anderen unter § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB (sog. *conditio ob causam finitam*) gefasst. Zwar spricht für die *conditio ob causam finitam*, dass faktisch ein Rechtsgrund (vor Ausübung des Anfechtungsrechts) existiert hat. Allerdings ist es überzeugender auf die *condictio indebiti* abzustellen, um einen dogmatischen Gleichlauf mit Blick auf die *ex-tunc*-Wirkung der Anfechtung herzustellen.

4. Kein Ausschluss und Rechtsfolge

Die Geltendmachung des bereicherungsrechtlichen Anspruchs aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ist auch nicht trotz der Kenntnis der Anfechtbarkeit auf Seiten der V i.S.d. § 142 Abs. 2 BGB nach § 814 BGB ausgeschlossen, da auch für den in diesem Fall arglistig Täuschenden unklar ist, ob eine Anfechtung überhaupt erfolgt.³⁸ Als Rechtsfolge ist K dazu verpflichtet, V die Replik herauszugeben und ihm den unmittelbaren Besitz zu verschaffen. Ausschlussgründe, wie die Entreicherung aus § 818 Abs. 3 BGB, sind nicht ersichtlich.

11. Aufl. 2022, § 10 Rn. 4.

³⁴ Entscheidet man sich bei der Auslegung der Willenserklärungen im Rahmen der Prüfung des Herausgabeanspruches aus § 985 BGB dazu, dass V bereits mit der Übergabe das Eigentum an K übertragen wollte, so hat K i.R.d. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB auch das Eigentum erlangt.

³⁵ BGH, Urt. v. 31.1.2018 – VIII ZR 39/17, Rn. 17 = NJW 2018, 1079; *Stadler*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 812 Rn. 3; *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 10 Rn. 9.

³⁶ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2018, § 61 Rn. 13.

³⁷ Offenlassend: BGH, Urt. v. 13.2.2008 – VIII ZR 208/07, Rn. 15 = NJW 2008, 1878 (1879); siehe im Überblick: *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2018, § 62 Rn. 6.

³⁸ *Buck-Heeb*, in: Erman, BGB Kommentar, 16. Aufl. 2020, § 814 Rn. 2; *Schwab*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 814 Rn. 20; *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 814 Rn. 8; a.A.: *Jerger*, Der Ausschluss der Rückforderung erbrachter Leistungen zulasten des Täuschenden, 2016, S. 109, 111 ff.

5. Ergebnis

V hat somit einen Anspruch auf Herausgabe der Replik aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

Ansprüche K gegen V

I. Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB

K könnte gegen V – alternativ zur Vornahme der Anfechtung – einen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB haben, der auf eine Vertragsaufhebung gerichtet ist.

1. Sperrung der culpa in contrahendo (cic)

a) Durch das Anfechtungsrecht

Fraglich ist, ob die Geltendmachung von cic-Ansprüchen durch die Anfechtung von K ausgeschlossen ist.³⁹ Anknüpfungspunkt für diesen Streitstand sind die divergierenden Maßstäbe in den beiden Rechten sowie die unterschiedliche Verjährung bzw. im Falle des Anfechtungsrechts die Verfristung. Während die Haftung aus cic ausweislich § 276 Abs. 1, Abs. 2 BGB auch durch eine fahrlässige Pflichtverletzung ausgelöst wird, muss es sich beim Anfechtungsgrund aus § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB um eine arglistige, also vorsätzliche Täuschung handeln. Darüber hinaus verjährt der cic-Anspruch nach § 195 BGB innerhalb der regelmäßigen, also der Dreijahresfrist. Hingegen verfristet das Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung nach Kenntniserlangen innerhalb eines Jahres (§ 124 Abs. 1, Abs. 2 BGB) und ist nach 10 Jahren ausgeschlossen (§ 124 Abs. 3 BGB). Eine m.M.⁴⁰ möchte verhindern, dass diese Wertungen durch die weiter gefassten Voraussetzungen des cic-Anspruches unterlaufen werden, indem sie die Anwendbarkeit der cic neben dem Anfechtungsrecht verneinen will. Nach h.M.⁴¹ allerdings verfolgen die beiden Rechtsinstitute unterschiedliche Schutzzwecke und schließen sich deshalb nicht aus. Die Ansprüche aus cic schützen das Vermögen, wohingegen das Anfechtungsrecht die Willensentschlussfreiheit unabhängig von dem Eintritt eines Schadens schützt.⁴² Bessere Argumente sprechen also für die Anwendbarkeit des cic-Anspruchs neben dem Anfechtungsrecht (a.A. vertretbar).

b) Durch das Mängelgewährleistungsrecht

Fraglich ist, ob der cic-Anspruch durch das Mängelgewährleistungsrecht gesperrt wird. Auch hier

³⁹ Zum Streitstand siehe im Überblick: *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 103 ff.; *Singer/v. Finckenstein*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 123 Rn. 104.

⁴⁰ Zumindest soweit sich der cic-Anspruch auf den Vertrag als Schaden bezieht: *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 46. Aufl. 2022, § 19 Rn. 19; kritisch zur Rspr.: *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 22. Aufl. 2021, § 40 Rn. 24.

⁴¹ BGH, Urt. v. 31.1.1962 – VIII ZR 120/60 = NJW 1962, 1196 (1198 f.); BGH, Urt. v. 24.10.1996 – IX ZR 4/96 = NJW 1997, 254 (254); BGH, Urt. v. 25.4.2006 – XI ZR 106/05, Rn. 30 f. = NJW 2006, 1955 (1957); *Rehberg*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2023, § 123 Rn. 126; *Wendtland*, in: BeckOK, Stand: 1.5.2023, § 123 Rn. 40; ebenso, aber mit der Möglichkeit der analogen Anwendung von §§ 121, 124 BGB, um einen Wertungswiderspruch zu verhindern, *Singer/v. Finckenstein*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 123 Rn. 104.

⁴² BGH, Urt. v. 11.5.1979 – V ZR 75/78 = NJW 1979, 1983 (1983 f.); BGH, Urt. v. 26.9.1997 – V ZR 29/96 = NJW 1998, 302 (303 f.); BGH, Urt. v. 19.12.1997 – V ZR 112/96 = NJW 1998, 898 (898); BGH, Urt. v. 18.9.2001 – X ZR 107/00 = NJW-RR 2002, 308 (310).

wäre das Mangelgewährleistungsrecht anwendbar.⁴³ Das Verhältnis der *cic* gegenüber dem Mangelgewährleistungsrecht ist umstritten. Teilweise⁴⁴ wird vertreten, dass die Mangelgewährleistungsrechte die *cic* ausschließen. Begründet wird dies im Wesentlichen durch die Spezialität der kaufrechtlichen Vorschriften. Ausnahme von diesem Grundsatz ist allerdings die arglistige Täuschung⁴⁵, da der arglistig Täuschende nicht schutzwürdig ist, was durch die gesetzlichen Wertungen aus den §§ 438 Abs. 3 S. 1 BGB, 442 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB sowie die Unzumutbarkeit in § 440 BGB deutlich wird. Da die Pflichtverletzung in der arglistigen Täuschung besteht, ist nach dieser Ansicht der Anwendungsbereich der *cic* eröffnet. Ebenfalls ist der Anwendungsbereich eröffnet nach einer weiteren Ansicht⁴⁶, die die *cic* wegen vorvertraglicher Pflichtverletzungen unter anderem aufgrund der unterschiedlichen Zwecksetzungen der Haftungssysteme neben den kaufrechtlichen Vorschriften für anwendbar hält. Teilweise wird auch vertreten, dass das *cic*-Recht durch das Mangelgewährleistungsrecht grundsätzlich ausgeschlossen sei, da ansonsten die speziellen Wertungen des Kaufrechts unterlaufen würden (Recht zur zweiten Andienung, kürzere Verjährung).⁴⁷ Einzig nach dieser Ansicht wird das *cic*-Recht in diesem Fall ausgeschlossen. Gegen diese Ansicht spricht allerdings die zu pauschale Betrachtung. Insbesondere ist nicht ersichtlich, warum den arglistig Täuschenden das „Privileg“ des Mangelgewährleistungsrecht zugutekommen soll. Die gesetzlichen Wertungen sprechen dafür, zumindest eine Zulässigkeit des *cic*-Rechts bei einer arglistigen Täuschung als Pflichtverletzung zuzulassen (a.A. vertretbar).

2. Vorvertragliches Schuldverhältnis

K und V müssten ein vorvertragliches Schuldverhältnis eingegangen sein. Nach § 311 Abs. 2 BGB liegt ein solches vor bei der Aufnahme von Vertragsverhandlungen (§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB), bei der Anbahnung eines Vertrages (§ 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB) oder ähnlichen geschäftlichen Kontakten (§ 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB). K und V verhandelten an der Kasse unter anderem über die genauen Zahlungsmodalitäten, was schließlich in dem (vermeintlich) geschlossenen Vertrag gemündet hat. Insofern handelte es sich um Vertragsverhandlungen i.S.d. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Ein vorvertragliches Schuldverhältnis liegt somit vor.

3. Pflichtverletzung

Als Pflichtverletzung kommt die arglistige Täuschung im Wege der Vertragsanbahnung bzw. den Vertragsverhandlungen in Betracht. Zu den (Neben-)Pflichten aus § 241 Abs. 2 BGB bei Vertragsverhandlungen gehören auch Aufklärungspflichten.⁴⁸ V hat durch die Täuschung über die Echtheit des Kunstwerkes von DS eine Aufklärungspflicht verletzt (siehe oben). Damit handelt es sich bei der arglistigen Täuschung um eine vorvertragliche Pflichtverletzung.

⁴³ Siehe Prüfungspunkt Ansprüche von V gegen K – I. 2. a).

⁴⁴ BGH, Urt. v. 27.3.2009 – V ZR 30/0, Rn 19 ff. = NJW 2009, 2120 (2122); BGH, Urt. v. 16.12.2009 – VIII ZR 38/09, Rn. 20 = NJW 2010, 858 (859); BGH, Urt. v. 30.11.2012 – V ZR 25/12, Rn. 22 = NJW 2013, 1671 (1673); z.B. auch Höpfner, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2023, § 437 Rn. 32 ff.

⁴⁵ BGH, Urt. v. 27.3.2009 – V ZR 30/08, Rn 19 ff. = NJW 2009, 2120 (2122); BGH, Urt. v. 16.12.2009 – VIII ZR 38/09, Rn. 20 = NJW 2010, 858 (859); BGH, Urt. v. 30.11.2012 – V ZR 25/12, Rn. 22 = NJW 2013, 1671 (1673); z.B. auch Höpfner, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2023, § 437 Rn. 38 f.

⁴⁶ Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 437 Rn. 200; Emmerich, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 84; vgl. auch Häublein, NJW 2003, 388 (391 ff.).

⁴⁷ Weiler, ZGS 2002, 249 (254); Schulze/Ebers, JuS 2004, 462 (463).

⁴⁸ Vgl. Bachmann, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 241 Rn. 184 ff.; Sutschet, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 241 Rn. 77 ff.

4. Vertretenmüssen

V müsste diese Pflichtverletzung auch zu vertreten haben. Nach § 276 Abs. 1 BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. V beging eine arglistige, d.h. vorsätzliche Täuschung (siehe oben) und damit auch die in Bezug genommene Pflichtverletzung vorsätzlich.

5. Haftungsausfüllender Tatbestand

Zunächst müsste bei K ein Schaden entstanden sein. Ein Schaden ist jede unfreiwillige Einbuße an Rechten oder Rechtsgütern, was anhand der sog. Differenzhypothese zu ermitteln ist.⁴⁹ Es ist somit ein Vergleich zwischen der Situation jetzt und der hypothetischen Situation jetzt, in der die Pflichtverletzung entfällt, vorzunehmen.⁵⁰ Jetzt ist K durch einen Vertrag an V gebunden mit dem Vertragsgegenstand der Replik, obwohl K ein Original kaufen wollte. Ohne die Pflichtverletzung (siehe oben) hätte er zwar auch einen Vertrag geschlossen, hätte aber als Gegenwert ein Original bekommen. Damit ist ihm ein Schaden in Form der Bindung an den Vertrag entstanden. Die Pflichtverletzung war auch kausal für den Schaden, adäquat und ist vom Schutzzweck der Norm erfasst. Wiederherzustellen ist der ursprünglich bestehende Zustand im Wege der Naturalrestitution (§ 249 Abs. 1 BGB). Somit ist der auf die Vertragsaufhebung gerichtete Schadensersatzanspruch entstanden.

6. Ergebnis

K hat somit – als Alternative zu Anfechtung – einen Anspruch gegen V auf Vertragsaufhebung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB.

II. Anspruch aus § 985 BGB

K könnte zudem ein Anspruch gegen V auf Herausgabe der bereits gezahlten Geldscheine im Wert von 2.000 € aus § 985 BGB zustehen.

1. Eigentum des Anspruchstellers

K müsste Eigentümer der Geldscheine im Wert von 2.000 € sein. Ursprünglich war er Eigentümer der Geldscheine; anderweitige Anhaltspunkte lassen sich dem Sachverhalt nicht entnehmen⁵¹. K könnte das Eigentum allerdings an V durch Übergabe und Übereignung nach § 929 S. 1 BGB oder durch Vermischung gem. §§ 948 Abs. 1, 947 BGB verloren haben, indem er mit den Geldscheinen bezahlte, um seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrag (anteilig) zu erfüllen.

a) Eigentumsübergang nach § 929 S. 1 BGB

aa) Einigung

Es bedarf einer dinglichen Einigung zwischen K und V. Zwar einigen sich K und V nicht ausdrücklich darauf, dass das Eigentum an den Geldscheinen auf V übergehen soll. Allerdings macht K durch die

⁴⁹ Vgl. *Brand*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2022, § 249 Rn. 12; *Oetker*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022 § 249 Rn. 18 ff.; *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 24 Rn. 8.

⁵⁰ Vgl. *Brand*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2022, § 249 Rn. 12; *Oetker*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022 § 249 Rn. 18 ff.; *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 24 Rn. 8.

⁵¹ Zudem spricht hierfür auch die Eigentumsvermutung des unmittelbaren Besitzers aus § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB.

Übergabe der Geldscheine deutlich, dass er den Kaufvertrag (anteilig) erfüllen möchte und gibt konkludent auch eine dingliche Willenserklärung ab, die V durch die Empfangnahme des Geldes konkludent annimmt.

Fraglich ist aber, ob sich die von K geltend gemachte Anfechtung auch auf die dingliche Einigung auswirkt. Grundsätzlich handelt es sich auch bei einer dinglichen Einigung um übereinstimmende Willenserklärungen, weshalb diese im Grundsatz ebenfalls nach § 142 Abs. 1 BGB anfechtbar sind. Vorliegend erklärt K allerdings die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung zum Abschluss des Kaufvertrages, also der Vornahme des Verpflichtungsgeschäfts. Dieses ist getrennt von dem dinglichen Rechtsgeschäft zu beurteilen (sog. Trennungsprinzip). Die beiden Rechtsgeschäfte sind als Folge der rechtlichen Trennung auch abstrakt, d.h. unabhängig voneinander in ihrer rechtlichen (Un-)Wirksamkeit zu beurteilen (sog. Abstraktionsprinzip). Die Anfechtung greift damit zunächst nur das Verpflichtungsgeschäft an, nicht aber das Verfügungsgeschäft. Ausnahmsweise kann sich jedoch ein Mangel bei der Willensbildung hinsichtlich des Verpflichtungsgeschäfts auch auf das dingliche Rechtsgeschäft auswirken, z.B. bei der sog. Fehleridentität.

Bei einer arglistigen Täuschung ist umstritten, ob sich die Anfechtung des Verpflichtungs- auch daneben (durch Auslegung der Anfechtungserklärung) auf das Verfügungsgeschäft bezieht.⁵² Die h.M. geht davon aus, dass das Verfügungsgeschäft ebenso wie das Verpflichtungsgeschäft regelmäßig auch auf der arglistigen Täuschung beruht, da der Irrtum des Verpflichtungsgeschäfts ursächlich für die Vornahme des Verfügungsgeschäfts ist.⁵³ Demnach würde die Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts hier auch auf das Verfügungsgeschäft durchschlagen und es würde an einer Einigung zwischen K und V fehlen.

Eine a.A. möchte eine solche (pauschale) Wirkung der Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts zumindest dann nicht genügen lassen, wenn sich die Täuschung lediglich auf die Höhe der Gegenleistung bezieht und nur dann Fehleridentität bejahen, wenn die Täuschung auch den Entschluss zur Übereignung selbst beeinflusst, also ohne die Täuschung überhaupt nichts übertragen worden wäre.⁵⁴ Hätte K gewusst, dass es sich um eine Replik und nicht um das Original handelt, hätte er das Verfügungsgeschäft über die Replik nicht abgeschlossen. Auch nach dieser Ansicht bewirkt die von K vorgenommene Anfechtung somit die Unwirksamkeit der Einigung hinsichtlich des Verfügungsgeschäfts.

Hinweis: Die Frage der Fehleridentität wird auch mit Blick auf eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrturns i.S.d. § 119 Abs. 2 BGB diskutiert. Dies ist hier nicht zu erörtern, da K nicht wegen Eigenschaftsirrturns die Anfechtung erklären kann (siehe hierzu: Ansprüche von V gegen K – I. 2. a)).

bb) Zwischenergebnis

Damit schlägt die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach beiden Ansichten auch auf die dingliche Einigung zwischen K und V durch. Eines Streitentscheides bedarf es nicht.

⁵² Im Überblick: *Meier/Jocham*, JuS 2021, 494 (497).

⁵³ Siehe unter anderem: *Beurskens*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2023, § 142 Rn. 37; *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2023, § 20 Rn. 10 f.; *Rehberg*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2023, § 123 Rn. 118; *Wellenhofer*, Sachenrecht, 37. Aufl. 2022, § 6 Rn. 7.

⁵⁴ *Meier/Jocham*, JuS 2021, 494 (497).

b) Zwischenergebnis

Somit gab es zwischen V und K keine Einigung gerichtet auf die Übertragung des Eigentums an den Geldscheinen i.S.d. § 929 S. 1 BGB. K hat damit sein Eigentum an den Geldscheinen nicht nach § 929 S. 1 BGB verloren.

c) Eigentumsübergang nach §§ 948 Abs. 1, 947 BGB

Allerdings könnte K das Eigentum durch eine Vermischung nach §§ 948 Abs. 1, 947 BGB verloren haben. Im Zusammenhang mit Bar-Geschäften liegt eine Vermischung i.S.d. § 948 Abs. 1 BGB insbesondere dann vor, wenn Geldscheine und/oder Münzen mit weiteren ihrer Art beispielsweise in einer einheitlichen Kasse zusammengelagert werden.⁵⁵

V bewahrte die 2.000 € in einem separaten Tresor auf, um bei Zahlung der restlichen 8.000 € das Geschäft auch für ihre Buchführung schnell abschließen zu können. Damit sind die 2.000 €, die K bereits angezahlt hatte, diesem noch zuzuordnen. V ist nicht durch Vermischung nach §§ 948 Abs. 1, 947 BGB Eigentümer geworden.

d) Zwischenergebnis

K hat damit sein Eigentum weder nach § 929 S. 1 BGB noch nach §§ 948 Abs. 1, 947 BGB an V verloren und ist somit weiterhin Eigentümer der Geldscheine.

2. Besitz des Anspruchsgegners

V hat die unmittelbare durch einen natürlichen Willen getragene Sachherrschaft über die Geldscheine im Wert von 2.000 € und ist somit unmittelbarer Besitzer, vgl. § 854 BGB. Damit ist V auch tauglicher Anspruchsgegner für den Anspruch aus § 985 BGB.

3. Kein Recht zum Besitz

V dürfte weiterhin kein Recht zum Besitz nach § 986 BGB haben. Das hier einzig denkbare Recht zum Besitz könnte sich aus dem zwischen K und V geschlossenen Kaufvertrag ergeben. Dieser ist allerdings von Anfang an aufgrund der durch K vorgenommenen Anfechtung nichtig und kann damit kein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 BGB darstellen.

4. Ergebnis

V ist gegenüber K zur Herausgabe der Geldscheine im Wert von 2.000 € nach § 985 BGB verpflichtet.

III. Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

K könnte zudem ein Anspruch gegen V auf Herausgabe der bereits gezahlten Geldscheine im Wert von 2.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zustehen.

⁵⁵ BGH, Urt. v. 25.5.2011 – IV ZR 117/09, Rn. 64 = NJW-RR 2011, 1595 (1600); vgl. auch *Baldus*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 985 Rn. 77; *Füller*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 948 Rn. 7; *Schermaier*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2023, § 948 Rn. 13.

1. Etwas Erlangt

V müsste etwas erlangt haben. V hat an den Geldscheinen unmittelbaren Besitz i.S.d. § 854 BGB erhalten und somit etwas i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB erlangt.

2. Durch Leistung

V müsste das erlangte Etwas durch Leistung des K erhalten haben. K gab V die Geldscheine im Wert von 2.000 €, um sowohl aus der verobjektivierten Empfängersicht der V als auch subjektiv einen Teil der Verbindlichkeit aus dem zwischen ihnen geschlossenen (Kauf-)Vertrag zu erfüllen (solvendi causa). Damit vergrößerte K bewusst und zweckgerichtet das für ihn fremde Vermögen von V.

3. Ohne Rechtsgrund

K müsste ohne Rechtsgrund geleistet haben. Der einzig in Betracht kommende Rechtsgrund ist hier der zwischen K und V abgeschlossene Kaufvertrag. Dieser ist allerdings nach erfolgter Anfechtung von Anfang an nichtig, § 142 Abs. 1 BGB. Damit leistete K ohne Rechtsgrund.

4. Rechtsfolge

V schuldet nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1 BGB die Herausgabe der Geldscheine im Wert von 2.000 €. V muss K damit den unmittelbaren Besitz an den Geldscheinen wieder verschaffen. Etwaige Ausschlussgründe greifen auch hier nicht.

5. Ergebnis

K hat einen Anspruch auf Herausgabe der Geldscheine im Wert von 2.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB gegen V.

Gesamtergebnis

V hat keinen Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB auf die Zahlung der restlichen 8.000 €. Sie hat aber einen Anspruch auf Herausgabe der Replik aus § 985 BGB sowie aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

K hat gegen V neben der Möglichkeit der Anfechtung einen Anspruch auf Vertragsaufhebung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB. Zudem hat K einen Anspruch auf Herausgabe der Geldscheine im Wert von 2.000 € aus § 985 BGB und aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

Examensübungsklausur: Digitales Allerlei

Wiss. Mitarbeiter David Lang, Wiss. Mitarbeiter Kevin Rösch, Erlangen-Nürnberg*

Die nachfolgende Klausur umfasst eine Kombination von Fragestellungen im Kontext des „digitalen“ Vertrages – einzugehen ist nicht nur auf Fragen des Vertragsschlusses im Internet und der Lösung von über Plattformen geschlossenen Verträgen, sondern auch auf die in jüngerer Vergangenheit eingeführten §§ 327 ff. BGB sowie die neuen Vorschriften zu Informationspflichten von Betreibern von Online-Marktplätzen.

Sachverhalt

Am ersten Samstag des Julis des Jahres 2022 durchsucht D – eingeloggt in seinem Account über die Handy-App „Nozama Shopping Spree“ – die Online-Plattform „Nozama“ nach transportablen Fassaunen. App und Plattform werden von der N-AG betrieben. D stößt auf ein Inserat der L-GmbH für die Fassauna „Schwitzi 2000“, die er zum Preis von 2499,99 € seinem virtuellen Einkaufswagen hinzufügt. Daraufhin werden ihm unter der Rubrik „Kunden kauften auch [...]“ ein Paar Bademäntel desselben Anbieters zum Preis von 33,95 € angezeigt, die D ebenfalls in seinen virtuellen Warenkorb aufnimmt. Anschließend überfliegt D noch einmal die Bestellübersicht; dort findet sich folgender Hinweis:

„Ein Kaufvertrag mit der L-GmbH kommt erst mit Zugang der Versandbestätigungsmail beim Kunden zustande.“

Dann tippt D auf die Schaltfläche „Zahlungspflichtig kaufen“. Eine Stunde später bestellt er auf dem gleichen Weg noch eine Saunabürste.

Unmittelbar darauf erreichen sein E-Mailkonto zwei Bestell- und etwas später auch zwei Versandbestätigungen; Absender ist jeweils die N-AG, die insofern im Namen und Auftrag der L-GmbH handelt. Die Lieferung sowohl der Fassauna als auch der Bademäntel erfolgt am 4.7. D lässt das Paket mit den Bademänteln erst einmal unbeachtet stehen. Als D sich am 20.7. der Bademäntel wieder entsinnt, ist seine Freundin über den „völlig überkauften“ Preis verärgert. Tatsächlich stellt D nach längerer Recherche – zutreffend – fest, dass er identische Bademäntel über die Plattform „Nozama“ auch zum Preis von nur 23,39 € hätte erwerben können. Das Inserat der L-GmbH wurde ihm nur deshalb vorrangig angezeigt, da diese die Plattform „Nozama“ für die vorrangige Schaltung bezahlt. Im Übrigen generiert die N-AG ihren Umsatz mit Provisionen, die sie für jedes über die Plattform „Nozama“ abgeschlossene Geschäft von den inserierenden Betrieben erhält.

Als D sich am selben Tag über den von der L-GmbH angebotenen Live-Chat an diese wendet, um die Bademäntel zurücksenden zu können, wird er gefragt, ob er nicht die – was zutrifft – beim Bestellvorgang direkt über dem Button „Zahlungspflichtig kaufen“ verlinkte, ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung gelesen habe. Danach sei die Widerrufsfrist bereits abgelaufen. Daraufhin beschließt D, sich an die N-AG zu halten. Diese teilt ihm mit, dass sie mit seinem Vertrag mit der L-GmbH nichts zu

* Die Autoren sind Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht von RiOLG Prof. Dr. Robert Freitag, Maître en droit an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

tun habe. Außerdem sei D für den „Schaden selbst verantwortlich“, da er den Vertrag mit der L-GmbH innerhalb der Frist wirksam widerrufen und die Bademäntel zum günstigeren Preis hätte erwerben können. Dadurch wären ihm – was insoweit zutrifft – keine zusätzlichen Kosten entstanden. D sieht das anders: Hätte er gewusst, dass Inserate der L-GmbH auf der Plattform „Nozama“ zumindest potentiell aufgrund der von dieser mit der N-AG getroffenen Abrede, vorrangig gelistet werden, hätte er die Bademäntel anderweitig günstiger erworben. Diese Abrede stelle ein Hauptparameter der Suchfunktion dar. Informationen zu den Suchparametern seien ihm – was ebenfalls zutrifft – aber nicht erteilt worden. Warum diese Informationen nicht angezeigt wurden, lässt sich nicht mehr nachvollziehen; die N-AG hatte ihre Mitarbeiter jedenfalls ordnungsgemäß überwacht. Zutreffend führt D noch aus, dass er aufgrund der Gestaltung der Plattform „Nozama“ auch anderweitig nicht erkennen konnte, dass günstigere Inserate vorhanden sind.

Die L-GmbH teilt dem D am 25.7. mit, dass sie sich an ihre Annahme des Kaufvertrags über die Saunabürste „nicht mehr gebunden“ sehe. Man habe bereits vor zwei Wochen festgestellt, sich bei Eingabe des Preises in der Plattform „Nozama“ vertippt zu haben. Weil man – was ebenfalls stimmt – bei Abgabe der Annahme aber noch glaubte, es sei der eigentlich angedachte Preis inseriert gewesen und D gebe auf diesen ein Angebot ab, habe man die Bürste zu einem zu niedrigen Preis verkauft. D früher zu kontaktieren, hatte man bei der L-GmbH schlicht vergessen. D erwidert, jedenfalls hätte ihm die L-GmbH diesen Umstand früher mitteilen müssen. Die L-GmbH verweist auf die AGB der Plattform „Nozama“, denen auch D zugestimmt hat. Diese enthalten folgende nicht zu beanstandende Klausel:

„§ 3: Inserenten können sich bei Vorliegen eines gesetzlichen Anfechtungsgrunds binnen eines Monats nach Vertragsschluss von ihren Willenserklärungen lösen.“

Am 1.8. schließt D nun aber mit der N-AG selbst über die App „Nozama Shopping Spree“ wirksam einen Vertrag „über die Bereitstellung eines Zugangs zur Online-Gärtnercommunity ‚Pflanzi‘ via zugehöriger App für einen Zeitraum von zwei Jahren“. Die Mitglieder der Community müssen hierfür zum Teil mit Geld (5 € je Monat), zum Teil mit der „Einräumung des Rechts zur Verwertung aller bei Nutzung der Community anfallenden personenbezogenen Daten durch Nozama“ bezahlen. Unmittelbar danach kann D auf „Pflanzi“ zugreifen. Ab dem 1.10. erhält D bei Öffnen der zugehörigen App dann die Fehlermeldung „Error: Server nicht erreichbar“. Nach zehn Tagen vergeblicher Zugriffsversuche wendet er sich am 11.10. an den Kundenservice der N-AG mit der Bitte, das Problem zu lösen. Der vertretungsberechtigte Mitarbeiter R, der von der N-AG ordnungsgemäß überwacht wird, teilt D namens der N-AG irrig mit, der Fehler lasse sich nur dadurch beheben, dass D das Betriebssystem seines Smartphones deinstalliere und anschließend – einschließlich aller Apps – neu einrichte. Tatsächlich könnte der Fehler ohne Mühe für D mit einer Server-Korrektur bei der N-AG behoben werden, denn hier war am 1.10. schlicht ein Kabel durchtrennt worden. Als R dem D mitteilt, zu einer anderen als der von ihm (R) vorgeschlagenen Lösung sei die N-AG keinesfalls bereit, erklärt D ihm, er wolle dann „mit dem ganzen Vertrag nichts mehr zu tun haben und das Geld für die Monate August bis einschließlich Oktober zurück.“ R weist zutreffend darauf hin, dass Ds Widerrufsrecht verfristet sei. D aber ist der Meinung, bei „solchen Fehlern“ müsse er sich auch anderweitig vom Vertrag lösen können.

Frage 1

Könnte D von der L-GmbH Rückzahlung des Kaufpreises für die Bademäntel verlangen, wenn er nachweist, dass er diese zum Rückversand gegeben hat?

Frage 2

Unterstellt, dass dies allein infolge der Nichteinhaltung der Widerrufsfrist nicht möglich ist: Kann D von der N-AG Erstattung der Differenz zwischen dem von ihm für die Bademäntel gezahlten Preis und dem günstigeren Preis verlangen?

Frage 3

Kann D von der L-GmbH die noch ausstehende Lieferung der Saunabürste Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises verlangen?

Frage 4

Kann D von der N-AG Rückzahlung der von ihm für die Nutzung von „Pflanzi“ in den Monaten August bis einschließlich Oktober gezahlten Beträge verlangen?

Hinweis

Der Prüfung sind allein Normen des BGB und EGBGB zugrunde zu legen; spezialgesetzliche Normen (wie ProdHaftG, UWG) bleiben außer Betracht. Der gesamte Sachverhalt ist nach der derzeit gültigen Rechtslage zu behandeln. Es ist – sofern nicht explizit anders angegeben – davon auszugehen, dass keines der im Sachverhalt vorgesehenen Daten auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fällt.

Lösungsvorschlag

Frage 1	774
I. Anspruch des D gegen die L-GmbH auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 33,95 € gem. §§ 355 Abs. 3 S. 1, 357 Abs. 1 BGB	774
1. Anspruch entstanden	774
a) Widerrufsrecht des D	774
aa) Anwendbarkeit des § 312g Abs. 1 BGB, § 312 BGB	774
(1) Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB, § 312 Abs. 1 BGB	774
(2) Verpflichtung des D zur Zahlung eines Preises oder mit personenbezogenen Daten (jenseits § 312 Abs. 1a S. 2 BGB), § 312 Abs. 1, Abs. 1a S. 1 BGB	774
(3) Kein Vorliegen einer Ausnahme der § 312 Abs. 2 BGB	774
(4) Zwischenergebnis	775
bb) Fernabsatzvertrag i.S.d. § 312c Abs. 1 BGB	775
(1) Wirksamer Vertragsschluss	775

(a)	Angebot i.S.d. § 145 BGB.....	775
(b)	Annahme i.S.d. § 147 BGB.....	775
(c)	Besondere Vertragsschlussvoraussetzung des § 312j Abs. 4, Abs. 3, Abs. 2 BGB	775
(d)	Zwischenergebnis	776
(2)	Nutzung ausschließlich von Fernkommunikationsmitteln.....	776
(3)	Kein Vertragsschluss außerhalb eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems, § 312c Abs. 1 Hs. 2 BGB.....	776
(4)	Zwischenergebnis.....	776
cc)	Kein Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312g Abs. 2, Abs. 3 BGB.....	776
dd)	Zwischenergebnis	776
b)	Widerrufserklärung, § 355 Abs. 1 S. 1 letzter Hs. BGB	776
c)	Wahrung der Widerrufsfrist, § 355 Abs. 2 S. 1, 356 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 S. 1 BGB ...	777
aa)	Grundlegendes.....	777
bb)	Fristberechnung.....	777
cc)	Zwischenergebnis	777
d)	Zwischenergebnis.....	777
2.	Ergebnis	777
II.	Weitere Anspruchsgrundlagen	778
	Frage 2	778
I.	Anspruch des D gegen die N-AG auf Erstattung der Preisdifferenz gem. §§ 280 Abs. 1, 312l BGB.....	778
1.	Anspruch entstanden	778
a)	Unmittelbare Anwendbarkeit des § 280 Abs. 1 BGB.....	778
b)	Schuldverhältnis, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB	778
c)	Pflichtverletzung, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB.....	778
aa)	Bestehen der Nebenpflicht.....	778
(1)	N-AG als Unternehmerin	779
(2)	„Nozama“ als Online-Marktplatz	779
(3)	Bereitstellung des Online-Marktplatzes für Verbraucher durch die N-AG	780
(4)	Kein Fall des § 312l Abs. 2 BGB.....	780
bb)	Verstoß gegen die Informationspflicht	780
d)	Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB	780
e)	Kausaler Schaden, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB	780
f)	Art und Weise des Schadensersatzes, §§ 249 ff. BGB	780

aa) Allgemeines	780
bb) Mitverschulden.....	780
g) Zwischenergebnis.....	781
2. Anspruch nicht erloschen/Anspruch durchsetzbar	781
3. Ergebnis	781
II. Weitere Anspruchsgrundlagen	781
Frage 3	781
I. Anspruch des D gegen die L-GmbH auf Übergabe und Übereignung der Saunabürste gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB	781
1. Anspruch entstanden	781
a) Vertragsschluss.....	781
b) Anfechtung	781
aa) Anfechtungserklärung	781
bb) Anfechtungsgrund, § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB	781
cc) Anfechtungsfrist, § 121 Abs. 1 S. 1 BGB	782
dd) Zwischenergebnis	782
c) Vertragliches „Lösungsrecht“	782
aa) Erklärung.....	782
bb) Vertragliche Einräumung.....	782
cc) Wahrung der Voraussetzungen	783
dd) Zwischenergebnis	783
d) Zwischenergebnis.....	783
2. Ergebnis	783
Frage 4	783
I. Anspruch des D gegen die N-AG auf Rückzahlung der Beiträge für die Monate August bis einschließlich Oktober 2022 gem. §§ 327i Nr. 2 Alt. 1, 327m Abs. 1, 2, 327o Abs. 1, Abs. 3 S. 2 BGB	783
1. Anspruch entstanden	783
a) Anwendbarkeit der §§ 327 ff. BGB	783
aa) Grundsätzliche Anwendbarkeit	783
bb) Anforderungen der §§ 327 ff. BGB	784
cc) Zwischenergebnis	784
b) Vorliegen eines Mangels.....	784
c) Vorliegen eines Vertragsbeendigungsgrundes.....	785
d) Kein Ausschluss der Vertragsbeendigung.....	785

e) Erklärung der Vertragsbeendigung.....	785
f) Mangelhaftigkeit im maßgeblichen Zeitraum.....	785
g) Zwischenergebnis.....	786
2. Anspruch nicht erloschen/durchsetzbar	786
3. Ergebnis	786
II. Weitere Anspruchsgrundlagen	787

Lösung

Frage 1

I. Anspruch des D gegen die L-GmbH auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 33,95 € gem. §§ 355 Abs. 3 S. 1, 357 Abs. 1 BGB

1. Anspruch entstanden

a) Widerrufsrecht des D

Ein Widerrufsrecht könnte sich hier aus § 312g Abs. 1 BGB ergeben.

aa) Anwendbarkeit des § 312g Abs. 1 BGB, § 312 BGB

§ 312g Abs. 1 BGB müsste gem. § 312 BGB anwendbar sein.

(1) Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB, § 312 Abs. 1 BGB

Bei dem zwischen D als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB und der L-GmbH als Unternehmerin i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB eventuell geschlossenen Vertrag handelt es sich um einen Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB.

(2) Verpflichtung des D zur Zahlung eines Preises oder mit personenbezogenen Daten (jenseits § 312 Abs. 1a S. 2 BGB), § 312 Abs. 1, Abs. 1a S. 1 BGB

Nachdem vor dem europarechtlichen Hintergrund¹ des § 312 Abs. 1 BGB davon auszugehen ist, dass unter „Preis“ i.d.S. jedenfalls Geld zu verstehen ist, hat sich D zur Zahlung eines solchen i.H.v. 33,95 € verpflichtet.

(3) Kein Vorliegen einer Ausnahme der § 312 Abs. 2 BGB

Eine der in § 312 Abs. 2 BGB bezeichneten Ausnahmen liegt nicht vor.

¹ Vgl. EG (31) der RL (EU) 2019/2161 zur Änderung der RL 2011/83/EU (Verbraucherrechterichtlinie). Vgl. zu-dem beispielsweise Art. 2 Nr. 7 RL (EU) 2019/770 (Richtlinie über die Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen).

(4) Zwischenergebnis

Die §§ 312 ff. BGB und damit auch § 312g BGB sind anwendbar.

bb) Fernabsatzvertrag i.S.d. § 312c Abs. 1 BGB

(1) Wirksamer Vertragsschluss

D und die L-GmbH müssten einen wirksamen Vertrag geschlossen haben.

(a) Angebot i.S.d. § 145 BGB

Das Inserat der L-GmbH auf der Plattform „Nozama“ kann mangels objektiv erkennbarem (§§ 133, 157 BGB analog) Rechtsbindungswillens nur als invitatio ad offerendum qualifiziert werden.²

Mit dem Tippen auf die Schaltfläche „Zahlungspflichtig kaufen“ hat D der L-GmbH einen Kauf jedenfalls auch über die beiden Bademäntel (zum Preis von 39,95 €) angetragen.³

(b) Annahme i.S.d. § 147 BGB

Gegen eine Annahme in Gestalt der Bestellbestätigung spricht jedenfalls die explizite Informierung des D, dass ein Vertrag erst mit der Versandbestätigung zustande kommen sollte; hinsichtlich der Bestellbestätigung fehlt es daher am Rechtsbindungswillen, §§ 133, 157 BGB analog.

Allerdings würde die von der N-AG in Vertretung der L-GmbH übersandte Versandbestätigung eine Annahme darstellen. Wirksamkeit entfaltet eine solche ohne gegenseitige sinnliche Wahrnehmung bzw. direkten Übermittlungskontakt und daher unter Abwesenden abgegebene Willenserklärung gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB aber nur mit Zugang.⁴ Hier war die E-Mail der L-GmbH in das E-Mail-Postfach und damit den Machtbereich des D gelangt; auch sie war damit zugegangen, wenn üblicherweise mit einer Kenntnisnahme durch D gerechnet werden konnte.

(c) Besondere Vertragsschlussvoraussetzung des § 312j Abs. 4, Abs. 3, Abs. 2 BGB

Gem. § 312i Abs. 1 S. 1 BGB wurde ein Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr geschlossen, wenn sich der Unternehmer zum Zwecke des Abschlusses eines Vertrags über die Lieferung von Waren (§ 241a Abs. 1 BGB) oder über die Erbringung von Dienstleistungen der Telemedien bedient. Erstgenannter Aspekt ist unproblematisch. Der Telemedien i.S.d. § 1 Abs. 1 TMG bediente sich die L-GmbH bei Nutzung eines elektronischen Informations- bzw. Kommunikationsdienstes. Hier wurde der Vertrag über die App „Nozama Shopping Spree“ bzw. die Plattform „Nozama“ unter Nutzung des Internets geschlossen; nachdem der Kaufvertrag auch einen Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 S. 1 BGB darstellt, der D als Verbraucher zur Zahlung eines Preises verpflichtet (siehe oben), und damit insgesamt ein Verbrauchervertrag im elektronischen Geschäftsverkehr i.S.v. § 312j Abs. 2 BGB vorliegt, sind zusätzlich die § 312j Abs. 4, Abs. 3 BGB anzuwenden.

Zu klären ist dann, ob die Bestellsituation i.S.d. § 312j Abs. 3 BGB insbesondere so gestaltet war,

² Grundlegend zur invitatio ad offerendum beispielsweise *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2021, § 3 Rn. 4 m.w.N., speziell zu Handelsplattformen noch *Busche*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 145 Rn. 22 m.w.N.

³ Zur (Ir-)Relevanz des § 312i Abs. 1 S. 2 BGB z.B. *Wendehorst*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 312i Rn. 94 m.w.N.

⁴ Insbesondere zu letztgenannter Ansicht beispielsweise *Einsele*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 17 ff. m.w.N.

dass bei der Bestellung über die Schaltfläche diese gut lesbar mit nichts anderem als den Wörtern „zahlungspflichtig bestellen“ o.Ä. beschriftet ist. Diesen Anforderungen genügt die hier mit den Wörtern „Zahlungspflichtig kaufen“ beschriftete Schaltfläche: Dass diese von der von § 312j Abs. 3 S. 2 BGB als ausreichend erachteten Aufschrift (unwesentlich) abweicht, indem sie sich auf einen bestimmten Vertragstypus fixiert, ändert hieran nichts. Der Vertrag ist mithin auch gem. § 312j Abs. 4 BGB wirksam zustande gekommen.

(d) **Zwischenergebnis**

D und die L-GmbH haben wirksam einen (Kauf-)Vertrag geschlossen.

(2) **Nutzung ausschließlich von Fernkommunikationsmitteln**

Die Vertragsanbahnung zwischen D als Verbraucher und der L-GmbH als Unternehmerin erfolgte über das (Telemedium) Internet, der Vertragsschluss unter Nutzung von E-Mail und Internet – und damit ausschließlich mittels Fernkommunikationsmittel i.S.d. § 312c Abs. 2 BGB.

(3) **Kein Vertragsschluss außerhalb eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems, § 312c Abs. 1 Hs. 2 BGB**

Der Vertragsschluss erfolgte im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems.

(4) **Zwischenergebnis**

Bei dem Kaufvertrag handelte es sich um einen Fernabsatzvertrag i.S.d. § 312c Abs. 1 BGB.

cc) **Kein Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312g Abs. 2, Abs. 3 BGB**

Ausschlussgründe nach § 312g Abs. 2, Abs. 3 BGB sind nicht ersichtlich.

dd) **Zwischenergebnis**

D stand ein Widerrufsrecht aus § 312g Abs. 1 BGB zu.

b) Widerrufserklärung, § 355 Abs. 1 S. 1 letzter Hs. BGB

Indem der Verbraucher D der Unternehmerin L-GmbH gegenüber am 20.7. im Online-Chat ausdrücklich formuliert, den Kauf der Bademäntel rückabwickeln zu wollen, könnte er den Widerruf i.S.d. § 355 Abs. 1 S. 1 letzter Hs., S. 2–4 BGB wirksam erklärt haben. Ob es sich hinsichtlich einer potenziellen (analogen) Anwendbarkeit des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB bei einer im Rahmen eines Online-Live-Chats abgegebenen Willenserklärung um solche unter An- oder unter Abwesenden handelt bzw. nach welchem Maßstab dies zu bestimmen ist, kann hier dahinstehen. Denn aus dem Sachverhalt ergibt sich nach keiner insofern vertretenen Variante ein Hinweis auf Fehler beim Wirksamwerden der Willenserklärung.⁵ Ausreichend ist zudem, dass D nach objektivem Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB analog) durch Bezugnahme auf die Rechtsfolgen des Widerrufs jedenfalls konkludent zum Ausdruck bringt, den Vertrag widerrufen zu wollen.

Fraglich ist allerdings, ob D überhaupt den Kauf der Bademäntel allein hätte widerrufen können,

⁵ Siehe zu Willenserklärung unter Abwesenden bereits oben. Zum Wirksamwerden unter Anwesenden dann beispielsweise *Einsele*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 27 m.w.N.

obwohl er diese uno actu mit der Sauna bestellte. Aber selbst bei Annahme eines einheitlichen Kaufvertrags über alle im Warenkorb befindlichen Produkte musste ihm i.E. der Widerruf allein hinsichtlich der Bademäntel möglich sein.⁶

c) Wahrung der Widerrufsfrist, § 355 Abs. 2 S. 1, 356 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 S. 1 BGB

aa) Grundlegendes

§ 356 Abs. 2 Nr. 1 BGB sieht für Verbrauchsgüterkäufe je nach Unterbuchstabe einen von § 355 Abs. 2 S. 1 BGB abweichenden Fristbeginn vor. Ein Verbrauchsgüterkauf ist nach § 474 Abs. 1 S. 1 BGB jedenfalls ein Vertrag, bei dem der Verbraucher von einem Unternehmer eine Ware i.S.d. § 241a Abs. 1 BGB kauft. Wie bereits ausgeführt, haben hier D als Verbraucher und Käufer sowie die L-GmbH als Unternehmerin und Verkäuferin einen Kaufvertrag über die Bademäntel geschlossen, wobei diese unproblematisch als Waren zu qualifizieren sind. Ein Verbrauchsgüterkauf liegt vor.

Ob sich der Beginn der Widerrufsfrist im vorliegenden Fall deshalb nach § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. b BGB richtet, da sowohl ein einheitlicher Bestellvorgang im Hinblick auf die Bademäntel einerseits und die Fassauna andererseits als auch eine getrennte Lieferung dieser angenommen werden kann, kann hier dahinstehen, da angesichts der Lieferung von Bademänteln und Fassauna am selben Tag der Fristbeginn nach § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. b BGB sich nicht vom anderenfalls einschlägigen § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB unterscheidet: Fristauslösung erfolgt in jedem Fall am 4.7.

Nachdem die (vertretene, siehe oben) L-GmbH den D bereits vor Vertragsschluss ordnungsgemäß über dessen Widerrufsrecht belehrt hat, ist § 356 Abs. 3 S. 1 BGB (ebenso wie dann S. 2) hier nicht maßgeblich.

bb) Fristberechnung

Nach § 187 Abs. 1 Alt. 1 BGB wird dieser 4.7. (fristauslösendes Ereignis) bei der Fristberechnung außer Acht gelassen.

Nach § 188 Abs. 1 BGB endet die 14-Tages-Frist des § 355 Abs. 2 S. 1 BGB im vorliegenden Fall mit Ablauf des 18.7.

cc) Zwischenergebnis

Die Widerrufserklärung des D vom 20.7. ist damit aufgrund vorangehenden Fristablaufs bedeutungslos.

d) Zwischenergebnis

Mangels wirksamen Widerrufs ist der Anspruch des D schon nicht entstanden.

2. Ergebnis

Dem D steht gegen die L-GmbH kein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 33,95 € aus §§ 355 Abs. 3 S. 1, 357 Abs. 1 BGB zu.

⁶ So nach h.M., zum gesamten Komplex beispielsweise *Fritsche*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 355 Rn. 33 f. m.w.N. Zur a.A. hier i.E. identisch *Kaiser*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2012, § 355 Rn. 27.

II. Weitere Anspruchsgrundlagen

Ein denkbarer Anspruch gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB scheitert jedenfalls daran, dass der Sachverhalt einen (zugerechneten) Täuschungsvorsatz der N-AG explizit und damit in der Folge eine (potenziell erklärte) Anfechtung des Kaufvertrags durch D ausschließt. Auf die Frage, ob die N-AG Dritte i.S.d. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB war oder aber ihr Verhalten der L-GmbH zuzurechnen ist, kommt es daher nicht an.⁷

Frage 2

I. Anspruch des D gegen die N-AG auf Erstattung der Preisdifferenz gem. §§ 280 Abs. 1, 312l BGB

1. Anspruch entstanden

a) Unmittelbare Anwendbarkeit des § 280 Abs. 1 BGB

Bei einem – eventuell geschlossenen (siehe sogleich) – Vertrag über die Bereitstellung des Zugangs zu einer Online-Verkaufsplattform handelt es sich jedenfalls nicht um einen Kauf-, Miet- oder Werkvertrag mit speziellem Regime für Pflichtverletzungen. Da (auch) das Auftragsrecht (jedenfalls weitgehend) kein solches kennt, kann die Qualifizierung als Auftrag oder Vertrag sui generis letztlich dahinstehen.

Da D sich weder zur Zahlung eines irgendwie gearteten Preises (vgl. § 327 Abs. 1 S. 1, S. 2 BGB) noch zur Bereitstellung personenbezogener Daten (vgl. § 327 Abs. 3 BGB) verpflichtet hat und die §§ 327 ff. BGB jedenfalls deshalb hier gem. § 327 Abs. 1 S. 1 BGB nicht anwendbar sind, kann auch dahinstehen, ob deren spezielles Leistungsstörungsrecht (vgl. §§ 327c, 327i BGB) der (direkten) Heranziehung des § 280 Abs. 1 BGB entgegenstehen würde.

b) Schuldverhältnis, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB

Zwar liegt es nahe, dass D mit der N-AG einen Vertrag über die Nutzung der Plattform geschlossen hat. Letztlich kommt es hierauf aber nicht entscheidend an, siehe sogleich.

c) Pflichtverletzung, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB

Der N-AG müsste die Verletzung einer Pflicht aus diesem Schuldverhältnis zuzurechnen sein. Fraglich ist allerdings, ob die Verletzung einer Nebenpflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB bereits darin liegt, dass D vor seiner Bestellung nicht erkennen konnte, dass die Bademäntel ihm nur vorrangig angezeigt wurden, da die L-GmbH die N-AG hierfür bezahlte.

aa) Bestehen der Nebenpflicht

§ 312l Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246d § 1 Nr. 1 EGBGB beinhalten eine gesetzliche Normierung einer solchen Nebenpflicht. Sie sehen vorbehaltlich der Ausnahme des § 312l Abs. 2 BGB vor, dass der Betrei-

⁷ Nach *Wendehorst*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 312l Rn. 47 ist der Online-Plattform-Betreiber kein Dritter, sondern steht im Verhältnis zum Verbraucher im Lager des Anbieters.

ber eines Online-Marktplatzes den Verbraucher nach Art. 246d § 2 EGBGB zum Ranking (unter anderem) der Waren, die dem Verbraucher als Ergebnis seiner Suchanfrage auf dem Online-Marktplatz präsentiert werden, über die Hauptparameter zur Festlegung des Rankings und deren relative Gewichtung im Vergleich zu anderen Parametern informieren muss.

D handelt auch in diesem Rahmen unstreitig als Verbraucher. Die Eigenschaft als Betreiber eines Online-Marktplatzes ist in § 312l Abs. 4 BGB dann legaldefiniert als Unternehmer, der einen solchen für Verbraucher zur Verfügung stellt.

(1) N-AG als Unternehmerin

Hinsichtlich der Unternehmereigenschaft der N-AG besteht allein folgendes Problem: Wenn die N-AG dem D den Zugang zur Plattform gewährt, ohne dafür irgendeine Gegenleistung von diesem zu erhalten, wirft dies Zweifel bezüglich der Entgeltlichkeit und damit der Gewerblichkeit ihres Handelns auf. Allerdings erlangt die N-AG beispielsweise von der L-GmbH Geld für die vorrangige Listung von deren Inseraten; derartige Geschäfte kann die N-AG nur deshalb abschließen, da Betriebe wie die L-GmbH erwarten, dass die N-AG auf ihrer Plattform viele am Vertragsschluss Interessierte wie D bündelt.

Hinweis: Entsprechend des Bearbeitervermerks konnte dabei eine Prüfung der Wirksamkeit dieser Abrede in Ansehung des § 134 BGB i.V.m. §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1, Abs. 2, 5b Abs. 2 UWG nicht erwartet werden.

Entsprechende Erwägungen gelten zudem für die Umsätze, die die N-AG aus den Inseratsprovisionen generiert.

Dass der Unternehmer das Entgelt unmittelbar für die dem Verbraucher gegenüber erbrachte Leistung erhält, erfordert bereits der Wortlaut des § 14 Abs. 1 BGB („bei [statt: mit] Abschluss eines Rechts- geschäfts“) nicht. Mit Blick auf die zugrundeliegenden verbraucherschützenden europarechtlichen Vorgaben erscheint es zudem widersinnig, denjenigen professionell am Rechtsverkehr Teilnehmenden nicht dem Unternehmerbegriff zu unterwerfen, der mit seiner Tätigkeit – zwar nicht unmittelbar, jedenfalls aber mittelbar – dem Verbraucher gegenüber durchaus Entgelte vereinnahmt, indem z.B. der Verbraucher die vom Betreffenden geschalteten Inserate auswählt und damit eine Provisionszahlungspflicht des Inserenten auslöst, die dieser wiederum zumindest in Teilen auf den Verbraucher abwälzt. Untermuert wird dies für den hier in Rede stehenden Fall insofern, als dass nach § 312l Abs. 3 BGB (in Umsetzung von Art. 2 Nr. 17 der RiL 2011/83/EU) ein Online-Marktplatz es dem Verbraucher ermöglicht, dort (auch) mit anderen Unternehmern bzw. Verbrauchern Geschäfte abzuschließen, womit eine lediglich vermittelnde Tätigkeit des Plattform-Betreibers jedenfalls nicht ausgeschlossen wird. Eine solche wird in der wirtschaftlichen Praxis aber regelmäßig von Seiten der Inserenten oder durch die Schaltung von Werbeanzeigen etc. finanziert.

Die N-AG ist damit Unternehmerin i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB.

(2) „Nozama“ als Online-Marktplatz

Nachdem die Plattform „Nozama“ einen Dienst darstellt, der es Verbrauchern ermöglicht, durch die Verwendung einer (jedenfalls im Namen der Unternehmerin N-AG betriebenen) Software, Fernabsatzverträge zumindest mit anderen Unternehmern (etwa der L-GmbH) abzuschließen, stellt sie zudem einen Online-Marktplatz nach § 312l Abs. 3 BGB dar.

(3) Bereitstellung des Online-Marktplatzes für Verbraucher durch die N-AG

Der Online-Marktplatz wurde durch die N-AG für Verbraucher zur Verfügung gestellt.

(4) Kein Fall des § 312l Abs. 2 BGB

Vorliegend handelt es sich nicht um einen Vertrag über Finanzdienstleistungen (siehe bereits zu Frage 1), weswegen der Ausschlussgrund des § 312l Abs. 2 BGB nicht greift.

bb) Verstoß gegen die Informationspflicht

Folglich hätte die N-AG die oben genannten Informationspflichten erfüllen müssen, hat dies nach dem Sachverhalt aber nicht. Damit liegt eine Pflichtverletzung in Form des Unterlassens, das der N-AG auch zurechenbar ist, vor.

d) Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

Der N-AG gelingt keine Widerlegung des gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermuteten Vertretenmüssens.

e) Kausaler Schaden, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB

Ein kausaler Schaden besteht i.H.v. 10,56 €. D hätte bei ordnungsgemäßer Information die Bademäntel zum günstigeren Preis erworben.

f) Art und Weise des Schadensersatzes, §§ 249 ff. BGB**aa) Allgemeines**

Nachdem hier der Zustand nicht hergestellt werden kann, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde, ist D gem. § 251 Abs. 1 Alt. 1 BGB in Geld zu entschädigen.

bb) Mitverschulden

D könnte deshalb ein Mitverschulden bei Entstehung des Schadens i.S.d. § 254 Abs. 1 BGB treffen, da er seine Willenserklärung zum Kauf der teureren Bademäntel nicht fristgemäß widerrufen hat.

Hinweis: Sollte beispielsweise bereits im Vertragsschluss über die teureren Bademäntel die Entstehung des Schadens des D gesehen werden, so konnte auch eine Verletzung der Schadensabwendungsobliegenheit i.S.d. § 254 Abs. 2 S. 1 BGB geprüft werden.

D hätte den Vertrag mit der L-GmbH bei fristgemäßem Widerruf kostenfrei rückabwickeln und die Bademäntel zum günstigeren Preis erwerben können. Insofern hat ein Unterlassen des D kausal zur Entstehung des Schadens geführt. Dabei könnte er fahrlässig und somit schuldhaft i.S.d. § 276 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB (analog) gehandelt haben. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt hat er dann außer Acht gelassen, wenn die Verletzung der Schadensvermeidungsobliegenheit durch sein Verhalten objektiv vorhersehbar, die rechtliche Relevanz erkennbar und der Erfolgseintritt vermeidbar war. Mangels anderweitiger Angaben konnte nicht nur D, sondern auch jeder Dritte erst nach längerer, aufwändiger Recherche in Erfahrung bringen, dass die Bademäntel auch zu einem günstigeren Preis erworben und mit der Vornahme eines Widerrufs der Schadenseintritt verhindert werden können. Der Erfolgseintritt war mithin nicht vermeidbar; D hat nicht fahrlässig gehandelt.

Entsprechend konnte von D auch nicht erwartet werden, dass er vor Vertragsschluss mit der L-GmbH weitere Informationen einholt. Damit trifft den D insgesamt kein Mitverschulden.

g) Zwischenergebnis

Der Anspruch ist entstanden.

2. Anspruch nicht erloschen/Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch ist nicht erloschen und zudem durchsetzbar.

3. Ergebnis

Der Anspruch des D gegen die N-AG auf Erstattung der Preisdifferenz gem. §§ 280 Abs. 1, 312l BGB besteht.

II. Weitere Anspruchsgrundlagen

Jeglicher deliktische Anspruch scheidet jedenfalls am fehlenden (Organisations-)Verschulden der N-AG.

Frage 3

I. Anspruch des D gegen die L-GmbH auf Übergabe und Übereignung der Saunabürste gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB

1. Anspruch entstanden

a) Vertragsschluss

Ein wirksamer Vertragsschluss zwischen D und der L-GmbH lag entsprechend der Ausführungen zu Frage 1 vor.

b) Anfechtung

Gem. § 142 Abs. 1 BGB wäre die Willenserklärung der L-GmbH mit wirksamer Anfechtung allerdings als von Anfang an nichtig anzusehen.

aa) Anfechtungserklärung

Die Äußerung der L-GmbH, sich nicht mehr an die Annahme des Kaufvertrags „gebunden“ zu sehen, könnte als – zweifelsohne wirksame – Anfechtungserklärung ausgelegt werden (§§ 133, 157 BGB analog). Ob diese Auslegung zutrifft, kann aber dahinstehen, sollte die Anfechtung aus anderen Gründen nicht wirksam erfolgt sein.

bb) Anfechtungsgrund, § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB

Mit der Annahme hat die L-GmbH objektiv (§§ 133, 157 BGB analog) ihren Willen zum Ausdruck

gebracht, das Angebot des D zum Abschluss eines Kaufvertrages über die Bürste uneingeschränkt anzunehmen. Dabei war sie aufgrund des fehlerhaften Inserats subjektiv aber irrig davon ausgegangen, D gebe ein Angebot auf den zu inserierenden Preis ab. Der objektive Inhalt der uneingeschränkten Angebotsannahme durch die L-GmbH war also ein anderer als der von ihr (über § 166 Abs. 1 Alt. 1 BGB) angenommene, womit sie sich in einem Irrtum über den Inhalt ihrer Annahme befand. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die L-GmbH diese Annahme bei Kenntnis ihres Irrtums dennoch abgegeben hätte.

cc) Anfechtungsfrist, § 121 Abs. 1 S. 1 BGB

Die L-GmbH hatte bereits seit zwei Wochen (ggf. über § 166 Abs. 1 Alt. 2 BGB) Kenntnis ihres Irrtums und schlicht (beispielsweise gem. § 278 S. 1 BGB zurechenbar) vergessen, D früher zu kontaktieren. Damit hat die L-GmbH fahrlässig und folglich nicht unverzüglich i.S.d. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB gehandelt. Die Erklärung der Anfechtung ist verfristet.

dd) Zwischenergebnis

Die Anfechtungserklärung der L-GmbH war damit bedeutungslos und berührt daher den Bestand des Vertrages nicht.

c) Vertragliches „Lösungsrecht“

Hinweis: Das nachfolgend als vertragliches besprochene „Lösungsrecht“ basiert auf den BGH-Entscheidungen zu (ähnlichen) Plattform-Klauseln.⁸ Der BGH legt vor deren Hintergrund das zwischen den Vertragsparteien abgegebene Angebot als unter Vorbehalt des Vorliegens eines gesetzlichen Anfechtungsgrundes erfolgt aus. Da hier das Inserat nur eine invitatio ad offerendum darstellt, der anbietende Kunde sein Angebot angesichts der im Sachverhalt vorgesehenen Klausel nach objektivem Empfängerhorizont wohl nicht unter den Vorbehalt stellt bzw. stellen kann und dem auf Seite der Annahme § 150 Abs. 2 BGB entgegenstehen dürfte, wird hier von der nachfolgend geschilderten Vereinbarung des „Lösungsrechts“ ausgegangen. Damit soll aber nicht ausgeschlossen werden, dass das unten genannte Ergebnis auch über dogmatisch anders gelagerte Lösungen erzielt werden kann.

Allerdings könnte die L-GmbH von einem weitergehenden vertraglichen Recht zur „Lösung“ Gebrauch gemacht haben.

aa) Erklärung

Die bereits unter 2. a) angeführte Äußerung der L-GmbH könnte auch als (wirksame) Lösungserklärung ausgelegt werden.

bb) Vertragliche Einräumung

Hinsichtlich einer konkludenten Einigung über ein entsprechendes Recht der L-GmbH ist zu beachten, dass der Vertragsschluss über die Plattform die (vorherige) Zustimmung beider Parteien zu den

⁸ Siehe BGH, Urt. v. 8.6.2011 – VIII ZR 305/10 = NJW 2011, 2643 (2644 Rn. 23) und zuletzt BGH, Urt. v. 10.12.2014 – VIII ZR 90/14 = NJW 2015, 1009 (1010 Rn. 14).

Plattform-AGB erforderte. Diese räumen den Inserenten nach ihrem § 3 grundsätzlich ein Lösungsrecht ein, allerdings aufgrund des Grundsatzes der Relativität der Schuldverhältnisse zunächst nur im Verhältnis zwischen den Plattformnutzern und der N-AG als Plattformbetreiberin. Da die Plattformnutzer damit in der Regel aber auch annehmen, dass ein solches „Lösungsrecht“ zum üblichen Plattformbetrieb gehört, können die je gegenständlichen Willenserklärungen gem. §§ 133, 157 BGB (analog) so ausgelegt werden, dass die Einräumung eines entsprechenden „Lösungsrechts“ auch im Verhältnis der Nutzer untereinander beabsichtigt ist.

Entsprechend ist auch der Kaufvertrag zwischen D und der L-GmbH auszulegen.

cc) Wahrung der Voraussetzungen

Neben dem bestehenden (siehe 2. b)) gesetzlichen Anfechtungsgrund erfordert das vertragliche Lösungsrecht, dass die „Lösung“ binnen eines Monats nach Vertragsschluss erfolgt.

Selbiger erfolgte am ersten Samstag im Juli (2.7.). Die Frist endet gem. §§ 187 Abs. 1 Alt. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB mit Ablauf des 2.8. Mit ihrer „Lösung“ am 25.7. hat die L-GmbH die Frist gewahrt.

dd) Zwischenergebnis

Die L-GmbH hat wirksam das vertragliche „Lösungsrecht“ ausgeübt.

d) Zwischenergebnis

Durch Ausübung des Lösungsrechts wurde der Vertrag ex tunc nichtig, der Anspruch ist insofern nicht entstanden.

Hinweis: Mit entsprechender Begründung war auch die Annahme einer ex-nunc-Nichtigkeit vertretbar.

2. Ergebnis

Ein Anspruch des D gegen die L-GmbH auf Übergabe und Übereignung der Saunabürste gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB besteht daher nicht.

Frage 4

I. Anspruch des D gegen die N-AG auf Rückzahlung der Beiträge für die Monate August bis einschließlich Oktober 2022 gem. §§ 327i Nr. 2 Alt. 1, 327m Abs. 1, 2, 327o Abs. 1, Abs. 3 S. 2 BGB

1. Anspruch entstanden

a) Anwendbarkeit der §§ 327 ff. BGB

aa) Grundsätzliche Anwendbarkeit

Die §§ 327 ff. BGB beruhen auf vollharmonisierendem europäischem Recht, das nicht zwischen den unterschiedlichen (leistungsbezogenen) Vertragstypen des deutschen Rechts differenziert. Diese müssen mithin – entgegen der allgemeinen deutschen Systematik – für die Anwendbarkeit der §§ 327 ff.

BGB ohne Belang sein; dies hat der nationale Gesetzgeber durch zahlreiche Rückverweise im Schuldrecht BT auch umgesetzt. Damit sind die §§ 327 ff. BGB zumindest grundsätzlich anwendbar.

bb) Anforderungen der §§ 327 ff. BGB

Nach § 327 Abs. 1 BGB finden die §§ 327 ff. BGB auf Verbraucherverträge (§ 310 Abs. 3 BGB) Anwendung, bei denen der Verbraucher sich zur Zahlung eines Preises, der Unternehmer sich zur Bereitstellung eines digitalen Produkts verpflichtet. Ein – auch wirksam geschlossener – Verbrauchervertrag liegt hier zweifellos vor.

Unter Preis ist zunächst ein Geldbetrag zu verstehen. Zur Zahlung eines solchen hat D sich hier verpflichtet; klärungsbedürftig erscheint, ob dem die teilweise Zahlung des D mit personenbezogenen Daten entgegensteht. Allerdings sind insofern die §§ 327 ff. BGB jedenfalls nach § 327 Abs. 3 BGB ebenfalls anwendbar, sofern kein Fall des § 312 Abs. 1a S. 2 BGB vorliegt. Hier ist eine entsprechende Beschränkung der Datenverarbeitung gerade nicht ersichtlich; die N-AG vermag die entsprechende Vermutungsregel nicht zu widerlegen.

Ein digitales Produkt ist nach § 327 Abs. 1 S. 1 BGB ein digitaler Inhalt (§ 327 Abs. 2 S. 1 BGB) oder eine digitale Dienstleistung (§ 327 Abs. 2 S. 2 BGB). Hier verpflichtete die N-AG sich (unter anderem) zur Bereitstellung eines Zugangs zu einer Online-Community via App. Dieser Zugang betrifft bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung auch Daten, die in der Online-Community und damit digital erstellt wurden sowie aus dieser digital bereitgestellt werden. Zudem soll der Zugang D die Erstellung und/oder Speicherung von digitalen Daten in der Online-Community und jedenfalls den Zugang zu solchen Daten ebenda bzw. zumindest gegebenenfalls auch die gemeinsame Nutzung der bzw. die Interaktion mit den von ihm oder anderen Nutzern in der Online-Community hochgeladenen/ erstellten digitalen Daten ermöglichen. Folglich hat die N-AG sich zur Bereitstellung von digitalen Inhalten und einer digitalen Dienstleistung verpflichtet.

cc) Zwischenergebnis

Die §§ 327 ff. BGB sind daher – auch im konkret vorliegenden Fall – anwendbar.

Hinweis: Nachfolgend orientiert sich die Lösung am in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebrachten Willen des nationalen Gesetzgebers. Näher dazu und zur mutmaßlichen Europarechtswidrigkeit dieser *Kesisoglul/Lang*, NJW 2023, 1009 (1010 f. Rn. 10 f.).

b) Vorliegen eines Mangels

Als Zentralnorm des Mängelregimes erfordert § 327i BGB, dass das digitale Produkt produkt- oder rechtmangelhaft (vgl. § 327d BGB) ist. Nach § 327e Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 Nrn. 1, 2 BGB ist das digitale Produkt (unter anderem) dann produktmangelhaft, wenn es im maßgeblichen Zeitpunkt den objektiven Anforderungen insofern nicht entspricht, als dass es sich nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignet bzw. nicht die übliche und erwartbare Beschaffenheit aufweist.

Hier kann D im Oktober über einen Zeitraum von zehn Tagen nicht mehr auf die Online-Community zugreifen. Damit eignet sich das digitale Produkt nicht zu der Verwendung, die ein verständiger Durchschnittsverbraucher von einem solchen erwarten würde. Die Beschaffenheit kann sich insbesondere auf die Kontinuität, d.h. auf die fortdauernde Beständigkeit, des Produkts beziehen. Hier ist der Zugang zur Online-Community über einen erheblichen Zeitraum hinweg nicht existent. Dies entspricht weder der üblichen Kontinuität eines typischerweise ununterbrochen Zur-Verfügung-Stehens

derselben, noch entspricht es der Kontinuität, die ein verständiger Durchschnittsverbraucher erwarten würde.

Laut Sachverhalt schuldet die N-AG die Bereitstellung des Zugangs fortlaufend für einen Zeitraum von zwei Jahren. Gem. § 327e Abs. 1 S. 3 BGB reicht es daher aus, dass die oben genannten Umstände innerhalb dieses Bereitstellungszeitraums auftreten. Nach § 327b Abs. 2 BGB beginnt dieser grundsätzlich (spätestens) unverzüglich nach Vertragsschluss, hier daher spätestens in den ersten Tagen des Augusts. Im Oktober hatte der Bereitstellungszeitraum damit zwar bereits begonnen, war aber zum maßgeblichen Zeitpunkt der Negativabweichung noch nicht abgelaufen.

c) Vorliegen eines Vertragsbeendigungsgrundes

Für die Vertragsbeendigung fordert § 327i Nr. 2 Alt. 1 BGB i.V.m. § 327m Abs. 1 BGB das Vorliegen eines Vertragsbeendigungsgrundes. Zu diesen Gründen zählt, dass der Unternehmer die gem. § 327l Abs. 1 S. 2 BGB ordnungsgemäße Nacherfüllung (i.S.d. § 327l Abs. 1 S. 1 BGB) verweigert hat (§ 327m Abs. 1 Nr. 5 BGB). § 327l Abs. 1 S. 2 BGB erfordert für eine solche Nacherfüllung insbesondere, dass diese ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgt. Die D von R angebotene Maßnahme sieht vor, dass D sein gesamtes Betriebssystem mit allen installierten Apps deinstallieren, neu aufspielen und wieder einrichten müsste, was mit erheblichen Anstrengungen und damit Unannehmlichkeiten verbunden erscheint.

Die angebotene Maßnahme stellt daher keine ordnungsgemäße Nacherfüllung dar. Nachdem der R zugleich alle anderen Abhilfemöglichkeiten abgelehnt hat, hat er eine ordnungsgemäße Nacherfüllung insgesamt (wirksam) abgelehnt; dieses (geschäftähnliche) Verhalten hat sich die N-AG gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB (analog) zurechnen zu lassen.

d) Kein Ausschluss der Vertragsbeendigung

Nach § 327m Abs. 2 S. 1 BGB ist die Vertragsbeendigung ausgeschlossen, wenn der Mangel unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nur unerheblich ist. Die Nutzung einer Online-Community beruht gerade auf deren jederzeitiger Nutzbarkeit inklusive Austausch mit anderen Mitgliedern und Inhalten. Bereits vor diesem Hintergrund erscheint eine zehntägige Unterbrechung des Zugangs als nicht mehr unerheblich. Zugleich bedeutet diese Unterbrechung bezogen auf den monatlichen Abrechnungszeitraum einen Ausfall von beinahe einem Drittel der geschuldeten Bereitstellungszeit und dürfte damit auch bezogen auf die gesamte Vertragslaufzeit als nicht mehr unerheblich zu bewerten sein.

Mangels Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs gem. § 312j Abs. 1, 2 BGB scheidet zudem ein Ausschluss gem. §§ 327j Abs. 5 BGB i.V.m. § 218 Abs. 1 S. 1 BGB.

e) Erklärung der Vertragsbeendigung

D erklärt dem vertretungsbefugten R gegenüber am 11.10., er wolle „mit dem ganzen Vertrag nichts mehr zu tun haben“. Nachdem er zudem äußert, dass er insofern von einer Lösungsmöglichkeit jenseits des Widerrufs ausgeht, ist diese (wirksame) Willenserklärung als Beendigungserklärung i.S.d. § 327o Abs. 1 S. 1 BGB auszulegen (§§ 133, 157 BGB analog).

f) Mangelhaftigkeit im maßgeblichen Zeitraum

Nach § 327o Abs. 3 S. 1 BGB i.V.m. § 327o Abs. 2 S. 2 BGB erlischt bei der Beendigung eines Vertrages

über die dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts der Preiszahlungsanspruch des Unternehmers nur für den Zeitraum, in dem das Produkt tatsächlich mangelhaft war sowie für den Zeitraum nach Vertragsbeendigung – und nur für diesen Zeitraum besteht bei bereits erfolgter Zahlung durch den Verbraucher ein Rückforderungsanspruch dessen, § 327o Abs. 3 S. 2 BGB. Dass hier von der N-AG die – i.S.d. § 327e Abs. 1 S. 3 BGB – dauerhafte Bereitstellung des Online-Zugangs als digitales Produkt geschuldet war, wurde oben bereits entsprechend dargelegt. Nachdem D hier die Rückzahlung für die Monate August bis einschließlich Oktober fordert, müsste dieses Produkt also während dieses gesamten Zeitraums mangelhaft oder der Vertrag beendet gewesen sein. Allerdings lässt sich obigen Ausführungen ebenfalls bereits entnehmen, dass ein Mangel eigentlich nur mit der Zugriffsproblematik Anfang Oktober vorlag.

Fraglich ist, ob im Ergebnis etwas anderes deshalb gilt, da § 327k Abs. 2 BGB – wiederum speziell im Vergleich zu § 327k Abs. 1 BGB für Verträge über dauerhafte Bereitstellung – die Vermutung aufstellt, dass bei Auftreten eines Mangels bei dem digitalen Produkt während des Bereitstellungszeitraums dieses Produkt während des gesamten Zeitraums der bisherigen Bereitstellung mangelhaft war. Dass der Mangel während des Bereitstellungszeitraums auftrat, wurde oben bereits dargelegt. Allerdings begründet § 327k Abs. 2 BGB nur eine Vermutung, die die N-AG grundsätzlich widerlegen kann. Zwar ist wohl davon auszugehen, dass – entsprechend der Rechtsprechung des EuGH zur Parallelregelung in der früheren Verbrauchsgüterkaufrichtlinie⁹ – die Vermutung sich auch darauf erstreckt, dass ein Grundmangel, der erst später zum letztlich aufgetretenen bzw. erkennbaren Mangel geführt hat, während des Zeitraums der bisherigen Dauer der Bereitstellung vorlag. Jedoch wird der N-AG laut Sachverhalt hier der Nachweis möglich sein, dass der im Oktober aufgetretene Mangel schlicht durch die eben auch erst am 1.10. erfolgte Trennung des Kabels hervorgerufen wurde. Damit kann sie die Vermutung auch hinsichtlich eines eventuellen Grundmangels widerlegen.

Damit bleibt es dabei, dass das digitale Produkt in den Monaten August und September nicht mangelhaft (und auch der Vertrag noch nicht beendet) war; für diese Monate hat D also keinen Rückzahlungsanspruch. Hingegen ist das Produkt im Monat Oktober zunächst mangelhaft (ab erstmaligem Auftreten der Fehlermeldung am 1.10.) und danach der Vertrag – siehe gleichermaßen bereits oben – beendet (ab Lösungserklärung des D am 11.10.). Für diesen Monat also hat D einen Anspruch auf Rückzahlung des bereits erbrachten Monatsbeitrags.

g) Zwischenergebnis

Ein Anspruch des D gegen die N-AG auf Rückzahlung der Beiträge ist nur hinsichtlich des Beitrags für den Monat Oktober entstanden.

2. Anspruch nicht erloschen/durchsetzbar

Der Anspruch ist nicht erloschen und zudem durchsetzbar.

3. Ergebnis

Ein Anspruch des D gegen die N-AG auf Rückzahlung der Beiträge für die Monate August bis einschließlich Oktober 2022 gem. §§ 327i Nr. 2 Alt. 1, 327m Abs. 1, 2, 327o Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 2 BGB besteht nur hinsichtlich des Beitrags für den Monat Oktober.

⁹ Lorenz, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 477 Rn. 5 ff. m.w.N.

II. Weitere Anspruchsgrundlagen

Jeglicher deliktische Anspruch scheidet jedenfalls am fehlenden (Organisations-)Verschulden der N-AG. Aufgrund der (wahrscheinlichen) ex-nunc-Wirkung der Vertragsbeendigung können bereicherungsrechtliche Ansprüche nur den Zeitraum ab dem 11.10. betreffen, dürfen jedenfalls aufgrund der europarechtlichen Vollharmonisierung aber zumindest nicht über das nach § 327o BGB Gewährte hinausgehen.

(Referendar-)Examensklausur: Museumsschließungen durch verordnungsvertretendes Gesetz

Prof. Dr. Lothar Michael, Wiss. Mitarbeiterin Sarah Dersarkissian, Düsseldorf*

Die Examensklausur verknüpft Standardprobleme der Grundrechte mit einem speziellen Problem des Staatsorganisationsrechts: das verordnungsvertretende Gesetz i.S.v. Art. 80 Abs. 4 GG. Um Letzteres einer vertretbaren Lösung zuführen zu können, wird kein spezifisches Vorwissen erwartet, sondern das Verständnis von Grundbegriffen des Staatsorganisationsrechts und die Fähigkeit, dieses auf eine ungewöhnliche Konstellation anzuwenden. Es handelt sich um Probleme, die sich in der Corona-Pandemie gestellt haben oder hätten stellen können, die aber auch jenseits dieses Kontextes relevant bleiben und sich auch in Zukunft für Prüfungsaufgaben besonders gut eignen. Die Bearbeitungszeit beträgt fünf Stunden. Die Aufgabe eignet sich auch zur Übung für Anfänger – mit der Maßgabe, die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde wegzulassen, die Bearbeitungszeit auf zwei bis drei Stunden zu verkürzen und den Anspruch an Umfang und Tiefe der Begründungen zu senken.

Sachverhalt

M ist italienische Staatsbürgerin und seit mehreren Jahren Betreiberin eines privaten Museums in der kreisfreien Stadt Düsseldorf in Nordrhein-Westfalen (NRW). In dem Museum wird eine Privatsammlung der M ausgestellt, die sich aus Gemälden und Skulpturen eines von M bewunderten Künstlers aus der Region zusammensetzt. M erhebt einen Eintrittspreis von 10,00 € pro Person und bestreitet mit dem Betrieb des Museums ihren Lebensunterhalt.

Das Museum befindet sich in einer weitläufigen Ausstellungshalle mit hohen Wänden, die gut durchlüftet werden kann. Der Abstand zwischen den verschiedenen Ausstellungsstücken ist groß, weil M diese Abstände für die Wirkung der Kunstwerke für essentiell hält. Das Museum ist werktags zwischen 10.00 Uhr und 17.00 Uhr geöffnet und wird täglich von durchschnittlich 50 Personen besucht. Die Besucher verteilen sich meist über den gesamten Öffnungszeitenraum, sodass sich selten mehr als zehn Personen gleichzeitig in der Ausstellungshalle aufhalten.

Im März 2020 wurde durch die Weltgesundheitsorganisation die Corona-Pandemie ausgerufen. Im September 2020 steigen die Infektionszahlen mit dem Corona-Virus in Deutschland zum zweiten Mal dramatisch an. Um das Leben und die Gesundheit aller zu schützen und um das Gesundheitssystem vor einem drohenden Kollaps zu bewahren, macht der Landtag NRW von seiner Befugnis aus Art. 80 Abs. 4 GG Gebrauch und erlässt auf Grundlage der Verordnungsermächtigung zugunsten der Landesregierungen aus § 32 S. 1 IfSG i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG ein Coronaschutzgesetz (CoronaSchG). Ohne das Ergreifen von Maßnahmen zur Eindämmung des Infektionsgeschehens wäre es zu einer hohen Zahl an Erkrankungen gekommen, von denen eine Vielzahl schwer verlaufen wäre oder sogar zum Tod geführt hätte. Das Gesundheitssystem wäre in diesem Falle nicht mehr imstande gewesen, die Erkrankten adäquat zu behandeln. Das Gesetzgebungsverfahren wurde ordnungsgemäß nach den Vorschriften der Landesverfassung durchgeführt und das Gesetz ordnungsgemäß verkündet.

* Der Autor ist Inhaber der Professur für Öffentliches Recht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin ebendort.

Das CoronaSchG tritt am 30.9.2020 in Kraft.

Da zu diesem Zeitpunkt weder zugelassene Impfstoffe gegen das Coronavirus existieren noch flächendeckende Testmöglichkeiten für die Bürger zur Verfügung stehen, hält der Landtag eine möglichst umfassende Reduzierung menschlicher Kontakte für das gebotene Mittel zur Eindämmung des Infektionsgeschehens. In der Wissenschaft ist anerkannt, dass Kontaktreduzierungen geeignet sind, die Verbreitung des Coronavirus einzudämmen. Weiter ist anerkannt, dass es für das Infektionsrisiko in geschlossenen Räumen darauf ankommt, wie viele Personen sich auf wie engem Raum wie lange begegnen, und dass ein Luftaustausch dieses Risiko minimieren kann. Der Gesetzgeber zieht daraus aber bewusst nicht den Schluss, denkbare Ausnahmen, die nicht der Deckung des notwendigen Lebensbedarfs aller dienen, zu regeln. Der Gesetzgeber sieht sich nicht in der Lage, für das gesamte öffentliche Leben entsprechende Hygieneschutzkonzepte zu verwalten. Zugleich fürchtet er, dass die Akzeptanz von Lockdown-Maßnahmen abnehmen und eine gesellschaftliche Spaltung vorangetrieben würde, wenn Ausnahmen nicht allen, sondern nur wenigen zugutekommen. Darüber hinaus ist anerkannt, dass sich das Infektionsgeschehen exponentiell entwickelt. Daraus schließt der Gesetzgeber, dass nur möglichst schnell und umfassend ergriffene Maßnahmen vermeiden können, zu einem späteren Zeitpunkt umso drastischere Maßnahmen ergreifen zu müssen bzw. den Tod vieler Menschen dann nicht mehr vermeiden zu können.

Das Landesgesetz regelt einen „Lockdown“ des gesamten öffentlichen Lebens einschließlich nächtlicher Ausgangsbeschränkungen und enthält unter anderem folgende Regelung:

§ 8 CoronaSchG¹

Konzerte und Aufführungen in Theatern, Opern- und Konzerthäusern, Kinos und anderen öffentlichen oder privaten (Kultur-)Einrichtungen sowie der Betrieb von Museen, Kunstausstellungen, Galerien, Schlössern, Burgen, Gedenkstätten und ähnlichen Einrichtungen sind bis zum 31.10.2020 unzulässig.

Das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG wurde gewahrt.

M muss ihr Museum wegen der Vorgaben des § 8 CoronaSchG bis zum 31.10.2020 für den Besucherverkehr schließen. M ist darüber empört und erhebt am 5.10.2020 formgerecht Verfassungsbeschwerde gegen § 8 CoronaSchG zum BVerfG. Sie führt in der Begründung aus, dass sie sich in ihren Grundrechten auf Kunstfreiheit und Berufsfreiheit verletzt fühle. Indem § 8 CoronaSchG ihr den Betrieb ihres Museums verbiete, werde ihr nicht nur die Darbietung von Kunst unmöglich gemacht, sondern sie erleide auch erhebliche Umsatzeinbußen, die ihr das Bestreiten ihres Lebensunterhalts deutlich erschwerten. Durch finanzielle Ausgleichsmaßnahmen des Staates habe M – was zutrifft – lediglich 50 % ihrer Einbußen ersetzt bekommen. Der Betrieb des Museums sei aber nicht nur Beruf, sondern zugleich auch Berufung. M habe – was zutrifft – ein ausgefeiltes Hygienekonzept entwickelt, bei dessen Umsetzung das Infektionsrisiko minimal sei: Die Besucher würden durch Absperrungen und Beschilderungen auf einem festgelegten Rundweg geleitet, der nur in eine Richtung begehbar sei. Die Ausstellungshalle sei – was zutrifft – ohnehin so groß, dass selbst an Tagen mit vergleichsweise hohem Besucheraufkommen stets ein Abstand von mehreren Metern zwischen den Besuchern gewahrt werden könne. Auf das Einhalten eines Abstandes von mindestens 1,5 Metern könne durch Hinweisschilder hingewiesen werden. Das Museumspersonal könne auf die Einhaltung eines solchen

¹ Die nachfolgende Norm ist der Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 (Coronaschutzverordnung – CoronaSchVO) des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes NRW v. 30.10.2020 (GV. S. 1044b) entlehnt (dort: § 8 Abs. 1 S. 1).

Abstandes achten und gegebenenfalls Einschreiten – so wie es dies auch beim Einhalten von Mindestabständen zu den Kunstwerken gewohnt sei. Durch gezieltes Lüften könne das Infektionsrisiko weiter verringert werden. Die Besucher ihres Museums benähmen sich unabhängig davon stets anständig. Unkontrollierte Menschenansammlungen seien nicht zu erwarten. Die Zahl der Besucher könne durch kontrollierten Eingang leicht begrenzt werden. M ist der Auffassung, dass der Betrieb des Museums nicht untersagt werden dürfe, wenn die Infektionsgefahr aufgrund ihres Hygienekonzepts „gegen null“ gehe. M ist außerdem der Auffassung, dass der Landesgesetzgeber keine Kompetenz zur Schaffung des § 8 CoronaSchG habe. Durch das Infektionsschutzgesetz habe der Bund – was zutrifft – von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nach Art. 72 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG Gebrauch gemacht, wodurch – was ebenfalls zutrifft – insoweit eine Sperrwirkung eingetreten sei. Infolgedessen dürften die Länder keine formellen Landesgesetze mehr erlassen.

Der Landtag NRW hält § 8 CoronaSchG für notwendig. Grundrechte seien nicht verletzt. Hinsichtlich der Berufsfreiheit komme eine Grundrechtsverletzung schon nicht in Betracht, weil viele Museen – was zutrifft – ohne wirtschaftliche Ziele und überwiegend von der öffentlichen Hand betrieben würden, sodass ihr Betrieb nicht typischerweise dem Lebensunterhalt Privater zugutekomme. Der Landtag ist überdies der Auffassung, dass er wegen Art. 80 Abs. 4 GG dazu befugt sei, anstelle einer Verordnung ein förmliches Landesgesetz zu erlassen. Auch hinsichtlich der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde werden grundlegende Bedenken geäußert: M hätte – da es sich bei dem CoronaSchG um ein ordnungsvertretendes Gesetz i.S.v. Art. 80 Abs. 4 GG handle – vor der Verfassungsbeschwerde eine verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nach § 47 VwGO anstrengen müssen. Außerdem müsse vorrangig eine Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgerichtshof des Landes NRW erhoben werden, weil es sich bei § 8 CoronaSchG um einen Akt der öffentlichen Gewalt des Landes handle. Für deren Überprüfung sei das BVerfG allenfalls subsidiär zuständig.

M meint, dass § 8 CoronaSchG selbst dann verfassungswidrig sei, wenn der Landtag wegen Art. 80 Abs. 4 GG die Gesetzgebungszuständigkeit gehabt hätte. Wenn eine solche Zuständigkeit wirklich aus Art. 80 Abs. 4 GG folge, hätte der § 32 S. 1 IfSG i.V.m. § 28 Abs. 1 IfSG wegen Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG als Rechtsgrundlage in dem Gesetz angegeben werden müssen. Dies ist – was zutrifft – unterblieben.

Fallfrage

Hat die Verfassungsbeschwerde der M gegen § 8 CoronaSchG Erfolg?

Bearbeitungsvermerk

Die formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit von § 32 S. 1 IfSG i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG ist zu unterstellen. Es ist außerdem zu unterstellen, dass § 8 CoronaSchG mit § 32 S. 1 IfSG i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG vereinbar ist. Gleichheitsrechte sind nicht zu prüfen. Auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ist ggf. hilfsgutachtlich einzugehen.

Lösungsvorschlag

A. Zulässigkeit	792
I. Zuständigkeit des BVerfG	792
II. Beschwerde- und Prozessfähigkeit.....	792
III. Beschwerdegegenstand	793

IV. Beschwerdebefugnis	793
1. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung.....	793
2. Eigene, gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit.....	793
3. Zwischenergebnis.....	793
V. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität	793
1. Erschöpfung des Rechtswegs.....	793
2. Grundsatz der Subsidiarität.....	795
VI. Form und Frist	795
VII. Ergebnis	796
B. Begründetheit	796
I. Verletzung der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG)	796
1. Schutzbereich.....	797
a) Sachlicher Schutzbereich.....	797
b) Persönlicher Schutzbereich.....	797
2. Eingriff.....	797
3. Rechtfertigung.....	798
a) Beschränkbarkeit des Grundrechts.....	798
b) Formelle Verfassungsmäßigkeit.....	798
aa) Kompetenz bzw. Zuständigkeit.....	798
bb) Verfahren.....	799
cc) Form.....	799
dd) Zwischenergebnis.....	800
c) Materielle Verfassungsmäßigkeit.....	800
aa) Legitimer Zweck.....	800
bb) Geeignetheit.....	801
cc) Erforderlichkeit.....	801
dd) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.....	801
ee) Zwischenergebnis.....	803
4. Zwischenergebnis.....	803
II. Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	804
1. Schutzbereich.....	804
a) Sachlicher Schutzbereich.....	804
b) Persönlicher Schutzbereich.....	804
2. Eingriff.....	805
3. Rechtfertigung.....	806

a) Beschränkbarkeit des Grundrechts	806
b) Formelle Verfassungsmäßigkeit	806
c) Materielle Verfassungsmäßigkeit.....	806
aa) Legitimer Zweck.....	806
bb) Geeignetheit.....	807
cc) Erforderlichkeit	807
dd) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	807
ee) Zwischenergebnis	807
4. Zwischenergebnis.....	807
III. Zwischenergebnis	807
C. Gesamtergebnis.....	808

Die Verfassungsbeschwerde der M hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

Hinweis: Für diesen Obersatz kommen mehrere Formulierungsvarianten in Betracht. Akzeptabel wäre auch die vereinfachende Formulierung „[...] hat Erfolg, *wenn* sie zulässig und begründet ist“. Demgegenüber zieht der hier verwendete Obersatz („[...] hat Erfolg, *soweit* sie zulässig und begründet ist“) die Möglichkeit in Betracht, dass eine Verfassungsbeschwerde auch *teilweise* Erfolg haben kann. Oft liest man auch eine dritte, differenzierende Variante: „[...] hat Erfolg, *wenn* sie zulässig und *soweit* sie begründet ist“. Damit soll ausgedrückt werden, dass der Umfang der Begründetheitsprüfung nicht weiter reichen darf als die Verfassungsbeschwerde zulässig ist. Wenn die Verfassungsbeschwerde nur teilweise zulässig ist, darf die Begründetheit also nicht (bzw. allenfalls hilfsgutachtlich) umfassend geprüft werden. Diese dritte Variante des Obersatzes hat allerdings den Nachteil, dass nicht deutlich erkennbar wird, dass eine Verfassungsbeschwerde auch teilweise erfolgreich sein kann, wenn sie nur teilweise zulässig ist. Beides käme zum Ausdruck in einer vierten Formulierungsvariante des Obersatzes: „[...] hat Erfolg, *soweit* sie zulässig und *im Rahmen dieser (gegebenenfalls teilweisen) Zulässigkeit* begründet ist“. Diese Variante hat allerdings den Nachteil, dass sie nicht üblich ist (und solche Ausdifferenzierung also nicht erwartet wird), und dass sie Erwartungen an die Präzision des folgenden Gutachtens weckt, die nur selten erfüllt werden.

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. § 13 Nr. 8a BVerfGG für die Entscheidung über Verfassungsbeschwerden zuständig.

II. Beschwerde- und Prozessfähigkeit

Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG ist jedermann, d.h. jeder, der Träger von Grundrechten oder sonstigen dort benannten verfassungsmäßigen Rechten des Grundgesetzes sein kann, beschwerdefähig. Die an die Grundrechtsfähigkeit anknüpfende Beschwerdefähigkeit ist bei natürli-

chen Personen grundsätzlich gegeben,² sodass M beschwerdefähig ist. An ihrer Prozessfähigkeit bestehen keine Zweifel.

III. Beschwerdegegenstand

Eine Verfassungsbeschwerde kann nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG gegen jeden Akt der öffentlichen Gewalt, d.h. der Exekutive, der Legislative und der Judikative (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG) gerichtet werden. § 8 CoronaSchG ist ein Parlamentsgesetz des Landes NRW und als Akt der Legislative tauglicher Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde.

IV. Beschwerdebefugnis

Die Beschwerdebefugnis der M setzt nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG voraus, dass sie behauptet, durch den Beschwerdegegenstand in einem ihrer Grundrechte verletzt zu sein.

1. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung

Aus der Behauptung der M müsste die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung hervorgehen.³ M macht eine Verletzung ihrer Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG und ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG geltend. Eine Verletzung dieser beiden Grundrechte durch das Verbot des Museumsbetriebs erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen und somit möglich.

2. Eigene, gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit

Weiterhin müsste M durch den Beschwerdegegenstand selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen⁴ sein. Die Wirkungen des § 8 CoronaSchG betreffen M als Betreiberin eines Museums in ihrer eigenen Person, weshalb eine eigene Beschwerde der M vorliegt. § 8 CoronaSchG ist schon und noch in Kraft und verbietet den Museumsbetrieb aktuell, sodass die Beschwerde auch gegenwärtig ist. Schließlich untersagt das gesetzliche Verbot des § 8 CoronaSchG den Museumsbetrieb, ohne dass es eines vollziehenden Zwischenakts bedürfte (self-executing). Die Rechtsstellung der M wird also durch das Gesetz selbst direkt berührt, sodass sie auch unmittelbar betroffen ist.

3. Zwischenergebnis

M ist somit beschwerdebefugt.

V. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

1. Erschöpfung des Rechtswegs

Ist gegen eine behauptete Grundrechtsverletzung der Rechtsweg zulässig, so kann die Verfassungsbeschwerde gem. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden.

² Zu der Verknüpfung zwischen Beschwerde- und Grundrechtsfähigkeit siehe nur *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 915, 450.

³ *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 323 ff.; ausführlich *Hartmann*, JuS 2003, 897 ff.

⁴ St. Rspr., früh schon BVerfGE 1, 97 (101 ff.); 97, 157 (164); 143, 246 (321 Rn. 207); zu den Merkmalen im Einzelnen *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 268 ff.

Ob ein Rechtsweg offensteht, hängt von der Rechtsnatur des § 8 CoronaSchG ab. Dabei handelt es sich um ein sogenanntes verordnungsvertretendes Gesetz i.S.v. Art. 80 Abs. 4 GG, das Elemente sowohl der (parlamentarischen) Gesetzgebung als auch der (exekutiven) Verordnungsgebung aufweist.⁵ Art. 80 Abs. 4 GG betrifft den Fall, dass Landesregierungen entweder unmittelbar durch Bundesgesetz (Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG) oder mittelbar auf Grund von Bundesgesetzen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. In diesen Konstellationen sind die Länder anstelle einer Regelung durch Rechtsverordnung auch zu einer Regelung durch Gesetz befugt. Grundlage des § 8 CoronaSchG ist die Verordnungsermächtigung in § 32 S. 1 IfSG i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG. Während ein fachgerichtlicher Rechtsweg gegen Parlamentsgesetze grundsätzlich nicht offensteht, entscheidet nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 109a JustG NRW das Oberverwaltungsgericht im Wege der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle über die Gültigkeit einer „im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschrift“ wie z. B. einer Rechtsverordnung.

Ein verordnungsvertretendes Gesetz ist bei *formeller* Betrachtung keine im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschrift. Der Umstand, dass das Landesgesetz anstelle einer Verordnung erlassen wurde, ändert nichts an seinem *formellen* Charakter als Landesgesetz.⁶ Allerdings führt der Landesgesetzgeber bei *funktionaler* Betrachtung lediglich die Vorgaben des Bundesgesetzgebers aus, wenn er ein verordnungsvertretendes Gesetz erlässt. Damit fehlt es an dem für die Gesetzgebung charakteristischen Moment der freien politischen Entscheidung. Verordnungsvertretende Gesetze werden im Anschluss an diese Überlegung teilweise als Gesetze *sui generis* qualifiziert, die eine Zwischenstellung zwischen dem förmlichen Gesetz einerseits und der Rechtsverordnung andererseits innehaben.⁷ Verordnungsvertretende Gesetze wären dann „im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsnormen“, die im Wege der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle überprüft werden könnten. Eine solche Aufweichung der formalen Betrachtungsweise zeichnet sich auch in der Rechtsprechung des BVerfG ab. Dieses erkennt die Möglichkeit an, dass der Bundesgesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren Normen im Verordnungsrang schafft.⁸ Damit verhält es sich aber nur in problemorientierter Herangehensweise zu der Sonderkonstellation der Ordnungsänderung durch den Gesetzgeber. Fernab dieser Sonderkonstellation entspricht eine formelle Betrachtungsweise weiterhin der anerkannten grundrechtlichen Dogmatik, die bislang zwar punktuell durchbrochen, aber nicht grundsätzlich in Frage gestellt wurde. Unter diesen Vorbedingungen ist § 8 CoronaSchG als Parlamentsgesetz einzuordnen, gegen das ein Rechtsweg grundsätzlich nicht offensteht. Die Rechtsvorschrift steht nicht im Rang unter dem Landesgesetz, sodass auch die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 109a JustG NRW nicht statthaft ist. Folglich steht das Erfordernis der Rechtswegerschöpfung der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht entgegen.

Hinweis: Eine a.A. ist mit entsprechender Begründung vertretbar. Falls die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle für statthaft gehalten wird, ist dem Erfordernis der Rechtswegerschöpfung nicht

⁵ Deutlich *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 117: „der Rechtsverordnung wird gewissermaßen das Gesetzesgewand übergeworfen“.

⁶ Zu dieser h.M. statt vieler *Bauer*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 69 m.w.N.

⁷ *Nierhaus*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, 87. Lfg., Stand: Dezember 1998, Art. 80 Rn. 839 ff.

⁸ BVerfGE 114, 196 (238 ff.); anders die abweichende Meinung der BVRin *Osterloh* und des BVR *Gerhardt* BVerfGE 114, 250 (250 ff.); krit. in der Lit. etwa *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 70. Lfg., Stand: Dezember 2013, Art. 80 Rn. 96, 206.

Genüge getan. Im Folgenden wäre darum § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG zu erörtern (Ausnahmen vom Erfordernis der Rechtswegerschöpfung) bzw. hilfsgutachtlich weiter zu prüfen.

2. Grundsatz der Subsidiarität

Neben dem Erfordernis der Erschöpfung des Rechtswegs ist als eigenständige und ungeschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde zu beachten.⁹ Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die Verfassungsbeschwerde – über den Wortlaut des § 90 Abs. 1 S. 2 BVerfGG hinaus – subsidiär gegenüber anderen zumutbaren Möglichkeiten, den angegriffenen Akt der öffentlichen Gewalt einer gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen.¹⁰

Der (rechtsbrüchige) Verstoß gegen § 8 CoronaSchG in Erwartung eines sodann gerichtlich zu überprüfenden Einzelakts ist M nicht zuzumuten.

Möglicherweise kann M auf eine verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO verwiesen werden. Es stellen sich aber originär verfassungsrechtliche Fragen. Einer etwaigen Grundrechtsverletzung könnte zudem nur durch eine Verwerfung des § 8 CoronaSchG abgeholfen werden, zu der die Verwaltungsgerichte nicht befugt sind. Vielmehr besteht wegen Art. 100 Abs. 1 GG ein Verwerfungsmonopol des BVerfG.

Schließlich könnte M vorrangig auf die Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgerichtshof NRW verwiesen sein. Nach § 90 Abs. 3 BVerfGG bleibt das Recht, eine Verfassungsbeschwerde bei dem Landesverfassungsgericht nach dem Recht der Landesverfassung zu erheben, durch die Bundesverfassung unberührt. Ein Vorrang der Bundesverfassungsbeschwerde ergibt sich daraus nicht. Vielmehr besteht grundsätzlich die Wahlfreiheit der Beschwerdeführenden.¹¹

Hinweis zum Landesrecht: In manchen Ländern ist ausdrücklich geregelt, dass – umgekehrt – die Landesverfassungsbeschwerde unzulässig wird, sobald eine parallele Verfassungsbeschwerde zum BVerfG erhoben worden ist (vgl. z.B. § 53 Abs. 1 Hs. 2 VerfGHG NRW, § 55 Abs. 1 VerfGHG Baden-Württemberg).

Auch Akte der öffentlichen Gewalt des Landes sind Akte der öffentlichen Gewalt i.S.v. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG. Ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten *des Grundgesetzes* kann aber nur vor dem BVerfG und nicht vor Landesverfassungsgerichten, deren Prüfungsmaßstab auf Landesverfassungsrecht beschränkt ist, überprüft werden. Aufgrund dessen ist M nicht vorrangig auf eine Verfassungsbeschwerde bei dem Landesverfassungsgericht verwiesen.

Insgesamt steht der Grundsatz der Subsidiarität der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nach alledem nicht entgegen.

VI. Form und Frist

Die Verfassungsbeschwerde wurde formgerecht nach §§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG erhoben und begründet. Sie richtet sich gegen ein Gesetz, gegen das ein Rechtsweg nicht offensteht, sodass die Jahresfrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG anwendbar ist. Diese wurde durch die Erhebung der Verfassungsbeschwerde am 5.10.2020 gewahrt.

⁹ Ausführlich Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 299 ff.

¹⁰ St. Rspr., vgl. BVerfGE 74, 102 (113 ff.); 115, 81 (91 ff.); 145, 20 (54 Rn. 85).

¹¹ Dazu nur Lechner/Zuck, in: Lechner/Zuck, BVerfGG, Kommentar, 8. Aufl. 2019, § 90 Rn. 189.

Hinweis: Falls die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nach § 47 VwGO für statthaft gehalten wird, ist zu problematisieren, welche Beschwerdefrist zu wahren ist. Die Verfassungsbeschwerde ist gem. § 93 Abs. 3 BVerfGG binnen eines Jahres zu erheben, wenn sie sich „gegen ein Gesetz oder gegen einen sonstigen Hoheitsakt, gegen den ein Rechtsweg nicht offensteht“ richtet. Umstritten ist, ob die Jahresfrist für alle Gesetze¹² oder nur für Gesetze, gegen die ein Rechtsweg nicht offensteht,¹³ gilt.¹⁴ Das BVerfG hat in einer Entscheidung über eine Kommunalverfassungsbeschwerde in den achtziger Jahren¹⁵ die Jahresfrist des Art. 93 Abs. 3 GG für eine Verfassungsbeschwerde gegen eine untergesetzliche landesrechtliche Norm, gegen welche die Normenkontrolle nach § 47 VwGO statthaft war, in Ansatz gebracht. Die Jahresfrist sollte aber erst durch den Abschluss des Normenkontrollverfahrens nach § 47 VwGO in Gang gesetzt werden.¹⁶ Hält man § 93 Abs. 3 BVerfGG demgegenüber nur für Gesetze, gegen die ein Rechtsweg nicht offensteht, für anwendbar, stellt sich für den Fall, dass ein Rechtsweg besteht, die Anschlussfrage nach den Konsequenzen für die zu wahrende Frist.¹⁷ In diesem Fall erscheint es vorzuzugswürdig, die Monatsfrist des § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG heranzuziehen.¹⁸

VII. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde der M ist begründet, soweit § 8 CoronaSchG sie in ihren in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechten verletzt.

Hinweis: In Betracht kommt die Verletzung zweier Grundrechte – der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG sowie der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG – durch ein und denselben Akt öffentlicher Gewalt. Hier kommt es der M sowohl auf die Möglichkeit an, Kunst auszustellen, als auch darauf, damit ihren Lebensunterhalt zu bestreiten. Also sind beide Grundrechte nebeneinander zu prüfen und keines der Grundrechte wird durch das andere verdrängt.

I. Verletzung der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG)

M könnte in ihrer Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG verletzt sein.

¹² Exemplarisch *Heusch/Sennekamp*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiterkommentar, 2. Aufl. 2005, § 93 Rn. 80 f.; *Hömig*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 43. Lfg., Stand: Februar 2014, § 93 Rn. 72 (Fn. 557); *Lenz/Hansel*, in: Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Handkommentar, 3. Aufl. 2020, § 93 Rn. 95.

¹³ Exemplarisch *Gröpl*, NVwZ 1999, 967 (968); *Grünwald*, BeckOK BVerfGG, Stand: 1.6.2023, § 93 Rn. 77; *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 319; *Zuck/Eisele*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 6. Aufl. 2022, Rn. 697.

¹⁴ Ausführlich zu dieser Problematik m.w.N. *Dersarkissian*, NWVBl. 2021, 143 (146 f.).

¹⁵ BVerfGE 76, 107.

¹⁶ BVerfGE 76, 107 (116).

¹⁷ Dazu *Dersarkissian*, NWVBl. 2021, 143 (147 ff.).

¹⁸ *Dersarkissian*, NWVBl. 2021, 143 (148 f.).

1. Schutzbereich

a) Sachlicher Schutzbereich

Zunächst müsste der sachliche Schutzbereich eröffnet sein. Die Kunst ist nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG frei. Der sachliche Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG ist durch den Leitbegriff der Kunst definiert. Die Bestimmung des Kunstbegriffs ist jedoch mit Schwierigkeiten verbunden, die sich in einer Vielfalt konkurrierender Kunstbegriffe spiegeln.¹⁹ Diesen Schwierigkeiten begegnet ein offener Kunstbegriff, demzufolge sich Kunst gerade dadurch auszeichnet, dass sie sich nicht auf vorgegebene Ausdrucksformen reduzieren lässt, sondern in freier, schöpferischer Gestaltung auf Entgrenzung zielt. Kunst ist demnach dadurch charakterisiert, „daß es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts möglich ist, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutungen zu entnehmen, so daß sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt“²⁰. Davon ist auch umfasst, was bei formaler Betrachtung den Gattungsanforderungen eines bestimmten Werktypus, z.B. der Malerei, des Bildhauens, des Dichtens o.ä., entspricht (sog. formaler Kunstbegriff).²¹ Ebenso verhält es sich mit typischen Formen künstlerischer Tätigkeit, die durch „freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden“²² gekennzeichnet ist (sog. materieller Kunstbegriff). Die durch M ausgestellten Gemälde und Skulpturen sind anerkannten Kunstgattungen zuzuordnen und deshalb schon der Form nach Kunst i.S.v. Art. 5 Abs. 3 GG.

Art. 5 Abs. 3 GG gewährleistet die Freiheit, sich künstlerisch zu betätigen (sog. Werkbereich) sowie die Freiheit, das künstlerische Werk darzubieten und öffentlich zu verbreiten (sog. Wirkbereich).²³ M, die als Museumsbetreiberin die Gemälde und Skulpturen der Öffentlichkeit zugänglich macht, ist dem Wirkbereich zuzuordnen.

Der sachliche Schutzbereich ist somit eröffnet.

b) Persönlicher Schutzbereich

M ist auch in persönlicher Hinsicht durch das „Jedermann“-Grundrecht der Kunstfreiheit geschützt.

2. Eingriff

In den Schutzbereich müsste eingegriffen worden sein. Nach dem sog. klassischen Eingriffsbegriff liegt ein Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts in jedem rechtsförmlichen und imperativen staatlichen Handeln, durch das unmittelbar und final eine Grundrechtsbeeinträchtigung bewirkt wird.²⁴ Durch § 8 CoronaSchG wird M der durch die Kunstfreiheit geschützte Betrieb ihres Museums sowohl rechtsförmlich als auch unmittelbar, final und imperativ untersagt. Damit liegt ein Eingriff im klassischen Sinne vor.

¹⁹ Im Überblick *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 234 ff.; *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 423 ff.

²⁰ BVerfGE 67, 213 (227).

²¹ Deutlich BVerfGE 67, 213 (226 f.).

²² BVerfGE 30, 173 (189).

²³ Zentral BVerfGE 30, 173 (191); siehe auch *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 243.

²⁴ *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 492.

3. Rechtfertigung

Der Eingriff in den Schutzbereich der Kunstfreiheit könnte aber verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

a) Beschränkbarkeit des Grundrechts

Die Kunstfreiheit ist vorbehaltlos gewährleistet. Aufgrund der Einheit der Verfassung unterliegt sie aber gleichwohl verfassungsimmanenten Schranken.²⁵ Eingriffe können durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden. Der aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Vorbehalt des Gesetzes gilt für die Einschränkung vorbehaltlos gewährleisteter Grundrechte erst recht.²⁶ Der Grundrechtseingriff erfolgt durch § 8 CoronaSchG, sodass dem Vorbehalt des Gesetzes Genüge getan ist.

b) Formelle Verfassungsmäßigkeit

§ 8 CoronaSchG müsste formell verfassungsmäßig sein.

aa) Kompetenz bzw. Zuständigkeit

Die Länder haben nach Art. 70 Abs. 1 GG die Gesetzgebungskompetenz inne, soweit nicht das Grundgesetz dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht.

Das Gesetz des Landes NRW betrifft Maßnahmen gegen eine übertragbare Krankheit bei Menschen, sodass es nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG der konkurrierenden Gesetzgebung unterliegt. Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder gem. Art. 72 Abs. 1 GG die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Der Bund hat laut Sachverhalt durch das IfSG von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht, weshalb die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG einer *originären* Gesetzgebungskompetenz des Landes mit Blick auf § 8 CoronaSchG entgegensteht.

Hinweis: Ob und inwieweit bereits eine Verordnungsermächtigung Sperrwirkung entfaltet, ist umstritten und ließe sich vorliegend womöglich bezweifeln.²⁷ Eine Prüfung würde aber eine Analyse der Gesamtkonzeption des IfSG voraussetzen und den Rahmen einer Klausur sprengen. Deshalb gibt der Sachverhalt vor, die Sperrwirkung zu unterstellen.

Allerdings bestimmt Art. 80 Abs. 4 GG, dass die Länder zu einer Regelung auch durch Gesetz befugt sind, soweit durch Bundesgesetz oder auf Grund von Bundesgesetzen Landesregierungen zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt werden. Soweit den Landesgesetzgebern durch Art. 80 Abs. 4 GG die Kompetenz zukommt, auf Grundlage einer an die Landesregierung adressierten Verordnungsermächtigung und somit auf Grundlage *derivativer* Rechtsetzungsmacht in Gesetzesform zu handeln,²⁸ bedarf es keiner Gesetzgebungskompetenz nach Art. 30, 70 GG. Der formell und materiell verfassungsmäßige § 32 IfSG S. 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 IfSG beinhaltet eine Verordnungsermächtigung

²⁵ Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 711.

²⁶ Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 560.

²⁷ Dazu im Überblick m.w.N. Dersarkissian, DVBl. 2022, 696 (696 ff., 699).

²⁸ Statt vieler Bauer, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 67 f.; Brenner, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 117; Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 70. Lfg., Stand: Dezember 2013, Art. 80 Rn. 204.

zugunsten der Landesregierungen. § 8 CoronaSchG ist mit dieser Verordnungsermächtigung vereinbar. Aufgrund dessen hat der Landesgesetzgeber nach Art. 80 Abs. 4 GG eine derivative Gesetzgebungskompetenz inne.

bb) Verfahren

Das Gesetzgebungsverfahren wurde ordnungsgemäß nach den Vorgaben der Landesverfassung durchgeführt.

cc) Form

Fraglich ist, ob das ordnungsvertretende Landesgesetz wegen Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG den § 32 S. 1 IfSG i.V.m. § 28 Abs. 1 IfSG als Rechtsgrundlage hätte zitieren müssen.

Dem Wortlaut nach bezieht sich die Vorgabe lediglich auf „Verordnungen“.²⁹ Auf Grundlage einer formellen Betrachtungsweise des Ordnungsbegriffs ist Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG jedenfalls nicht unmittelbar auf ordnungsvertretende Landesgesetze anwendbar. Dies gilt selbst dann, wenn man ordnungsvertretende Gesetze unter funktionalen Gesichtspunkten als Gesetze *sui generis* mit Zwischenstellung einordnet, denn auch derartige Normen sind dem Wortsinn nach keine „Verordnungen“. Andererseits spricht die systematische Betrachtung für eine Einbeziehung ordnungsvertretender Gesetze: Durch Art. 80 Abs. 4 GG wird die Möglichkeit geschaffen, Landesgesetze anstelle von Rechtsverordnungen zu erlassen. Dass diese Möglichkeit nur besteht, „soweit“ eine Rechtsverordnung erlassen werden könnte, verdeutlicht, dass die Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 GG auch für ordnungsvertretende Gesetze Geltung beanspruchen.³⁰

Hält man die Wortlautgrenze für überschritten, könnte das Zitiergebot jedenfalls in analoger Anwendung des Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG zu beachten sein.³¹ Voraussetzungen einer Analogie sind eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage.³² Eine planwidrige Lücke im Verfassungsrecht anzunehmen, ist allerdings aus grundsätzlichen Gründen nicht unproblematisch und jedenfalls besonders voraussetzungsvoll. Denn eine Verfassung regelt vieles gewollt fragmentarisch, um die Einzelheiten dem einfachen Recht bzw. dem freien Spiel der politischen Akteure zu überlassen. Gegen eine planwidrige Regelungslücke spricht, dass Art. 80 Abs. 4 GG eine Stärkung des Landesgesetzgebers bewirken soll(te) und diese zwar den materiellen, nicht aber den formellen Bindungen unterliegen sollten, die für den administrativen Ordnungsgeber gelten.³³ Solche formellen Bindungen des Landesgesetzgebers durch den Bundesgesetzgeber erschienen auch mit Blick auf das Bundesstaatsprinzip problematisch. Zweifelhaft ist zudem, ob von einer vergleichbaren Interessenlage auszugehen ist. Das Zitiergebot kann (und soll) zuvörderst normative Ableitungszusammenhänge sichtbar machen. In der hiesigen Konstellation einer *konkurrierenden* Gesetzgebungszuständigkeit läge die Gesetzgebungszuständigkeit aber ohnehin nach Art. 70, 30 GG bei den Ländern, wenn der Bundesgesetzgeber keine Verordnungsermächtigung geschaffen hätte. Durch die Verordnungs-

²⁹ Dies betont *Jutzi*, ZG 1999, 239 (244).

³⁰ Statt vieler *Bauer*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 67 f.; *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 117; *Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 80 Rn. 58 jeweils m.w.N.

³¹ Ausdrücklich für eine analoge Anwendung etwa *Bauer*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 68; *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 123; *Rauber*, VerwArch 2021, 205 (211).

³² Klassisch und eingehend zu den Voraussetzungen einer Analogie *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 202 ff.; differenzierend und anschaulich *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl. 2019, S. 193 ff.

³³ *Jutzi*, ZG 1999, 239 (244).

ermächtigung werden die Länder zwar materiell-rechtlich vorgesteuert. Dies anzuzeigen ist aber keine spezifische Funktion des ordnungsrechtlichen Zitiergebots.³⁴ Eine Beachtung des Zitiergebotes kann hier nämlich auch nicht die Funktion erfüllen, den Bürgern verwaltungsgerichtliche Klagen bzw. Normenkontrollen nach § 47 VwGO zu erleichtern, weil solche gegen Landesgesetze ohnehin nicht zulässig sind. Auch eine Verfassungsbeschwerde kann nur auf die Verletzung der Grundrechte gestützt werden und ihr Maßstab ist nur spezifisches Verfassungsrecht und nicht einfaches Bundesrecht.

Vertiefungshinweis: Eine Verletzung einfachen Bundesrechts (hier gegebenenfalls der bundesgesetzlichen Verordnungsermächtigung) durch ein Landesgesetz kann nach Art. 100 Abs. 1 S. 2 GG und nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG im Verfahren der konkreten bzw. der abstrakten Normenkontrolle geprüft werden.

Das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 3 S. 1 GG ist mithin nicht (analog) anwendbar, sodass das ordnungsvertretende Landesgesetz § 32 S. 1 IfSG i.V.m. § 28 Abs. 1 IfSG nicht als Rechtsgrundlage zitieren musste.

Hinweis: Eine a.A. ist mit entsprechender Begründung vertretbar und entspricht der wohl h.M. in der Literatur. Dafür werden Gesichtspunkte der Rechtsklarheit und des Rechtsschutzes angeführt.³⁵ Die Erkennbarkeit kompetenzieller Ableitungszusammenhänge sei im Rechtsstaat von zentraler Bedeutung. Die Kompetenz des Landesgesetzgebers ergebe sich aber nicht ohne Weiteres aus dem Grundgesetz, sondern erst aus der Verordnungsermächtigung. Das Landesgesetz ist außerdem materiell am Maßstab der bundesgesetzlichen Verordnungsermächtigung zu messen. Das Zitiergebot diene danach auch der Offenlegung dieses Maßstabes.

dd) Zwischenergebnis

§ 8 CoronaSchG ist formell verfassungsgemäß.

c) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Unter dem Gesichtspunkt der materiellen Verfassungsmäßigkeit müsste § 8 CoronaSchG den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren. Bei Eingriffen in vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte müssen die entgegenstehenden Rechtsgüter von Verfassungsrang einander so zugeordnet werden, dass beide möglichst zur optimalen Wirksamkeit gelangen (Herstellung praktischer Konkordanz³⁶).

aa) Legitimer Zweck

Eine Einschränkung des Art. 5 Abs. 3 GG darf nur zum Schutz kollidierender Verfassungsgüter erfolgen. Mit der Regelung des § 8 CoronaSchG müsste daher wenigstens ein Zweck von Verfassungsrang verfolgt werden. Zum einen sollen durch die Regelung das Leben und die Gesundheit aller geschützt werden. Die Schutzpflicht zugunsten des Lebens und der Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG hat

³⁴ Zum Vorstehenden *Dersarkissian*, DVBl. 2022, 696 (698).

³⁵ Dazu etwa *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 123; *Nierhaus*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Grundgesetz, 87. Lfg., Stand: Dezember 1998, Art. 80 Rn. 414.

³⁶ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 317 ff.

Verfassungsrang. Zum anderen soll verhindert werden, dass das Gesundheitssystem aufgrund des gehäuften Auftretens teils schwerer Erkrankungen an seine Funktionsgrenzen stößt. Die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems hat nicht ausdrücklich Verfassungsrang. Mit dem Schutz des Gesundheitssystems wird aber mittelbar das Ziel verfolgt, Leben und Gesundheit zu schützen. Mit dem Schutz von Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) liegt mithin ein auch zur Beschränkung eines vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts legitimer Zweck vor.

bb) Geeignetheit

Die Maßnahme müsste außerdem geeignet sein. Dies ist der Fall, wenn sie der Zweckerreichung förderlich ist, wobei die Teileignung genügt.³⁷ Indem durch § 8 CoronaSchG kulturelle Veranstaltungen untersagt werden, werden Begegnungen zwischen Menschen verringert. Je weniger Menschen aufeinandertreffen, umso geringer ist das Risiko einer Virusübertragung. Die Maßnahme ist folglich zum Schutz von Leben und Gesundheit auch in seiner mittelbaren Bedeutung für die Erhaltung eines funktionsfähigen Gesundheitssystems geeignet.

cc) Erforderlichkeit

Sie müsste überdies zur Zweckerreichung erforderlich, d.h. das relativ mildeste Mittel³⁸ sein. Dabei kommt dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zu. Die Erforderlichkeit ist aufgrund dessen nur dann zweifelhaft, wenn die Erwägungen des Gesetzgebers offensichtlich fehlsam sind.³⁹ Mangels Verfügbarkeit kamen weder Impfungen noch Testpflichten als alternative Mittel in Betracht. Der Landesgesetzgeber hätte aber anstelle des Verbots des Museumsbetriebs eine Beschränkung der Besucherzahlen regeln können. Allerdings wäre eine solche Regelung weniger effektiv – insbesondere, wenn sie nicht mit einem Hygienekonzept kombiniert wird. Die Öffnung von Museen von einem Gebot zur Umsetzung eines Hygienekonzepts abhängig zu machen, wäre ebenfalls ein milderer Mittel. Dadurch läge es in der Hand der Veranstalter, kulturelle Veranstaltungen unter deutlicher Verringerung des Infektionsrisikos zu ermöglichen. Das Infektionsrisiko kann allerdings nur auf null reduziert werden, indem das persönliche Aufeinandertreffen untersagt wird. Ein Gebot zur Umsetzung eines Hygienekonzepts wäre damit zwar ein milderer, aber kein völlig gleich geeignetes Mittel zur Erreichung der Ziele. Außerdem ist nicht unplausibel, dass die Verwaltung Hygienekonzepte und deren Einhaltung – zumal in einer Pandemie – nur beschränkt überprüfen könnte. Die Maßnahme ist mithin auch erforderlich.

Hinweis: Eine a.A. ist bei entsprechender Argumentation vertretbar.

dd) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Schließlich müsste die Regelung des § 8 CoronaSchG auch verhältnismäßig im engeren Sinne sein. Der Einsatz des Mittels darf nicht außer Verhältnis zu den mit ihm verfolgten Zwecken stehen. In Sinne der Herstellung praktischer Konkordanz sind die entgegenstehenden Verfassungsgüter einander so zuzuordnen, dass beide möglichst zu optimaler Entfaltung gelangen.

³⁷ Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 619; siehe auch Michael, JuS 2001, 654 (656) mit Beispielen.

³⁸ Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 620; siehe auch Michael, JuS 2001, 654 (656 f.) mit Beispielen.

³⁹ Statt aller Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 153.

Die entgegenstehenden Verfassungsgüter können in einem ersten Schritt auf abstrakter Ebene gewichtet werden.⁴⁰ Der mit der Maßnahme verfolgte Schutz des Lebens und der Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) ist schon bei abstrakter Betrachtung von herausgehobener Bedeutung. Obwohl das Grundrecht einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegt, sind Leben und Gesundheit als Grundvoraussetzungen jeglicher Freiheitsausübung besonders hochrangig. Das Leben stellt innerhalb der Verfassungsordnung – des einfachen Gesetzesvorbehalts zum Trotz – einen Höchstwert dar. Als vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht ist auch die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) von herausragender Bedeutung.

Auf konkreter Ebene sind die Schwere des durch das Mittel bewirkten Eingriffs sowie der dadurch erreichte Grad der Zweckerreichung zueinander ins Verhältnis zu setzen.⁴¹

Die Schwere des Eingriffs hängt entscheidend davon ab, wie oft, wie lange und wie intensiv das grundrechtliche Schutzgut beeinträchtigt wird. M wird der Betrieb ihres Museums durch § 8 CoronaSchG vollständig untersagt. Das Gesetz ist zwar auf vier Wochen befristet, führt aber während dieser vier Wochen zu sehr schweren Beeinträchtigungen. Die Schwere des Eingriffs wird dadurch verstärkt, dass § 8 CoronaSchG keine Differenzierungen zulässt und auch keine Ausnahmen vorsieht. Die Ausstellungshalle ist sehr groß, hat hohe Wände und lässt sich gut durchlüften. Die Ausstellungsstücke stehen zudem in großer Entfernung voneinander und aufgrund der überschaubaren Besucherzahlen befinden sich selten mehr als zehn Personen gleichzeitig in dem Museum. Obwohl M ein ausgefeiltes Hygienekonzept entwickelt hat, das die Infektionsgefahr auf ein Minimum reduziert, bleibt der durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Betrieb ihres Museums verboten. Für M bestehen keinerlei Ausweichmöglichkeiten, um einen Präsenzbetrieb aufrechtzuerhalten. Man könnte allerdings erwägen, ob die Schwere des Eingriffs dadurch abgemildert wird, dass M digitale Alternativangebote schaffen könnte. Insoweit ist fraglich, ob solche den Präsenzbetrieb eines Museums überhaupt substituieren können, oder ob ein Museum in seiner Funktionsweise und Wirkung nicht vielmehr darauf angewiesen ist, dass Menschen sich in seine Räumlichkeiten begeben. Mit Blick auf die Zumutbarkeit der Schaffung digitaler Angebote ist zu berücksichtigen, dass M als Einzelperson ein in seiner Größe und seinem Besucheraufkommen überschaubares Museum betreibt und dementsprechend in ihren Ressourcen beschränkt sein dürfte.

Auf der anderen Seite ist der Grad der Zielerreichung zu bewerten. Bei einer isolierten Betrachtung der hier angegriffenen Museumsschließungen erschöpft sich der relative Grad der Zielerreichung darin, ein vergleichsweise geringes (Infektions-)Risiko auf null zu reduzieren. Denn (jedenfalls kleinere) Kunstmuseen sind typischerweise kein Raum, in dem große Menschenmengen eng beieinanderstehen oder in dem Regelverstöße zu erwarten sind. Die Beschwerdeführerin kann ein Hygienekonzept vorweisen und es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass sie dieses nicht einhalten und gegenüber den Besuchern durchsetzen würde. Das Restrisiko einer Infektion in einem Museum mit Hygienekonzept übersteigt womöglich nicht das allgemeine Lebensrisiko.

Allerdings handelt es sich bei den Regelungen – auch wenn diese als Verbote einzelner Arten von Veranstaltungen ausgestaltet sind – insgesamt um ein Maßnahmenpaket mit einem gewollt pauschalierenden Charakter. Ist eine Maßnahme Teil eines solchen Maßnahmenpakets, ist die Bedeutung jeder einzelnen Maßnahme für das Gemeinwohl auch in einer Zusammenschau mit den anderen Maßnahmen zu bewerten.⁴² Die Gründe dafür, dass der Gesetzgeber von Ausnahmen für einzelne Arten von Veranstaltungen absieht, sind nicht unplausibel. Die Befürchtung, dass die Akzeptanz von

⁴⁰ Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 624.

⁴¹ Hierzu und zu den nachfolgend herangezogenen Kriterien Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 625.

⁴² Deutlich etwa BVerfGE 159, 355 (421 f. Rn. 154) – Bundesnotbremse II.

Lockdown-Maßnahmen in der Gesellschaft bei all denjenigen abnehmen würde, die nicht selbst von entsprechenden Ausnahmeregelungen profitieren, liegt nicht fern. Das gilt umso mehr, weil Ausnahmen nur dann in Betracht kommen, wenn sie nur wenigen (hier: den an Kunst Interessierten) zugutekommen. Das könnte zu Neid gegenüber privilegierten Gruppen führen und gesellschaftliche Spaltungen fördern. Auch ist nicht unplausibel, dass sich der Gesetzgeber unter dem Zeitdruck nicht in der Lage sieht, für das gesamte öffentliche Leben entsprechende, dem Gleichheitssatz genügende Grenzen zu ziehen und in großem Umfang entsprechende Hygieneschutzkonzepte zu verwalten. Hygienekonzepte sind insbesondere in ihrer Umsetzung anfällig für Schutzlücken. Ein Versagen von Hygienekonzepten hätte in der aktuellen Phase potentiell weitreichende Auswirkungen auf das ohnehin dynamisch ansteigende Infektionsgeschehen. Bei einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz ist deshalb nicht ausschließlich der Grad der Zielerreichung im Einzelfall der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen. Es ist anerkannt, dass Pauschalierungen durch den Gesetzgeber zulässig sind, soweit Differenzierungen im Einzelfall nicht hinreichend durchführbar sind.

Laut Sachverhalt steigen die Infektionszahlen dramatisch an. Daraus folgt ein grundsätzlich hohes Risiko nicht nur für den Einzelnen, sondern auch für die Allgemeinheit und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems. Dieses Risiko kann nur dadurch erfolgsversprechend eingedämmt werden, dass persönliche Begegnungen erheblich vermindert werden. Die Einschränkungen gelten nur für einen vorübergehenden Zeitraum, um die akut erhöhte Gefahr für den Einzelnen und die Allgemeinheit einzudämmen. Für die Verhältnismäßigkeit könnte auch sprechen, vorliegend den Gedanken der intertemporalen Freiheitssicherung, den das BVerfG in seinem Klima-Beschluss⁴³ entwickelt hat, fruchtbar zu machen. Der Klima-Beschluss betraf die umgekehrte Konstellation, dass wenig schwerwiegende Grundrechtseingriffe in der Gegenwart die Wahrscheinlichkeit schwerwiegender Grundrechtseingriffe in der Zukunft erhöhen. Diesen Ansatz jenseits des verfassungs- und völkerrechtlich gebotenen Klimaschutzes zu verallgemeinern, wäre zwar problematisch. Im vorliegenden Fall stellt sich aber die Frage, ob die Einschätzung des Gesetzgebers anzuerkennen ist, dass schwerwiegende Grundrechtseingriffe gerade den Zweck haben, noch drastischere Eingriffe in der Zukunft zu verhindern. Tendenzen einer intertemporalen Betrachtung in dieser – wohl weniger problematischen – Konstellation deuten sich in der Entscheidung Bundesnotbremse II des BVerfG an. Im Kontext einer Pandemie könne demnach „die Zumutbarkeit der im weiteren Fortgang zu treffenden Gefahrenabwehrmaßnahmen auch davon abhängen, ob und inwieweit die damit verbundenen Belastungen bei zwischenzeitlichem staatlichem Handeln vermeidbar gewesen wären“⁴⁴.

Folglich ist die Maßnahme im Ergebnis verhältnismäßig im engeren Sinne.

Hinweis: Eine a. A. ist mit entsprechender Begründung gleichermaßen vertretbar.

ee) Zwischenergebnis

§ 8 CoronaSchG ist materiell verfassungsmäßig.

4. Zwischenergebnis

M ist nicht in ihrer Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG verletzt.

⁴³ BVerfGE 157, 30 (Klimaschutz).

⁴⁴ BVerfGE 156, 355 (431 Rn. 176) – Bundesnotbremse II.

II. Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

M könnte in ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt sein.

1. Schutzbereich

a) Sachlicher Schutzbereich

Art. 12 Abs. 1 GG schützt als einheitliches Grundrecht die Freiheit der Berufswahl und der Berufsausübung.⁴⁵ Ein Beruf ist jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.⁴⁶ M betreibt seit mehreren Jahren ein privates Museum, um aus den Einnahmen ihren Lebensunterhalt zu bestreiten, sodass es sich um einen Beruf handelt.

b) Persönlicher Schutzbereich

Die Berufsfreiheit schützt „alle Deutschen“ i.S.v. Art. 116 Abs. 1 GG. M ist jedoch italienische Staatsbürgerin, sodass sie grundsätzlich nicht dem persönlichen Schutzbereich der Berufsfreiheit unterfällt. Dieses Ergebnis ist vor dem Hintergrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts, der grundsätzlich auch im Verhältnis zum Grundgesetz besteht,⁴⁷ problematisch. Im (hier eröffneten) Anwendungsbereich der Verträge verbietet Art. 18 AEUV jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Wenn M die Berufung auf Art. 12 Abs. 1 GG versagt wird, weil sie italienische und nicht deutsche Staatsangehörige ist, liegt darin eine solche Diskriminierung. Insoweit ist eine Erweiterung des Grundrechtsschutzes auf Unionsbürger geboten. Entscheidend ist nicht nur, dass überhaupt Grundrechtsschutz besteht, sondern auch, dass dieser im Ergebnis gleich ist.

Es ist fraglich, auf welchem Wege diese zwingend gebotene Erweiterung des Grundrechtsschutzes zu erreichen ist. Das BVerfG greift auf das Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG zurück und verstärkt den Grundrechtsschutz im Wege einer unionsrechtskonformen Rechtsfortbildung, indem die Besonderheiten des jeweils einschlägigen Deutschen-Grundrechts auf Art. 2 Abs. 1 GG übertragen werden.⁴⁸ Gegen diese Vorgehensweise spricht, dass sie allzu konstruiert erscheint: Dem jeweiligen Deutschen-Grundrecht wird lediglich das Gewand des allgemeinen Freiheitsrechts übergelegt. Darum ist es vorzugswürdig, das jeweilige Deutschen-Grundrecht selbst in unionsrechtskonformer Weise zur Anwendung zu bringen. Methodisch kommt dafür eine analoge Anwendung⁴⁹ in Betracht. Eine normative Lücke lässt sich damit begründen, dass die unionsrechtlich gebotene Gleichbehandlung nicht durch eine Lösung gelingt, die dogmatisch kompliziert ist und den Anschein erweckt, dass das Schutzniveau unterschiedlich sein könnte. Folglich ist der persönliche Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG für M eröffnet.

⁴⁵ Grundlegend BVerfGE 7, 377 (400 ff.); ausführlich Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 47. Lfg., Stand: Juni 2006, Art. 12 Rn. 22 ff.

⁴⁶ St. Rspr., vgl. in der Sache schon BVerfGE 7, 377 (397); 102, 197 (212); 141, 121 (130 Rn. 34).

⁴⁷ Zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts und seinen Grenzen Sauer, Staatsrecht III, 7. Aufl. 2022, § 8 Rn. 25 ff. und § 9.

⁴⁸ Dazu BVerfG, Beschl. v. 4.11.2015 – 2 BvR 282/13, Rn. 10 f. mit umfangreichen Nachweisen auf die Literatur; statt vieler m.w.N. Dreier, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2013, Vorb. vor Art. 1 Rn. 116.

⁴⁹ Dafür etwa Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 448.

Hinweis: Wer hier der Rechtsprechung folgt, muss erörtern, inwieweit die spezifische Dogmatik des Art. 12 Abs. 1 GG im Einzelnen auf Art. 2 Abs. 1 GG zu übertragen ist. Innerhalb des Art. 2 Abs. 1 GG ist dann also – gleichsam hypothetisch – Art. 12 Abs. 1 GG zu prüfen.

2. Eingriff

Durch § 8 CoronaSchG wird M der durch die Berufsfreiheit geschützte Betrieb ihres Museums rechtsförmlich, unmittelbar und imperativ untersagt. Fraglich ist jedoch, ob die Beeinträchtigung auch final im Hinblick auf die Berufsfreiheit ist, d.h. eine subjektiv berufsregelnde Tendenz hat. Der Landesgesetzgeber hat in erster Linie die Eindämmung der Pandemie bezweckt und dafür gezielt auf den durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten kulturellen Bereich zugegriffen. Hingegen hatte der Landesgesetzgeber bei der Regelung dieses kulturellen Bereichs jedenfalls nicht primär die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG im Blick. Vielmehr wurde davon ausgegangen, dass Museen typischerweise weder privat noch zu dem Zweck, die Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage zu erreichen, betrieben werden. Einerseits dürfte die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit daher nicht der primären Zielrichtung des Landesgesetzgebers entsprechen. Andererseits stellt das Gesetz Museen in einen Zusammenhang mit anderen kulturellen Einrichtungen, deren Betrieb typischerweise durch die Berufsfreiheit geschützt ist. § 8 CoronaSchG benennt ausdrücklich „private (Kultur-)Einrichtungen“. Darunter sind Museen zwar nicht zu subsumieren. Allerdings wird deutlich, dass die Norm nicht ausschließlich öffentlich, sondern auch privat betriebene kulturelle Einrichtungen in Bezug nimmt und somit auch dazu bestimmt ist, auf typischerweise berufliche Tätigkeiten einzuwirken. Dass Museen privat betrieben werden, ist nicht fernliegend. Infolgedessen ist die Beeinträchtigung auch im Hinblick auf die Berufsfreiheit final.

Hinweis: Eine a.A. ist mit entsprechender Argumentation gleichermaßen vertretbar. Entscheidend ist eine Auseinandersetzung mit den Anforderungen an die Finalität im Sinne des klassischen Eingriffsbegriffs, die umstritten sind. Wird die Finalität verneint, ist auf den modernen bzw. erweiterten Eingriffsbegriff einzugehen. Ein Eingriff im modernen bzw. erweiterten Sinne liegt vor, wenn ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert wird und dies dem Staat zurechenbar ist. Dem Staat zurechenbar ist dabei erstens jede vorhersehbare Grundrechtsbeeinträchtigung, die er unmittelbar tatsächlich verursacht. Zweitens werden dem Staat Grundrechtsbeeinträchtigungen zugerechnet, die er zwar nur mittelbar, aber zielgerichtet bewirkt (und die damit einem klassischen Eingriff als funktionales Äquivalent gleichkommen). Ersteres ist hier der Fall. Zusätzlich bedarf es aber einer objektiv berufsregelnden Tendenz. Die Maßnahme muss „typischerweise und im Schwerpunkt“⁵⁰ die Berufsfreiheit betreffen.⁵¹ Wird eine objektiv berufsregelnde Tendenz verneint, kann auf das Auffanggrundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG zurückgegriffen werden. Eine Sperrwirkung durch die Einschlägigkeit des Art. 5 Abs. 3 GG stünde auch der Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG nicht entgegen, weil die insoweit spezielle Kunstfreiheit einen anderen sachlichen Gesichtspunkt (konkret: das nicht-wirtschaftliche Interesse) betrifft.

⁵⁰ Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 338.

⁵¹ St. Rspr. zur objektiv berufsregelnden Tendenz BVerfGE 13, 181 (186); 52, 42 (54); 128, 1 (82).

Vertiefungshinweis: Wann ein Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG ausgeschlossen ist, ist nicht abschließend geklärt. Nach der Rechtsprechung des BVerfG⁵² setzt die Sperrwirkung voraus, dass der *Grundrechts-tatbestand* eröffnet ist. Für die Berufsfreiheit bedeutet dies, dass Schutzbereich, Eingriff und berufsregelnde Tendenz gegeben sein müssen. Es ist aber auch vertretbar, schon die sachliche Einschlägigkeit eines speziellen Grundrechts oder die Eröffnung des Schutzbereichs ausreichen zu lassen.⁵³

3. Rechtfertigung

a) Beschränkbarkeit des Grundrechts

Die Berufsausübung kann nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden. Auf Grundlage der Annahme eines einheitlichen Grundrechts der Berufsfreiheit (s.o.) erstreckt das BVerfG⁵⁴ auch den Regelungsvorbehalt – über den Wortlaut hinaus – auf die Berufswahlfreiheit. Dieser ist als einfacher Gesetzesvorbehalt zu verstehen.

b) Formelle Verfassungsmäßigkeit

§ 8 CoronaSchG ist formell verfassungsmäßig (s.o.).

c) Materielle Verfassungsmäßigkeit

aa) Legitimer Zweck

Der Zweck der Regelung des § 8 CoronaSchG liegt im Schutz von Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und in der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems (s.o.). Für die Anforderungen an den legitimen Zweck einer Beeinträchtigung der Berufsfreiheit hat das BVerfG in seinem Apotheken-Urteil⁵⁵ die sog. Drei-Stufen-Theorie entwickelt. Die Anforderungen variieren in Abhängigkeit von der Eingriffsstufe. Unterschieden wird zunächst zwischen Schranken der Berufswahl und Berufsausübungsregelungen. Während die Schranken der Berufswahl den Zugang zu einem bestimmten Beruf (Frage des „Ob“) betreffen, beziehen sich Berufsausübungsregelungen auf Modalitäten der beruflichen Tätigkeit (Frage des „Wie“). Durch § 8 CoronaSchG wird der Betrieb einer kulturellen Einrichtung für die Dauer von vier Wochen vollständig untersagt. Unter Akzentuierung der Absolutheit des Verbots (niemand darf ein Museum betreiben) kann dieses einerseits als Schranke der Berufswahl verstanden werden. Andererseits unterscheidet es sich dadurch von typischen Konstellationen einer Berufswahlregelung, dass es nur vorübergehend wirkt. Nach vier Wochen kann und darf M den Betrieb ihres Museums wieder aufnehmen. Unter diesem Gesichtspunkt liegt die Annahme einer Berufsausübungsregelung nahe. Dafür spricht auch, dass die Drei-Stufen-Theorie in erster Linie Typisierungen bereitstellt: Eine Schranke der Berufswahl wirkt typischerweise, aber nicht zwangsläufig schwerer als eine Berufsausübungsregelung, weshalb eine Schranke der Berufswahl typischerweise, aber nicht zwangsläufig von einem höherwertigen Zweck getragen sein muss als eine Berufsausübungsregelung. Das vorübergehende Verbot der Berufsausübung ist mit einem dauerhaften

⁵² Exemplarisch BVerfG NJW 1992, 2143 (2144).

⁵³ Zu den verschiedenen Auffassungen im Überblick m.w.N. Lang, in: BeckOK GG, Stand: 15.5.2023, Art. 2 Rn. 63.

⁵⁴ BVerfGE 7, 377 (400 ff.).

⁵⁵ BVerfGE 7, 377.

Ausschluss von einem bestimmten Berufswertungsmäßig nicht vergleichbar. Vielmehr besteht insoweit eine Nähe zu anderen Regelungen, welche die Modalitäten beruflicher Tätigkeit betreffen. Zur Rechtfertigung einer Berufsausübungsregelung kommt jeder Gemeinwohlbelang, d.h. auch der Schutz von Leben und Gesundheit sowie die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems, in Betracht.

bb) Geeignetheit

Die Maßnahme ist geeignet (s.o.).

cc) Erforderlichkeit

Sie ist außerdem erforderlich (s.o.).

dd) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Schließlich müsste die Regelung des § 8 CoronaSchG auch verhältnismäßig im engeren Sinne sein.

Bei abstrakter Betrachtung werden mit dem Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung sowie der Erhaltung eines funktionsfähigen Gesundheitssystems gewichtige Ziele verfolgt (s.o.). Die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG ist demgegenüber ebenfalls von nicht geringem Gewicht, weil sie nicht nur die wirtschaftliche Existenzgrundlage des Individuums sichert, sondern auch eine Nähe zur Persönlichkeitsentfaltung aufweist. Das Grundrecht ist aber nicht vorbehaltlos gewährleistet, sondern unterliegt einem einfachen Gesetzesvorbehalt.

Unter dem Gesichtspunkt der Schwere des Eingriffs ist zu beachten, dass „nur“ die Berufsausübungsfreiheit der M betroffen ist. Weil diese nicht nur reguliert, sondern zeitweise völlig unterbunden wird, hat die Beeinträchtigung gleichwohl ein hohes Ausgangsgewicht. Der entgangene Gewinn für einen Monat beläuft sich auf etwa 10.000 € und wird nur partiell ausgeglichen. Differenzierungen und bzw. oder Ausnahmen sieht die gesetzliche Regelung nicht vor. Hinsichtlich des Grades der Zielerreichung kann nach oben verwiesen werden.

Bei der Abwägung ist zu berücksichtigen, dass die Berufsfreiheit – anders als die Kunstfreiheit – kein vorbehaltlos gewährleistet Grundrecht ist. Es gibt keine Gründe dafür, dass der Eingriff in die Berufsfreiheit im Vergleich schwerer wiegt als der Eingriff in die Kunstfreiheit. Im Ergebnis ist die Maßnahme damit verhältnismäßig im engeren Sinne.

Hinweis: Eine a.A. ist bei entsprechender Argumentation vertretbar.

ee) Zwischenergebnis

§ 8 CoronaSchG ist materiell verfassungsmäßig.

4. Zwischenergebnis

M ist nicht in ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG verletzt.

III. Zwischenergebnis

M ist in nicht ihren Grundrechten verletzt. Die Verfassungsbeschwerde ist mithin unbegründet.

Michael/Dersarkissian: Museumsschließungen durch verordnungsvertretendes Gesetz

C. Gesamtergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig, aber unbegründet. Deshalb hat sie keinen Erfolg.

Schwerpunktbereichsklausur Steuerverwaltungsrecht: Die alkoholisierte Angestellte*

Ass. iur. Timon El-Sherif, Berlin**

Gegenstand der Klausur ist die Prüfung der Zulässigkeit eines Einspruchs. Da dieser nicht fristgerecht erfolgte, bildet den Schwerpunkt der Prüfung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 110 AO). Bei der Frage, ob die Fristversäumnis unverschuldet erfolgte, ist sauber zwischen den beteiligten Personen zu differenzieren. In der Abwandlung stellt sich die Frage, ob es sich bei der Dreitagesregelung des § 122 Abs. 2 Nr. 1 AO um eine Frist handelt, auf welche die Wochenend-/Feiertagsregelung des § 108 Abs. 3 AO Anwendung findet.

Sachverhalt

C arbeitet als angestellter Chemiker in einem Labor in Berlin. Für seine Arbeit kauft er sich im Juli 2022 einen weißen Laborkittel für 500 €. In seiner Einkommensteuererklärung für das Jahr 2022 macht C diese 500 € als Werbungskosten geltend.

Bei der Prüfung der Steuererklärung fällt dem zuständigen Sachbearbeiter S des Finanzamts Tempelhof der weiße Laborkittel direkt auf. Er ist der Auffassung, dass C Aufwendungen für Kleidung nicht steuermindernd geltend machen könne. S versendet daher einen entsprechenden Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2022, welcher eine korrekte Rechtsbehelfsbelehrung enthält, per einfachem Brief an C.

Dieser Brief wurde der Deutschen Post AG am 24.4.2023 übergeben. Am 25.4.2023 findet C den Brief in seinem Briefkasten. Da die Kosten für den Laborkittel nicht berücksichtigt wurden, beschließt C, Einspruch gegen den Steuerbescheid einzulegen. Da er sich mit dem Steuerrecht allerdings nicht so auskennt, entscheidet C, sich an einen Rechtsanwalt zu wenden. Am Vormittag des 30.5.2023 erscheint C daher in der Rechtsanwaltskanzlei des R. Er beauftragt R damit, gegen den Steuerbescheid vorzugehen und erteilt ihm eine entsprechende schriftliche Vollmacht. R sichert C zu, den Einspruch noch am selben Tag beim Finanzamt einzulegen.

R verfasst einen entsprechenden schriftlichen Einspruch an das Finanzamt Tempelhof. Mit dieser und anderen Aufgaben ist R bis 18:00 Uhr beschäftigt. Da R am 30.5. Geburtstag hat, beschließt er, diesen nach dem anstrengenden Arbeitstag nun erst einmal mit seinen Kollegen zu feiern. In der Kanzlei gibt es daher Kuchen, Käse und Wein. R selbst trinkt keinen Alkohol, da er am nächsten Morgen einen wichtigen Gerichtstermin hat. Gegen 22:00 Uhr endet die kleine Feier. R fällt noch der für C verfasste Einspruch ein. Aufgrund des drohenden Fristablaufs und da er C zugesagt hat, den Einspruch am selben Tag einzulegen, möchte R dem noch nachkommen. Er spricht daher seine stets zuverlässige Rechtsanwaltsfachangestellte N an, welche in der Nähe des Finanzamts Tempelhof wohnt, und fragt diese, ob sie den Einspruch heute Abend noch in den Nachtbriefkasten des Finanzamts einwerfen könne. Dabei weist er N auf den drohenden Fristablauf sowie die Notwendigkeit der

* Die Klausur war Bestandteil der Schwerpunktbereichsklausur im Allgemeinen Steuerrecht an der Freien Universität Berlin im Sommersemester 2022. Für die Veröffentlichung wurden die Daten aktualisiert und der Ausgangsfall um eine Abwandlung ergänzt.

** Der Autor arbeitete als Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Steuerrecht von Prof. Dr. Markus Heintzen an der Freien Universität Berlin.

Fristwahrung hin. N hatte schon etwas mehr Wein getrunken, antwortet aber hicksend: „Na klar, Chef. Ich habe zwar ein wenig zu tief ins Glas geschaut. Aber das ist ja direkt bei mir um die Ecke, das kriege ich ohne Probleme hin“. R vertraut der Aussage der N.

N läuft nach Hause und kommt gegen 22:30 Uhr an ihrer Wohnungstür an. Angetrunken wie sie war, hat sie jedoch vergessen, das Schreiben zuvor in den Nachbriefkasten des Finanzamts zu werfen. Dies fällt N am nächsten Morgen (31.5.2023) bei einem Blick in ihre Handtasche auf. Sie rennt daher sofort zum Hausbriefkasten des Finanzamts Tempelhof und wirft den Einspruch dort gegen 07:00 Uhr ein.

Am Freitag, dem 2.6.2023, fragt R bei N nach, ob am Abend des 30.5. alles geklappt habe. Zähneknirschend muss N dem R gestehen, dass sie den Brief erst am nächsten Morgen in den Hausbriefkasten des Finanzamts geworfen hat. R setzt sich daraufhin sofort an seinen Schreibtisch. Er schildert dem Finanzamt das Geschehen, entschuldigt sich vielmals für die Fristversäumnis und bittet darum, dennoch in der Sache zu entscheiden. Dem Schreiben fügt er eine eidesstaatliche Versicherung der N bei und wirft es am selben Tag in den Hausbriefkasten des Finanzamts Tempelhof.

Fallfrage

Ist der Einspruch des C zulässig?

Abwandlung

Anders als im Ausgangsfall entscheidet sich C dafür, selbst Einspruch gegen den Einkommensteuerbescheid 2022 einzulegen. Der Einkommensteuerbescheid wurde am 26.4.2023 bei der Deutschen Post AG als einfacher Brief aufgegeben. C findet den Brief einen Tag später in seinem Briefkasten. Aufgrund der Hochzeit seines besten Freundes im Mai 2023, kommt C jedoch erst am 2.6.2023 zum Verfassen eines schriftlichen Einspruchs, welchen er noch am selben Tag in den Hausbriefkasten des Finanzamts Tempelhof einwirft.

Fallfrage

Ist der Einspruch des C zulässig?

Kalenderauszug:

April 2023							Mai 2023							Juni 2023						
M	D	M	D	F	S	S	M	D	M	D	F	S	S	M	D	M	D	F	S	S
					1	2	1	2	3	4	5	6	7				1	2	3	4
3	4	5	6	7	8	9	8	9	10	11	12	13	14	5	6	7	8	9	10	11
10	11	12	13	14	15	16	15	16	17	18	19	20	21	12	13	14	15	16	17	18
17	18	19	20	21	22	23	22	23	24	25	26	27	28	19	20	21	22	23	24	25
24	25	26	27	28	29	30	29	30	31					26	27	28	29	30		

Gesetzliche Feiertage: 7. April, 10. April, 1. Mai, 18. Mai, 29. Mai

Lösungsvorschlag

A. Ausgangsfall	811
I. Statthaftigkeit, §§ 347, 348 AO	811
II. Einspruchsbefugnis, §§ 350–353 AO	812
III. Vertretung des C durch R	812
IV. Form, § 357 AO	812
V. Frist, § 355 AO	812
1. Bekanntgabe.....	812
2. Fristberechnung	813
3. Zwischenergebnis.....	813
VI. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, § 110 AO	813
1. Versäumnis einer gesetzlichen Frist	813
2. Antrag auf Wiedereinsetzung, § 110 Abs. 1 S. 1 AO.....	813
3. Unverschuldete Fristversäumnis, § 110 Abs. 1 S. 1 AO	814
a) Eigenes Verschulden des C.....	814
b) Zurechnung fremden Verschuldens?	814
c) Verschulden des R	814
4. Zwischenergebnis.....	815
VII. Ergebnis	816
B. Abwandlung	816
I. Frist, § 355 AO	816
1. Bekanntgabe und Fristberechnung	816
2. Streitentscheid	817
3. Zwischenergebnis.....	818
II. Ergebnis	818

A. Ausgangsfall

Der Einspruch des C ist zulässig, wenn alle Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

I. Statthaftigkeit, §§ 347, 348 AO

Gem. § 347 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AO ist der Einspruch statthaft gegen Verwaltungsakte in Abgabenangelegenheiten i.S.d. § 347 Abs. 2 AO, auf die die Abgabenordnung Anwendung findet. C wendet sich gegen den Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2022. Dabei handelt es sich um einen Verwaltungsakt in einer Abgabenangelegenheit (vgl. § 155 Abs. 1 S. 1 und S. 2 AO), auf den die Abgabenordnung gem.

§ 1 Abs. 1 S. 1 AO anwendbar ist.¹ Mithin ist der Einspruch statthaft.

II. Einspruchsbefugnis, §§ 350–353 AO

Nach § 350 AO ist zur Einlegung eines Einspruchs befugt, wer geltend macht, durch einen Verwaltungsakt oder dessen Unterlassung beschwert zu sein. Dies ist der Fall, wenn der Einspruchsführer eine Rechtsverletzung oder die Beeinträchtigung rechtlich geschützter Interessen geltend machen kann.²

C hat in seiner Einkommensteuererklärung für das Jahr 2022 Aufwendungen i.H.v. 500 € für einen weißen Laborkittel als Werbungskosten geltend gemacht. Diese Aufwendungen wurden im Einkommensteuerbescheid 2022 nicht steuermindernd berücksichtigt. Aus Sicht des C wurde somit eine zu hohe Steuer festgesetzt. C ist folglich Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes und somit möglicherweise in Art. 2 Abs. 1 GG verletzt (Adressatentheorie).³ Mithin ist C einspruchsbefugt.

III. Vertretung des C durch R

C hat den Einspruch nicht selbst eingelegt. Allerdings kann sich ein Beteiligter gem. § 365 Abs. 1 AO i.V.m. § 80 Abs. 1 S. 1 AO durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen. Die Vollmacht ermächtigt den Bevollmächtigten grundsätzlich zu allen das Verwaltungsverfahren betreffenden Verfahrenshandlungen (§ 80 Abs. 1 S. 2 AO). Dies umfasst auch die Einlegung eines Einspruchs für den Steuerpflichtigen.⁴

C hat R damit beauftragt, gegen den Einkommensteuerbescheid 2022 vorzugehen, und eine entsprechende schriftliche Vollmacht erteilt. Mithin liegt eine wirksame Vertretung des C durch R vor.

IV. Form, § 357 AO

Gem. § 357 Abs. 1 S. 1 AO ist der Einspruch schriftlich oder elektronisch einzureichen oder zur Niederschrift zu erklären. N hat den schriftlichen Einspruch am 31.5.2023 in den Hausbriefkasten des Finanzamts Tempelhof eingeworfen. Die Einspruchseinlegung erfolgte mithin formgerecht.

V. Frist, § 355 AO

Schließlich müsste der Einspruch auch fristgerecht erfolgt sein. Nach § 355 Abs. 1 S. 1 AO ist der Einspruch innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes einzulegen.

1. Bekanntgabe

Fristauslösendes Ereignis ist die Bekanntgabe des Verwaltungsaktes.⁵ Diese erfolgte per einfachem Brief, sodass die Vorschrift des § 122 Abs. 2 AO Anwendung findet. Gem. § 122 Abs. 2 Nr. 1 AO gilt ein schriftlicher Verwaltungsakt, der durch die Post übermittelt wird, bei einer Übermittlung im Inland

¹ *Tappe*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 230. Lfg., Stand: November 2014, AO § 347 Rn. 60 f.

² *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, 25. Aufl. 2022, Rn. 564.

³ Vgl. *Cöster*, in: Koenig, Abgabenordnung, Kommentar, 4. Aufl. 2021, § 350 Rn. 15.

⁴ *Rätke*, in: Klein, AO, Kommentar, 16. Aufl. 2022, § 80 Rn. 7.

⁵ *Seer*, in: Tipke/Kruse, AO – FGO, Kommentar, 164. Lfg., Stand: Februar 2021, AO § 355 Rn. 3.

grundsätzlich am dritten Tage nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben. Der Einkommensteuerbescheid 2022 wurde der Deutschen Post AG am 24.4.2023 übergeben. Gem. § 122 Abs. 2 Nr. 1 AO gilt der Steuerbescheid somit am 27.4.2023 als bekannt gegeben. Dass C den Brief bereits vorher, am 25.4.2023, erhalten hat, ist für die Bekanntgabe unbeachtlich (vgl. Wortlaut des § 122 Abs. 2 Nr. 1 AO).⁶

2. Fristberechnung

Die Fristberechnung bestimmt sich nach § 108 AO i.V.m. §§ 187 ff. BGB.⁷ Fristbeginn ist gem. § 108 AO i.V.m. § 187 Abs. 1 BGB der 28.4.2023, 00:00 Uhr. Fristende ist gem. § 108 AO i.V.m. § 188 Abs. 2 BGB grundsätzlich der 27.5.2023, 24:00 Uhr. Da es sich bei diesem Tag jedoch um einen Samstag handelt, endet die Frist gem. § 108 Abs. 3 AO erst mit Ablauf des nächstfolgenden Werktages. Fristende ist somit der 30.5.2023, 24:00 Uhr.⁸

N hat den Einspruch jedoch erst am 31.5.2023 in den Hausbriefkasten des Finanzamts Tempelhof geworfen.

3. Zwischenergebnis

Der Einspruch des C erfolgte nicht fristgerecht.

VI. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, § 110 AO

Da der Einspruch des C nicht fristgerecht erfolgte, ist dieser als unzulässig zu verwerfen, es sei denn, es liegen Gründe für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vor.⁹

Nach § 110 Abs. 1 S. 1 AO ist auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn jemand ohne Verschulden verhindert war, eine gesetzliche Frist einzuhalten.

1. Versäumnis einer gesetzlichen Frist

Bei der Einspruchsfrist handelt es sich um eine gesetzliche Frist (vgl. § 355 Abs. 1 S. 1 AO). Diese hat C nicht gewahrt, da sein Einspruch erst am 31.5. in den Hausbriefkasten des Finanzamts eingeworfen wurde.

2. Antrag auf Wiedereinsetzung, § 110 Abs. 1 S. 1 AO

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erfordert grundsätzlich einen Antrag, § 110 Abs. 1 S. 1 AO. Der Begriff „Wiedereinsetzung“ muss nicht verwendet werden. Es genügt vielmehr, wenn sich aus den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ergibt, dass der Steuerpflichtige Wiedereinsetzung begehrt.¹⁰ Dies ist durch Auslegung (§ 133 BGB analog) zu ermitteln.¹¹

R legt in seinem Schreiben vom 2.6.2023 dar, weswegen der Einspruch erst am 31.5.2023 in den Briefkasten des Finanzamts geworfen wurde und wie es dazu kam. Zudem entschuldigt er sich für

⁶ Seer, in: Tipke/Kruse, AO – FGO, Kommentar, 168. Lfg., Stand: November 2021, AO § 122 Rn. 53.

⁷ Rätke, in: Klein, AO, Kommentar, 16. Aufl. 2022, § 355 Rn. 16.

⁸ Es ist nicht auf Montag, den 29.5.2023, abzustellen, da es sich bei diesem Tag um einen gesetzlichen Feiertag handelt (siehe § 108 Abs. 3 AO).

⁹ Rätke, in: Klein, AO, Kommentar, 16. Aufl. 2022, § 355 Rn. 20.

¹⁰ Söhn, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 261. Lfg., Stand: Februar 2021, AO § 110 Rn. 477.

¹¹ Vgl. BFH DStRE 2014, 295 (296).

die Fristversäumnis und bittet ausdrücklich darum, dennoch in der Sache zu entscheiden. Dies ist als Wiedereinsetzungsantrag auszulegen.

3. Unverschuldete Fristversäumnis, § 110 Abs. 1 S. 1 AO

Fraglich ist jedoch, ob den C kein Verschulden an der Fristversäumnis trifft (§ 110 Abs. 1 S. 1 AO). „Ohne Verschulden“ verhindert, eine gesetzliche Frist einzuhalten, ist jemand dann, wenn er die für einen gewissenhaft und sachgemäß handelnden Verfahrensbeteiligten gebotene und ihm nach den Umständen zumutbare Sorgfalt beachtet hat.¹²

a) Eigenes Verschulden des C

C selbst hat am letzten Tag der Frist einen Rechtsanwalt aufgesucht und diesen damit beauftragt, gegen den Einkommensteuerbescheid vorzugehen. Ein Verschulden des C ist nicht darin zu sehen, dass dieser erst am letzten Tag der Einspruchsfrist einen Rechtsanwalt beauftragte. Der Steuerpflichtige darf eine Frist voll ausschöpfen.¹³ Vor dem Hintergrund, dass C den R am Vormittag des 30.5. aufsuchte und R dem C zusicherte, den Einspruch noch am selben Tag (und damit fristgerecht¹⁴) einzulegen, trifft C kein eigenes Verschulden.

b) Zurechnung fremden Verschuldens?

Möglicherweise muss C sich jedoch ein Verschulden von R oder N zurechnen lassen. Nach § 110 Abs. 1 S. 2 AO ist das Verschulden eines Vertreters dem Vertretenen zuzurechnen. Der in der Vorschrift verwendete Begriff des „Vertreters“ ist weit auszulegen. Zu den Vertretern i.S.d. § 110 Abs. 1 S. 2 AO zählen insbesondere auch Bevollmächtigte i.S.v. § 80 AO.¹⁵ Keine Vertreter sind hingegen sog. Hilfspersonen. Ihr Verschulden ist dem Beteiligten nicht zuzurechnen. Zu diesen Hilfspersonen gehören unter anderem nicht bevollmächtigte Angestellte von Rechtsanwälten und anderen Angehörigen der steuerberatenden Berufe (Hilfskräfte der Berufsträger).¹⁶ Mithin ist C ein Verschulden der N nicht zurechenbar, sondern nur ein Verschulden des R.

c) Verschulden des R

Fraglich ist demnach, ob R ein Verschulden an der Versäumnis der Einspruchsfrist trifft.

An die Sorgfaltspflichten eines Anwalts oder eines Angehörigen der steuerberatenden Berufe sind besonders hohe Anforderungen zu stellen, nämlich eine äußerste, den Umständen des Falles angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt.¹⁷ Bei Fristversäumnissen, welche (unmittelbar) durch das Büropersonal eines Anwalts oder eines Angehörigen der steuerberatenden Berufe verursacht werden, differenziert die finanzgerichtliche Rechtsprechung zwischen schädlichen Organisationsmängeln und unschädlichen Büroversehen. Während Fristversäumnisse infolge eines Organisationsmangels durch den Berufsträger (Vertreter) verschuldet sind und dem Beteiligten (Vertre-

¹² BFH DStR 2009, 103 (104).

¹³ BFH NJW 2001, 991; *Brandis*, in: Tipke/Kruse, AO – FGO, Kommentar, 173. Lfg., Stand: November 2022, AO § 110 Rn. 14.

¹⁴ Siehe dazu oben unter A. V. 2.

¹⁵ *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 261. Lfg., Stand: Februar 2021, AO § 110 Rn. 234.

¹⁶ *Koenig*, in: Koenig, AO, Kommentar, 4. Aufl. 2021, § 110 Rn. 49, 54.

¹⁷ BFH DStRE 2010, 1529 (1530).

tenen) gem. § 110 Abs. 1 S. 2 AO zugerechnet werden, sind die durch ein Büroversehen verursachten Fristversäumnisse für Berufsträger und Beteiligten unverschuldet.¹⁸

Erteilt ein Rechtsanwalt einer zuverlässigen Kanzleiangestellten eine konkrete Einzelanweisung, darf er grundsätzlich darauf vertrauen, dass diese auch befolgt wird. Ein eigenes Verschulden des Rechtsanwalts liegt demnach grundsätzlich nicht vor, wenn er eine zuverlässige Kanzleiangestellte durch eine konkrete Einzelanweisung mit der Absendung eines fristwahrenden Schriftsatzes betraut hat und diese über den drohenden Fristablauf sowie die Notwendigkeit der Fristwahrung unterrichtet worden ist.¹⁹ Die das Verschulden des Rechtsanwalts ausschließende Wirkung kommt einer konkreten Einzelanweisung jedoch dann nicht zu, wenn neben dem Umstand, dass eine Angestellte schuldhaft eine Einzelanweisung nicht befolgt und dadurch eine Frist versäumt wird, ein bestimmtes, den speziellen Fall betreffendes schuldhaftes Verhalten des Rechtsanwalts hinzutritt, das für das Versäumen der Frist mitursächlich sein kann.²⁰ Bereits ein mitursächliches Verschulden des Rechtsanwalts schließt demnach eine unverschuldete Fristversäumnis aus.

Vorliegend hat R der N eine konkrete Einzelanweisung zum Einwurf des Schreibens in den Nachtbriefkasten des Finanzamts Tempelhof erteilt und über den drohenden Fristablauf sowie die Notwendigkeit der Fristwahrung unterrichtet. Nach den obigen Ausführungen liegt demnach grundsätzlich kein eigenes Verschulden des R vor. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass N angetrunken war, was R auch durch die hicksende Antwort der N sowie die Aussage, sie habe „ein wenig zu tief ins Glas geschaut“, erkannt hat bzw. zumindest hätte erkennen können. Es entsprach somit nicht der äußersten, den Umständen des Falles angemessenen und vernünftigerweise zu erwartenden Sorgfalt, gerade diese Person mit dem Einwurf eines fristwahrenden Schreibens am letzten Tag der Frist zu beauftragen. Der Umstand, dass der Briefkasten in der Nähe der Wohnung der N liegt, sowie die Aussage „sie kriege das schon ohne Probleme hin“, ändern an der Sorgfaltspflichtverletzung nichts. Gerade vor dem Hintergrund des drohenden Fristablaufs durfte R nicht darauf vertrauen, dass N seine Anweisung zuverlässig befolgt. R hat die Fristversäumnis somit zumindest mitverschuldet.

Mithin trifft R ein eigenes Verschulden an der Fristversäumnis, welches C nach § 110 Abs. 1 S. 2 AO zugerechnet wird.

Hinweis: Die Begriffe Organisationsmangel und Büroversehen müssen nicht zwingend fallen. Wichtig ist, dass Mitarbeiter erkennen, dass nicht nur ein Verschulden der Rechtsanwaltsfachangestellten (Hilfskraft) vorliegt, welches dem Steuerpflichtigen nicht zugerechnet wird, sondern ein eigenes Verschulden des Vertreters.

4. Zwischenergebnis

Die Fristversäumnis erfolgte nicht unverschuldet. C ist keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

Hinweis: Im Rahmen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sollten die Prüfungspunkte Versäumnis einer gesetzlichen Frist und unverschuldete Fristversäumnis angesprochen werden. Der Antrag (siehe unter A. VI. 2.) ist nicht zwingend zu prüfen. Gelangt man – wie hier – zur verschuldeten

¹⁸ *Söhn*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 261. Lfg., Stand: Februar 2022, AO § 110 Rn. 256 m.w.N.

¹⁹ BFH BeckRS 2009, 25015816 Rn. 7; BFH DStRE 2004, 795 (796).

²⁰ BFH BeckRS 2004, 25006966; BFH BeckRS 2011, 97039 Rn. 7.

Fristversäumnis, müssen die weiteren Voraussetzungen des § 110 Abs. 2 AO (Antragsfrist, Glaubhaftmachung der Wiedereinsetzungsgründe, Nachholung der versäumten Rechtshandlung innerhalb der Antragsfrist) nicht geprüft werden. Ein Eingehen auf diese Voraussetzungen im Hilfsgutachten ist nicht erforderlich, da hier keine im Sachverhalt angelegten Probleme liegen.

VII. Ergebnis

Der Einspruch des C ist unzulässig.

B. Abwandlung

Der Einspruch des C ist zulässig, wenn alle Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen. Im Ausgangsfall liegen diese, bis auf die Einspruchsfrist, vor.²¹ Fraglich ist daher allein, ob der Einspruch in der Abwandlung fristgerecht eingelegt wurde.

I. Frist, § 355 AO

Nach § 355 Abs. 1 S. 1 AO ist der Einspruch innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes einzulegen.

1. Bekanntgabe und Fristberechnung

Fristauslösendes Ereignis ist die Bekanntgabe des Verwaltungsaktes. Diese erfolgte per einfachem Brief, sodass die Vorschrift des § 122 Abs. 2 AO Anwendung findet. Gem. § 122 Abs. 2 Nr. 1 AO gilt ein schriftlicher Verwaltungsakt, der durch die Post übermittelt wird, bei einer Übermittlung im Inland grundsätzlich am dritten Tage nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben. Der Einkommensteuerbescheid 2022 wurde der Deutschen Post AG am 26.4.2023 übergeben. Gem. § 122 Abs. 2 Nr. 1 AO gilt der Steuerbescheid somit grundsätzlich am Samstag, dem 29.4.2023, als bekannt gegeben. Das C den Brief bereits vorher, am 27.4.2023, erhalten hat, ist für die Bekanntgabe unbeachtlich (vgl. Wortlaut des § 122 Abs. 2 Nr. 1 AO).

Etwas anderes könnte sich jedoch aus § 108 Abs. 3 AO ergeben. Nach dieser Vorschrift endet die Frist mit dem Ablauf des nächstfolgenden Werktags, wenn das Ende einer Frist auf einen Sonntag, einen gesetzlichen Feiertag oder einen Sonnabend fällt. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 108 Abs. 3 AO auf den vorliegenden Fall ist demnach, dass es sich bei der Dreitagesregelung des § 122 Abs. 2 Nr. 1 AO um eine Frist i.S.d. § 108 Abs. 3 AO handelt.

Einer Ansicht nach stellt die Dreitagesregelung keine Frist dar.²² Folgt man dieser Ansicht, wäre Fristbeginn Samstag, der 29.4.2023, 00:00 Uhr (§ 108 AO i.V.m. § 187 Abs. 1 AO) und Fristende grundsätzlich der 29.5.2023, 24:00 Uhr. Da es sich bei diesem Tag jedoch um einen Feiertag handelt, endet die Frist gem. § 108 Abs. 3 AO erst mit Ablauf des nächstfolgenden Werktages. Fristende ist somit – wie im Ausgangsfall – der 30.5.2023, 24:00 Uhr. C hat den Einspruch am 2.6.2023 in den Hausbriefkasten des Finanzamts Tempelhof eingeworfen. Der Einspruch wäre somit nicht fristgerecht erfolgt und mithin unzulässig.

²¹ Siehe dazu oben A. I.–IV.

²² BFH NVwZ 1986, 968; BFH BeckRS 1996, 12363; vgl. auch BSG NJW 2011, 1099; VGH München NJW 1991, 1250.

Einer anderen Ansicht nach stellt die Dreitagesregelung des § 122 Abs. 2 Nr. 1 AO eine Frist dar.²³ Nach dieser Ansicht gilt der Steuerbescheid nicht am Samstag, dem 29.4.2023, als bekannt gegeben. Vielmehr gilt der Steuerbescheid mit Ablauf des nächstfolgenden Werktags, d.h. Dienstag, dem 2.5.2023, als bekannt gegeben.²⁴ Fristbeginn wäre dementsprechend der 3.5.2023, 00:00 Uhr (§ 108 AO i.V.m. § 187 Abs. 1 AO) und Fristende der 2.6.2023, 24:00 Uhr (§ 108 AO i.V.m. § 188 Abs. 2 AO). An diesem Tag hat C den Einspruch in den Hausbriefkasten des Finanzamts Tempelhof eingeworfen. Der Einspruch wäre somit fristgerecht eingelegt worden.

2. Streitentscheid

Da beide Ansichten zu einem unterschiedlichen Ergebnis gelangen, ist ein Streitentscheid erforderlich. Dieser hängt davon ab, wie man den Begriff der „Frist“ i.S.d § 108 Abs. 3 AO versteht.

Nach der ersten Ansicht ist Frist eine abgegrenzte – bestimmte oder jedenfalls bestimmbare – Zeitspanne, innerhalb der Leistungen erbracht oder Handlungen vorgenommen werden sollen oder können; zu ihnen wird mit der Fristbestimmung Gelegenheit gegeben.²⁵ Legt man diese Definition zugrunde, handelt es sich bei der Dreitagesregelung des § 122 Abs. 2 Nr. 1 AO nicht um eine Frist. Denn innerhalb der drei Tage sollen weder Leistungen oder Handlungen erfolgen noch wird hierzu Gelegenheit gegeben. Es wird vielmehr nur ein Zeitpunkt festgelegt, in dem die Bekanntgabe als bewirkt gilt.²⁶ Für dieses Auslegungsergebnis könnte der Sinn und Zweck des § 108 Abs. 3 AO sprechen. Der Verschiebung des Fristendes von einem Sams-, Sonn- oder Feiertag auf den nächsten Werktag liegt in erster Linie die Überlegung zu Grunde, dass die Abgabe einer Erklärung bzw. die Vornahme einer Handlung an diesen Tagen typischerweise Schwierigkeiten bereitet. Diese Schwierigkeiten betreffen aber nicht die Dreitagesregelung des § 122 Abs. 2 Nr. 1 AO. Denn die Vorschrift regelt nur den (fingierten) Zugang des Verwaltungsakts. An diesem Tag muss keine Handlung vorgenommen werden.²⁷

Nach der zweiten Ansicht ist Frist i.S.d § 108 Abs. 3 AO ein abgegrenzter, bestimmter oder jedenfalls bestimmbarer Zeitraum. Sie kann den unterschiedlichsten Zwecken dienen. Dieses Verständnis entspricht dem Sprachgebrauch des BGB.²⁸ Die Dreitagesregelung des § 122 Abs. 2 Nr. 1 AO ist ein durch das Gesetz bestimmter Zeitraum, der mit einem bestimmten Ereignis (Aufgabe des Verwaltungsakts zur Post) beginnt und am dritten Tag danach mit dem fingierten Zugang des Verwaltungsakts endet. Es handelt sich somit um eine Frist im Sinne der Definition. Dafür, dass der Fristbegriff des BGB maßgeblich ist, spricht zunächst, dass § 108 AO in Abs. 1 auf die Fristbestimmungen des BGB verweist. Weiterhin lässt sich für dieses Auslegungsergebnis der Sinn und Zweck des § 122 Abs. 2 Nr. 1 AO anführen. Die Dreitagesregelung verfolgt den Zweck, eine für das steuerrechtliche Massenverfahren wenig verwaltungsaufwändige, praktikable, möglichst rechtssichere und möglichst streitvermeidende Form der Bekanntgabe von Verwaltungsakten zu eröffnen.²⁹ Dieser Zweck wird durch die Anwendung des § 108 Abs. 3 AO gefördert. Denn sowohl der Steuerpflichtige als auch die Finanzverwaltung können dadurch auf einfache, leicht nachprüfbar und rechtssichere Weise den fiktiven

²³ BFH DStR 2003, 2015; BFH BeckRS 2014, 95344; Seer, in: Tipke/Kruse, AO – FGO, Kommentar, 168. Lfg., Stand: November 2021, AO § 122 Rn. 56 m.w.N.

²⁴ Es ist nicht auf Montag, den 1.5.2023, abzustellen, da es sich bei diesem Tag um einen gesetzlichen Feiertag handelt (siehe § 108 Abs. 3 AO).

²⁵ VGH München NJW 1991, 1250 (1251).

²⁶ VGH München NJW 1991, 1250 (1251).

²⁷ BSG NJW 2011, 1099 (1100).

²⁸ BFH DStR 2003, 2015 (2016).

²⁹ BFH DStR 2003, 2015 (2017).

Bekanntgabebetrag errechnen. Streitigkeiten, ob die Zugangsvermutung für Sams-, Sonn- und Feiertag erschüttert werden kann, z.B. wenn Absprachen mit dem Postboten bestehen, die Post erst am Montag, statt am Samstag zu bringen oder ein Zugang zu einem Postfach an Sonn- und Feiertagen nicht besteht, werden so vermieden. Zudem spricht für dieses Auslegungsergebnis die in Art. 19 Abs. 4 GG enthaltene Garantie effektiven Rechtsschutzes. Denn durch die Verschiebung des Fristendes auf den Ablauf des nächstfolgenden Werktages, wird eine unzulässige Verkürzung der Rechtsbehelfsfrist vermieden, zu der es kommen könnte, wenn es dem Steuerpflichtigen in Fällen wie den oben genannten (Absprachen mit dem Postboten, zeitlich eingeschränkt zugängliches Postfach) nicht gelingt, die Zugangsvermutung des § 122 Abs. 2 Nr. 1 AO zu erschüttern. Für die Anwendung des § 108 Abs. 3 AO spricht schließlich auch der Zweck der Vorschrift, die Sonn- und Feiertagsruhe zu wahren sowie dem Steuerpflichtigen die Möglichkeiten zu geben, eine Frist voll auszunutzen (Überlegungs- und Bearbeitungsfrist). Denn durch das Verschieben der Bekanntgabe auf den Ablauf des nächstfolgenden Werktages muss der Steuerpflichtige an Sams-, Sonn- und Feiertagen nicht tätig werden und kann trotzdem die volle Frist ausschöpfen.³⁰

Die besseren Argumente sprechen somit für die letztgenannte Ansicht. Die Dreitagesregelung des § 122 Abs. 2 Nr. 1 AO stellt demnach eine Frist i.S.d. § 108 Abs. 3 AO dar. Mithin endete die Einspruchsfrist am Freitag, dem 2.6.2023, 24:00 Uhr.

3. Zwischenergebnis

C hat den Einspruch fristgerecht eingelegt.

Hinweis: A.A. sehr gut vertretbar. Bearbeiter, die vertreten, dass es sich bei der Dreitagesregelung des § 122 Abs. 2 Nr. 1 AO nicht um eine Frist i.S.d. § 108 Abs. 3 AO handelt, gelangen zu dem Ergebnis dass der Einspruch nicht fristgerecht erfolgte und mithin unzulässig ist.

II. Ergebnis

Der Einspruch des C ist zulässig.

³⁰ BFH DStR 2003, 2015 (2017).

Anfängerklausur – Grundrechte: Die Rennraddemo auf der Autobahn

Wiss. Mitarbeiter Johannes Forck, Passau*

Mit der Verfassungsbeschwerde und der Versammlungsfreiheit behandelt die Klausur eine typische Grundrechtskonstellation. Auf der Tatbestandsseite des Art. 8 GG sind einige klassische Fragestellungen sowie das aktuelle Problem um die Ortswahl bezüglich einer Autobahn zu erörtern. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit können sich die Bearbeiter mit dem bisher selten diskutierten Argument einer höheren Schutzwürdigkeit für Versammlungen mit „ehrenwerter“ Zweckbestimmung auseinandersetzen.

Sachverhalt

Die Passauer Jurastudentin A ist Klimaaktivistin und stolze Rennradfahrerin. Sie möchte ein Zeichen gegen die deutschlandweite Umweltverschmutzung durch den allgemeinen Kraftfahrzeugverkehr setzen. Zusammen mit ca. 200 Mitstreitern hatte sie für den 13.8.2022 einen Protest auf der naheliegenden staatlichen Autobahn A3 geplant. Ausgehend von der Autobahnauffahrt Passau Süd sollte am Samstag zwischen 9 und 10 Uhr zur Autobahnauffahrt Passau Nord und wieder zurück geradelt werden. Um besondere Aufmerksamkeit zu generieren, sollte die A3 einseitig vollgesperrt und der dortige Verkehr von Süden nach Norden zum Erliegen gebracht werden. Während der Tour sollten die Teilnehmer speziell designte Rennradtrikots mit Sprüchen und Symbolen für Klimaschutz tragen. Daneben hatten sich A und ihre radbegeisterten Mitfahrer auf die einmalige Chance gefreut, den erstklassigen Asphalt der Autobahn für eine temporeiche Radfahrt nutzen zu können. Als Abschluss des Protestes war eine einstündige Kundgebung mit aktivistischen Redebeiträgen vorgesehen. Die Kundgebung sollte mit einer mobilen Bühne auf der Süd-Auffahrt unterhalb der über die Autobahn führenden Brücke stattfinden. Dieser Ort wurde wegen seiner Überdachung gewählt, damit die Teilnehmer nach der Fahrt vor der Sonne geschützt sind.

Ihre Veranstaltung hatte A bei der zuständigen Behörde rechtzeitig angemeldet, damit der Verkehr umgeleitet werden kann und keine Autos blockiert werden. Die Behörde ist jedoch der Ansicht, dass diese „Spaßveranstaltung“ nicht in der gewünschten Form stattfinden kann. Die Autobahn sei nämlich schon begrifflich dem Autoverkehr vorbehalten und § 1 Abs. 3 Fernstraßengesetz (FStrG) habe mit allseitig verbindlicher Gesetzeskraft festgelegt, dass an diesem Ort kein grundrechtlicher Schutz für Ansammlungen eröffnet sei. Gleichwohl ist die Behörde zunächst kooperativ und bietet A verschiedene Umplanungen, insbesondere eine Alternativroute über die Landstraße, an. Für gemeinsame politische Willensbildung sei ferner die Fußgängerzone zweckmäßiger. A ist zu solchen Kompromissen aber keineswegs bereit. Nur durch die Verkehrsstörung und die aufsehenerregende Nutzung jenseits des Widmungszwecks könne ihre Protestfahrt den gewünschten Wirkungsgrad erzielen.

Mangels Alternative sieht sich die Behörde nun zum Erlass eines vollständigen Versammlungsverbots unter Berufung auf eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit gemäß des – in jeder Hinsicht verfassungskonformen – Art. 15 Abs. 1 des Bayerischen Versammlungsgesetzes (BayVersG)

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sicherheitsrecht und das Recht der neuen Technologien (Prof. Dr. Tristan Barczak, LL.M.) an der Universität Passau.

berechtigt. Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs seien vorrangig zu schützen. Zwar sei die Veranstaltung außerhalb des wochentäglichen Berufsverkehrs, jedoch müsse ein unangemessen großer Abschnitt der vielbefahrenen A3 gesperrt werden. Dadurch käme es zu Verkehrsbeeinträchtigungen im gesamten Landkreis und zu Rückstau bis in die Passauer Innenstadt. Zudem besitzt die Behörde zuverlässige Prognosen, dass zusätzliche Unfallgefahren durch Autofahrer entstehen, die auf der nach Süden führenden Straßenseite von der ungewöhnlichen Aktion abgelenkt werden würden.

A ist empört und fühlt sich als deutsche Staatsbürgerin durch diese überzogene Maßnahme in ihrer Versammlungsfreiheit verletzt. Sie argumentiert, dass ihr Einsatz für Klimaschutz durch Art. 20a GG ausdrücklichen Verfassungsrang habe und ihre ehrenhafte Demonstration daher – auch im Vergleich zu anderen politischen Versammlungen – besonders schützenswert sei.

Außerdem rügt A die Verletzung des Gleichheitssatzes, weil die französischen Behörden anlässlich der *Tour de France* ein dortiges Autobahnteilstück für das Profiradrennen gesperrt hätten.

Nachdem die gegen die behördliche Entscheidung eingelegten Rechtsbehelfe in allen Instanzen erfolglos blieben, möchte A vor das Bundesverfassungsgericht ziehen. Aufgrund ihrer guten Studienleistungen verfasst sie ohne Anwalt eine aufwendig begründete Verfassungsbeschwerde, um die Rennraddemo wenigstens im aktuellen Sommer 2023 durchführen zu können. Das Schreiben kommt zwar fristgerecht in Karlsruhe an, allerdings hatte A ihre Unterschrift hinter der Abschlussformel „Mit freundlichen Grüßen“ vergessen. Ihren Namen und ihre Adresse hatte A nach Fertigstellung des Schreibens auf der Rückseite des Briefumschlags vermerkt.

Fallfrage

Hat die Verfassungsbeschwerde Aussicht auf Erfolg? Art. 5 GG und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sind nicht zu prüfen.

§ 1 FStrG (gekürzt)

(3) Bundesautobahnen sind Bundesfernstraßen, die nur für den Schnellverkehr mit Kraftfahrzeugen bestimmt sind.

Art. 15 BayVersG (gekürzt)

(1) Die zuständige Behörde kann eine Versammlung beschränken oder verbieten, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung unmittelbar gefährdet ist [...].

Gutachterliche Vorüberlegungen

Da die Strukturierung des Gutachtens keine Schwierigkeiten bereiten sollte, besteht die wesentliche Prüfungsleistung in der sachgerechten Argumentation auf der rechtlichen („Maßstabsbildung“) und der fallbezogenen Ebene („Sachverhaltsauswertung“).¹ Dazu müssen die Schwerpunkte anhand der Schlüsselwörter und besonderen Formulierungen im Sachverhalt erkannt und der richtigen Prüfungsebene zugeordnet werden:

Die beschriebene Motivation für die Rennraddemo muss im sachlichen Schutzbereich zur Frage der Versammlungsqualität verarbeitet werden. Um die Relevanz zu verdeutlichen, spricht die Behörde von einer „Spaßveranstaltung“. Nach der Nennung des Grundtatbestandes einer Versammlung kann

¹ Zu diesem Formulierungsstil bereits *Forck*, JuS 2020, 931.

dazu anhand von Wortlaut, Systematik und Telos² ein Maßstab gebildet und im Anschluss unter vollständiger Auswertung des Sachverhalts subsumiert werden. Das Problem um den Versammlungsort auf der Autobahn ist aktueller Gegenstand mehrerer Entscheidungen von Oberverwaltungsgerichten;³ eine Kenntnis dieser Rechtsprechung wird nicht erwartet. Vielmehr soll anhand des methodischen Werkzeugs eine Lösung formuliert und bestenfalls die argumentative Parallelität zur Einschränkung des Schutzbereichs hinsichtlich des Versammlungszwecks sichtbar gemacht werden. Zudem ist die Wirkweise eines einfachen Gesetzes (§ 1 Abs. 3 FStrG)⁴ für die Auslegung eines Verfassungsbegriffs zu erörtern.

Nach einer kurzen Prüfung des Eingriffs ist mit Blick auf das Schrankensystem von Art. 8 Abs. 2 GG die – klausurtypisch etwas konstruierte und daher augenfällige – Konstellation der Autobahnüberführung zu verwerfen.

Zentraler Gegenstand der Klausur ist die Prüfung der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot) der „überzogenen“ Einzelmaßnahme. Besondere Problempunkte jenseits klassischer Lehrbuchstreitigkeiten stellen die beiden Fragen dar, wie sich die von A abgelehnten Kompromisse auswirken und ob ihre Versammlung wegen des „ehrenwerten“ Versammlungszwecks privilegiert werden soll. Im Übrigen sind die Vorträge der Beteiligten und die Sachverhaltsaspekte in einer umfangreichen Argumentation abzuwägen. Die wesentliche Entscheidung ist im Sachverhalt angedeutet: Soll die Veranstaltung wegen ihrer untypischen und behindernden Umstände verboten werden oder ist sie gerade zu genehmigen, weil A nur dadurch eine hinreichende Aufmerksamkeit für ihr Anliegen erreichen kann?

Hinsichtlich des Art. 3 Abs. 1 GG müssen die Bearbeiter erkennen, dass die Prüfung auf das Erfordernis des Handelns der gleichen staatlichen Stelle zu beschränken ist.

Der letzte Abschnitt des Sachverhalts beschreibt die Probleme der Zulässigkeit. Neben den randständigen Fragen der Postulationsfähigkeit und des Rechtsschutzbedürfnisses legt der Sachverhalt einen Schwerpunkt auf die Frage des Unterschriftserfordernisses.

Bei der Niederschrift der Klausur ist der Gutachtenstil einzuhalten. Wie in der nachfolgenden Lösung demonstriert, sollte an unproblematischen Stellen der kürzere Feststellungsstil („Indem [...], liegt [...] vor.“) verwendet werden. Dies ist nicht nur für ein gutes Zeitmanagement erforderlich, sondern gleichzeitig der sprachliche Ausdruck einer gelungenen Schwerpunktsetzung.

² Vgl. zu den Auslegungsmethoden auch *Forck*, ZJS 2022, 357.

³ Übersicht bei *Sinder*, Jura 2022, 683 (684); zuletzt OVG Lüneburg NVwZ-RR 2021, 752 und OVG Münster BeckRS 2022, 19657.

⁴ Gem. § 8 FStrG wäre eine erlaubnispflichtige Sondernutzung möglich.

Lösungsvorschlag

A. Zulässigkeit	822
I. Zuständigkeit.....	823
II. Beschwerde- und Postulationsfähigkeit	823
III. Beschwerdegegenstand	823
IV. Beschwerdebefugnis.....	823
V. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität	823
VI. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis	823
VII. Form und Frist	824
B. Begründetheit.....	824
I. Prüfungsmaßstab	824
II. Verletzung der Versammlungsfreiheit	824
1. Schutzbereich	824
a) Persönlicher Schutzbereich	824
b) Sachlicher Schutzbereich.....	825
aa) Gemeinsamer Zweck	825
bb) Wahl des Versammlungsorts	825
cc) Schutzbereichsbeschränkung	826
2. Eingriff.....	826
3. Rechtfertigung.....	827
a) Schranke der Versammlungsfreiheit	827
b) Verfassungskonforme Anwendung im Einzelfall	827
aa) Legitimer Zweck.....	827
bb) Geeignetheit.....	827
cc) Erforderlichkeit	827
dd) Angemessenheit.....	828
III. Verletzung des Gleichheitssatzes	830
C. Ergebnis.....	830

Die Verfassungsbeschwerde hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig, wenn die Zulässigkeitsvoraussetzungen der §§ 90 ff. BVerfGG vorliegen.

I. Zuständigkeit

Das BVerfG ist für Individualverfassungsbeschwerden gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG zuständig.

II. Beschwerde- und Postulationsfähigkeit

A müsste beschwerde- und postulationsfähig sein. Gem. § 90 Abs. 1 BVerfG ist „jedermann“, also jeder Grundrechtsträger, beschwerdefähig und somit auch A als natürliche Person. Ob eine anwaltliche Vertretung erforderlich ist, richtet sich nach § 22 Abs. 1 S. 1 BVerfGG. Außerhalb einer mündlichen Verhandlung „können“ sich die Beteiligten vertreten lassen. Ein Anwaltszwang bei der Erhebung der Beschwerde besteht im Umkehrschluss nicht. A konnte die Verfassungsbeschwerde selbstständig einreichen.

III. Beschwerdegegenstand

Ein tauglicher Beschwerdegegenstand müsste in Form eines Akts öffentlicher Gewalt gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG vorliegen, vgl. Art. 1 Abs. 3 GG. A wendet sich gegen das behördliche Versammlungsverbot der Exekutive und das bestätigende letztinstanzliche Urteil der Judikative. Dies sind taugliche Beschwerdegegenstände einer Urteilsverfassungsbeschwerde.

IV. Beschwerdebefugnis

A müsste beschwerdebefugt sein, § 90 Abs. 1 BVerfGG. Nach der „Möglichkeitstheorie“ muss die Verletzung in einem Grundrecht zumindest möglich erscheinen, darf also nicht unter jeglichem Gesichtspunkt ausgeschlossen sein.⁵ In Betracht kommt eine Verletzung des Art. 8 Abs. 1 GG durch das Versammlungsverbot und des Art. 3 Abs. 1 GG aufgrund der französischen Nutzungsgenehmigung. Im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde ist A selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen.

V. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

Der Rechtsweg wurde i.S.d. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG erschöpft. Weitere Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen nicht.

VI. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Zudem müsste das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis vorliegen. Zwar kann A ihre Veranstaltung am 13.8.2022 selbst bei einer begünstigenden Entscheidung des BVerfG wegen des Zeitablaufs nicht durchführen und insofern ihre Rechtsposition nicht verbessern. Allerdings möchte sie die Rennrad demo im aktuellen Sommer 2023 durchführen und kann sich somit auf die konkrete Wiederholungsgefahr⁶ eines erneuten (ggf. rechtswidrigen) Verbots durch die Behörde berufen. Das Rechtsschutzbedürfnis besteht.

⁵ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 1479 ff.; Urbaneck, JuS 2014, 896 (898).

⁶ Epping, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 196b.

VII. Form und Frist

Die Monatsfrist des § 93 Abs. 1 BVerfGG wird eingehalten. Zudem ist die Verfassungsbeschwerde gem. §§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG schriftlich abgefasst und aufwendig begründet.

Problematisch ist, dass eine Unterschrift fehlt. Der Wortlaut des § 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG verlangt lediglich die schriftliche Einreichung und normiert kein explizites Unterschriftserfordernis. In systematischer Hinsicht scheint § 126 Abs. 1 BGB bei einer „schriftlichen Form“ eine Namensunterschrift zu verlangen. Allerdings gilt die Norm nur für Willenserklärungen (Titel 2, §§ 116 ff. BGB) und nicht für Prozesserkklärungen.⁷ Telos der Unterschrift ist zunächst die Authentizitätsfunktion, durch die der Urheber der Erklärung zuverlässig bestimmt werden soll.⁸ Name und Adresse der A sind auf dem Brief erkennbar. Weiterer Zweck ist die Abschlussfunktion, mit der die Vollständigkeit des Schreibens gewährleistet wird.⁹ Das Schreiben wird mit der typischen Abschlussformel „Mit freundlichen Grüßen“ beendet und findet durch die auf der Briefrückseite niedergeschriebenen Personenangaben seinen formalen Abschluss. Somit liegt kein Verstoß gegen § 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG vor.

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit A in ihren Grundrechten verletzt ist (§ 95 BVerfGG).

I. Prüfungsmaßstab

Das BVerfG ist keine Superrevisionsinstanz und überprüft daher nicht die Anwendung des einfachen Rechts, sondern nur Verstöße gegen spezifisches Verfassungsrecht. Geprüft wird also nur, ob die Behörde und die Fachgerichte bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts im konkreten Fall die Bedeutung eines Grundrechts überhaupt nicht erkannt, grundsätzlich verkannt oder es fehlerhaft gewichtet haben.¹⁰

II. Verletzung der Versammlungsfreiheit

A könnte durch das Versammlungsverbot in Art. 8 Abs. 1 GG verletzt sein. Dazu müsste in den Schutzbereich eingegriffen worden sein, ohne dass eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung gegeben ist.

1. Schutzbereich

Der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit müsste eröffnet sein.

a) Persönlicher Schutzbereich

Für A als deutsche Staatsbürgerin ist der persönliche Schutzbereich des Deutschengrundrechts

⁷ BVerfGE 15, 288 (292); v. *Coelln*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 30. Lfg. Stand: Mai 2009, § 23 Rn. 19.

⁸ BVerfGE 15, 288 (291 f.); *Diehl*, in: Barczak, Mitarbeiterkommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2018, § 23 Rn. 14.

⁹ *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 221.

¹⁰ Grundlegend BVerfGE 18, 85 (92 f.); *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 292 ff.; *Grimm*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 2021, S. 289 f.

eröffnet, vgl. Art. 116 Abs. 1 GG i.V.m. § 1 StAG.

b) Sachlicher Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich ist eröffnet, wenn die Rennraddemo eine tatbestandliche Versammlung darstellt. Dafür ist zunächst erforderlich, dass es sich um eine örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zu einem gemeinsamen Zweck handelt.¹¹ A und ihre ca. 200 Mitstreiter wollen sich auf der Autobahn anlässlich eines Klimaprotestes und zu einer temporeichen Rennradfahrt treffen. Somit liegt ein gemeinsamer Zweck einer hinreichend personenstarken Zusammenkunft vor.

aa) Gemeinsamer Zweck

Allerdings könnte es spezifische Anforderungen hinsichtlich der politischen Dimension des gemeinsamen Zwecks geben.

Der Wortlaut der Norm sieht zunächst keine Einschränkung vor.¹² Man kann die Formulierung aber auch in Abgrenzung zu einer bloßen „Ansammlung“ eng verstehen. In systematischer Hinsicht könnte die ausdrücklich normierte Schutzbereichsbeschränkung des Art. 8 Abs. 1 GG („friedlich und ohne Waffen“) im Umkehrschluss keine weitere Einschränkung zulassen. Andererseits könnte für das Deutschen-Grundrecht wegen des auf Staatsbürger begrenzten Wahlrechts (Art. 38 Abs. 1, Abs. 3 GG i.V.m. § 12 Abs. 1 BWG) ein besonderer Bezug zur politischen Willensbildung ausgemacht werden.¹³ Telos der Norm könnte wahlweise die Persönlichkeitsentfaltung in Gruppenform¹⁴ oder nur die Sicherung der demokratischen Willensbildung¹⁵ sein. Eine Stellungnahme ist nicht erforderlich, wenn bereits die Anforderungen an den „engsten Versammlungsbegriff“, der eine Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung verlangt, erfüllt sind.

Wesentlicher Zweck ist der Protest gegen Umweltverschmutzung und für Klimaschutz. Durch die Nutzung der A3 mit dem Fahrrad soll ein öffentlichkeitswirksames Zeichen für dieses politische Anliegen gesetzt werden. Durch die Aufdrucke auf den Trikots werden konkrete meinungsbildende Botschaften verkündet. Die Radfahrt ist daher inhaltsbezogener Bestandteil der Versammlung. Die Freude über die temporeiche Rennradtour ist demgegenüber nur untergeordneter Nebenzweck. Zusätzlich ist eine Kundgebung mit aktivistischen Redebeiträgen vorgesehen, sodass es sich insgesamt nicht um eine „Spaßveranstaltung“ handelt. Es liegt also eine Versammlung i.S.d. Art. 8 Abs. 1 GG unabhängig davon vor, welche Anforderungen an den gemeinsamen Zweck gestellt werden.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist kaum vertretbar. Als Ausgleich zur Strenge auf der Maßstabsebene ist das BVerfG bei Nebenzwecken der Versammlung großzügig¹⁶ und sieht bei „gemischten Versammlungen“ im Zweifel den Schutzbereich als eröffnet an.¹⁷

bb) Wahl des Versammlungsorts

Auch der „örtliche“ Schutzbereich müsste für den Versammlungsort auf der Autobahn eröffnet sein.

¹¹ Epping, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 32 f.

¹² Sachs, Verfassungsrecht II, Grundrechte, 3. Aufl. 2017, Kap. 20 Rn. 4.

¹³ Stein/Frank, Staatsrecht, 21. Aufl. 2010, S. 328.

¹⁴ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 953.

¹⁵ BVerfG NJW 2001, 2459 (2460); BVerfGE 104, 92 (104).

¹⁶ BVerfG NVwZ 2005, 1055 (1056): Musikalische Einlagen mit mehr oder minder intensivem Bezug zum Motto.

¹⁷ BVerfG NJW 2001, 2459 (2461).

Grundsätzlich darf der Veranstalter selbst bestimmen, wo die Versammlung stattfinden soll.¹⁸ Umfasst sind jedenfalls alle Orte, die dem kommunikativen Gemeingebrauch gewidmet und öffentlich zugänglich sind.¹⁹ Gegen eine Beschränkung auf spezifische Orte spricht – ebenso wie bezüglich des Versammlungszwecks – der offene Wortlaut. Da in Art. 8 Abs. 1 GG zudem bereits ausdrückliche Tatbestandsausschlüsse normiert wurden (das Friedlichkeitsgebot und das Waffenverbot), spricht auch ein systematischer Umkehrschluss gegen weitergehende Beschränkungen.

Die Autobahn ist öffentlich zugänglich, allerdings kein typischer Kommunikationsort. Jedoch kann auch hier zur öffentlichen Willensbildung beigetragen werden. Sowohl durch eine Demonstration mit Autos als auch durch eine widmungsfremde Nutzung kann ein Forum für den politischen Prozess entstehen. Etwas anderes könnte sich aus dem eingeschränkten Widmungszweck des § 1 Abs. 3 FStrG ergeben. Jenseits expliziter Konkretisierungsaufträge (etwa Art. 38 Abs. 3 GG) ist der Gesetzgeber anhand seiner Parlamentsgesetze aber nicht dazu berechtigt, die Begriffe der Verfassung allgemeinverbindlich zu definieren. Die von § 1 Abs. 3 FStrG auf Kraftfahrzeuge beschränkte Widmung hat also keine Auswirkung auf die Auslegung des Art. 8 Abs. 1 GG. Ebenso wie der gesamte öffentliche Straßenraum sind daher auch staatliche Autobahnen nicht per se versammlungsfrei.²⁰ Die widerstreitenden Interessen können auf der Ebene der Rechtfertigung miteinander in Einklang gebracht werden.²¹ Der Schutzbereich ist auch bezüglich der Versammlung auf der A3 eröffnet.

Hinweis: Eine abweichende Ansicht ist vertretbar, sodass Art. 2 Abs. 1 GG zu prüfen wäre. Im Fraport-Urteil hatte das BVerfG den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG für den „Luftbereich“ hinter der Sicherheitskontrolle als verschlossen deklariert.²² Für eine extensive Auslegung spricht aber etwa die Judikatur zur Kunstfreiheit, deren Schutzbereich sogar bei einer Beeinträchtigung von fremdem Eigentum eröffnet ist,²³ und zur Berufsfreiheit, bei der ein einfach-gesetzliches Berufsverbot nicht zu einer Tatbestandsbeschränkung des Art. 12 Abs. 1 GG als „verbotener“ Beruf führt.²⁴

cc) Schutzbereichsbeschränkung

Durch die Umleitung wird eine Blockade von Autofahrern (vgl. § 240 StGB) ausgeschlossen, sodass die Schutzbereichsbeschränkung der Unfriedlichkeit im Sinne eines gewalttätigen und aufrührerischen Verlaufs²⁵ gem. Art. 8 Abs. 1 GG nicht eingreift.

Der Schutzbereich ist eröffnet.

2. Eingriff

Das behördliche Versammlungsverbot greift final, unmittelbar, rechtsförmig und imperativ in den

¹⁸ BVerfGE 69, 315 (343); *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 35.

¹⁹ BVerfGE 73, 206 (249); 128, 226 (250 f. Rn. 64 ff.); *Alemann/Scheffczyk*, JA 2013, 407 (407 f.).

²⁰ *Sinder*, Jura 2022, 683 (684) m.w.N., so jetzt auch OVG Lüneburg NVwZ-RR 2021, 752 (752 Rn. 10); wohl anders OVG Münster BeckRS 2022, 19657 Rn. 8 ff.; vgl. auch zum neuen § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW, durch den Versammlungen auf Autobahnen explizit ausgeschlossen werden: *Schönenbroicher*, AL 2022, 337 (340) und andererseits *Scherff*, GSZ 2023, 30 (31).

²¹ *Boguslawski/Leißing*, NVwZ 2022, 852 (853).

²² BVerfGE 128, 226 (252 f. Rn. 69).

²³ BVerfG NJW 2016, 2247 (2250 Rn. 90); anders zuvor noch in der „Sprayer von Zürich“-Entscheidung: BVerfG NJW 1984, 1293 (1294).

²⁴ BVerfGE 115, 276 (300 f. Rn. 83).

²⁵ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 958.

Schutzbereich ein („klassischer Eingriffsbegriff“),²⁶ auf den modernen Eingriffsbegriff kommt es nicht mehr an.

3. Rechtfertigung

Der Eingriff könnte verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

a) Schranke der Versammlungsfreiheit

Das Grundrecht ist gem. Art. 8 Abs. 2 GG einschränkbar. Im Gegensatz zur Radfahrt war für die Kundgebung die Überdachung der Autobahnüberführung vorgesehen, sodass es fraglich erscheint, ob es sich um eine Versammlung „unter freiem Himmel“ handelt.

Der Wortlaut der Norm scheint auf eine Begrenzung nach oben abzielen. Dagegen kann in systematischer Hinsicht parallel zu Art. 2 Abs. 1 GG und dessen Auslegung als Allgemeine Handlungsfreiheit argumentiert werden, dass der Verfassungsgeber eine würdevolle Formulierung einer technisch präziseren Alternative vorgezogen hat. Denn der Zweck der leichteren Einschränkung kann kaum in der unterschiedlichen Sonneneinstrahlung liegen. Vielmehr soll anhand der besonderen Störanfälligkeit und dem Kollisionspotenzial differenziert werden, sodass eine seitliche Begrenzung maßgeblich ist.²⁷ Auf der Süd-Auffahrt unter der Überführung fehlt eine solche. Das Schrankensystem aus Art. 8 Abs. 2 GG gilt daher trotz der zeitweisen Überdachung für die gesamte Veranstaltung.

Der verfassungskonforme Art. 15 Abs. 1 BayVersG als Ermächtigung für ein Versammlungsverbot ist taugliche Schranke des Grundrechts.

b) Verfassungskonforme Anwendung im Einzelfall

Das Gesetz müsste im konkreten Fall verfassungskonform angewendet worden sein. Erforderlich ist die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes²⁸, der aus dem Rechtsstaatsprinzip entspringt, vgl. Art. 20 Abs. 3 GG.

aa) Legitimer Zweck

Ein legitimer Zweck müsste vorliegen. Ein legitimer Zweck ist grundsätzlich jedes öffentliche Interesse, das verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen ist.²⁹ Die Sicherheit und die Leichtigkeit des Straßenverkehrs, insbesondere im Bereich der Autobahnen, dienen dem gemeinen Wohl und sind damit legitime Zwecke.³⁰

bb) Geeignetheit

Das Verbot der Versammlung ist zur Erreichung dieses Zwecks förderlich und somit geeignet.

cc) Erforderlichkeit

Zudem müsste das behördliche Verbot zur Zweckerreichung erforderlich sein. Es dürfte kein milde-

²⁶ Epping, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 392.

²⁷ BVerfGE 69, 315 (348); Epping, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 44.

²⁸ Ausführlich zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz *Wienbracke*, ZJS 2013, 148; *Klatt/Meister*, JuS 2014, 193.

²⁹ BVerfGE 124, 300 (331).

³⁰ VGH Kassel NJW 2009, 312 (313); OVG Bautzen LKV 2022, 28 (29).

res, gleich geeignetes Mittel geben. In Betracht kämen Beschränkungen der Versammlung in terminlicher und örtlicher Hinsicht. Bei einem verkürzten Verbleib auf der Autobahn werden die autobahn-spezifischen Zwecke im Vergleich zum Verbot nicht in gleich geeigneter Weise geschützt. Bei einer Verlegung auf die Landstraße wäre der Autobahnverkehr hingegen gleichwertig geschützt. Allerdings hatte A dieses mildere Mittel abgelehnt. Die Behörde hat das Kooperationsprinzip³¹, das sie zu einem lösungsorientierten Umgang mit der Versammlung verpflichtet, durch die Vorschläge eingehalten. Der Veranstalter wiederum muss zwar nicht jeden Kompromiss akzeptieren, darf sich aber auch nicht den Bedürfnissen der entgegenstehenden Positionen vollständig verwehren. Je weniger Kompromiss- und Kooperationsbereitschaft gezeigt wird, umso eher darf die Behörde einschreiten.³²

A hat jeden Vorschlag abgelehnt und war zu keinem Kompromiss bereit. Im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Überprüfung kann es sich nicht zu Ungunsten der Behörde auswirken, dass zu einem Totalverbot gegriffen werden musste, nachdem A die angebotenen milderen Mittel abgelehnt hat. Das Verbot war erforderlich.

dd) Angemessenheit

Allerdings müsste das Verbot auch angemessen sein. Die entgegenstehenden Positionen sind im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung zu jeweils optimaler Geltung zu bringen („Praktische Konkordanz“).³³ Je schwerwiegender der Eingriff ist, desto gewichtiger müssen die entgegenstehenden Schutzgüter im konkreten Fall sein („Je-desto-Formel“).

Auf der einen Seite steht die Versammlungsfreiheit, die konstitutiv für die freiheitlich demokratische Grundordnung ist und den Bürgern eine Mitwirkungsmöglichkeit in Staat und Gesellschaft garantiert („demokratiekonstituierendes Grundrecht“).³⁴ Die Leichtigkeit des Straßenverkehrs hat keinen ausdrücklichen Verfassungsrang, das Autofahren ist aber von Art. 2 Abs. 1 GG umfasst. Die Sicherheit der Verkehrsteilnehmer und damit ihr Leben und ihre körperliche Unversehrtheit sind von den verfassungsrechtlichen Höchstgütern des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützt.

Abwägungsrelevant für die Schwere des Eingriffs im konkreten Fall ist zunächst der Sachbezug des Versammlungszwecks zum Versammlungsort.³⁵ A möchte gegen den allgemeinen Autoverkehr und die deutschlandweit erzeugte Umweltverschmutzung demonstrieren. Immerhin entsteht auf Autobahnen ein wesentlicher Teil der Schadstoffbelastung und die A3 führt quer durch die Republik. Gleichzeitig protestiert A aber beispielsweise nicht gegen den Ausbau eines spezifischen Autobahn-teilstücks, bei dem ihr Protest einen unabänderlichen Ortsbezug hätte.³⁶

Versammlungen auf Autobahnen sind kein üblicher und sozialadäquater Vorgang.³⁷ Während Fußgängerzonen auch dem kommunikativen Austausch dienen, liegt der Zweck einer Autobahn in der schnellen Fortbewegung der Kraftfahrzeuge. Allerdings sind Autofahrer ohnehin regelmäßig Einschränkungen und Staus ausgesetzt. Die spezifische Protestform der Radfahrt als Zeichen gegen den Autoverkehr würde in der Fußgängerzone gänzlich ihre Bedeutung verlieren, zumal die speziell

³¹ BVerfGE 69, 315 (354 ff., 362).

³² Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 8 Rn. 78; Scheidler, NZV 2015, 166 (167 f.); vgl. aber auch BVerfG NJW 2001, 2078; vgl. ferner Art. 14 Abs. 2 BayVersG.

³³ Vgl. zu diesem Begriff Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl. 1999, Rn. 317 ff.

³⁴ Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 8 Rn. 11; Höfling, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 8 Rn. 8 ff.

³⁵ Vgl. BVerfGE 104, 92 (112); Boguslawski/Leißing, NVwZ 2022, 852 (854).

³⁶ Vgl. OVG Lüneburg NVwZ-RR 2021, 752 (756 Rn. 20 f.); Barczak, in: Ridder/Breitbach/Deiseroth, Versammlungsrecht des Bundes und der Länder, 2. Aufl. 2020, § 15 Rn. 145.

³⁷ VGH München BeckRS 2021, 24884 Rn. 34.

designten Rennradtrikots das besondere Engagement der Teilnehmer für ihre Versammlung unterstreichen. Kommt es dem Veranstalter aber wesentlich auf eine Behinderung seiner Mitmenschen an, mindert dies die Gewichtung im Rahmen der Abwägung.³⁸ Der Autoverkehr sollte in Süd-Nord-Richtung zum Erliegen gebracht werden, um damit Aufsehen zu generieren und den Wirkungsbereich zu vergrößern. Insbesondere die abschließende Kundgebung braucht nicht auf der Autobahn stattzufinden. Die äußeren Modalitäten der geplanten Versammlung streiten also nicht für A.

Die Versammlung könnte wegen ihres „ehrenwerten“ Inhalts an Gewicht gewinnen. Die Ehrenhaftigkeit ist als moralische Wertung aber kein taugliches Rechtsargument. Allerdings ist der Klimaschutz als Staatszielbestimmung in Art. 20a GG normiert. Man könnte vertreten, dass Versammlungen, die sich für Verfassungsgüter einsetzen, besser zu schützen sind als andere politischen Versammlungen.³⁹ Dagegen spricht, dass der Wortlaut der Verfassung an keiner Stelle eine solche Unterteilung vorsieht. In systematischer Hinsicht ist jedenfalls bei der Kunstfreiheit anerkannt, dass keine staatliche Inhalts- und Qualitätskontrolle stattfinden darf.⁴⁰ Der Zweck der Verfassung liegt im Schutz von Minderheiten und Andersdenkenden, schließlich entfaltet die Abwehrfunktion der Grundrechte dort ihre Erforderlichkeit.⁴¹ Der Klimaschutz ist aber wesentliche Programmatik aller staatstragenden Parteien und gerade wegen Art. 20a GG auch des Staates selbst. Die Bürger sollen durch die Verfassung vor Übergriffen des Staates geschützt werden; eine Belohnung für besonders staatskonformen Protest erscheint demgegenüber wenig überzeugend. In Hinblick auf verfassungsfeindliche Versammlungen kann wegen der „Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes“ etwas anderes gelten.⁴² Alle übrigen Versammlungen sollten von den staatlichen Stellen aber nicht aufgrund ihrer inhaltlichen Qualität und ihrer (mehrheits-)gesellschaftlichen Zustimmungswerte bevorzugt bzw. benachteiligt werden (vgl. auch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG).

Hinweis: Das BVerfG hatte in einer früheren Entscheidung eine Bewertung nach inhaltlicher Werthaltigkeit abgelehnt.⁴³

Bezüglich der Schutzgüter der Leichtigkeit und Sicherheit des Straßenverkehrs ist zunächst festzuhalten, dass zwar keine Autos blockiert werden, aber ein großer Abschnitt der Autobahn gesperrt wird. Es kommt zu Verkehrsbeeinträchtigungen in der gesamten Region und zu Rückstau bis in die Innenstadt. Zum Zeitpunkt der Versammlung gibt es zwar keinen erhöhten Berufsverkehr, allerdings werden die Autos am Samstagvormittag zum Einkaufen oder zu Unternehmungen genutzt. Für die Mitbürger und die Gemeinschaft hat der Verkehrsfluss über die vielbefahrene A3 eine besondere Bedeutung. Auch wenn die Demo nur zwei Stunden dauert, ist durch Absperrmaßnahmen und wegen des Transports der mobilen Bühne weitere Zeit für den Vor- und Nachlauf⁴⁴ einzuplanen, sodass der gesamte Vormittag blockiert wird. Zudem werden die Autofahrer auf der entgegengerichteten

³⁸ BVerfGE 73, 206 (250); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 8 Rn. 106.

³⁹ Ausdrücklich *Friedrich*, NVwZ 2019, 598 (601 f.); vgl. auch *Lührs/Kroemer*, JuS 2021, 421 (426); VG Saarlouis BeckRS 2000, 167768 Rn. 30; anders *Müller-Franken*, in: Schmidt-Bleibtreu, Grundgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2021, Art. 8 Rn. 41; *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 8 Rn. 131; *Grosche/Schröder*, JuS 2023, 433 (438).

⁴⁰ BVerfGE 75, 369 (377); *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 277.

⁴¹ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 8 Rn. 16; BVerfGE 69, 315 (342); anders *Stöcker*, DÖV 1983, 993 (998 ff.).

⁴² Vgl. dazu *Battis/Grigoleit*, NVwZ 2001, 121 (122 ff.).

⁴³ BVerfGE 104, 92 (112 Rn. 61).

⁴⁴ OVG Münster BeckRS 2021, 26160 Rn. 8: Jeweils ca. zwei Stunden.

Straße durch die außergewöhnliche Aktion abgelenkt und dadurch Fahrfehler und Auffahrunfälle provoziert.⁴⁵ Gerade wegen der hohen Geschwindigkeiten auf der Autobahn sind Leben und Gesundheit der Mitmenschen (vgl. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) besonders gefährdet.

Nach alledem greift das Versammlungsverbot nicht übermäßig schwer in die Versammlungsfreiheit der A ein, während vor allem die Sicherheit des Straßenverkehrs mit gewichtigen Argumenten schützenswert erscheint. Das Verbot ist daher angemessen. Die Behörde und die Fachgerichte haben das Grundrecht der A aus Art. 8 Abs. 1 GG bei ihrer Anwendung und Auslegung des Art. 15 Abs. 1 BayVersG nicht verletzt (a.A. vertretbar).

Durch den Eingriff in Art. 8 Abs. 1 GG tritt Art. 2 Abs. 1 GG subsidiär zurück.

III. Verletzung des Gleichheitssatzes

A könnte im Allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verletzt sein, indem die bayerische Versammlungsbehörde ihre politische Demonstration verboten hat, während die französische Behörde ein kommerzielles Radrennen in Frankreich auf der Autobahn genehmigte. Allerdings muss die (ggf. rechtfertigbare) Ungleichbehandlung vom gleichen Hoheitsträger ausgehen.⁴⁶ Die bayerische und die französische Behörde sind nicht identisch, sodass keine Verletzung des Gleichheitssatzes vorliegt.

C. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig, aber unbegründet und hat damit keine Aussicht auf Erfolg.

⁴⁵ Vgl. zum Ablenkungsrisiko im Straßenverkehr ferner die Regelung des § 33 Abs. 1 und 3 StVO.

⁴⁶ *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 793; *Kempny/Lämmle*, JuS 2020, 22 (23 f.).

Anfängerhausarbeit: Punks auf Sylt

Wiss. Mitarbeiter Sven Siebrecht, Berlin*

Die Hausarbeit widmet sich gegenwärtigen wie klassischen Problemen der Grundrechtsdogmatik. Im Zentrum stehen dabei die Versammlungsfreiheit (insb. Protestcamps und Vorwirkung), die Bewegungsfreiheit (insb. Abgrenzung der Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 11 und Art. 2 Abs. 1 GG), die Berufsfreiheit (insb. staatliches Informationshandeln durch Warnungen) und der Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts bei Urteilsverfassungsbeschwerden (insb. das allgemeine Willkürverbot).

Sachverhalt

Im Sommer 2022 soll anlässlich des (zunächst) für drei Monate eingeführten bundesweiten 9 €-Tickets auf der Nordseeinsel Sylt in Schleswig-Holstein ein großer Protestzug für die „Reintegration der Reichen“ von der Inselhauptstadt Westerland in das 6,5 Kilometer entfernte Kampen stattfinden. Politische Kernforderung dieses Protestzugs ist mehr staatliche Umverteilung. Zur Teilnahme an dem Protestzug sind tausende Anhänger*innen der Punk-Szene aus ganz Europa angereist. Nachdem es im Rahmen der Hochzeitsfeier eines Bundesministers auf Sylt bereits zu vereinzelt Sachbeschädigungen durch frühzeitig angereiste und stark alkoholisierte Punks gekommen ist, beantragt das Innenministerium des Landes Schleswig-Holstein nun zur besseren Koordination des anlässlich des Protestzuges erwarteten Polizeigrößeinsatzes beim Bundesministerium der Verteidigung, im Wege der Amtshilfe Überflüge der Insel durchzuführen. Dabei sollen unter Einsatz von Kameras in Echtzeit Übersichtsaufnahmen der Zeltlager, die zur Unterbringung der Punks auf der – ansonsten in der Hauptsaison restlos ausgebuchten – Insel entstanden sind, an die Einsatzleitung übertragen werden. Diese Maßnahme wird auf den verfassungsgemäßen § 16 Abs. 2 des Versammlungsfreiheitsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein (VersFG) gestützt. Zugleich fordert die Innenministerin von Schleswig-Holstein über den offiziellen Twitter-Account des Innenministeriums Ferientourist*innen dazu auf, zum Selbstschutz vor Übergriffen durch die vermeintlich gewaltbereiten Punks idealerweise kurzfristig umzudisponieren und Sylt in diesem Sommer gänzlich zu meiden.

Der italienische Staatsangehörige P ist dem Aufruf einer international vernetzten Punk-Gruppierung gefolgt und aus seiner Heimat Mailand angereist. Gemeinsam mit ca. 1.000 Personen, die ebenfalls an dem Protestzug teilnehmen wollen, hat P nahe Westerland sein Lager aufgeschlagen, in dem es neben den privaten Zelten der angereisten Punks vor allem Gemeinschaftszelte mit nicht-kommerziellen Essensausgaben und Sanitäreinrichtungen gibt. Am Morgen des Protestzugs wird P von einem ohrenbetäubenden Geräusch geweckt. Schnell stellt sich heraus, dass dieses von einem „Sea King MK41“-Militärhubschrauber der Deutschen Marine stammt, der witterungsbedingt in einer Höhe von nur ca. 100 Metern (und damit 50 Meter unterhalb der Sicherheitsmindesthöhe) über dem Zeltlager schwebt und Übersichtsaufnahmen durch eigens außen am Hubschrauber angebrachte Kameras anfertigt und in Echtzeit an die polizeiliche Einsatzleitung überträgt. Einzelne Gesichter sind auf diesen Aufnahmen nicht zu erkennen und lassen sich auch technisch nicht erkennbar machen. P ist angesichts des Erscheinens der Deutschen Marine dennoch zutiefst verängstigt.

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht der Humboldt-Universität zu Berlin. Er dankt *Klara Fröhlich* für wertvolle Anmerkungen im Rahmen der Konzeption der Hausarbeit, die im Sommersemester 2022 an der Humboldt-Universität zu Berlin als Prüfungsaufgabe ausgegeben wurde.

Er beschließt daher, seine Sommerpläne kurzfristig über Bord zu werfen und auf direktem Wege den Heimweg nach Italien anzutreten. P kommt jedoch nicht weit. Am Bahnhof in Westerland muss er feststellen, dass die Polizei zur Durchführung von Identitätsfeststellungen – gestützt auf den ebenfalls verfassungsgemäßen § 163b Abs. 2 StPO – den Bahnhof mittels Polizeiketten vor den Bahnhofszugängen abgeriegelt hat, um so sicherzustellen, dass sich die Verdächtigen der im Rahmen der Hochzeitsfeier des Bundesministers begangenen Sachbeschädigungen nicht der Strafverfolgung entziehen. Infolgedessen haben sich auf dem Bahnhofsvorplatz schier endlose Schlangen gebildet. Der zumindest vorübergehend auf Sylt gestrandete P ist empört. Es könne nicht angehen, dass er erst davon abgehalten werde, an dem Protestzug teilzunehmen, und jetzt auch noch auf der Insel festsitze. Nur wegen vereinzelter Bagatelldaten den gesamten Zugverkehr aufzuhalten, sei absolut unverhältnismäßig. Man werde doch ohnehin andauernd im fahrenden Zug kontrolliert.

Ebenfalls empört ist die deutsche Staatsangehörige F, die auf der Insel einen seit Generationen von ihrer Familie geführten Fischbrötchenimbiss betreibt. Infolge des warnenden Twitter-Aufrufs der Innenministerin des Landes Schleswig-Holstein sind zahlreiche Kund*innen ausgeblieben und ihr Umsatz ist in kürzester Zeit rapide eingebrochen. Nach über zwei Jahren COVID-19-Pandemie befürchtet F nun, dass ein weiterer Sommer mit schlechten Verkaufszahlen ihren Betrieb in den Ruin treiben könnte. F hält den Aufruf der Innenministerin für gänzlich überzogen. Er mache ihr ihre wirtschaftliche Betätigung praktisch unmöglich, obwohl von den angereisten Punks keine Gefahr für die übrigen Besucher*innen Sylts ausgehe. Abgesehen von den Sachbeschädigungen, die im Rahmen der Hochzeitsfeier des Bundesministers begangen wurden, seien – was zutrifft – keine nennenswerten anderen Straftaten begangen worden. Insbesondere seien – was ebenfalls zutrifft – bislang keine Ferientourist*innen zu Schaden gekommen.

Sowohl P als auch F sehen sich durch die ergriffenen Maßnahmen in ihren grundgesetzlich garantierten Grundrechten verletzt. Nach Erschöpfung des Rechtswegs wenden sie sich im Wege der Urteilsverfassungsbeschwerde an das BVerfG in Karlsruhe.

Fallfrage

Sind die Urteilsverfassungsbeschwerden von P und F begründet?

Bearbeitungsvermerk

Gehen Sie davon aus, dass das Einsetzen eines Militärhubschraubers der Deutschen Marine im Wege der Amtshilfe – insb. auch mit Blick auf Art. 87a Abs. 2 GG – verfassungsgemäß erfolgte. Andere Normen des Versammlungs- und Strafprozessrechts als die abgedruckten sowie ggf. geltende Schutzmaßnahmen zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie sind nicht zu berücksichtigen. Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) bleiben ebenfalls außer Betracht.

Lösungsvorschlag

A. Verfassungsbeschwerde des P.....	835
I. Prüfungsmaßstab des BVerfG bei Urteilsverfassungsbeschwerden	835
II. Verletzung von Art. 8 GG.....	836
1. Schutzbereich.....	836

a) Persönlicher Schutzbereich	836
b) Sachlicher Schutzbereich.....	837
aa) Zeltlager als eigenständige Versammlung und infrastrukturelle Einrichtung.....	837
bb) Vorwirkung des geplanten Protestzugs	838
cc) Friedlichkeit und Waffenlosigkeit.....	838
dd) Zwischenergebnis	838
2. Eingriff.....	839
a) Faktische Eingriffe im Vorfeld von Versammlungen	839
b) Hinreichend intensive Abschreckungswirkung	840
3. Rechtfertigung.....	840
a) Einschränkungbarkeit von Art. 8 GG	840
b) Verfassungsgemäße Eingriffsgrundlage	840
c) Verfassungsgemäße Einzelfallanwendung.....	841
aa) Verhältnismäßigkeit.....	841
bb) Zwischenergebnis	841
4. Ergebnis	841
III. Verletzung von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GG	841
IV. Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	842
1. Schutzbereich.....	842
a) Persönlicher Schutzbereich	842
b) Sachlicher Schutzbereich.....	842
2. Eingriff.....	842
3. Ergebnis	843
V. Verletzung von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG	843
1. Schutzbereich.....	843
a) Persönlicher Schutzbereich	843
b) Sachlicher Schutzbereich.....	843
aa) Betreten des Bahnhofs	844
bb) Verlassen der Insel Sylt	845
cc) Zwischenergebnis	845
2. Ergebnis	845
VI. Verletzung von Art. 11 GG.....	846
1. Schutzbereich.....	846
a) Persönlicher Schutzbereich	846

b) Sachlicher Schutzbereich.....	846
2. Ergebnis	846
VII. Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG	847
1. Schutzbereich.....	847
2. Eingriff.....	847
3. Rechtfertigung.....	847
a) Einschränkungbarkeit von Art. 2 Abs. 1 GG.....	847
b) Verfassungsgemäße Eingriffsgrundlage	847
c) Verfassungsgemäße Einzelfallanwendung.....	848
aa) Verhältnismäßigkeit.....	848
bb) Zwischenergebnis	848
4. Ergebnis	848
VIII. Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG	849
1. Herleitung des allgemeinen Willkürverbots	849
2. Verstoß gegen das allgemeine Willkürverbot.....	849
3. Ergebnis	849
IX. Gesamtergebnis	850
B. Verfassungsbeschwerde der F	850
I. Prüfungsmaßstab des BVerfG bei Urteilsverfassungsbeschwerden	850
II. Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG	850
1. Schutzbereich.....	850
a) Persönlicher Schutzbereich	850
b) Sachlicher Schutzbereich.....	850
2. Eingriff.....	850
3. Ergebnis	852
III. Verletzung von Art. 14 GG	852
IV. Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG	853
1. Schutzbereich.....	853
a) Persönlicher Schutzbereich	853
b) Sachlicher Schutzbereich.....	853
2. Eingriff.....	853
3. Rechtfertigung.....	854
a) Einschränkungbarkeit von Art. 2 Abs. 1 GG.....	854
b) Verfassungsgemäße Eingriffsgrundlage	854

c) Verfassungsgemäße Einzelfallanwendung.....	855
aa) Verhältnismäßigkeit.....	855
bb) Zwischenergebnis.....	856
4. Ergebnis.....	856
V. Gesamtergebnis.....	856

A. Verfassungsbeschwerde des P

Die Verfassungsbeschwerde des P ist begründet, soweit die letztinstanzliche Entscheidung ihn in seinen in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG genannten Rechten verletzt.

Hinweis: Bei Entscheidungsketten hat sich eine Urteilsverfassungsbeschwerde grundsätzlich zumindest gegen die letztinstanzliche Entscheidung zu richten. Sie kann zugleich zwar auch sämtliche gerichtliche Entscheidungen der Vorinstanzen sowie etwaige behördliche Ausgangsakten zum Gegenstand haben. Soweit eine höhere Instanz sich vorangegangene behördliche oder gerichtliche Entscheidungen jedoch vollständig zu eigen macht, tritt regelmäßig eine „prozessuale Überholung“ dieser Entscheidungen ein, die insoweit zu einer Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde führt. Ganz unabhängig von der Zahl der Beschwerdegegenstände bleibt es allerdings stets bei einer einzelnen Urteilsverfassungsbeschwerde, im Rahmen derer das BVerfG die geltend gemachten Grundrechtsverletzungen einer einheitlichen Prüfung unterzieht.¹

I. Prüfungsmaßstab des BVerfG bei Urteilsverfassungsbeschwerden

Das BVerfG beschreibt seinen Prüfungsmaßstab im Rahmen von Urteilsverfassungsbeschwerden in ständiger Rechtsprechung mit der Formel der „Verletzung spezifischen Verfassungsrechts“.² Damit ist gemeint, dass das BVerfG im Gefüge der deutschen Gerichtsbarkeit nicht als Superrevisionsinstanz fungiert, also gerade nicht die Vereinbarkeit vorangegangener fachgerichtlicher Entscheidungen mit einfachem Recht prüft, sondern seine Kontrolle auf Anwendungs- und Auslegungsfehler beschränkt, die ein grundsätzliches Verkennen der Bedeutung und Tragweite von Grundrechten erkennen lassen (*Heck'sche Formel*).³ Grundsätzlich folgt hieraus, dass sich das BVerfG auch nicht mit dem Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen einfachgesetzlicher Ermächtigungsgrundlagen befasst. Es prüft vielmehr in erster Linie, ob das jeweilige Fachgericht durch die Anwendung einer verfassungswidrigen Norm oder die verfassungswidrige Anwendung beziehungsweise Auslegung einer verfassungsgemäßen Norm Grundrechte der Beschwerdeführerin oder des Beschwerdeführers

¹ Siehe *Hellmann*, in: Barczak, Mitarbeiterkommentar zum BVerfGG, 2017, § 90 Rn. 117, 125 f.; *Lenz/Hansel*, Handkommentar zum BVerfGG, 3. Aufl. 2020, § 90 Rn. 173, 175, 182 ff.; ausführlich *Stelkens*, DVBl. 2004, 403.

² Siehe etwa BVerfGE 18, 85 (92 f.): „Die Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes, die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den einzelnen Fall sind allein Sache der dafür allgemein zuständigen Gerichte und der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht entzogen; nur bei einer Verletzung von spezifischem Verfassungsrecht durch die Gerichte kann das Bundesverfassungsgericht auf Verfassungsbeschwerde hin eingreifen (vgl. BVerfGE 1, 418 [420]). Spezifisches Verfassungsrecht ist aber nicht schon dann verletzt, wenn eine Entscheidung, am einfachen Recht gemessen, objektiv fehlerhaft ist; der Fehler muß gerade in der Nichtbeachtung von Grundrechten liegen.“

³ Ausführlich zum Prüfungsmaßstab des BVerfG bei Urteilsverfassungsbeschwerden *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, S. 218 ff.; *Wank*, JuS 1980, 545; allgemeiner auch *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. 2020, S. 460 ff.

verletzt hat.⁴ Eine Ausnahme besteht allerdings, wenn fachgerichtliche Entscheidungen objektiv nicht mehr nachvollziehbar sind und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruhen.⁵ In einem solchen Fall verstößt die jeweilige fachgerichtliche Entscheidung nämlich gegen das in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte allgemeine Willkürverbot, sodass ausnahmsweise bereits ihre Unvereinbarkeit mit einfachem Recht eine „Verletzung spezifischen Verfassungsrechts“ darstellt.⁶

II. Verletzung von Art. 8 GG

Die letztinstanzliche Entscheidung könnte P in seiner Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG verletzen.

1. Schutzbereich

Dafür müssten zunächst der persönliche und sachliche Schutzbereich der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG eröffnet sein.

a) Persönlicher Schutzbereich

In Hinsicht auf den persönlichen Schutzbereich des Art. 8 GG ist fraglich, ob sich P als italienischer Staatsangehöriger überhaupt auf ein sogenanntes Deutschen-Grundrecht berufen kann. „Deutscher“ im Sinne des Grundgesetzes ist nach Art. 116 Abs. 1 GG grundsätzlich nur, „wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiete des Deutschen Reiches nach dem Stande vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat“. Dies trifft auf P zweifelsohne nicht zu.

Etwas anderes könnte sich vorliegend jedoch daraus ergeben, dass Italien ein Mitgliedstaat der EU und P somit gem. Art. 20 Abs. 1 AEUV Unionsbürger ist. Das in Art. 18 Abs. 1 AEUV verankerte allgemeine unionsrechtliche Diskriminierungsverbot, das aufgrund des im deutschen Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon enthaltenen Rechtsanwendungsbefehls auch innerhalb der deutschen Rechtsordnung gilt, darüber hinaus unmittelbar anwendbar ist und sich aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts auch gegenüber kollidierendem Verfassungsrecht durchsetzt, verbietet nämlich jede Diskriminierung von Unionsbürger*innen aus Gründen der Staatsangehörigkeit.⁷ Infolgedessen wäre eine grundrechtliche Schlechterstellung von nicht-deutschen Unionsbürger*innen – also auch des P – durch die deutsche Staatsgewalt mit Unionsrecht unvereinbar.

Umstritten ist allerdings, wie die angesichts dessen zwingend erforderliche Gleichstellung nicht-deutscher Unionsbürger*innen im Bereich der Deutschen-Grundrechte rechtsdogmatisch zu bewerkstelligen ist. Teilweise wird vertreten, dass sich Unionsbürger*innen – wie auch sonstige Ausländer*innen – lediglich auf den subsidiären Art. 2 Abs. 1 GG berufen dürften, das höhere Schutzniveau der Deutschen-Grundrechte jedoch in diesen hineinzu lesen sei.⁸ Überzeugender erscheint es ange-

⁴ Siehe zu den Folgen für den Aufbau der Begründetheitsprüfung *Bilz*, GreifRecht 2014, 133.

⁵ *Kischel*, in: BeckOK GG, Stand: 15.5.2023, Art. 3 Rn. 83 ff.

⁶ BVerfGE 42, 64 (72 ff.); vertiefend *Alleweldt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 276 ff.; siehe auch unten A. VIII.

⁷ Ausführlich hierzu *Sauer*, Staatsrecht III, 7. Aufl. 2022, S. 162 ff.

⁸ *Dreier*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Vorb. Art. 1 Rn. 115 f.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 298; BVerfG NJW 2016, 1436 (1436 f. Rn. 10 ff.).

sichts der Fehleranfälligkeit dieses Vorgehens sowie des sich hieraus ergebenden unnötig komplexen Prüfungsaufbaus allerdings, die Deutschen-Grundrechte auf Unionsbürger*innen entsprechend anzuwenden.⁹ Angesichts des eindeutigen Wortlauts der Deutschen-Grundrechte dürfte dieses Ergebnis methodisch am überzeugendsten durch eine unionsrechtskonforme Nichtanwendung des Begriffs „Deutsche“ zu erzielen sein.¹⁰

Im Ergebnis ist der persönliche Schutzbereich des Art. 8 GG daher auch für P als italienischen Staatsbürger eröffnet.

b) Sachlicher Schutzbereich

Die Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs setzt das Vorliegen einer friedlichen und waffenlosen Versammlung voraus.¹¹ Eine Versammlung meint dabei eine örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zu gemeinschaftlicher Erörterung oder Kundgebung in Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung.¹² Bloße Ansammlungen und Versammlungen zu privaten Zwecken fallen aufgrund der konstitutiven Bedeutung der Versammlungsfreiheit für den *öffentlichen* Meinungsbildungsprozess hingegen nicht unter den Versammlungsbegriff des Art. 8 GG.¹³

aa) Zeltlager als eigenständige Versammlung und infrastrukturelle Einrichtung

Denkbar wäre es zunächst, das mit dem Militärhubschrauber überflogene Zeltlager als eigenständige Versammlung zu begreifen. Ausgehend von der engen Verbindung des verfassungsrechtlichen Versammlungsbegriffs mit der kollektiven Meinungskundgabe wäre hierfür jedoch Voraussetzung, dass mit dem Protestcamp ein „versammlungsspezifischer Zweck“ verfolgt wird, also nach objektivem Verständnis ein auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteter kommunikativer Zweck erkennbar ist.¹⁴

Vorliegend diene das Zeltlager, in dem P übernachtete, allerdings nicht unmittelbar der kollektiven Meinungskundgabe. Laut Sachverhalt lag der Schwerpunkt des Zeltlagers vielmehr auf der Bereitstellung von Versorgungsinfrastruktur durch Essensausgaben und Sanitäranlagen. Zwar können auch bloße infrastrukturelle Einrichtungen wie Essensausgaben und Sanitäranlagen im Kontext von Protestcamps unter den Versammlungsbegriff des Art. 8 GG fallen.¹⁵ Dies setzt aber in konsequenter Fortführung des Öffentlichkeitsbezugs von Versammlungen – neben einer logistischen Erforderlichkeit der infrastrukturellen Einrichtungen – deren funktionale und räumliche Anbindung an ein bestehendes Protestcamp voraus, das seinerseits einen „versammlungsspezifischen Zweck“ verfolgt.¹⁶ Ein solches Protestcamp, an welches das überflogene Zeltlager angebunden war, existierte hier jedoch nicht.

⁹ Michael/Morlok, Grundrechte, 7. Aufl. 2020, S. 232 f.; Jarass, in: Jarass/Piero, Grundgesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 19 Rn. 14; im Ergebnis auch Classen, Staatsrecht II, 2019, S. 27 f.; Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 97. Lfg., Stand: Januar 2022, Art. 1 Abs. 3 Rn. 50.

¹⁰ Vgl. hierzu auch Voßkuhle/Bumke, Casebook Verfassungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 12.

¹¹ v. Coelln, in: Gröpl/Windthorst/v. Coelln, Grundgesetz, Studienkommentar, 5. Aufl. 2022, Art. 8 Rn. 8.

¹² BVerfG NJW 2014, 2706 (2707 Rn. 15); Jarass, in: Jarass/Piero, Grundgesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 8 Rn. 3.

¹³ BVerfG 104, 92 (104); anders Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 8 Rn. 27; Depenheuer, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 97. Lfg., Stand: Januar 2022, Art. 8 Rn. 49.

¹⁴ BVerfG NVwZ 2022, 1197 (1199 Rn. 23).

¹⁵ BVerfG NVwZ 2022, 1197.

¹⁶ BVerfG NVwZ 2022, 1197 (1200 Rn. 27 ff.).

Als eigenständige Versammlung in Form eines Protestcamps wie auch als mittelbar geschützte infrastrukturelle Einrichtung scheidet das Zeltlager daher aus.

bb) Vorwirkung des geplanten Protestzugs

Nichtsdestotrotz könnte das Zeltlager aufgrund seines unmittelbaren Zusammenhangs mit dem geplanten Protestzug von Westerland nach Kampen von der Vorwirkung der Versammlungsfreiheit umfasst sein.¹⁷ Es entspricht dem Wortlaut des Art. 8 Abs. 1 GG sowie dem konzeptionellen Anspruch des Grundgesetzes, einen möglichst umfassenden Grundrechtsschutz zu gewährleisten, dass sich der Schutz des Art. 8 GG nicht allein auf die Teilnahme an einer bestehenden Versammlung beschränkt, sondern auch den gesamten Vorgang des „Sich-Versammelns“ umschließt.¹⁸ Dazu zählt namentlich der Zugang zu einer bevorstehenden oder sich bildenden Versammlung, da die Versammlungsfreiheit andernfalls Gefahr liefe, durch staatliche Maßnahmen im Vorfeld der Grundrechtsausübung ausgehöhlt zu werden.¹⁹

Die Übernachtung des P im Zeltlager stand hier in unmittelbar zeitlichem und räumlichem Zusammenhang mit dem geplanten Protestzug. Alternative Unterkunftsmöglichkeiten waren angesichts der absehbar großen Zahl potenzieller Versammlungsteilnehmer*innen sowie der saisonbedingten Überbuchung der Insel Sylt nicht verfügbar. Eine Teilnahme am Protestzug war infolgedessen für die ganz überwiegende Zahl der Teilnahmewilligen letztlich nur durch eine frühzeitige Anreise und ortsnahe Übernachtung möglich.

Unter derartigen Umständen ist auch der Aufenthalt in einem der Unterbringung potenzieller Versammlungsteilnehmer*innen dienenden Zeltlager – vergleichbar der Anreise zu einer bevorstehenden Versammlung – dem durch Art. 8 GG geschützten Vorgang des „Sich-Versammelns“ zuzurechnen.²⁰

cc) Friedlichkeit und Waffenlosigkeit

Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte im Sachverhalt ist auch von der Friedlichkeit und Waffenlosigkeit der Versammlung auszugehen. Insbesondere führt die Tatsache, dass einige frühzeitig angereiste Teilnahmewillige Sachbeschädigungen im Rahmen der Hochzeitsfeier des Bundesministers begangen haben, nicht zu einer Unfriedlichkeit des geplanten Protestzugs beziehungsweise des von der Vorwirkung umfassten Zeltlagers. Einerseits fehlt es insofern an einem hinreichend engen inhaltlichen Bezug der Sachbeschädigungen zur Versammlung, andererseits hätten selbst vergleichbare Vorkommnisse im Rahmen der stattfindenden Versammlung lediglich zu einem Ausschluss der jeweiligen Einzelpersonen, nicht hingegen zur Unfriedlichkeit der gesamten Versammlung geführt.²¹

dd) Zwischenergebnis

Der sachliche Schutzbereich des Art. 8 GG ist folglich bereits für die Übernachtung des P im Zeltlager eröffnet.

¹⁷ So BVerwG NVwZ 2022, 1197 (1200 Rn. 30) mit Verweis auf BVerwG NJW 2018, 716 (719 Rn. 27 ff.).

¹⁸ BVerfGE 84, 203 (209); BVerwG NJW 2018, 716 (719 Rn. 28).

¹⁹ BVerwG NJW 2018, 716 (719 Rn. 28); BVerfGE 84, 203 (209); vgl. auch BVerfGE 69, 315 (349).

²⁰ BVerwG NJW 2018, 716 (719 Rn. 29).

²¹ Vgl. Jarass, in: Jarass/Piero, Grundgesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 8 Rn. 10.

2. Eingriff

Weiterhin müsste die letztinstanzliche Entscheidung in die Versammlungsfreiheit des P nach Art. 8 GG eingreifen. Da sich die letztinstanzliche Entscheidung die vorangegangenen behördlichen und gerichtlichen Entscheidungen in der Sache zu eigen macht, ist dies jedenfalls dann der Fall, wenn der Überflug des Zeltlagers mithilfe des Militärhubschraubers seinerseits einen Eingriff in Art. 8 GG darstellt.

Nach dem klassischen Eingriffsbegriff ist unter einem Eingriff jedes zwangsweise durchsetzbare, staatliche Ge- oder Verbot zu verstehen, mit dem gezielt ein grundrechtlich geschütztes Verhalten erschwert oder verhindert werden soll.²² Das Vorliegen eines Eingriffs ist demnach von vier kumulativen Voraussetzungen abhängig: Rechtsförmigkeit, Unmittelbarkeit, Finalität und Imperativität.²³ Angesichts der Tatsache, dass es sich bei dem Überflug des Zeltlagers um behördliches Realhandeln handelt, fehlt es hier jedoch bereits an der Rechtsförmigkeit der Maßnahme.²⁴ Die kumulativen Voraussetzungen des klassischen Eingriffsbegriffs liegen folgen nicht vor.

Allerdings könnte der Überflug aufgrund seiner abschreckenden und einschüchternden Wirkung einen (faktischen) Eingriff im modernen Sinne darstellen.²⁵ Grundsätzlich genügt hierfür jede hinreichend intensive, vorhersehbare und dem Staat zurechenbare Verkürzung des Schutzbereichs.²⁶ Fraglich ist vorliegend aber *erstens*, wie sich die Tatsache auswirkt, dass das Zeltlager lediglich von der Vorwirkung der Versammlungsfreiheit geschützt ist, und *zweitens*, ob die Abschreckungs- und Einschüchterungswirkung des Überflugs als hinreichend intensiv zu bewerten ist.

a) Faktische Eingriffe im Vorfeld von Versammlungen

Um einer vermeintlichen Überdehnung des Schutzbereichs und einer damit einhergehenden Zurückdrängung polizeilicher Eingriffsbefugnisse vorzubeugen, wird in der Literatur teilweise vertreten, dass im Bereich der Vorwirkung der Versammlungsfreiheit der Eingriffsbegriff von vornherein enger zu führen und faktische Beeinträchtigungen aus dem Eingriffsbegriff auszuklammern seien.²⁷ Diese Ansicht verkennt jedoch, dass es sich bei dem verfassungsrechtlichen Schutz im Vorfeld von Versammlungen nicht *per se* um ein Minus zum Schutz der Versammlung als solcher handelt. Zwar verblasst mit zunehmender zeitlicher Entfernung zur Versammlung auch der grundrechtliche Schutz von Vorbereitungsmaßnahmen. Dieser Aspekt darf allerdings erst im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zum Tragen kommen. Eine pauschale Engführung des Eingriffsbegriffs im Vorfeld von Versammlungen würde den Handlungsspielraum der Polizei entgegen der konstitutiven Bedeutung des Art. 8 GG für die freiheitlich-demokratische Grundordnung unnötig erweitern und so jedenfalls potenziell die effektive Ausübung der Versammlungsfreiheit durch eine vorgelagerte Beschränkung des „Sich-Versammelns“ behindern.²⁸

²² BVerfGE 105, 279 (299 f.).

²³ Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Vorb. zu Abschn. 1 Rn. 80; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2009, 313 (313).

²⁴ Vgl. hierzu BVerwG NJW 2018, 716 (720 Rn. 31); siehe auch *Müller*, HanLR 3/2019, 196 (202).

²⁵ BVerwG NJW 2018, 716 (720 Rn. 32) m.w.N. zu Literatur und Rechtsprechung.

²⁶ Instrukтив zum modernen Eingriffsbegriff *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, S. 209 ff.; *Hobusch*, JA 2019, 278.

²⁷ *Deger*, Die Polizei 2016, 163 (165).

²⁸ Im Ergebnis wie hier BVerwG NJW 2018, 716 (720 Rn. 34 f.).

b) Hinreichend intensive Abschreckungswirkung

Fraglich ist indes, ob der Überflug auch aus der Perspektive eines oder einer objektiven Dritten eine hinreichende Abschreckungs- und Einschüchterungswirkung hatte. Diesbezüglich können zwei Anknüpfungspunkte unterschieden werden: der Tiefflug des Militärhubschraubers sowie das Anfertigen der Übersichtsaufnahmen.

Grundsätzlich lässt eine wahrnehmbare Videobeobachtung durch die Polizei (oder andere Hoheitsträger) aus der Perspektive eines oder einer objektiven Dritten stets befürchten, dass individualisierbare Aufzeichnungen erzeugt werden, die im Nachhinein Rückschlüsse auf die persönliche Teilnahme an einer Versammlung und das dortige Verhalten zulassen.²⁹ Ihnen kommt daher in der Regel – unabhängig von den technischen Spezifika des Einzelfalls – Eingriffsqualität zu.³⁰ Vorliegend ist jedoch unklar, ob die Kameras – auch für einen oder eine objektive Dritte – überhaupt vom Boden aus erkennbar waren. Jedenfalls die Flughöhe von immerhin noch 100 Metern lässt hieran zweifeln. Allerdings darf auch nicht außer Acht gelassen werden, dass die Übersichtsaufnahmen nicht etwa von dem Dach eines Einsatzfahrzeugs, sondern aus einem Militärhubschrauber angefertigt wurden. Der Tiefflug eines Militärhubschraubers ist mit plötzlich auftretendem Lärm verbunden und für die allermeisten Menschen ein singulärer Anblick, dessen Bedrohlichkeit erhebliche Verunsicherung hervorruft. Jedenfalls in Kombination ist daher von einer hinreichend intensiven Abschreckungs- und Einschüchterungswirkung auszugehen, die dazu geeignet ist, die Ausübung der Versammlungsfreiheit zu behindern.

Ein faktischer Eingriff ist folglich gegeben.

3. Rechtfertigung

Der Eingriff könnte jedoch gerechtfertigt sein. Dafür müsste die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG überhaupt einschränkbar sein, die letztinstanzliche Entscheidung auf einer verfassungsgemäßen Eingriffsgrundlage beruhen und diese im Einzelfall auch verfassungsgemäß durch das Gericht angewandt worden sein.

a) Einschränkung von Art. 8 GG

Nach Art. 8 Abs. 2 GG unterliegen Versammlungen „unter freiem Himmel“ einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Eine Versammlung „unter freiem Himmel“ setzt dabei nicht etwa eine räumliche Unbegrenztheit nach oben voraus. Erforderlich ist vielmehr, dass die Öffentlichkeit freien Zugang zur Versammlung hat.³¹ Hieran bestehen vorliegend keine Zweifel.

b) Verfassungsgemäße Eingriffsgrundlage

Die letztinstanzliche Entscheidung beruht auf § 16 Abs. 2 VersFG, der laut Sachverhalt verfassungsgemäß ist. Eine verfassungsgemäße Eingriffsgrundlage liegt mithin vor.

²⁹ Ebenfalls von einer Grundrechtsrelevanz bloßer Übersichtsaufnahmen ausgehend BVerfGE 122, 342 (372 f.).

³⁰ So auch *Koranyi/Singelstein*, NJW 2011, 124 (124); *Roggan*, NVwZ 2010, 1402 (1404); *Schneider*, in: BeckOK GG, Stand: 15.5.2023, Art. 8 Rn. 27 m.w.N. zur verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung.

³¹ BVerfGE 128, 226 (257 f.).

c) Verfassungsgemäße Einzelfallanwendung

Fraglich ist indes, ob der verfassungsgemäße § 16 Abs. 2 VersFG auch im Einzelfall verfassungsgemäß durch das Gericht angewandt worden ist. Dies ist dann nicht der Fall, wenn die letztinstanzliche Entscheidung Bedeutung und Tragweite der Versammlungsfreiheit des P grundlegend verkennt, insbesondere keinen schonenden Ausgleich im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwischen den widerstreitenden Interessen des P und des Landes Schleswig-Holstein herstellt.

aa) Verhältnismäßigkeit

Dafür müsste der Überflug des Zeltlagers mithilfe des Militärhubschraubers zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen gewesen sein.

Der Einsatz des Militärhubschraubers diene der Erstellung und Verdichtung eines polizeilichen Lagebildes sowie der optimierten Koordination des anlässlich des Protestzuges erwarteten Polizeigrößeinsatzes. Hierin liegt ein legitimer Zweck, der mit dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 2, Abs. 3 GG und der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 14 GG korrespondiert.

Die gleichsam mit dem Überflug erfolgende Bildübertragung befähigte die Einsatzleitung unmittelbar zu einer Echtzeit-Lagebewertung. Angesichts dessen begegnen auch der Geeignetheit keine Bedenken.

Problematischer stellt sich indes die Erforderlichkeit des Überfluges dar. Grundsätzlich ist eine Maßnahme nur dann erforderlich, wenn sie das mildeste aller gleich effektiven Mittel darstellt.³² Als mildere Mittel kommen hier jedoch mehrere Maßnahmen in Betracht. Denkbar wäre etwa eine Bestreifung zu Fuß, bei schwer zugänglichem Terrain auch beritten oder unter Zuhilfenahme von Polizeidrohnen gewesen. Hiergegen ließe sich zwar anführen, dass eine solche Bestreifung gegebenenfalls mehr Zeit in Anspruch nähme und mehr Personalkapazitäten erfordere, die ebenfalls bezahlt werden müssten und nicht mehr anderweitig eingesetzt werden könnten. Abgesehen davon, dass auch für Unterstützungsleistungen im Wege der Amtshilfe Kosten anfallen, dürfen verwaltungsinterne Kapazitätsprobleme und Haushaltsüberlegungen jedoch nicht pauschal zu einer Abschwächung des Grundrechtsschutzes in Stellung gebracht werden.³³ Der Überflug war folglich nicht erforderlich.³⁴

bb) Zwischenergebnis

Mangels Verhältnismäßigkeit ist § 16 Abs. 2 VersFG nicht verfassungsgemäß zur Anwendung gelangt.

4. Ergebnis

P ist durch die letztinstanzliche Entscheidung in seiner Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG verletzt.

III. Verletzung von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GG

Knüpfen staatliche Maßnahmen – wie im vorliegenden Fall – nicht an die Inhalte geäußerter Meinungen an, sondern sind meinungsneutral, ist die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG *lex specialis* zur

³² BVerfGE 30, 292 (316); 63, 88 (115); 67, 157 (173); 90, 145 (172); 126, 112 (144 f.); 135, 90 (120 Rn. 80); 138, 136 (190 Rn. 142); allgemein zur Verhältnismäßigkeit *Klatt/Meister*, JuS 2014, 193; *Michaelis*, JA 2021, 573.

³³ *Michaelis*, JA 2021, 573 (576); ausführlich zum Ganzen *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 119 ff.

³⁴ Vgl. auch OVG Greifswald, Urt. v. 7.9.2021 – 1 L 9/12, Rn. 81 ff.

Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GG.³⁵ Eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GG scheidet daher aus.

IV. Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

Die letztinstanzliche Entscheidung könnte P aber in seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verletzen.³⁶

1. Schutzbereich

Dafür müssten der persönliche und sachliche Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG eröffnet sein.

a) Persönlicher Schutzbereich

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung als eigenständiges Grundrecht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitet.³⁷ Es ist daher – wie auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die diesem zugrundeliegenden Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG – ein sogenanntes Jedermann-Grundrecht, dessen persönlicher Schutzbereich – unabhängig von Art. 18 Abs. 1 AEUV – auch für P als italienischen Staatsangehörigen eröffnet ist.

b) Sachlicher Schutzbereich

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt den Einzelnen vor einer unbefugten Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten.³⁸ Hierzu zählt grundsätzlich auch die staatliche Erstellung und Verbreitung von Bilddateien.³⁹ Auch der sachliche Schutzbereich ist somit eröffnet.⁴⁰

2. Eingriff

In Bezug auf Übersichtsaufnahmen nach dem Kamera-Monitor-Verfahren, bei denen also keine permanente Speicherung des aufgenommenen Bildmaterials erfolgt, ist die Eingriffsqualität umstritten.⁴¹

In der Vergangenheit wurde teilweise vertreten, dass Übersichtsaufnahmen generell keine grundrechtliche Relevanz aufweisen.⁴² Diese Ansicht ist in Anbetracht des technischen Fortschritts, der heute eine Bearbeitung von Bildmaterial auch im Rahmen der Echtzeitbetrachtung problemlos ermöglicht, jedoch unhaltbar geworden.⁴³ Andere gehen daher davon aus, dass sich unabhängig von

³⁵ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 8 Rn. 2 m.w.N.

³⁶ Einführend zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung Franzius, ZJS 2015, 259; Schoch, Jura 2008, 352.

³⁷ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 2 Rn. 40, 46 ff.

³⁸ Erstmals BVerfGE 65, 1 (41 ff.); aus jüngerer Zeit BVerfGE 115, 166 (187); 117, 202 (228); 118, 168 (184); 120, 274 (312); 128, 1 (42); 130, 1 (35).

³⁹ Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 97. Lfg., Stand: Januar 2022, Art. 2 Abs. 1 Rn. 193 f.

⁴⁰ Anders Droege, JuS 2008, 135 (139 f.), der eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG bereits aufgrund eines vermeintlichen Konkurrenzverhältnisses zu Art. 8 GG ablehnen möchte.

⁴¹ Bei sogenannten Übersichtsaufzeichnungen, die gespeichert werden, handelt es sich hingegen unstrittig um einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Siehe nur BVerwG NVwZ 2012, 757 (758); Collin, JuS 2006, 494 (494) m.w.N.

⁴² Siehe etwa BT-Drs. 11/4359, S. 17.

⁴³ Klar dagegen auch BVerfGE 122, 342 (372 f.).

der Individualisierbarkeit der abgebildeten Personen bereits aus dem subjektiv wahrgenommenen Überwachungsdruck ein faktischer Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht ergebe.⁴⁴ Diese Ansicht überspannt hingegen den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, das nicht pauschal vor jeglicher staatlicher Wahrnehmung schützt.⁴⁵ Solange objektiv sichergestellt ist, dass gewonnene Informationen nicht mit dem Verhalten bestimmter individualisierbarer Personen verknüpft werden können, geht die grundrechtliche Relevanz einer Übersichtsaufnahme nicht über die bloße beobachtende Gegenwart einer Polizeistreife hinaus.⁴⁶ Die wohl überwiegende und überzeugende Auffassung geht daher davon aus, dass nur bei technischer Individualisierbarkeit ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gegeben ist.⁴⁷

Vorliegend waren laut Sachverhalt auf den Übersichtsaufnahmen einzelne Gesichter nicht zu erkennen und technisch auch nicht erkennbar zu machen, sodass nach hier vertretener Ansicht kein Eingriff in das Grundrecht des P auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG vorliegt.

Hinweis: Mit entsprechender Begründung ist eine andere Ansicht gut vertretbar.

3. Ergebnis

Die letztinstanzliche Entscheidung verletzt P nicht in seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

V. Verletzung von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG

Allerdings könnte die letztinstanzliche Entscheidung P in seiner körperlichen Bewegungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG verletzen.

1. Schutzbereich

Dafür müssten der persönliche und sachliche Schutzbereich der körperlichen Bewegungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG eröffnet sein.

a) Persönlicher Schutzbereich

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG ist ein Jedermann-Grundrecht. Der persönliche Schutzbereich ist daher – unabhängig von Art. 18 Abs. 1 AEUV – auch für P als italienischen Staatsangehörigen eröffnet.

b) Sachlicher Schutzbereich

Trotz seines missverständlichen Wortlauts besteht heute Einigkeit darin, dass sich der Gewährleistungsgehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG in sachlicher Hinsicht auf die körperliche Bewegungsfreiheit

⁴⁴ Vgl. *Kloepfer/Breitkreuz*, DVBl. 1998, 1149 (1152); *Roggan*, NVwZ 2001, 134 (135 f.); *Siegel*, NVwZ 2012, 738 (739) m.w.N. zur verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung; in diese Richtung scheinbar auch BVerfGE 65, 1 (43).

⁴⁵ Insoweit zutreffend *Ipsen*, Staatsrecht II, 24. Aufl. 2021, S. 90.

⁴⁶ So überzeugend *Maske*, NVwZ 2001, 1248 (1249).

⁴⁷ *Rixen*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 88a; vgl. auch *Collin*, JuS 2006, 494 (494); *Maske*, NVwZ 2001, 1248 (1249); so ohne weitere Begründung auch BVerfG NJW 2018, 716 (718 Rn. 21); OVG Greifswald, Urt. v. 15.7.2015 – 3 L 9/12, Rn. 64 f.

beschränkt.⁴⁸ Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG schützt also nur vor solchen staatlichen Beeinträchtigungen, die tatsächlich die natürlich gegebene körperliche Fortbewegungsfähigkeit einschränken und nicht vor jeglicher Form staatlichen Zwangs.⁴⁹ Insoweit ist vielmehr die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG einschlägig. Im Übrigen ist die Reichweite der körperlichen Bewegungsfreiheit umstritten. Sie wird meist unter Rückgriff auf die von Art. 104 GG erfassten Freiheitseingriffe bestimmt.⁵⁰

aa) Betreten des Bahnhofs

Ob etwa polizeiliche Betretungsverbote als Freiheitsbeschränkungen i.S.v. Art. 104 Abs. 1 GG zu qualifizieren und somit vom Schutzbereich umfasst sind, hängt davon ab, ob man das Aufsuchen eines bestimmten Ortes als eine von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG geschützte Verhaltensweise bewertet. Weitgehende Einigkeit besteht noch darin, dass Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG keine allgemeine Mobilitätsgarantie im Sinne eines Schutzes jeglicher physischer Ortswechsel vor staatlicher Beeinträchtigung darstellt.⁵¹ Abseits dessen lassen sich zwei Hauptansichten ausmachen.

Nach Ansicht des BVerfG und Teilen der Literatur garantiert Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG die Freiheit des Grundrechtsträgers, „einen Ort oder Raum aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich ist“, nicht aber diejenige, „sich unbegrenzt überall aufzuhalten und überall hinbewegen zu dürfen“.⁵² Mit dieser – im ersten Zugriff etwas verwirrenden – Bestimmung des Schutzbereichs bringt das BVerfG im Ausgang ein enorm weites Verständnis zum Ausdruck, begrenzt dieses jedoch sogleich wieder durch die vage Bedingung der Zugänglichkeit des angestrebten Ortes. Gemeint ist damit die Vereinbarkeit der Fortbewegung mit der geltenden Rechtsordnung.⁵³ Steht eine Fortbewegung zu dieser in Widerspruch, etwa weil sie verkehrsrechtliche Nutzungsverbote, polizeirechtliche Betretungsverbote oder privatrechtliche Ausschließungsrechte missachtet, soll der sachliche Schutzbereich nicht eröffnet sein.⁵⁴ Dieses Vorgehen ist insoweit problematisch, als die Bestimmung des Schutzbereichs auf diese Weise letztlich dem einfachen Gesetzgeber überlassen wird. Zwar argumentieren Teile der Literatur, dass die hierin liegende Schutzbereichsbegrenzung nur solche Gesetze erfasse, die sich nicht spezifisch gegen die körperliche Bewegungsfreiheit richten.⁵⁵ Letztlich ist damit jedoch wenig erreicht, da sich die Normprägung des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG schlicht nicht aus dem Wortlaut der Artikel des Grundgesetzes ableiten lässt.

Eine vor allem in der Literatur vertretene Ansicht möchte daher von vornherein den Gewährleistungsumfang von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG auf die Freiheit beschränken, sich von einem bestimmten Ort

⁴⁸ BVerfGE 94, 166 (198); 105, 239 (247); *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 97. Lfg., Stand: Januar 2022, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 22; *Lorenz*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 171. Lfg., Stand: Februar 2015, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 671.

⁴⁹ *Lorenz*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 171. Lfg., Stand: Februar 2015, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 670.

⁵⁰ Siehe etwa BVerfGE 149, 293 (319); *Lorenz*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 171. Lfg., Stand: Februar 2015, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 683; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 2 Rn. 112.

⁵¹ So scheinbar aber *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 37. Aufl. 2021, Rn. 567; *Tiemann*, NVwZ 1987, 10 (12 ff.) m.w.N.

⁵² BVerfGE 94, 166 (198).

⁵³ Siehe BVerfGE 96, 10 (21).

⁵⁴ Siehe *Rixen*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 235a; kritisch und mit überzeugenden Argumenten für die Gegenansicht *Lorenz*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 171. Lfg., Stand: Februar 2015, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 680; *Wittreck*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 151 Rn. 8.

⁵⁵ *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 97. Lfg., Stand: Januar 2022, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 26; *Rixen*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 235a; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 196.

wegzubewegen, mithin nicht in einem bestimmten, räumlich eng umgrenzten Bereich festgehalten zu werden.⁵⁶ Diese Anschauung verhindert die vom BVerfG vorgenommene Auslagerung der Schutzbereichsbestimmung auf das einfache Recht. Zugleich trägt sie der historischen Entwicklung des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG aus der Habeas-Corpus-Akte Rechnung, die den Bürger*innen Englands Schutz vor willkürlichen Verhaftungen gewähren sollte.⁵⁷ Zuletzt ermöglicht nur ein enges Schutzbereichsverständnis eine trennscharfe Abgrenzung zur allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG.

Letztlich kann eine Entscheidung dieses Streits vorliegend jedoch dahinstehen. Jedenfalls in Bezug auf das Betreten des Bahnhofs kommen beide Ansichten nämlich zum selben Ergebnis. So würde die erste Ansicht wohl den auf Grundlage des § 163b Abs. 2 StPO abgeriegelten Bahnhof als rechtlich unzugänglichen Ort definieren und somit aus dem Schutzbereich ausklammern, während die zweite Ansicht das Hinbewegen zu einem bestimmten Ort von vornherein nicht in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG einbeziehen würde.

bb) Verlassen der Insel Sylt

Fraglich ist jedoch, ob sich etwas anderes daraus ergibt, dass die Insel Sylt mangels Straßenanbindung ans Festland für den Großteil der Inselbesucher*innen nur mit dem Zug zu erreichen ist und P folglich durch das Abriegeln des Bahnhofs zumindest vorübergehend auch daran gehindert wurde, die Insel von Westerland aus zu verlassen. Diesbezüglich ist zuvorderst zu bedenken, dass P selbst nicht zur Identitätsfeststellung an- oder festgehalten wurde.⁵⁸ Die auf dem Bahnhofsvorplatz vorgenommenen Identitätsfeststellungen bei Abreisenden führten aufgrund der Schlangenbildung lediglich mittelbar dazu, dass P am Betreten des Bahnhofs gehindert wurde. Zwar können auch mittelbare Beeinträchtigungen Eingriffe in die körperliche Bewegungsfreiheit darstellen, soweit sie dem Staat zurechenbar sind. Dies setzt jedoch eine Vergleichbarkeit in Ausmaß und Intensität voraus. Hier konnte sich P auf der Insel Sylt allerdings weiterhin ungestört fortbewegen, theoretisch sogar von einem anderen Bahnhof oder mit dem Boot oder Flugzeug abreisen. Allein die Tatsache, dass Sylt eine Insel ist, führt daher nicht zu einer abweichenden Beurteilung.⁵⁹

Hinweis: Mit entsprechender Begründung ist eine andere Ansicht gut vertretbar.

cc) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist der sachliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG folglich nicht eröffnet.

2. Ergebnis

Die letztinstanzliche Entscheidung verletzt P nicht in seiner körperlichen Bewegungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG.

⁵⁶ Lorenz, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 171. Lfg., Stand: Februar 2015, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 679 ff.; Wittreck, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 151 Rn. 8; siehe auch Ogorek, in: BeckOK GG, Stand: 15.5.2023, Art. 11 Rn. 57.

⁵⁷ Lorenz, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 171. Lfg., Stand: Februar 2015, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 672.

⁵⁸ Ein unmittelbares Festhalten zur Durchführung einer Identitätskontrolle wäre vom Gewährleistungsgehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG hingegen umfasst, vgl. Lorenz, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 171. Lfg., Stand: Februar 2015, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 705.

⁵⁹ Vgl. zu lokalen Betretungsverboten auch Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 97. Lfg., Stand: Januar 2022, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 28; Lorenz, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 171. Lfg., Stand: Februar 2015, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 689.

VI. Verletzung von Art. 11 GG

P könnte jedoch durch die letztinstanzliche Entscheidung in seinem Freizügigkeitsrecht nach Art. 11 GG verletzt sein.

1. Schutzbereich

Dafür müssten der persönliche und sachliche Schutzbereich des Freizügigkeitsrechts nach Art. 11 GG eröffnet sein.

a) Persönlicher Schutzbereich

Das Freizügigkeitsrecht ist ein Deutschen-Grundrecht, auf das sich P als Unionsbürger aufgrund von Art. 18 Abs. 1 AEUV jedoch – jedenfalls nach hier vertretener Ansicht – unmittelbar berufen kann.

b) Sachlicher Schutzbereich

In Abgrenzung zu den Schutzbereichen der Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG sowie Art. 2 Abs. 1 GG schützt auch Art. 11 GG nicht jeden physischen Ortswechsel, sondern nur die Fortbewegung zum Zweck der Aufenthalts- oder Wohnsitznahme im Bundesgebiet.⁶⁰ Freizügigkeit i.S.v. Art. 11 GG setzt also einerseits einen Ortswechsel von gewisser Dauer und Bedeutung voraus, andererseits ein Verbleiben im Bundesgebiet. Diesem Umstand entspricht es, dass das BVerfG die Ausreisefreiheit aus dem Schutzbereich des Art. 11 GG ausklammert.⁶¹ P wollte vorliegend den direkten Heimweg nach Italien antreten, plante also keinen Aufenthalt von gewisser Dauer und Bedeutung im Bundesgebiet. Damit dürfte der Schutzbereich von Art. 11 GG grundsätzlich nicht eröffnet sein.

Etwas anderes könnte sich hier indes daraus ergeben, dass P Unionsbürger ist und der unmittelbar anwendbare Art. 21 Abs. 1 AEUV allen Unionsbürger*innen Freizügigkeit in einem weiteren Sinne garantiert. Angesichts dessen ließe sich vertreten, dass jedenfalls die Ausreise in einen Mitgliedstaat der EU in den Schutzbereich von Art. 11 GG fallen müsse.⁶² Hiergegen spricht jedoch, dass die Freizügigkeitsbegriffe von Grundgesetz und AEUV gerade nicht deckungsgleich sind. Es besteht folglich auch keinerlei Notwendigkeit, ausgerechnet Art. 11 GG i.S.v. Art. 21 Abs. 1 AEUV europarechtskonform auszulegen. Überzeugender erscheint es in Anbetracht des durchaus spezifischen Schrankenvorbehalts des Art. 11 Abs. 2 GG vielmehr, Art. 21 Abs. 1 AEUV im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Art. 2 Abs. 1 GG zu berücksichtigen.⁶³

Im Ergebnis ist der Schutzbereich von Art. 11 GG folglich nicht eröffnet.

2. Ergebnis

Die letztinstanzliche Entscheidung verletzt P nicht in seinem Freizügigkeitsrecht nach Art. 11 GG.

⁶⁰ BVerfGE 2, 266 (273); 43, 203 (211); 80, 137 (150).

⁶¹ Siehe hierzu *Schwab/Imgarten*, JuS 2019, 549.

⁶² In diese Richtung *Pagenkopf*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 11 Rn. 18.

⁶³ Wie hier *Ogorek*, in: BeckOK GG, Stand: 15.5.2023, Art. 11 Rn. 15; *Wollenschläger*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 11 Rn. 31.

VII. Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG

Möglicherweise bedeutet die letztinstanzliche Entscheidung jedoch eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit des P nach Art. 2 Abs. 1 GG.

1. Schutzbereich

Art. 2 Abs. 1 GG fungiert als Auffanggrundrecht. Ortswechsel, die weder unter Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG noch unter Art. 11 GG fallen, sind daher nicht etwa gänzlich schutzlos gestellt, sondern von Art. 2 Abs. 1 GG umfasst. Hierzu zählt nach hier vertretener Ansicht auch die Ausreise aus dem Bundesgebiet.⁶⁴

2. Eingriff

Das – durch die letztinstanzliche Entscheidung perpetuierte – Abriegeln des Bahnhofs erfolgte zur Durchführung von Identitätsfeststellungen und war folglich nicht final darauf gerichtet, P am Verlassen der Insel Sylt und damit auch am Verlassen des Staatsgebiets der Bundesrepublik Deutschland zu hindern. Es stellt folglich keinen Eingriff im klassischen Sinne dar. Allerdings stellt die Schlangenbildung auf dem Bahnhofsvorplatz eine vorhersehbare, dem Staat zurechenbare und hinreichend intensive faktische Beeinträchtigung der Ausreisefreiheit und damit der allgemeinen Handlungsfreiheit des P dar, sodass jedenfalls ein Eingriff im modernen Sinne vorliegt.

3. Rechtfertigung

Dieser Eingriff könnte jedoch gerechtfertigt gewesen sein. Dafür müsste die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG überhaupt einschränkbar sein, die letztinstanzliche Entscheidung auf einer verfassungsgemäßen Eingriffsgrundlage beruhen und diese im Einzelfall auch durch das Gericht verfassungsgemäß angewandt worden sein.

a) Einschränkung von Art. 2 Abs. 1 GG

Die allgemeine Handlungsfreiheit steht unter dem Vorbehalt der sogenannten Schrankentrias. Da die „verfassungsmäßige Ordnung“ heute jedoch in positiver Form sowohl die „Rechte Dritter“ als auch das „Sittengesetz“ mit umfasst, läuft die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG letztlich auf einen einfachen Gesetzesvorbehalt hinaus.⁶⁵

b) Verfassungsgemäße Eingriffsgrundlage

Die letztinstanzliche Entscheidung beruht auf § 163b Abs. 2 StPO, der laut Sachverhalt verfassungsgemäß ist. Eine verfassungsgemäße Eingriffsgrundlage liegt mithin vor.

⁶⁴ So auch BVerfGE 6, 32 (36 ff.); 72, 200 (245); *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 121; *Durner*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 97. Lfg., Stand: Januar 2022, Art. 11 Rn. 102.

⁶⁵ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 2 Rn. 13 ff.; *Lang*, in: BeckOK GG, Stand: 15.5.2023, Art. 2 Rn. 51 f.; überzeugend von einer „Monoschranke“ statt „Schrankentrias“ sprechend *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 37.

c) Verfassungsgemäße Einzelfallanwendung

Fraglich ist indes, ob der verfassungsgemäße § 163b Abs. 2 StPO auch im Einzelfall durch das Gericht verfassungsgemäß angewandt worden ist. Dies ist dann nicht der Fall, wenn die letztinstanzliche Entscheidung Bedeutung und Tragweite der allgemeinen Handlungsfreiheit des P grundlegend verkennt, insbesondere keinen schonenden Ausgleich im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwischen den widerstreitenden Interessen des P und des Landes Schleswig-Holstein herstellt.

aa) Verhältnismäßigkeit

Zweck der Durchführung der Identitätsfeststellungen war das Betreiben der Strafverfolgung, die elementarer Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 2, Abs. 3 GG ist.

Die Durchführung der Identitätsfeststellungen machte das Auffinden der Täter*innen der Sachbeschädigungen zumindest wahrscheinlicher, diente also dem legitimen Zweck der Strafverfolgung.

Allerdings müssten die Identitätsfeststellungen vor dem abgeriegelten Bahnhof auch das relativ mildeste Mittel darstellen. Vorliegend hätte alternativ die Möglichkeit bedacht werden können, die Identitätsfeststellungen in den fahrenden Zügen vorzunehmen. Eine solche Verlagerung der Identitätsfeststellungen in die Züge hätte das Abriegeln des Bahnhofs entbehrlich gemacht, sodass es sich jedenfalls um ein deutlich milderer Mittel handelt. Da in einem fahrenden Zug aber die Gefahr einer unbeobachteten Mitfahrt besteht und die Fahrtzeit von Westerland auf das Festland zudem nur knapp 40 Minuten beträgt, fehlt es jedoch an einer vergleichbaren Effektivität. In Ermangelung milderer, aber gleich effektiver Mittel ist die Erforderlichkeit daher zu bejahen.

Problematisch ist hingegen die Angemessenheit der Identitätsfeststellungen. Dass die Strafverfolgung in einem Rechtsstaat ein hohes Gut darstellt, steht außer Zweifel. Sie darf jedoch keineswegs um jeden Preis erfolgen. So ist zunächst zu berücksichtigen, dass es sich bei einfachen Sachbeschädigungen lediglich um Vergehen handelt. Ausgehend von der Sachverhaltsdarstellung bestand zudem eine gewisse zeitliche Distanz zwischen der Begehung der Straftaten und der Durchführung der Identitätsfeststellungen. Die Erfolgsaussichten der weitgehend randomisierten Identitätsfeststellungen waren daher als gering zu bewerten. Nichtsdestotrotz betrafen sie jedenfalls mittelbar eine große Anzahl an Grundrechtsträger*innen und hinderten diese zumindest vorübergehend am Verlassen der Insel. Jedenfalls für betroffene nicht-deutsche Unionsbürger*innen wie P ist zudem zu berücksichtigen, dass Art. 21 Abs. 1 AEUV Freizügigkeit in einem umfassenden Sinne garantiert, der sowohl die Mobilität innerhalb eines fremden Mitgliedstaats als auch das Verlassen eines fremden Mitgliedstaats einschließt.⁶⁶

In der Gesamtschau stellt sich das vorübergehende Abriegeln des Bahnhofs zur Durchführung von Identitätskontrollen daher als unangemessen dar.

bb) Zwischenergebnis

Mangels Verhältnismäßigkeit ist § 163b Abs. 2 StPO nicht verfassungsgemäß zur Anwendung gelangt.

4. Ergebnis

Die letztinstanzliche Entscheidung verletzt P auch in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG.

⁶⁶ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 76. Lfg., Stand: Mai 2022, AEUV Art. 21 Rn. 20 f.

VIII. Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG

Die letztinstanzliche Entscheidung könnte P weiterhin in Art. 3 Abs. 1 GG in seiner speziellen Ausprägung als allgemeines Willkürverbot verletzen.

1. Herleitung des allgemeinen Willkürverbots

Grundsätzlich hat der auf die „Verletzung spezifischen Verfassungsrechts“ begrenzte Prüfungsmaßstab des BVerfG bei Urteilsverfassungsbeschwerden zur Folge, dass sich allein aus der Unvereinbarkeit einer fachgerichtlichen Entscheidung mit einfachem Recht noch keine Begründetheit der Verfassungsbeschwerde ergibt. Ausnahmsweise ist eine Verfassungsbeschwerde jedoch bereits aufgrund einer fachgerichtlichen Verletzung einfachen Rechts begründet, wenn das Gericht objektiv unhaltbar und deshalb willkürlich entschieden hat. In einem solchen Fall wird nämlich gegen das in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte allgemeine Willkürverbot verstoßen, dessen Zweck es ist, als „äußerste Notwehrlinie des Rechtsstaates gegenüber der staatlichen Gewalt“⁶⁷ evidente Rechtsbrüche zu verhindern.

2. Verstoß gegen das allgemeine Willkürverbot

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist ein Verstoß gegen das allgemeine Willkürverbot jedoch nur anzunehmen, wenn „Rechtsanwendung oder Verfahren unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar sind und sich daher der Schluss aufdrängt, dass die Entscheidung auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen beruht“.⁶⁸ Hier kann zwar durchaus bezweifelt werden, ob das polizeiliche Handeln in Form des Überflugs und der massenhaften Identitätsfeststellungen noch von den Ermächtigungsgrundlagen – namentlich § 16 Abs. 2 VersFG und § 163b Abs. 2 StPO – gedeckt war, die tatbestandlich eine prognostizierte erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit beziehungsweise eine Gebotenheit zur Aufklärung einer Straftat voraussetzen. Selbst eine zweifelsfrei fehlerhafte Rechtsanwendung überschreite indes noch nicht notwendigerweise die Grenze des allgemeinen Willkürverbots.⁶⁹ Für den vorliegenden Fall ist daher entscheidend, dass die polizeiliche Bewertung der Rechts- und Sachlage aufgrund der Unübersichtlichkeit der Gesamtsituation nicht von vornherein als absolut unvertretbar erscheint. Insofern ist insbesondere zu berücksichtigen ist, dass § 16 Abs. 2 VersFG bereits eine Gefahrenprognose genügen lässt und auch § 163b Abs. 2 StPO einen Spielraum betreffend die Ermittlungseignung einräumt. Im Ergebnis liegt daher kein Verstoß gegen das allgemeine Willkürverbot vor.

Hinweis: Mit entsprechender Begründung ist eine andere Ansicht gut vertretbar.

3. Ergebnis

Die letztinstanzliche Entscheidung verletzt P nicht in Art. 3 Abs. 1 GG.

⁶⁷ Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 97. Lfg., Stand: Januar 2022, Art. 3 Abs. 1 Rn. 445.

⁶⁸ BVerfG NJW 2011, 3217 (3218 Rn. 9) m.w.N.

⁶⁹ Kischel, in: BeckOK GG, Stand: 15.5.2023, Art. 3 Rn. 84.

IX. Gesamtergebnis

Die letztinstanzliche Entscheidung verletzt P in seiner Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG sowie in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG. Die Verfassungsbeschwerde ist daher begründet.

B. Verfassungsbeschwerde der F

Die Verfassungsbeschwerde der F ist begründet, soweit die letztinstanzliche Entscheidung F in ihren in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG genannten Rechten verletzt.

I. Prüfungsmaßstab des BVerfG bei Urteilsverfassungsbeschwerden

Hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs des BVerfG im Rahmen von Urteilverfassungsbeschwerden wird auf obige Ausführungen verwiesen.⁷⁰

II. Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG

In Betracht kommt zunächst eine Verletzung der Berufsfreiheit der F aus Art. 12 Abs. 1 GG.

1. Schutzbereich

Dafür müssten der persönliche und sachliche Schutzbereich der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG eröffnet sein.

a) Persönlicher Schutzbereich

Die Berufsfreiheit ist ein sogenanntes Deutschen-Grundrecht, auf das sich F als deutsche Staatsangehörige uneingeschränkt berufen kann.

b) Sachlicher Schutzbereich

Der einheitliche Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet die Freiheit der Berufswahl und -ausübung.⁷¹ Ein Beruf meint dabei jede auf Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage dient und jedenfalls nicht sozialschädlich ist.⁷² Mangels entgegenstehender Angaben ist davon auszugehen, dass F sich durch den Betrieb des Fischbrötchenimbisses ihre Lebensgrundlage finanziert. Auch der Dauerhaftigkeit und Sozialverträglichkeit der Tätigkeit begegnen keine Bedenken. Folglich ist der sachliche Schutzbereich eröffnet.

2. Eingriff

Fraglich ist, ob die – durch die letztinstanzliche Entscheidung perpetuierte – Veröffentlichung der Warnung auf Twitter durch die Innenministerin auch einen Eingriff darstellt. Mangels Rechtsförmigkeit, Finalität und Imperativität handelt es sich jedenfalls nicht um einen Eingriff im klassischen

⁷⁰ Siehe A. I.

⁷¹ Gröpl, in: Gröpl/Windthorst/v. Coelln, Grundgesetz, Studienkommentar, 5. Aufl. 2022, Art. 12 Rn. 15.

⁷² Gröpl, in: Gröpl/Windthorst/v. Coelln, Grundgesetz, Studienkommentar, 5. Aufl. 2022, Art. 12 Rn. 16 ff.

Sinne. Jedoch ist anerkannt, dass auch bloßes staatliches Informationshandeln einen (faktischen) Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG darstellen kann.⁷³ Voraussetzung dafür ist, dass die staatlichen Informationen – wie sämtliche Maßnahmen ohne unmittelbaren Berufsbezug – im Einzelfall „in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs stehen und objektiv eine berufsregelnde Tendenz deutlich erkennen lassen“.⁷⁴ So soll verhindert werden, dass auch bloße Nebenfolgen beziehungsweise Reflexe staatlichen Handelns einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG begründen. Zwar lässt sich dem Erfordernis einer „objektiv berufsregelnden Tendenz“ durchaus entgegenhalten, dass der Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG keinen Anhaltspunkt für eine grundrechtsspezifische Engführung des Eingriffsbegriffs bietet.⁷⁵ Zu bedenken ist jedoch zugleich, dass in einer professionalisierten Dienstleistungsgesellschaft nahezu jedes staatliche Handeln Auswirkungen auf die Berufsfreiheit haben kann.⁷⁶ Angesichts dessen ist die Berufsfreiheit in besonderem Maße auf eine dogmatische Konturierung angewiesen, die gleichsam einen verbleibenden Anwendungsbereich für Art. 2 Abs. 1 GG als subsidiäre Gewährleistung der wirtschaftlichen Betätigung absteckt und so einer Entkleidung der allgemeinen Handlungsfreiheit zuvorkommt.⁷⁷

Die Warnung der Innenministerin betraf hier keine bestimmten Berufe oder individualisierten Unternehmen, sondern einen Ort. Dass an diesem Ort – wie an nahezu jedem Ort im Bundesgebiet – Berufe ausgeübt und Unternehmen geführt werden, stellt aber keinen hinreichenden Konnex zwischen der ergriffenen Maßnahme und der von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit her. Zwar wird durch die Warnung der Innenministerin zweifelsohne das Marktgeschehen verändert, da in ihrer Folge die Kundschaft der F ausbleibt. Dies verleiht der Warnung jedoch noch keinen berufsregelnden Charakter. Konkreter Gegenstand der staatlichen Information war nämlich lediglich eine regionale Reisewarnung. Dass diese zu einem reduzierten Besuchsaufkommen führt, das weniger geschäftlichen Umsatz generiert, stellt lediglich eine mittelbare Folgewirkung dar. Es fehlt daher schon an einer „objektiv berufsregelnden Tendenz“ der Warnung.

Im Ergebnis ist das Vorliegen eines Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG mithin abzulehnen.

Hinweis: Mit entsprechender Begründung ist eine andere Ansicht vertretbar. Nach der heftig umstrittenen⁷⁸ Rechtsprechung des BVerfG im sogenannten Glykol-Fall soll ein Eingriff durch staatliches Informationshandeln etwa von vornherein ausscheiden, wenn marktbezogene Informationen zutreffend, neutral und sachlich sowie im Rahmen der Kompetenzordnung verbreitet werden.⁷⁹ Allerdings hat sich das BVerfG – freilich ohne seine Glykol-Rechtsprechung ausdrücklich zu verwerfen – in einem jüngeren Fall von diesem „grundrechtlichen Sonderregime“⁸⁰ distanziert und stellt nun verstärkt auf die „funktionale Eingriffsäquivalenz“ des staatlichen Informationshandelns ab.⁸¹ Eine solche soll wiederum vorliegen, wenn eine amtliche Information der Öffentlichkeit „direkt auf die Marktbedin-

⁷³ BVerfGE 105, 252 (265 ff.); BVerwGE 87, 37 (41 ff.); allgemein zu staatlichem Informationshandeln *Martini/Kühl*, Jura 2014, 1221; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2018, 343.

⁷⁴ *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 12 Rn. 72; BVerfGE 70, 191 (214).

⁷⁵ *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 75; *Ruffert*, in: BeckOK GG, Stand: 15.5.2023, Art. 12 Rn. 57.

⁷⁶ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 12 Rn. 20; *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 92.

⁷⁷ *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 92.

⁷⁸ *Ruffert*, in: BeckOK GG, Stand: 15.5.2023, Art. 12 Rn. 59 ff.; *Huber*, JZ 58 (2003), 290; *Murswiek*, NVwZ 2003, 1; *Wollenschläger*, JZ 73 (2018), 980 m.w.N.

⁷⁹ BVerfGE 105, 252 (268).

⁸⁰ *Huber*, JZ 58 (2003), 290; ähnlich *Wollenschläger*, JZ 73 (2018), 980 (983 f.).

⁸¹ BVerfGE 148, 40 (Rn. 28).

gungen konkret individualisierter Unternehmen zielt, indem sie die Grundlagen der Entscheidungen am Markt zweckgerichtet beeinflusst und so die Markt- und Wettbewerbssituation zum wirtschaftlichen Nachteil der betroffenen Unternehmen verändert.⁸² Damit nähert sich das BVerfG auch für den Bereich des staatlichen Informationshandelns an die vor allem im Schrifttum entwickelten Voraussetzungen des modernen Eingriffsbegriffs an.⁸³ Unklar bleibt indes, in welchem Verhältnis das Erfordernis der „funktionalen Eingriffsäquivalenz“ zum grundsätzlich fortbestehenden Erfordernis einer „objektiv berufsregelnden Tendenz“ steht,⁸⁴ da es beiden letztlich um eine Engführung des Eingriffsbegriffs i.R.v. Art. 12 Abs. 1 GG geht. Unabhängig von diesen dogmatischen Unstimmigkeiten dürfte jedoch im vorliegenden Fall angesichts der Allgemeinheit der von der Innenministerin ausgesprochenen Warnung bereits zweifelhaft sein, ob es sich überhaupt um marktbezogene Informationen handelt, die in ihrer Zielgerichtetheit und Wirkung einem (klassischen) Eingriff gleichkommen.

3. Ergebnis

Die letztinstanzliche Entscheidung verletzt F nicht in ihrer Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG.

III. Verletzung von Art. 14 GG

Da die Eigentumsfreiheit nach Art. 14 GG lediglich bestehende Vermögenspositionen und keine bloßen Exspektanzen schützt, kommt vorliegend als betroffene Vermögensposition – soweit man ein solches überhaupt anerkennt⁸⁵ – nur das vom BGH als sonstiges Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB entwickelte „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ in Betracht. Hierzu ist allerdings festzustellen, dass selbst diejenigen Stimmen, die sich für eine Einbeziehung des „Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ in den Eigentumsbegriff des Art. 14 GG aussprechen, davon nur die Substanz der Sach- und Rechtsgesamtheit eines wirtschaftlichen Unternehmens geschützt sehen wollen, nicht hingegen die äußeren Bedingungen der gewerblichen Tätigkeit sowie die sich daraus ergebenden situationsbedingten Erwerbschancen.⁸⁶ F befürchtet hier aufgrund der infolge der Warnung ausbleibenden Tourismusströme die Insolvenz ihres Unternehmens. Das Vorhandensein von Kundschaft und die damit einhergehenden Umsatzaussichten zählen jedoch nicht zum Inhalt des „Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“, sodass auch eine Verletzung von Art. 14 GG ausscheidet.

⁸² BVerfGE 148, 40 (Rn. 28).

⁸³ Wollenschläger, JZ 73 (2018), 980 (984).

⁸⁴ Starke, DVBl. 2018, 1469 (1472).

⁸⁵ Dagegen sprechen sich etwa *Bryde/Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 14 Rn. 44 und *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 14 Rn. 61 ff. aus. Auch das BVerfG lässt bisweilen offen, ob es das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als vom Eigentumsbegriff des Art. 14 GG umfasst ansieht, vgl. BVerfGE 105, 252 (278); 123, 186 (258); 143, 246 (331 f.).

⁸⁶ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 14 Rn. 21; *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 97. Lfg., Stand: Januar 2022, Art. 14 Rn. 206; *Depenheuer/Froese*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 133 ff.; im Ergebnis eindeutig auch BVerfGE 105, 252 (278).

IV. Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG

Allerdings könnte die letztinstanzliche Entscheidung F in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG verletzen.

1. Schutzbereich

Dies setzt eine Eröffnung des persönlichen und sachlichen Schutzbereichs der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG voraus.

a) Persönlicher Schutzbereich

Die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG ist ein Jedermann-Grundrecht, auf das sich F als natürliche Person uneingeschränkt berufen kann.

b) Sachlicher Schutzbereich

Art. 2 Abs. 1 GG schützt als – nicht lediglich auf einen Persönlichkeitskern beschränktes⁸⁷ – Auffanggrundrecht die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit auch jenseits der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG. Zwar verdrängt das Vorliegen eines Eingriffs in den Schutzbereich eines spezielleren Grundrechts (z.B. der Berufsfreiheit) den allgemeineren Art. 2 Abs. 1 GG.⁸⁸ Da hier mangels einer „objektiv berufsregelnden Tendenz“ jedoch kein Eingriff in die Berufsfreiheit vorliegt, kommt eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG weiterhin in Betracht.⁸⁹

2. Eingriff

Fraglich ist indes, ob die – durch die letztinstanzliche Entscheidung perpetuierte – Warnung auch einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG darstellt.

Fest steht zunächst, dass die Warnung nicht im klassischen Sinne in die allgemeine Handlungsfreiheit der F eingreift. Ob Art. 2 Abs. 1 GG darüber hinaus auch vor faktischen Eingriffen schützt, ist umstritten. Teilweise wird angesichts des weiten Schutzbereichs von Art. 2 Abs. 1 GG vertreten, nur klassische Eingriffe zu erfassen.⁹⁰ Diese Ansicht führt aufgrund der ohnehin bestehenden breiten Rechtfertigungsmöglichkeiten jedoch zu einer unnötigen Verkürzung des Grundrechtsschutzes. Die wohl herrschende Auffassung will daher auch faktische Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 GG zulassen, soweit diese hinreichend intensiv sind.⁹¹ In diesem Sinne ist wohl auch die Rechtsprechung des BVerfG zur wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit zu verstehen, nach der „die wirtschaftliche Handlungsfreiheit nur durch Maßnahmen betroffen [wird], die auf Beschränkung wirtschaftlicher Entfaltung sowie Gestaltung, Ordnung oder auch Lenkung des Wirtschaftslebens angelegt sind oder sich in diesem Sinne auswirken“.⁹²

⁸⁷ So aber noch die abweichende Meinung von *Dieter Grimm* in der Entscheidung „Reiten im Walde“, siehe BVerfGE 80, 137 (164 ff.).

⁸⁸ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar*, 17. Aufl. 2022, Art. 2 Rn. 3 m.w.N.

⁸⁹ Vgl. BVerfG NJW 1992, 2143 (2144); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar*, 17. Aufl. 2022, Art. 12 Rn. 20, Art. 2 Rn. 3 m.w.N.; *Burgi*, in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 196. Lfg., Stand: Februar 2019, Art. 12 Abs. 1 Rn. 134.

⁹⁰ *Kingreen/Poscher, Grundrechte*, 37. Aufl. 2021, Rn. 522 ff.

⁹¹ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar*, 17. Aufl. 2022, Art. 2 Rn. 10 m.w.N.

⁹² BVerfGE 98, 218 (259) mit *Hervorhebung* des Autors.

Vorliegend kann zwar nicht davon ausgegangen werden, dass die Warnung der Innenministerin auf eine „Gestaltung, Ordnung oder auch Lenkung des Wirtschaftslebens angelegt“ war. Angesichts des Ausbleibens der Ferientourist*innen und des daraus resultierenden Umsatzeinbruchs lässt sich jedoch kaum bezweifeln, dass sich die Warnung „in diesem Sinne ausgewirkt“ hat. Bedenkt man, dass die Warnung der F den Weiterbetrieb ihres Unternehmens letztlich sogar finanziell unmöglich machte, so ist auch eine hinreichende Intensität der Lenkungswirkung anzunehmen. Zwar verleiht Art. 2 Abs. 1 GG „keinen Anspruch darauf, für das Ergebnis wirtschaftlicher Betätigung einen Abnehmer zu finden“.⁹³ Hieraus folgt indes nicht, dass der Staat in seinem Handeln die wirtschaftlichen Interessen privater Unternehmer*innen gänzlich ausblenden darf. Insbesondere in Fällen einer eher reflexartigen Betroffenheit der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit, in denen mangels „objektiv berufsregelnder Tendenz“ kein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG angenommen werden kann, wird Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht relevant.

Folglich liegt ein Eingriff im modernen Sinne vor.

Hinweis: Mit entsprechender Begründung ist eine andere Ansicht gut vertretbar.

3. Rechtfertigung

Dieser Eingriff könnte jedoch gerechtfertigt sein. Dafür müsste die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG überhaupt einschränkbar sein, die letztinstanzliche Entscheidung auf einer verfassungsgemäßen Eingriffsgrundlage beruhen und diese im Einzelfall auch verfassungsgemäß angewandt worden sein.

a) Einschränkung von Art. 2 Abs. 1 GG

Hinsichtlich der Einschränkung von Art. 2 Abs. 1 GG wird auf obige Ausführungen verwiesen.⁹⁴

b) Verfassungsgemäße Eingriffsgrundlage

Entsprechend dem Vorbehalt des Gesetzes, der sich unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 2, Abs. 3 GG ableitet, bedarf jeder Eingriff in ein Grundrecht – auch in Art. 2 Abs. 1 GG – einer formell-gesetzlichen Rechtsgrundlage. Fraglich ist hier, auf welcher Rechtsgrundlage die Innenministerin des Landes Schleswig-Holstein die Warnung über Twitter abgesetzt haben könnte. Eine einfachgesetzliche Rechtsgrundlage für die behördliche Nutzung von Twitter existiert nicht. Für Fälle des staatlichen Informationshandelns von Bundesministerien hat die Rechtsprechung jedoch – freilich nicht ohne Widerspruch aus der Literatur⁹⁵ – die allgemeine Staatsleitungskompetenz aus den Art. 62 ff. GG, insbesondere aber aus Art. 65 GG, als Eingriffsgrundlage für staatliches Informationshandeln identifiziert.⁹⁶ Diese Lösung lässt sich angesichts der Tatsache, dass hier die Innenministerin des Landes Schleswig-Holstein und nicht etwa die Bundesinnenministerin gehandelt hat, allerdings nicht auf den vorliegenden Fall übertragen.

⁹³ BVerfGE 98, 218 (259).

⁹⁴ Siehe A. VII. 3. a).

⁹⁵ Siehe exemplarisch *Huber*, JZ 58 (2003), 290 (295); *Schoch*, NVwZ 2011, 193 (196).

⁹⁶ BVerfGE 105, 252 (270 ff.); 105, 279 (301 ff.); siehe auch BVerfGE 138, 102 (113 f.); instruktiv *Epping*, in: BeckOK GG, Stand: 15.5.2023, Art. 65 Rn. 21 ff. m.w.N.

Angesichts dessen erscheint es zunächst denkbar, auf den – Art. 65 S. 2 GG nahezu vollkommen identischen – Art. 36 Abs. 2 der Verfassung von Schleswig-Holstein (Verf-SH) abzustellen und somit die Argumentationslogik der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auch auf Landesebene fruchtbar zu machen.⁹⁷ Das durchaus gewichtige Argument, auf diese Weise eine Aufgabenzuweisungsnorm zu einer Ermächtigungsgrundlage umzuinterpretieren, wird hierdurch freilich nicht ausgeräumt.⁹⁸ Ihm kann jedoch weiterhin das praktische Bedürfnis nach Flexibilität im Bereich des staatlichen Informationshandelns entgegengehalten werden.⁹⁹ Alternativ könnte die Veröffentlichung der Warnung aber auch als Wahrnehmung polizei- und ordnungsrechtlicher Kompetenzen interpretiert werden. Dann wäre als Rechtsgrundlage die polizei- und ordnungsrechtliche Generalklausel der §§ 174, 176 Abs. 1 des Allgemeinen Verwaltungsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein (LVwG) heranzuziehen. Nach beiden Ansichten liegt jedenfalls eine taugliche Eingriffsgrundlage vor.

Im Übrigen begegnen diesen auch keinerlei Bedenken, sodass eine verfassungsgemäße Eingriffsgrundlage für die letztinstanzliche Entscheidung besteht.

c) Verfassungsgemäße Einzelfallanwendung

Fraglich ist indes, ob die verfassungsgemäße Eingriffsgrundlage auch im Einzelfall verfassungsgemäß durch das Gericht angewandt worden ist. Dies ist dann nicht der Fall, wenn die letztinstanzliche Entscheidung die Bedeutung und Tragweite der allgemeinen Handlungsfreiheit der F grundlegend verkennt, insbesondere keinen schonenden Ausgleich im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwischen den widerstreitenden Interessen der F und des Landes Schleswig-Holstein herstellt.

aa) Verhältnismäßigkeit

Die Veröffentlichung der Warnung durch die Innenministerin zielte auf den Schutz der Bürger*innen vor gewaltsamen Übergriffen auf ihre körperliche Unversehrtheit und ihr Eigentum. Sie entsprach damit ihrer staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 14 GG.

Zur Förderung dieses legitimen Zwecks kann allerdings nur eine solche Information auch beitragen, die sachlich richtig ist und dem Empfänger oder der Empfängerin daher eine persönliche Risikoeinschätzung ermöglicht. Hier warnte die Innenministerin vor Gefahren, für die kein sachlicher Anknüpfungspunkt bestand. So wurden abgesehen von den Sachbeschädigungen im Rahmen der Hochzeitsfeier des Bundesministers keine Straftaten von den angereisten Punks begangen. Bei Bestehen einer unsicheren Tatsachenlage ist eine Warnung zwar nicht von vornherein ausgeschlossen. Jedenfalls muss aber der Versuch unternommen werden, den Sachverhalt umfassend aufzuklären und die Warnung gegebenenfalls zu korrigieren.¹⁰⁰ Dies ist vorliegend jedoch nicht geschehen, sodass die Warnung sich letztlich in einer Stigmatisierung der angereisten Punks erschöpft. Die Warnung der Innenministerin war daher schon nicht geeignet, die Bürger*innen zu schützen.¹⁰¹

⁹⁷ So auch *Nolte/Bökel*, in: *Becker u.a., Kommentar zur Verfassung des Landes Schleswig-Holstein*, 2021, Art. 36 Rn. 16.

⁹⁸ Vgl. *Epping*, in: *BeckOK GG*, Stand: 15.5.2023, Art. 65 Rn. 22; *Gusy*, NJW 2000, 977 (984 f.); *Hellmann*, NVwZ 2005, 163 (166).

⁹⁹ Vgl. insoweit BVerfGE 105, 279 (304 f.).

¹⁰⁰ *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 99.

¹⁰¹ Vgl. BVerfGE 105, 252 (272); 148, 40 (55).

bb) Zwischenergebnis

Mangels Verhältnismäßigkeit ist die Eingriffsgrundlage nicht verfassungsgemäß zur Anwendung gelangt.

4. Ergebnis

Die letztinstanzliche Entscheidung verletzt F in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG.

V. Gesamtergebnis

Die letztinstanzliche Entscheidung verletzt F in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG. Die Verfassungsbeschwerde ist daher begründet.

Fortgeschrittenenklausur: Ein Wettstreit unter Kollegen mit Folgen

Wiss. Mitarbeiterin Dr. Tamina Preuß, Würzburg*

Die Fortgeschrittenenklausur widmet sich den Straßenverkehrsdelikten, insbesondere der Strafbarkeit verbotener Kraftfahrzeugrennen nach § 315d StGB. Diese durch das 56. StrÄndG mit Wirkung zum 13.10.2017 eingeführte Strafnorm¹ gewinnt nicht nur in der Praxis immer mehr an Bedeutung,² sondern erfreut sich – auch aufgrund der Auslegungsschwierigkeiten, welche die Norm aufwirft – zunehmender Beliebtheit als Gegenstand juristischer Prüfungen,³ oftmals in Kombination mit anderen Verkehrsstraftaten⁴ oder Problematiken aus dem allgemeinen Teil des Strafrechts,⁵ wie dies auch der Rechtswirklichkeit entspricht.

Sachverhalt

Zwischen den Arbeitskollegen Armani (A) und Bibiana (B) ist ein Wettstreit entbrannt, wer den nahezu identischen Arbeitsweg der beiden, der rund fünf Kilometer durch den innerstädtischen Bereich führt, mit dem Pkw schneller zurücklegen kann. Um dies zu ermitteln, fahren A und B jeweils getrennt voneinander mit ihren Fahrzeugen zur Arbeit und stoppen hierbei die Zeit.

A will zwar schneller als B sein, einen Verlust seiner Fahrerlaubnis jedoch auf keinen Fall riskieren. Daher hält er die Verkehrsregeln ein, versucht aber durch geschicktes Verhalten (schnelles Anfahren, häufige Spurwechsel, Starten vor seiner üblichen Arbeitszeit, um den Berufsverkehr zu umgehen) B zu schlagen.

B will dagegen A um jeden Preis unterbieten und fährt „mit Vollgas“ durch die Innenstadt. Auch als B sich einem Fußgängerüberweg, auf dem Fußgänger Conrad (C) gerade die Straße überquert, nähert, vermindert sie ihr Tempo nicht. Während B mit 100 km/h (statt erlaubten 50 km/h) den Fußgängerüberweg überfährt, kann C sich nur durch einen Sprung zur Seite retten, sodass er „wie durch ein Wunder“ unverletzt bleibt. Im Eifer des Gefechtes hatte sich B über eine Gefährdung oder gar Verletzung anderer Verkehrsteilnehmer überhaupt keine Gedanken gemacht. Auf diese Weise schafft

* Die Autorin ist Habilitandin und Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg bei Prof. Dr. Frank Peter Schuster, Mag. iur.

¹ BGBl. I 2017, S. 3532.

² Laut Strafverfolgungsstatistik sind im Jahr 2021 1.132 Personen wegen einer Straftat nach § 315d StGB verurteilt worden, im Jahr 2020 waren dies 722 Personen, im Jahr 2019 364, Statistisches Bundesamt (Destatis), Rechtspflege Strafverfolgung 2021, 2022, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafverfolgung-2100300217004.pdf?_blob=publicationFile (25.7.2023); Statistisches Bundesamt (Destatis), Rechtspflege Strafverfolgung 2020, 2021, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafverfolgung-2100300207004.pdf?_blob=publicationFile (25.7.2023); Statistisches Bundesamt (Destatis), Rechtspflege Strafverfolgung 2019, 2020, abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNo-deServlet/DEHeft_derivate_00062210/FS10_R3_2019.pdf (25.7.2023).

³ Vgl. Mitsch, JuS 2020, 924 (929); Niedernhuber, JA 2021, 303; Rehmet/Ströle, ZJS 2021, 359; Veljovic/Koch, ZJS 2022, 436; Wörner, JA 2021, 554.

⁴ Hilgendorf, Fälle zum Strafrecht III, 3. Aufl. 2022, Fall 4; Veljovic/Koch, ZJS 2022, 436 (444 f.).

⁵ Mitsch, JuS 2020, 924; Peters/Bildner, JuS 2020, 731; Vavra/Holznapel, ZJS 2018, 559.

B es, die Strecke in vier Minuten zurückzulegen, was einer Durchschnittsgeschwindigkeit von 75 km/h entspricht.

Einige Monate später – B wurde mittlerweile aufgrund des obigen Vorfalls rechtskräftig die Fahrerlaubnis entzogen – befährt diese mit ihrem Pkw die Autobahn. B bemerkt hinter sich einen Streifenwagen, der sie einer Verkehrskontrolle unterziehen will und ihr deshalb Haltesignal anzeigt. Um zu verhindern, wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis (§ 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG) bestraft zu werden, gibt B so viel Gas, wie sie kann, und fährt mit einer Geschwindigkeit von 170 km/h (bei erlaubten 100 km/h) davon. Ihr Ziel ist es, dem Streifenwagen zu entkommen. Dies kann sie nach ihrer Vorstellung nur dadurch erreichen, dass sie mit ihrem Pkw mit der höchstmöglichen Geschwindigkeit fährt. Erst nach einigen Kilometern kann die Polizei B stellen.

Aufgabe

Wie haben sich A und B nach dem StGB strafbar gemacht?

Lösungsvorschlag

Tatkomplex 1: Der Wettstreit.....	860
A. Strafbarkeit des A	860
I. Strafbarkeit gem. § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB.....	860
1. Tatbestand.....	860
a) Objektiver Tatbestand.....	860
aa) Im öffentlichen Straßenverkehr	860
bb) Nicht erlaubtes Kraftfahrzeugrennen	860
cc) Teilnahme als Kraftfahrzeugführer	862
b) Subjektiver Tatbestand	862
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	862
3. Ergebnis	862
II. Zwischenergebnis	862
B. Strafbarkeit der B.....	862
I. §§ 223 Abs. 1, Abs. 2, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB.....	862
1. Vorprüfung.....	862
2. Tatentschluss.....	863
3. Ergebnis	863
II. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 4 StGB	863
1. Tatbestand.....	864
a) Grunddelikt, § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB	864
b) Qualifikation, § 315d Abs. 2 StGB	864
aa) Objektiver Tatbestand	864

bb) Subjektive Voraussetzungen	864
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	865
3. Ergebnis	865
III. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. c, Abs. 3 Nr. 1 StGB.....	865
1. Tatbestand.....	866
a) Objektiver Tatbestand.....	866
b) Subjektive Voraussetzungen.....	866
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	866
3. Ergebnis	866
IV. § 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB.....	867
V. Zwischenergebnis	868
Tatkomplex 2: Die Flucht vor der Polizei	868
A. Strafbarkeit der B.....	868
I. § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB.....	868
1. Tatbestand.....	868
a) Objektiver Tatbestand.....	868
b) Zwischenergebnis.....	869
2. Ergebnis	869
II. § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB.....	869
1. Tatbestand.....	869
a) Objektiver Tatbestand.....	869
b) Subjektiver Tatbestand	870
aa) Vorsatz.....	870
bb) „Raserabsicht“	870
cc) Rücksichtslosigkeit	873
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	873
3. Ergebnis	874
B. Zwischenergebnis	874
Gesamtergebnis	874

Tatkomplex 1: Der Wettstreit

A. Strafbarkeit des A

I. Strafbarkeit gem. § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB

Indem A versuchte, den Arbeitsweg schneller als B zurückzulegen, könnte er sich gem. § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB wegen verbotenen Kraftfahrzeugrennens strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Im öffentlichen Straßenverkehr

Die Tat müsste sich im öffentlichen Straßenverkehr ereignet haben, da § 315d StGB entsprechend seinem Schutzzweck als gemeingefährliches Delikt nur den öffentlichen Straßenverkehr umfasst,⁶ d.h. die Verkehrsfläche, die dem öffentlichen Verkehr gewidmet ist.⁷ Bei einer Fahrt im innerstädtischen Verkehr ist dies der Fall.

bb) Nicht erlaubtes Kraftfahrzeugrennen

Bei dem Wettstreit zwischen A und B müsste es sich um ein nicht erlaubtes Kraftfahrzeugrennen handeln. Unter einem Kraftfahrzeugrennen versteht man einen Wettbewerb zwischen wenigstens zwei Kraftfahrzeugführern, bei dem es zumindest auch darum geht, mit dem Kraftfahrzeug über eine nicht unerhebliche Wegstrecke eine höhere Geschwindigkeit als der andere oder die anderen teilnehmenden Kraftfahrzeugführer zu erreichen, wobei es keiner vorherigen Absprache der Beteiligten bedarf.⁸ Nach einhelliger Auffassung kann ein Kraftfahrzeugrennen auch vorliegen, wenn die konkurrierenden Fahrer nacheinander einen bestimmten Streckenabschnitt befahren und es im Sinne eines Zeitfahrens (bzw. Einzelzeitfahrens) darum geht, wer hierfür die kürzeste Zeit benötigt oder wer auf diesem Abschnitt die höchste absolute Geschwindigkeit erreicht.⁹ Für diese Auslegung spricht, dass die besondere Gefährlichkeit des Kraftfahrzeugrennens, die darin besteht, dass ein Kräftenessen im Sinne eines Übertreffen-Wollens zur Außerachtlassung der Fahr- und Verkehrssicherheit führt, auch hier besteht.¹⁰ Dass sich A und B nicht zeitgleich auf der Strecke befinden, sondern jeweils getrennt ermitteln, wer die kürzeste Zeit für die Zurücklegung des Arbeitsweges benötigt, indem sie jeweils die Zeit stoppen, steht dem Vorliegen eines Kraftfahrzeugrennens somit nicht entgegen.

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass A alle Verkehrsregeln einhält. Nach einer Auffassung schließt die Einhaltung der Verkehrsregeln den Renncharakter aus.¹¹ Dies wird damit begründet, dass

⁶ Kother/Schmuck, NJOZ 2022, 801 (801); Kulhanek, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 315d Rn. 10.

⁷ Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315d Rn. 5, § 315c Rn. 6 m.w.N.

⁸ BGH NStZ 2022, 292 (293); BGH NZV 2022, 290 (291).

⁹ BGH NStZ 2022, 292 (294); Zieschang, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 5, 2020, § 45 Rn. 100. Vgl. aber auch Mitsch, DAR 2017, 70 (72).

¹⁰ BGH NStZ 2022, 292 (294).

¹¹ Eisele, KriPoZ 2018, 32 (34); Ernemann, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2021, § 315d Rn. 4; Kusche, NZV 2017, 414 (415). Offengelassen bei KG BeckRS 2022, 14332 Rn. 10 aufgrund Verstoßes gegen § 30 Abs. 1 S. 1 StVO (Umweltschutz, Sonn- und Feiertagsverbot) durch Start mit lautstarken Motorgeräuschen und mit quietschenden

Geschwindigkeitsüberschreitungen den Kern des besonderen Gefahrenpotentials illegaler Kraftfahrzeugrennen ausmachen würden.¹² Auch wird argumentiert, dass keine rennspezifische Gefahr vorliege; insbesondere begründe eine mögliche Ablenkung durch den Wettbewerb aufgrund der zahlreichen weiteren im Straßenverkehr denkbaren Ablenkungen – beispielsweise durch Gespräche mit dem Beifahrer, Einlegen einer CD oder einen Blick zu Fußgängern – kein hinreichendes Unrecht.¹³ Nach der Gegenauffassung steht die Einhaltung der Verkehrsregeln dem Renncharakter nicht entgegen,¹⁴ da dennoch eine Ablenkung durch den Wettbewerb an sich gegeben ist. Dies entspricht der Begründung des Gesetzgebers¹⁵ und der h.A. zum Rennen i.S.d. § 29 Abs. 1 StVO a.F.¹⁶ Andere befürworten eine teleologische Reduktion des Tatbestandes bei Einhaltung der Verkehrsregeln¹⁷ oder wenn eine konkrete Gefährdung im Einzelfall sicher ausgeschlossen ist.¹⁸ Bei einer Fahrt im innerstädtischen Verkehr über mehrere Kilometer kann, selbst wenn diese zu einer Zeit erfolgt, zu der die Straßen wenig frequentiert sind, nicht davon ausgegangen werden, dass eine konkrete Gefährdung mit Sicherheit ausgeschlossen ist. Der Verstoß gegen Verkehrsregeln ist für illegale Kraftfahrzeugrennen zwar typisch, aber keine begriffsnotwendige Voraussetzung. Nach hiesiger Auffassung kann auch bei Einhaltung der Verkehrsregeln ein Kraftfahrzeugrennen vorliegen. Insgesamt handelt es sich bei dem Wettstreit zwischen A und B um ein Kraftfahrzeugrennen.

Hinweis: Alle zu dieser Streitfrage vertretenen Ansichten sind mit entsprechender Begründung gleichermaßen vertretbar. Maßgeblich ist, dass die Streitfrage gesehen und mit vertretbarer Argumentation entschieden wird. Offenbleiben kann die höchstrichterlich bislang noch nicht geklärte Frage,¹⁹ ob es für das Vorliegen eines Kraftfahrzeugrennens darauf ankommt, ob ein Sieger ermittelt wird,²⁰ da A und B einander bei der Zurücklegung des Arbeitswegs jeweils unterbieten wollen.

Das Kraftfahrzeugrennen hielt sich nicht im Rahmen einer behördlichen Genehmigung i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 1, S. 3 StVO,²¹ es war mithin nicht erlaubt.

Reifen. Differenzierend *Stam*, StV 2018, 464 (466) – Tatbestandslosigkeit von Wettbewerben, die unter Einhaltung der dem Schutz von Leib und Leben dienenden Verkehrsregeln ausgetragen werden.

¹² *Ernemann*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2021, § 315d Rn. 4.

¹³ *Eisele*, KriPoZ 2018, 32 (34).

¹⁴ *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315d Rn. 3; *Zieschang*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 5, 2020, § 45 Rn. 100.

¹⁵ BT-Drs. 18/12964, S. 5.

¹⁶ OVG Lüneburg NordÖR 2010, 253 (254); *Rebler*, SVR 2017, 365 (367). Vgl. auch Rn. 1 VwV zu § 29 StVO a.F.

¹⁷ *Kulhanek*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 315d Rn. 14; *Schulz-Merkel*, NZV 2020, 397 (398).

¹⁸ *Blanke-Roeser*, JuS 2019, 18 (22); *Gerhold/Meglalu*, ZJS 2018, 321 (321); *Preuß*, NZV 2017, 105 (111); *Weigend*, in: FS Fischer, 2018, S. 569 (573 f.). Generell kritisch gegenüber einer teleologischen Reduktion des Tatbestandes *Gründel*, ZJS 2019, 211 (219).

¹⁹ *Kulhanek*, NStZ 2022, 296 (297).

²⁰ Bejahend *Blanke-Roeser*, JuS 2018, 18 (18, 22); *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 315d Rn. 4, 5; *Preuß*, NZV 2018, 537 (538); *Rinio*, NZV 2018, 478 zu § 29 Abs. 1 StVO a.F. Ablehnend OLG Köln NStZ-RR 2020, 323 (324); OLG Hamm NZV 2013, 403 (404) zu § 29 Abs. 1 StVO a.F.; LG Aachen BeckRS 2021, 1611 Rn. 42; LG Deggendorf BeckRS 2019, 35102 Rn. 130 ff.; *Kulhanek*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 315d Rn. 13.6; *Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315d Rn. 8 – keine ausdrückliche förmliche Siegermittlung zum Abschluss des Rennens erforderlich.

²¹ *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315d Rn. 4.

Hinweis: Die fehlende Erlaubnis kann – wie hier – als negatives objektives Tatbestandsmerkmal²² oder im Rahmen der Rechtswidrigkeit als Rechtfertigungsgrund²³ thematisiert werden.

cc) Teilnahme als Kraftfahrzeugführer

Es liegt eine Teilnahme des A an dem Kraftfahrzeugrennen als Kraftfahrzeugführer vor, zumal dieser in seiner Rolle als Kraftfahrzeugführer²⁴ selbstständig am Wettbewerb mitwirkte.²⁵

b) Subjektiver Tatbestand

A handelte mit Vorsatz bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Die Tat war rechtswidrig und A handelte schuldhaft.

3. Ergebnis

A hat sich gem. § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

II. Zwischenergebnis

A hat sich im ersten Tatkomplex des verbotenen Kraftfahrzeugrennens gem. § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit der B

I. §§ 223 Abs. 1, Abs. 2, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB

Indem B den Fußgänger C, der sich nur durch einen Sprung zur Seite retten konnte, beinahe überfuhr, könnte sie sich der versuchten gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, Abs. 2, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Die Tat ist nicht vollendet, da C unverletzt blieb. Die Strafbarkeit der versuchten gefährlichen Körperverletzung ergibt sich aus § 23 Abs. 1 Alt. 2 i.V.m. §§ 223 Abs. 2, 224 Abs. 4 StGB.

²² Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315d Rn. 4; Jansen, NZV 2017, 214 (215); Kusche, ZV 2017, 414 (415); Mitsch, JuS 2020, 924 (924); Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315d Rn. 13; Ruhs, SVR 2018, 286 (288); Zieschang, JA 2016, 721 (742).

²³ Gerhold/Meglalu, ZJS 2018, 321 (324 f.); Kulhanek, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 315d Rn. 21.

²⁴ Vgl. zum Begriff des Kraftfahrzeugführers Kulhanek, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 315d Rn. 28.

²⁵ Vgl. Kulhanek, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 315d Rn. 25.

2. Tatentschluss

B müsste mit Tatentschluss gehandelt haben. Hierunter zu verstehen ist ein unbedingter und endgültiger Handlungswille, der dem Vorsatz und den besonderen subjektiven Absichten des vollendeten Delikts entspricht und von der bloßen Tatgeneigtheit abzugrenzen ist.²⁶ B müsste demnach zunächst mit Vorsatz bezüglich einer körperlichen Misshandlung bzw. Gesundheitsschädigung gehandelt haben. Vorsatz bezeichnet den Willen zur Verwirklichung des Straftatbestandes in Kenntnis all seiner objektiven Tatumstände.²⁷ Der Vorsatz enthält demnach ein voluntatives und ein kognitives Element.²⁸ Im hiesigen Fall machte sich B über die Verletzung anderer Verkehrsteilnehmer keine Gedanken, sodass es bereits am kognitiven Element des Vorsatzes fehlt.

Hinweis: Das Fehlen des Vorsatzes ist hier aufgrund der Angaben im Sachverhalt unproblematisch, in vielen Fällen jedoch der neuralgische Punkt, der bei Kraftfahrzeugrennen mit tödlichem Ausgang entscheidend dafür sein kann, ob ein verbotenes Kraftfahrzeugrennen mit Todesfolge gem. § 315d Abs. 5 StGB oder ein Totschlag bzw. Mord²⁹ vorliegt. Die Problematik besitzt daher sowohl erhebliche Praxis-³⁰ als auch Prüfungsrelevanz.³¹

Hinweis: Vertretbar ist es ebenso, wenn entsprechende Ausführungen zum Vorsatz im Rahmen der Prüfung eines versuchten Tötungsdelikts erfolgen.

3. Ergebnis

B hat sich nicht der versuchten gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, Abs. 2, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

II. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 4 StGB

B könnte sich des verbotenen Kraftfahrzeugrennens gem. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 4 StGB strafbar gemacht haben, indem sie „mit Vollgas“ durch die Innenstadt fuhr, um den Arbeitsweg schneller als A zurückzulegen.

²⁶ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 939, 941.

²⁷ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 313.

²⁸ Statt vieler Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 14 Rn. 5.

²⁹ Zum Vorliegen von Mordmerkmalen bei illegalen Straßenrennen BGH NJW 2020, 2900 (2905 f. Rn. 47 ff.); BGH NJW 2018, 1621 (1624 f. Rn. 31 ff.); LG Kleve BeckRS 2020, 11726 Rn. 99; LG Berlin NSTZ 2017, 471 (477 f.); Fromm, DAR 2021, 13 (14); Kubiciel/Hoven, NSTZ 2017, 439, 442 ff.; Preuß, NZV 2017, 303 (306); dies., NZV 2017, 105 (106 f.).

³⁰ BVerfG BeckRS 2022, 36007 Rn. 40 ff.; BVerfG BeckRS 2021, 19204 Rn. 19 ff.; BGH NJW 2020, 2900 (2905 ff.); BGH NJW 2018, 1621 (1622 Rn. 17 ff.); LG Kleve BeckRS 2020, 11726 Rn. 91 ff.; LG Berlin NSTZ 2017, 471 (473 ff.); Bechtel, JuS 2019, 114; Eisele, JZ 2018, 549; Hörnle, NJW 2018, 1576; Leitmeier, jM 2022, 481 (483); Mitsch, DAR 2017, 70 (70); Puppe, JR 2018, 323; Rostalski, GA 2017, 585 (586 ff.); Walter, NJW 2017, 1350.

³¹ Nicolai, JA 2019, 31; Niedernhuber, JA 2021, 303 (307 f.); Wörner, JA 2021, 554 (555 ff.).

1. Tatbestand

a) Grunddelikt, § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB

B hat als Kraftfahrzeugführer an einem nicht erlaubten Kraftfahrzeugrennen im öffentlichen Straßenverkehr teilgenommen und mit entsprechendem Vorsatz gehandelt.

b) Qualifikation, § 315d Abs. 2 StGB

B könnte die Qualifikation des § 315d Abs. 2 StGB verwirklicht haben.

aa) Objektiver Tatbestand

B könnte Leib oder Leben eines anderen Menschen oder eine fremde Sache von bedeutendem Wert gefährdet haben. In Betracht kommende Rechtsgüter sind Leib und Leben des Fußgängers C. § 315d Abs. 2 StGB setzt eine konkrete Gefährdung voraus. Eine solche liegt vor, wenn das Gefährdungsobjekt so in den Wirkungsbereich der schadensträchtigen Tathandlung gelangt ist, dass der Eintritt eines Schadens nicht mehr gezielt abgewendet werden kann und sein Ausbleiben nur noch von bloßen Zufälligkeiten abhängt (sog. „Beinahe-Unfall“), was auf Grundlage einer objektiv nachträglichen Prognose zu beurteilen ist.³² Bei der Gefährdung für Leib und Leben muss der Eintritt des Todes oder einer nicht unerheblichen Verletzung der körperlichen Unversehrtheit naheliegen.³³ C konnte sich nur durch einen Sprung zur Seite retten, wodurch er „wie durch ein Wunder“ unverletzt blieb. Bei einer Kollision mit dem Fahrzeug der B mit einer Geschwindigkeit von 100 km/h hätten erhebliche Verletzungen bis hin zum Tod gedroht. Eine konkrete Gefährdung ist mithin zu bejahen. Gleiches gilt für den Zurechnungszusammenhang³⁴ zwischen der Tathandlung nach § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB und der Gefährdung.

bb) Subjektive Voraussetzungen

Grundsätzlich setzt die Qualifikation des § 315d Abs. 2 StGB (zumindest bedingten) Gefährdungsvorsatz voraus.³⁵ Dieser liegt vor, wenn der Täter über die abstrakte Gefahrensituation hinaus die Umstände kennt, die den in Rede stehenden Gefährterfolg im Sinne eines „Beinahe-Unfalls“ als naheliegende Möglichkeit erscheinen lassen, und er sich mit dem Eintritt dieser Gefahrenlage zumindest abfindet.³⁶ B machte sich über die Gefährdung anderer Menschen keine Gedanken, sodass der Gefährdungsvorsatz am kognitiven Vorsatzelement scheitert.

Hinweis: Nach wohl überwiegender Auffassung ist nicht ausgeschlossen, dass der Täter hinsichtlich des Verletzungserfolgs fahrlässig handelt, dennoch aber Gefährdungsvorsatz bezogen auf dasselbe

³² BGH NStZ 2023, 108 (109 Rn. 9); *Kulhanek*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 315d Rn. 44. Vgl. auch BGH BeckRS 2021, 21668 Rn. 5 zu § 315c Abs. 1 StGB.

³³ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 315c Rn. 23; *Kudlich*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 315c Rn. 61.

³⁴ Vgl. BGH NStZ 2023, 108 (109 Rn. 9); BGH NJW 2021, 1173 (1176 Rn. 20); *Kulhanek*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 315d Rn. 46. Vgl. auch BGH NStZ 2007, 222 (223) zu § 315c Abs. 1 StGB.

³⁵ BGH NStZ 2023, 108 (109 Rn. 8); *Kulhanek*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 315d Rn. 50.

³⁶ BGH NStZ 2023, 108 (109 Rn. 10); *Kulhanek*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 315d Rn. 50.

Tatobjekt aufweist.³⁷ Beachtliche Literaturstimmen vertreten dagegen den Standpunkt, dass Gefährdungsvorsatz gleichzeitig (bedingten) Verletzungsvorsatz bedeutet.³⁸ Im hiesigen Fall scheitern Verletzungs- und Gefährdungsvorsatz jeweils aus denselben Gründen.

Die Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination des § 315d Abs. 4 StGB³⁹ stellt aber auch die fahrlässige Verursachung der Gefahr unter Strafe. Fahrlässig handelt der Täter, wenn er eine objektive Pflichtverletzung begeht, die er nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten vermeiden konnte, wenn gerade diese Pflichtverletzung objektiv und subjektiv vorhersehbar den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeigeführt hat.⁴⁰ Eine objektive Pflichtverletzung ist anzunehmen, wenn der Täter den Sorgfaltsmaßstab außer Acht lässt, der bei einer ex-ante-Betrachtung der Gefahrenlage an einen besonnenen und gewissenhaften Menschen zu stellen ist, der dem Verkehrskreis des Täters angehört und sich in seiner konkreten Lage befindet.⁴¹ Objektive Vorhersehbarkeit ist gegeben, wenn der Kausalverlauf so sehr außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung liegt, dass der Täter mit ihm vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte.⁴² Die Fahrlässigkeitsprüfung ist dabei nicht auf den einzelnen Verkehrsvorgang zu beziehen, sondern auf das Verhalten während des Gesamtrennens.⁴³ Da B mit einer Durchschnittsgeschwindigkeit von 75 km/h bei erlaubten 50 km/h unterwegs war, den Fußgängerüberweg sogar mit 100 km/h überfuhr, ist eine objektive Pflichtverletzung zu bejahen (vgl. § 3 Abs. 3 StVO). Dass hierdurch auf Fußgängerüberwegen befindliche Fußgänger gefährdet werden können, war für sie auch vorhersehbar. Insgesamt verursachte B die Gefahr fahrlässig.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Die Tat war rechtswidrig. B handelte schuldhaft; insbesondere lagen auch die subjektiven Fahrlässigkeitselemente⁴⁴ vor.

3. Ergebnis

B hat sich des verbotenen Kraftfahrzeugrennens gem. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 4 StGB strafbar gemacht.

III. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. c, Abs. 3 Nr. 1 StGB

B könnte sich der Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. c, Abs. 3 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie den Fußgängerüberweg überfuhr, auf dem sich C gerade befand.

³⁷ BGH NJW 2021, 1173 (1174, 1176); BGH NStZ-RR 2008, 309; BGHSt 26, 244 (246) = NJW 1976, 381; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Part 1, 2. Aufl. 1991, 6. Abschn. Rn. 79; *König*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2021, § 315 Rn. 100; *Steinert*, SVR 2023, 87.

³⁸ *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 199, 204 ff.; *Wolter*, JuS 1981, 168 (171); *Zieschang*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 315 Rn. 47, § 315c Rn. 56. Vgl. auch *Steins*, Der Anwendungsbereich konkreter Gefährdungsdelikte mit vorsätzlicher Leibes- oder Lebensgefährdungskomponente de lege ferenda, 2023.

³⁹ *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315d Rn. 13; *Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315d Rn. 37; *Zehetgruber*, NJ 2018, 360 (361).

⁴⁰ BGHSt 53, 55; 49, 166 (174 f.); BGH NStZ 2022, 292 (296 Rn. 57).

⁴¹ *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 52 Rn. 15.

⁴² *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 52 Rn. 25, § 13 Rn. 62.

⁴³ *Kulhanek*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 315d Rn. 53; *Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315d Rn. 37.

⁴⁴ Vgl. weiterführend *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 52 Rn. 82 ff.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

B handelte im öffentlichen Straßenverkehr. Sie könnte eine der sog. „sieben Todsünden“ des § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB verwirklicht haben. In Betracht kommt das Falschfahren an Fußgängerüberwegen gem. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB. Ein Fußgängerüberweg ist ein durch einen Zebrastreifen⁴⁵ markierter Überweg i.S.d. § 26 StVO.⁴⁶ Falsch fahren liegt vor bei Nichtbeachtung des Vorrechts des Fußgängers (vgl. § 26 StVO).⁴⁷ B fuhr, ohne ihr Tempo zu vermindern, über den Fußgängerüberweg, auf dem sich auch der bevorrechtigte C gerade befand (vgl. § 26 Abs. 1 S. 1 StVO). Dementsprechend liegt ein Falschfahren an Fußgängerüberwegen vor. B müsste grob verkehrswidrig gehandelt haben. Die grobe Verkehrswidrigkeit meint ein objektiv besonders schweres, d.h. typischerweise besonders gefährliches, gegen eine Verkehrsvorschrift verstoßendes Verhalten.⁴⁸ Da B das Doppelte der zulässigen Höchstgeschwindigkeit fuhr, ihr Tempo am Zebrastreifen nicht verminderte und C sich zudem bereits mitten auf diesem befand, ist die grobe Verkehrswidrigkeit zu bejahen. Durch die Tathandlung hat B Leib und Leben des C konkret gefährdet.

b) Subjektive Voraussetzungen

Es ist davon auszugehen, dass B hinsichtlich der Tathandlung vorsätzlich handelte. In Bezug auf die Verursachung der Gefahr ist auch hier Fahrlässigkeit gegeben. Diese ist in § 315c Abs. 3 Nr. 1 StGB unter Strafe gestellt.

B müsste auch rücksichtslos gehandelt haben. Rücksichtslos handelt, wer sich im Bewusstsein seiner Verkehrspflichten aus eigensüchtigen Gründen über diese hinwegsetzt oder sich aus Gleichgültigkeit nicht auf seine Pflichten als Fahrzeugführer besinnt und unbekümmert um die Folgen seines Handelns „drauf los“ fährt.⁴⁹ B ging es darum, im Duell mit A um die schnellste Bewältigung des gemeinsamen Arbeitsweges zu obsiegen. Sie handelte mithin rücksichtslos.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Die Tat war rechtswidrig. B handelte schuldhaft; insbesondere lagen auch die subjektiven Fahrlässigkeitselemente vor.

3. Ergebnis

B hat sich der Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. c, Abs. 3 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

⁴⁵ Zeichen 293 zu § 41 Abs. 1 StVO i.V.m. Richtzeichen 350 zu § 42 StVO.

⁴⁶ BGH BeckRS 2015, 12689 Rn. 8; OLG Celle NZV 2013, 252 (253); OLG Hamm NJW 1969, 440; *Kudlich*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 315c Rn. 45; *König*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2021, § 315c Rn. 102; *Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315c Rn. 59.

⁴⁷ *König*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2021, § 315c Rn. 104.

⁴⁸ *Kudlich*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 315c Rn. 39.

⁴⁹ BGHSt 5, 392 (395) = NJW 1954, 729 (729); OLG Düsseldorf NZV 1988, 149 (150).

IV. § 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB

B könnte sich des gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. § 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB strafbar gemacht haben, indem sie „mit Vollgas“ durch die Innenstadt fuhr, um den Arbeitsweg schneller als A zurückzulegen.

§ 315b StGB sanktioniert in Abgrenzung zu § 315c StGB von außen in den Straßenverkehr erfolgende Eingriffe. Grundsätzlich ist § 315c StGB abschließend, was das Verhalten von Verkehrsteilnehmern angeht. Insofern kommt § 315c StGB eine „Sperrwirkung“ zu.⁵⁰ Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass § 315b StGB Verkehrsvorgänge im fließenden und ruhenden Verkehr nicht erfasst, stellt für alle Varianten des § 315b Abs. 1 StGB der sog. verkehrsfeindliche Inneneingriff dar.⁵¹ Hierfür wird, neben einer objektiven Einwirkung von einigem Gewicht,⁵² vorausgesetzt, dass ein bewusst zweckwidriger Einsatz des Beförderungsmittels oder Verkehrsvorgangs in verkehrsfeindlicher Einstellung erfolgt und das Beförderungsmittel mit mindestens bedingtem Schädigungsvorsatz – etwa als Waffe oder als Schadenswerkzeug – missbraucht wird.⁵³ Ein bewusst zweckwidriger Einsatz in diesem Sinne liegt vor, wenn der Täter in der Absicht handelt, den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr zu „pervertieren“, und es ihm darauf ankommt, durch diesen in die Sicherheit des Straßenverkehrs einzugreifen.⁵⁴ Da ein Kraftfahrzeugrennen eine Teilnahme am Straßenverkehr darstellt, kommt es darauf an, ob die Voraussetzungen des verkehrsfeindlichen Inneneingriffs erfüllt sind.⁵⁵ Ganz überwiegend wird bei Fahren zu Rennzwecken, ebenso wie bei Fahren zu Unterhaltungszwecken,⁵⁶ bereits ein bewusst zweckwidriger Einsatz des Kraftfahrzeugs verneint,⁵⁷ da zwar eine exzessive, qualitativ aber verkehrsadäquate Form der Inanspruchnahme einer Straße vorliege.⁵⁸ Sofern man mit der Rechtsprechung Schädigungsvorsatz verlangt,⁵⁹ scheitert § 315b Abs. 1 StGB an diesem Merkmal.⁶⁰

Hinweis: Nach Bejahung des § 315c StGB darf die Prüfung des § 315b StGB deutlich kürzer ausfallen. Vertretbar ist auch, § 315b StGB bereits im Rahmen der Strafbarkeit des A zu prüfen. Der verkehrsfeindliche Inneneingriff scheitert insofern noch offensichtlicher aus den genannten Gründen.

⁵⁰ BGH NJW 2003, 1613 (1614); Preuß, NZV 2017, 105 (108).

⁵¹ Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, Rn. 1146; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 45 Rn. 16 f.

⁵² Kritisch Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315b Rn. 49 ff.

⁵³ BGH NStZ 2010, 391 (392); BGH DAR 2004, 230; BGHSt 48, 233 (236) = NJW 2003, 1613 (1614); BGHSt 41, 231; OLG Hamm BeckRS 2016, 3169; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 45 Rn. 16 f.

⁵⁴ BGH NJW 2003, 1613 (1614).

⁵⁵ Preuß, NZV 2017, 105 (108).

⁵⁶ LG Koblenz BeckRS 2020, 29005 Rn. 20; AG Lübeck BeckRS 2011, 29818; Kudlich, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 315b Rn. 16; Winkelmann, NZV 2020, 540.

⁵⁷ OLG Köln WKRS 2003, 34477; Kubiciel/Hoven, NStZ 2017, 439 (445); Mitsch, DAR 2017, 70 (71). Insofern kritisch Preuß, NZV 2017, 105 (108) m.w.N.

⁵⁸ Mitsch, DAR 2017, 70 (71).

⁵⁹ A.A. Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315b Rn. 10. Kritisch auch Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315b Rn. 19. Vgl. auch Zieschang, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 315b Rn. 23 – Gleichsetzung von Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz und damit auch mit bedingtem Schädigungsvorsatz.

⁶⁰ Kubiciel, jurisPR-StrafR 16/2016 Anm. 1; Mitsch, DAR 2017, 70 (71); Preuß, NZV 2017, 105 (108); Quarch, in: Haus/Krumm/Quarch, Gesamtes Verkehrsstrafrecht, 3. Aufl. 2021, StGB § 315b Rn. 8.

V. Zwischenergebnis

B hat sich des verbotenen Kraftfahrzeugrennens gem. § 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 4 StGB strafbar gemacht. Aus Klarstellungsgründen – um deutlich zu machen, dass das konkret gefährliche Verhalten i.S.d. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB sich im Rahmen eines verbotenen Kraftfahrzeugrennens ereignete – besteht Tateinheit (§ 52 StGB) mit Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. c, Abs. 3 Nr. 1 StGB.⁶¹

Tatkomplex 2: Die Flucht vor der Polizei

A. Strafbarkeit der B

I. § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB

Indem B ihr Fahrzeug auf eine Geschwindigkeit von 170 km/h beschleunigte, um der Polizei zu entkommen, könnte sie sich des verbotenen Kraftfahrzeugrennens gem. § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Fraglich ist, ob eine Verfolgungsfahrt, mit dem Ziel der Polizei zu entkommen, ein Kraftfahrzeugrennen darstellt.⁶² Dafür spricht, dass eine einem Rennen ähnliche Verfolgungssituation gegeben ist. Der Flüchtige wird durch das ihm nachfolgende Einsatzfahrzeug genauso abgelenkt wie durch einen Renngegner bei einem unerlaubten Kraftfahrzeugrennen.⁶³ Die Polizeibeamten sind im Gegensatz zu den flüchtenden Fahrern trainierte Einsatzfahrer, die im Rahmen ihrer Aus- und Fortbildung bereits polizeiliche Fahrsicherheitstrainings absolviert und die polizeitypische Einsatzsituation einer Verfolgungsfahrt eingeübt haben. Dadurch werden die flüchtenden Fahrzeugführer automatisch an die Grenzen ihres fahrerischen Könnens oder sogar darüber hinaus gebracht.⁶⁴ Auch steht einem Rennen nicht entgegen, dass ein Beteiligter – hier die Polizei – gerechtfertigt handelt.⁶⁵ Argumentiert wird ferner, Polizisten und Flüchtiger seien sich „durch wechselseitige Aufnahme der Verfolgung einig, es auf ein Kräftemessen ankommen zu lassen.“⁶⁶ Dem kann man allerdings entgegenhalten, dass keine wechselseitige Aufnahme der Verfolgung vorliegt, sondern eine einseitige Verfolgung des Flüchtenden durch die Polizeibeamten, die hierzu dienstlich verpflichtet sind. Es handelt sich weder um einen

⁶¹ Vgl. Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315d Rn. 17; Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315d Rn. 45; Zieschang, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 315d Rn. 74. A.A. § 315d Abs. 2, Abs. 4 verdrängt § 315c Abs. 1, 3 Nr. 1 StGB, da der Unrechtsgehalt des § 315d StGB den des § 315c StGB schon vollständig abbilde, Joecks/Jäger, Studienkommentar StGB, 13. Aufl. 2021, § 315d Rn. 13.

⁶² Bejahend LG Osnabrück NZV 2021, 368 (368 f.); Müller, NZV 2021, 369 (369 f.). Ablehnend Blanke-Roeser, JuS 2019, 18 (21); Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315d Rn. 3; Preuß, NZV 2017, 105 (109); Schefer/Schülting, HRRS 2019, 459 (461 Fn. 48). Vgl. auch Obermann, NZV 2021, 344 (344 f.), der die Annahme eines unerlaubten Kraftfahrzeugrennens als vertretbar erachtet.

⁶³ Müller, NZV 2021, 369 (369).

⁶⁴ Müller, NZV 2021, 369 (370).

⁶⁵ LG Osnabrück NZV 2021, 368 (368 f.).

⁶⁶ Obermann, NZV 2021, 344 (345).

Wettbewerb noch um eine Leistungsprüfung.⁶⁷ Es fehlt an einer zumindest konkludenten, Rennabrede bzw. an der Teilnahme zweier Kraftfahrzeugführer.⁶⁸ Vor dem Hintergrund der letztgenannten Argumente ist ein Kraftfahrzeugrennen zu verneinen.

Hinweis: Mit überzeugender Begründung ist die Gegenauffassung gleichermaßen vertretbar.

b) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

B hat sich nicht gem. § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

II. § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB

B könnte sich durch ihr Verhalten des verbotenen Kraftfahrzeugrennens in Form des sog. „Einzelrennens“ gem. § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

B müsste sich als Kraftfahrzeugführer im öffentlichen Straßenverkehr mit nicht angepasster Geschwindigkeit und grob verkehrswidrig fortbewegt haben. B war als Kraftfahrzeugführerin im öffentlichen Straßenverkehr unterwegs. Eine nicht angepasste Geschwindigkeit meint ein zu schnelles Fahren, das die Geschwindigkeitsbegrenzung verletzt oder der konkreten Verkehrssituation zuwiderläuft.⁶⁹ B fuhr 170 km/h bei einer zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 100 km/h, hiermit lag eine nicht angepasste Geschwindigkeit vor (vgl. § 3 Abs. 3 StVO).

B müsste sich auch grob verkehrswidrig fortbewegt haben. Das Merkmal der groben Verkehrswidrigkeit wird – wie das der Rücksichtslosigkeit – in Anlehnung an die zu § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB ergangene Rechtsprechung ausgelegt.⁷⁰ Die grobe Verkehrswidrigkeit meint damit auch in diesem Zusammenhang ein objektiv besonders schweres, d.h. typischerweise besonders gefährliches, gegen eine Verkehrsvorschrift verstoßendes Verhalten.⁷¹ Eine nicht angepasste Geschwindigkeit reicht per

⁶⁷ Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315d Rn. 3; Schefer/Schülting, HRRS 2019, 459 (461 Fn. 48).

⁶⁸ Preuß, NZV 2018, 537 (538 mit Fn. 21); Veljovic/Koch, ZJS 2022, 436 (445).

⁶⁹ BT-Drs. 18/12964, S. 5; BGH NJW 2021, 1173 (1174 Rn. 13); LG Frankfurt DAR 2023, 163 (163); König, DAR 2020, 362 (366); Kother/Schmuck, NJOZ 2022, 801 (801 f.); Zieschang, JR 2021, 282 (283); ders., NZV 2020, 489 (490). A.A. entscheidend, ob das Fahrzeug bei der gefahrenen Geschwindigkeit noch sicher beherrscht werden kann und Geschwindigkeitsüberschreitung nur Indiz für das Vorliegen nicht angepasster Geschwindigkeit OLG Zweibrücken BeckRS 2020, 10847 Rn. 8; KG BeckRS 2019, 35362 Rn. 16; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 315d Rn. 14; Jansen, NZV 2019, 285 (286); Kusche, 2017, 414 (417); Rehm/Ströle, ZJS 2021, 359 (365); Zopfs, DAR 2020, 9 (11). I.d.R. wird es auf diese Streitfrage nicht ankommen, zumal die Geschwindigkeitsüberschreitung ohnehin „grob verkehrswidrig“ sein muss, Bülte/Krell, GA 2022, 601 (603); Renzikowski/Berndt, JZ 2021, 794 (794).

⁷⁰ BT-Drs. 18/12964, S. 5.

⁷¹ LG Frankfurt DAR 2023, 163 (163); Kulhanek, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 315d Rn. 36.

se nicht aus, um die grobe Verkehrswidrigkeit zu bejahen, wohl aber kann sich diese aus der besonderen Massivität der Geschwindigkeitsüberschreitung ebenso wie aus begleitenden anderweitigen Verkehrsverstößen ergeben.⁷² 170 km/h bei zulässiger Höchstgeschwindigkeit von 100 km/h zu fahren, bedeutet eine weit überhöhte Geschwindigkeit, sodass die besondere Massivität des Geschwindigkeitsverstoßes anzunehmen ist.⁷³ B handelte grob verkehrswidrig.

b) Subjektiver Tatbestand

B müsste mit Vorsatz hinsichtlich des objektiven Tatbestandes, rücksichtslos und in der Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen (sog. „Raserabsicht“), gehandelt haben.

aa) Vorsatz

B handelte mit Vorsatz hinsichtlich der Fortbewegung im öffentlichen Straßenverkehr, die mit nicht angepasster Geschwindigkeit und grob verkehrswidrig erfolgte.

bb) „Raserabsicht“

B müsste mit der Absicht (i.S.v. *dolus directus* 1. Grades⁷⁴) gehandelt haben, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen (sog. „Raserabsicht“). Nach der Begründung des Gesetzgebers soll dieses Tatbestandsmerkmal dem Erfordernis des Renncharakters gerecht werden und dafür sorgen, dass bloße Geschwindigkeitsüberschreitungen von § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht erfasst werden, auch wenn sie erheblich sind.⁷⁵ Es handelt sich bei der Absicht um eine „überschießende Innentendenz“, sodass sich diese nicht zwingend auf objektiver Ebene verwirklicht haben muss.⁷⁶

Fraglich ist, wie die Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, auszulegen ist. Nach einer Ansicht liegt diese vor, wenn der Täter das Fahrzeug bis an die technischen und physikalischen Grenzen ausfahren will (bauartbedingte Höchstgeschwindigkeit).⁷⁷ Begründet wird dies mit der Kompensation des im Vergleich zu § 315d Abs. 1 Nrn. 1, 2 StGB bei Nr. 3 fehlenden kompetitiven Elements durch die Anforderung, dass der Täter so fährt, als handle sich es um ein Rennen.⁷⁸ Gegen diese Ansicht spricht jedoch der Wortlaut („eine“ höchstmögliche Geschwindigkeit).⁷⁹ Auch würde dieses Verständnis die Fahrer hochmotorisierter Kraftfahrzeuge unangemessen privilegieren, da diese mit ihren Fahrzeugen sehr hohe Geschwindigkeiten erreichen können, ohne an die Grenze des technisch Möglichen zu gelangen.⁸⁰ Die h.M. versteht unter der höchstmöglichen Geschwindigkeit

⁷² BGH NJW 2021, 1173 (1174 f. Rn. 14); BGH NStZ 2021, 615 (615 Rn. 8, 12); LG Frankfurt DAR 2023, 163 (163); LG Verden BeckRS 2021, 52449; LG Berlin BeckRS 2018, 42829 Rn. 35; *Kulhanek*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 315d Rn. 36.

⁷³ Vgl. zu § 315c StGB OLG NJW 1960, 546 (Ls.: „doppelte Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit“); *König*, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2021, § 315c Rn. 135.

⁷⁴ *Rehmet/Ströle*, ZJS 2021, 359 (365); *Zieschang*, NZV 2020, 489 (491).

⁷⁵ BT-Drs. 18/12964, S. 6.

⁷⁶ *Nowroussian*, NZV 2022, 1 (1); *Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315d Rn. 26.

⁷⁷ *Nestler*, Jura (JK) 2019, 557. Vgl. auch LG Stade DAR 2018, 577 (578); *Rebler*, SVR 2018, 415 (416), die jeweils vom Ausfahren bis an die technischen und physikalischen Grenzen sprechen. Hierdurch wird ein subjektives Tatbestandsmerkmal in ein objektives umgedeutet, vgl. *Steinert*, SVR 2019, 130 (131). A.A. *Zopfs*, DAR 2020, 9 (12), der die Ausführungen des LG Stade auf das Ziel des Täters bezieht.

⁷⁸ *Nestler*, JURA (JK) 2019, 557.

⁷⁹ *Rehmet/Ströle*, ZJS 2021, 359 (365 f.); *Zieschang*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 5, 2020, § 45 Rn. 117; *ders.*, NZV 2020, 489 (491).

⁸⁰ KG BeckRS 2019, 8319 Rn. 1; *Rehmet/Ströle*, ZJS 2021, 359 (365 f.); *Schefer/Schülting*, HRRS 2019, 459 (459); *Winkelmann*, DAR 2023, 2 (2).

die in der Vorstellung des Täters maximal unter den konkreten situativen Gegebenheiten⁸¹ – wie Motorisierung, Verkehrslage, Streckenverkauf, Witterungs- und Sichtverhältnisse⁸² – mögliche Geschwindigkeit, die sich ebenfalls in der Tätervorstellung auf eine unter Verkehrssicherheitsgesichtspunkten nicht ganz unerhebliche Wegstrecke⁸³ beziehen muss (relative Höchstgeschwindigkeit).⁸⁴ Hierfür spricht, dass es auch bei Rennen nicht darum geht, absolute Höchstgeschwindigkeiten zu erreichen, sondern schneller als der Gegner zu sein. B gibt so viel Gas, wie sie kann. Sie will der Polizei entkommen, was sie nach ihrer Vorstellung nur kann, indem sie mit der höchstmöglichen Geschwindigkeit fährt. Dementsprechend ist die „Raserabsicht“ im Grundsatz gegeben.

Hinweis: Auch hier ist die abweichende Ansicht mit überzeugender Begründung vertretbar. Schwierigkeiten kann in der Praxis der Nachweis der „Raserabsicht“ bereiten.⁸⁵ Angenommen wird, dass die konkrete, relative Maximalgeschwindigkeit unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände durch den Tatrichter mit sachverständiger Hilfe festzustellen ist (sog. Geschwindigkeitsgrenzbereich). Wenn der Täter sich willentlich im Geschwindigkeitsgrenzbereich bewegt, wird hieraus der naheliegende Schluss gezogen, dass auch die entsprechende Absicht gegeben ist.⁸⁶ Der Nachweis kann außerdem erbracht werden durch konkrete Geschwindigkeitsmessungen oder Videos, insbesondere Dashcam-Aufzeichnungen, und digitale Fahrzeugdaten. Nur begrenzt geeignet zum Nachweis der „Raserabsicht“ sind Unfallrekonstruktionen durch technische Sachverständige aufgrund der Spurenlage und Aussagen von Zeugen zu Fahrtgeschwindigkeiten.⁸⁷ Ausführungen zur strafprozessualen Nachweisbarkeit der „Raserabsicht“ sind nicht zwingend erforderlich. Sie fließen aber positiv in die Bewertung ein, solange die richtige Schwerpunktsetzung nicht aus den Augen verloren wird.

Diskutabel ist ferner, wie es sich auswirkt, dass B nicht „um des Rasens willen“ so schnell fuhr, sondern um die Polizei abzuhängen. Einer Auffassung zufolge muss die Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, Hauptbeweggrund sein.⁸⁸ Begründet wird dies mit der gesetzgeberischen Intention, das Nachstellen eines Rennens zu erfassen: Ein Rennen zeichne sich gerade dadurch aus, dass allein um das Erzielen von Höchstgeschwindigkeiten willen und nicht zur hauptsächlichen

⁸¹ Teilweise wird noch das subjektive Geschwindigkeitsempfinden als zusätzliches Kriterium genannt, vgl. OLG Zweibrücken BeckRS 2020, 10847 Rn. 7; OLG Stuttgart NJW 2019, 2787 (2787); KG BeckRS 2019, 35362 Rn. 30; KG BeckRS 2019, 35362 Rn. 29; *Kulhanek*, Jura 2018, 561 (564). Hiergegen spricht jedoch, dass dieses Kriterium zu unterschiedlichen Resultaten führen würde, je nachdem, ob man es mit einem besonders ängstlichen oder eher wagemutigen Fahrer zu tun hat, kritisch auch *Dahlke/Hoffmann-Holland*, KriPoZ 2017, 306 (308); *Stam*, NStZ 2021, 542 (543).

⁸² Gegen das Kriterium der Witterungs- und Sichtverhältnisse *Stam*, NStZ 2021, 542 (543).

⁸³ Kritisch zum Erfordernis einer nicht unerheblichen Wegstrecke *Schneider*, ZJS 2022, 460 (463); *Stam*, NStZ 2021, 542 (544).

⁸⁴ BGH NJW 2021, 1173 (1175 Rn. 15 ff.); BGH BeckRS 2021, 19204; OLG Zweibrücken BeckRS 2020, 10847 Rn. 7; OLG Stuttgart NJW 2019, 2787 (2787); *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 17. Aufl. 2021, § 11 Rn. 1344; *Kulhanek*, Jura 2018, 561 (564); *ders.*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 315d Rn. 42.

⁸⁵ *Breit*, FD-StrafR 2022, 449135; *Winkelmann*, DAR 2023, 2 (2).

⁸⁶ *Kulhanek*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 315d Rn. 42; *ders.*, Jura 2018, 561 (564). Zustimmend *Kudlich*, JA 2019, 631 (633).

⁸⁷ Weiterführend *Winkelmann*, DAR 2023, 2. Zu Fragen des Datenschutzes beim Auslesen digitaler Fahrzeugdaten *Schlanstein*, SVR 2023, 1.

⁸⁸ *Hecker*, JuS 2021, 700 (702); *ders.*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315d Rn. 9. Ähnlich *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 315d Rn. 18 – höchstmögliche Geschwindigkeit ein wesentliches, wenngleich nicht notwendig einzige Ziel.

Verfolgung anderer Zwecke gefahren werde.⁸⁹ Dieser Ansicht zufolge wäre die entsprechende Absicht der B nicht gegeben, da es B vorrangig darum ging, dem Streifenwagen zu entkommen. Die höchstmögliche Geschwindigkeit war lediglich Mittel zum Zweck. Die h.M. nimmt an, dass die Absicht des Täters nicht Endziel oder Hauptbeweggrund seines Handelns sein muss. Es reiche vielmehr aus, wenn er das Erreichen der situativen Grenzgeschwindigkeit als aus seiner Sicht notwendiges Zwischenziel anstrebt, um ein weiteres Handlungsziel zu erreichen.⁹⁰ Argumentiert wird, der Wortlaut biete für eine einschränkende Auslegung des Absichtsmerkmals keine Anhaltspunkte, was dem Gesetzgeber aber durch eine andere Formulierung, etwa durch Einfügung des Wortes „allein“, ohne Weiteres möglich gewesen sei.⁹¹ Auch entspreche dies der herkömmlichen Interpretation des *dolus directus* 1. Grades, etwa bei der Besitzerhaltungsabsicht des § 252 StGB, der Bereicherungsabsicht oder der Absicht, einen Unglücksfall herbeizuführen in § 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. a StGB, dass weitere Ziele des Täters keine Rolle spielen.⁹² Die nach der Gesetzesbegründung erforderliche risikobezogene Vergleichbarkeit von Verfolgungsfahrt und Rennen sei gewahrt, denn in beiden Fällen gehe es darum, einen anderen Fahrzeugführer durch schnelles Fahren abzuhängen, sodass die Aufmerksamkeit auf der Polizei bzw. dem Renngegner liege.⁹³ Es sei sinnwidrig, bei identischer Fahrweise und gleicher abstrakter Gefährdungslage allein danach zu differenzieren, welche Motive die Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, ausgelöst haben oder begleiten.⁹⁴ Folgt man der h.M. liegt die „Raserabsicht“ in Fällen der Polizeiflucht vor, wenn es dem Täter darauf ankommt, als notwendiges Zwischenziel für eine erfolgreiche Flucht über eine nicht ganz unerhebliche Wegstrecke die höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen.⁹⁵ B konnte der Polizei nach ihrer Vorstellung nur dadurch entfliehen, dass sie mit der höchstmöglichen Geschwindigkeit fuhr. Somit wäre, wenn man sich der h.M. anschließt, die „Raserabsicht“ gegeben.

Hinweis: Die Rechtsprechung betont, dass von der Fluchtmotivation nicht ohne Weiteres auf die Absicht geschlossen werden kann, die gefahrene Geschwindigkeit bis zur Grenze der situativ möglichen Höchstgeschwindigkeit zu steigern.⁹⁶ Dem Sachverhalt ist eine entsprechende Motivation der B aber eindeutig zu entnehmen.

⁸⁹ Hecker, JuS 2021, 700 (702); ders., in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 315d Rn. 9; Krenberger, NZV 2021, 318 (319); Quarch, NZV 2020, 436 (436). Vgl. auch Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 315d Rn. 27 – Polizeiflucht-Fälle mangels renngleicher Situation nicht von § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB erfasst, da Absicht der Erreichung einer höchstmöglichen Geschwindigkeit nicht einmal mehr Zwischenziel; ähnlich Schefer/Schülting, HRRS 2019, 459 (461) – höchstmögliche Geschwindigkeit in Polizeiflucht-Fällen nicht einmal mehr absichtsrelevantes Zwischenziel.

⁹⁰ BVerfG NZV 2022, 184 (185 Rn. 114); BGH NJW 2021, 1173 (1176); BGH BeckRS 2020, 40996; BGH BeckRS 2021, 19204 Rn. 11; OLG Stuttgart NJW 2019, 2787 (2788); LG Frankfurt DAR 2023, 163 (164); LG Verden BeckRS 2021, 52449 Rn. 6; Czimek, ZJS 2020, 337 (338 ff.); Jäger, JA 2021, 777 (779); Rehmet/Ströle, ZJS 2021, 359 (367); Zieschang, JR 2021, 282 (285); ders., in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 5, 2020, § 45 Rn. 118; ders., NZV 2020, 489 (493); Zopfs, DAR 2020, 9 (12 f.).

⁹¹ OLG Stuttgart NJW 2019, 2787 (2788). Vgl. aber auch Rehmet/Ströle, ZJS 2021, 359 (367), die annehmen, dass der Wortlaut offen ist.

⁹² BGH NJW 2021, 1173 (1175 Rn. 16); Jäger, JA 2021, 777 (779); Rehmet/Ströle, ZJS 2021, 359 (367).

⁹³ OLG Stuttgart NJW 2019, 2787 (2788); AG Waldbröl BeckRS 2019, 4035; Rehmet/Ströle, ZJS 2021, 359 (367); Veljovic/Koch, ZJS 2022, 436 (447 f.).

⁹⁴ OLG Stuttgart NJW 2019, 2787 (2788); Veljovic/Koch, ZJS 2022, 436 (447 f.).

⁹⁵ BGH NJW 2021, 1173 (1175 Rn. 17).

⁹⁶ BGH NJW 2021, 1173 (1175 Rn. 17); BGH BeckRS 2021, 19204 Rn. 11.

Da die Ansichten zu einem unterschiedlichen Ergebnis führen, ist eine Streitentscheidung zu treffen. Dem Verweis auf die Motivation bei einem Rennen ist zu entgegenen, dass bei der Straftatbarkeit von Rennteilnehmern nicht nach der Motivation und dem tatsächlich verfolgten Endziel differenziert wird. Auch bei „echten“ Rennen muss die höchstmögliche Geschwindigkeit nicht Hauptziel sein. U.U. kommt es dem Fahrer vorrangig darauf an, seinen Freunden zu imponieren oder andere Verkehrsteilnehmer zu provozieren.⁹⁷ Auch würde dem Vorliegen eines Rennens i.S.d. § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht entgegenstehen, wenn ein Rennteilnehmer seinen Kontrahenten absichtlich gewinnen ließe, um sich nicht mit diesem zu zerstreiten. Die erstgenannte Ansicht würde den Anwendungsbereich des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB einengen, da weitere Motive – wie der Beweggrund, einen Termin rechtzeitig zu erreichen – die Absicht stets in Frage stellen würden.⁹⁸

Hinweis: Beide Auffassungen sind gleichermaßen vertretbar. Ausführungen in der hiesigen Breite werden auch für eine gute bis sehr gute Bearbeitung nicht erwartet.

cc) Rücksichtslosigkeit

B müsste auch rücksichtslos gehandelt haben. Zwar kann der Rücksichtslosigkeit ein Handeln in hochgradiger, das Bewusstsein einengender Erregung entgegenstehen,⁹⁹ welches in Fällen der Polizeiflucht im Einzelfall nicht ausgeschlossen sein kann.¹⁰⁰ Hierfür gibt es jedoch keine Anhaltspunkte. Vielmehr setzte sich B bewusst über ihre Pflichten als Fahrzeugführerin hinweg, um der Polizei zu entkommen. Sie handelte mithin rücksichtslos.

Hinweis: Da angenommen wird, dass derjenige, der die Absicht aufweist, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, in aller Regel auch rücksichtslos handelt,¹⁰¹ bietet es sich an, die „Raserabsicht“ vor der Rücksichtslosigkeit zu prüfen.¹⁰² Zwingend ist diese Reihenfolge nicht. Vertretbar ist es zudem, die Rücksichtslosigkeit nicht als subjektives Tatbestandsmerkmal, sondern als besonderes Schuldmerkmal¹⁰³ zu prüfen.¹⁰⁴

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig¹⁰⁵ und schuldhaft.

⁹⁷ Vgl. *Czimek*, ZJS 2020, 337 (339).

⁹⁸ Vgl. *Dahlke/Hoffmann-Holland*, KriPoZ 2017, 306 (309).

⁹⁹ BGH NJW 1962, 2165 (2166).

¹⁰⁰ *Bülte/Krell*, GA 2022, 601 (616).

¹⁰¹ *Zopfs*, DAR 2020, 9 (11). Vgl. auch *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 44a Rn. 16 – „kaum eigenständige Bedeutung“ der Rücksichtslosigkeit; *Ruhs*, SVR 2018, 286 (289) – „Raserabsicht“ stuft die Rücksichtslosigkeit zum rein deklaratorischen Merkmal herab.

¹⁰² *Rehmet/Ströle*, ZJS 2021, 359 (365).

¹⁰³ So *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 673.

¹⁰⁴ *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, Rn. 1128; *Hohmann/Sander*, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 31 Rn. 9.

¹⁰⁵ Vgl. weiterführend zu den bei § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB in Betracht kommenden Rechtfertigungsgründen *Mitsch*, JuS 2020, 924.

3. Ergebnis

B hat sich gem. § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Vertretbar ist eine knappe Prüfung der Strafbarkeit wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte gem. § 113 Abs. 1 Var. 1 StGB, die daran scheitert, dass weder mit Gewalt noch durch Drohung mit Gewalt Widerstand geleistet wurde.¹⁰⁶

B. Zwischenergebnis

B hat sich im zweiten Tatkomplex gem. 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

Gesamtergebnis

A hat sich gem. § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

B hat sich gem. §§ 315d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 4 StGB, 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. c, Abs. 3 Nr. 1, 52 StGB in Tatmehrheit (§ 53 StGB) mit § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

¹⁰⁶ Vgl. Veljovic/Koch, ZJS 2022, 436 (448).

Examensübungsklausur: „Klimakleber“ – Mit Exkurs zur Zurechenbarkeit eines Todeserfolges durch die Hinderung von Rettungskräften infolge einer Straßenblockade

Wiss. Mitarbeiter Finn-Lauritz Schmidt, Frankfurt am Main*

Der Sachverhalt knüpft an die seit Monaten omnipräsenten „Klimaproteste“ der „Letzten Generation“ an und ist den Medienberichten entnommenen Geschehnissen rund um den Tod einer Radfaherin in Berlin nachgebildet. Im Zentrum stehen Fragen der Zurechnungs- und Nötigungsdogmatik, vor allem aber die Frage nach der Einordnung von Klimaprotesten in der Rechtfertigungsdogmatik. Die Klausur, die ebenso als Fortgeschrittenenhausarbeit taugt, wurde im Universitätsrepetitorium der Goethe-Universität Frankfurt am Main (Wintersemester 22/23) als Examensübungsklausur mit fünfstündiger Bearbeitungszeit gestellt. Der Notendurchschnitt der 170 abgegebenen Arbeiten betrug 5,18 Punkte, die Durchfallquote lag bei 33 %.

Sachverhalt

Anton (A) und Bertram (B) sind Mitglieder der „Letzten Generation“, einem Bündnis von Aktivisten aus der Klimaschutzbewegung mit dem erklärten Ziel, durch „zivilen Ungehorsam“ politische Verantwortungsträger zu verstärkten Klimaschutzmaßnahmen zu bewegen.

Zu diesem Zweck begeben sich A und B zu einer an der vielbefahrenen dreispurigen Berliner Stadtautobahn A 100 gelegenen, nicht für die Öffentlichkeit zugänglichen „Schilderbrücke“, erklettern diese und befestigen zwei Spruchbanner neben den Verkehrsschildern über der Fahrbahn. Sie informieren die Polizei über ihr Vorgehen und kleben sich sodann – auf der Brücke mit Blickrichtung entgegen der Fahrtrichtung stehend – mit Sekundenkleber am Handlauf der Brücke fest. Dies taten A und B unter der Annahme, dass die Polizei alsbald anrücken, die Straße jedenfalls teilweise sperren und dadurch einen Stau verursachen würde, um die Banner sowie sie selbst zu entfernen.

Die verständigte Polizei ist tatsächlich rasch zur Stelle und beginnt die Banner sowie A und B mit Spezialwerkzeugen von der Schilderbrücke zu entfernen. Weil A und B auch nach der Lösung der Verklebung rein passiv verharren, mussten Sie mit einer Seilkonstruktion von der Brücke abgeseilt werden. Der gesamte Vorgang führt dazu, dass zwei der drei Fahrbahnen vollständig gesperrt und die Durchfahrt auf der verbliebenen Spur durch die Polizei geregelt werden müssen. Dadurch staut sich der Verkehr in so erheblichem Maße, dass zum Stauende anführende Fahrzeuge laut Polizeifunk mit einer 35-minütigen Verspätung rechnen müssen. Einige Fahrer der im Stau stehenden Fahrzeuge bilden dabei straßenverkehrsrechtswidrig keine Rettungsgasse. Viele der im Stau stehenden Autofahrer tragen im Nachhinein wahrheitsgemäß vor, individuell bedeutsame Termine verpasst zu haben, darunter dringend notwendige Arztbesuche und Geschäftstermine.

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht, Internationales und Europäisches Strafrecht, Rechtsvergleichung und Rechtslehre (Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M. [NYU]), an der Goethe-Universität Frankfurt am Main sowie Promotionsstipendiat im Frankfurter Forschungsverbund „ConTrust“. Er dankt dem Leiter des Universitätsrepetitoriums Herrn Akad. Rat Dr. Marc Reiß sowie den studentischen Mitarbeitern des Lehrstuhls für wertvolle Anmerkungen und Kritik.

Schmidt: „Klimakleber“

Kurze Zeit, nachdem A und B ihren Plan in die Tat umsetzten, wurde Radfahrerin R an einer Kreuzung von einem von Berufskraftfahrer K gefahrenen Betonmischer erfasst, lebensgefährlich verletzt und unter dem Fahrzeug eingeklemmt. Medizinische Rettungskräfte konnten aufgrund eines anderen Anfahrtsweges in einer üblichen Zeit zum Unfallort gelangen und begannen mit der medizinischen Versorgung der R. Die Rettungskräfte forderten zudem einen sog. Rüstwagen der Feuerwehr an. Dieses Gerät ist auf das Heben und Bewegen besonders schwerer Lasten ausgelegt und sollte den Betonmischer gegebenenfalls von der eingeklemmten und in akuter Lebensgefahr schwebenden R wegbewegen. Der Rüstwagen stand jedoch im oben beschriebenen Stau und konnte erst zum Unfallort gelangen, als R dadurch befreit worden war, dass der Betonmischer von einem Retter mit eigener Motorkraft weiterbewegt worden war.

R verstirbt wenige Tage später an ihren schweren Verletzungen. Sicher ist, dass der Rüstwagen ohne den Stau nahezu zeitgleich mit den anderen Rettungskräften eingetroffen und entsprechend den Einsatzleitlinien der Feuerwehr für eine Bergung eingesetzt worden wäre. Die übrigen Tatsachen sind zweifelhaft und können nicht mehr festgestellt werden. Einerseits erscheint möglich, dass eine entsprechende Bergung die Rettungschancen der R erhöht und ein Überleben jedenfalls über den genannten Zeitpunkt hinaus bewirkt hätte. Allerdings erscheint es ebenso möglich, dass R in jedem Falle zum selben Zeitpunkt verstorben wäre, der Todeseintritt und -zeitpunkt also von der Bergungsart unabhängig wäre.

In der Folge entbrennt eine bundesweite Debatte über die (strafrechtlichen) Grenzen zivilen Ungehorsams im Namen der Klimakrise. A und B lassen sich im folgenden Strafverfahren glaubhaft ein, mit der Blockade keine Gefährdung oder gar den Tod anderer Menschen bezweckt zu haben. Zwar rechneten sie fest damit, dass zwangsläufig ein Stau mit nachteiligen Verzögerungen für die betroffenen Verkehrsteilnehmer und Dritte entstehen würde. Gerade aufgrund der seit längerem geführten Debatten zu den Straßenblockaden der „Letzten Generation“ war ihnen als bloße Eventualität auch die Beeinträchtigung von Rettungseinsätzen präsent. Sie hätten aber ernstlich darauf vertraut, dass es zu keiner Gefährdung oder gar dem Tod anderer Menschen kommen würde, schließlich sei bei vergleichbaren Aktionen nichts dergleichen passiert. Außerdem hätten sie darauf vertraut, dass die Polizei den Verkehr so regeln würde, dass im Notfall eine Durchfahrt möglich sei und die Autofahrer eine Rettungsgasse bilden würden. Das dies nicht geschah, könne ihnen nicht angelastet werden.

Die Bundesregierung bliebe – was zutrifft – hinter den sog. Klimaschutz-Sektorzielen zurück und lege teilweise entgegen klimaschutzrechtlicher Verpflichtungen keine Sofortprogramme vor, obwohl sich – auch insoweit zutreffend – das Zeitfenster für wirkungsvolle Klimaschutzmaßnahmen immer weiter schließe. Sie hätten sich lediglich versammelt, um gegen diese Missstände zu demonstrieren und verstärkte Klimaschutzmaßnahmen zu erreichen. Sie könnten es mit ihrem Gewissen nicht weiter vereinbaren, dass sich „politische Verantwortungsträger“ und „reaktionäre Teile der Bevölkerung“ unter dem Verweis auf ein angebliches „Mehrheitsprinzip“ der verfassungsgerichtlich festgestellten, grundgesetzlichen Pflicht zu Klimaschutzmaßnahmen nicht stellten und fühlten sich deshalb zum Widerstand verpflichtet.

Sie führen inhaltlich zutreffend aus, dass die Folgen des menschengemachten Klimawandels unermessliche Sach- und Personenschäden bis hin zu zivilisationsbedrohenden Gefahren für Teile der Menschheit verursachen werden. Dies sei keine bloß ferne Zukunft, sondern es sei – was richtig ist – wissenschaftlich belegt, dass die Häufigkeit und Intensität klimawandelbedingter Schäden zukünftig zunehmen werden. Auch wenn ihnen der Tod der R unendlich leidtue, befänden sie selbst und die Gesellschaft sich im „Klimanotstand“, der in einem gewissen Maße auch Straftaten rechtfertige.

Aufgabe

Prüfen Sie die Strafbarkeit von A nach dem StGB und gehen Sie dabei auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ein. Eventuell erforderliche Strafanträge gelten als gestellt. Gehen Sie davon aus, dass die Maßnahmen der Polizei allesamt rechtmäßig waren. Lassen Sie bei der Bearbeitung Ihnen eventuell bekannte abweichende Mediendarstellungen außer Acht.

Erster Teil – Lösungsvorschlag	879
1. Tatkomplex: Der Tod der R	879
I. Strafbarkeit des A gem. § 212 Abs. 1 StGB.....	879
1. Tatbestandsmäßigkeit	879
a) Strafausschluss bei fehlendem Vorsatz	879
b) Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit	880
aa) Kognitive Theorien.....	880
bb) Volitive Theorien	880
c) Zwischenergebnis.....	881
2. Ergebnis	881
II. Strafbarkeit des A gem. § 222 StGB.....	881
1. Tatbestandsmäßigkeit	881
a) Erfolgsverursachung	881
b) Zwischenergebnis.....	883
2. Ergebnis	883
2. Tatkomplex: Die Blockade der Fahrbahn	883
I. Strafbarkeit des A gem. § 240 Abs. 1 StGB.....	883
1. Tatbestandsmäßigkeit	883
a) Objektiver Tatbestand.....	883
aa) Nötigungsmittel	883
(1) Keine eigenhändige Gewaltausübung	883
(2) Gewalt in mittelbarer Täterschaft	883
(a) Gewaltausübung des Tatmittlers	884
(aa) Körperlich wirkender Zwang spätestens ab der zweiten Fahrzeugreihe.....	884
(bb) Gewalt bei bloß stockendem statt stehendem Verkehr	884
(b) Täterschaft des A.....	884
(c) Zwischenergebnis	885
bb) Nötigungserfolg und nötigungsspezifischer Zusammenhang	885
b) Subjektiver Tatbestand	886
c) Zwischenergebnis.....	886

2. Rechtswidrigkeit.....	886
a) Widerstandsrecht, Art. 20 Abs. 4 GG.....	886
b) Grundrechte als verfassungsunmittelbare Rechtfertigungsgründe	886
c) „Klimanotstand“ als rechtfertigender Notstand, § 34 StGB	887
aa) Notstandslage	887
(1) „Gefährdung des Klimas“	887
(2) „Gefahr durch den Klimawandel“	888
(3) Zwischenergebnis	889
bb) Notstandshandlung	889
(1) Geeignetheit.....	889
(a) Unmittelbare Eignung zur Gefahrabwendung.....	889
(b) Mittelbare Eignung zur Gefahrabwendung	889
(2) Erforderlichkeit i.e.S.	891
cc) Zwischenergebnis	892
d) Verwerflichkeit.....	892
3. Schuld	894
4. Ergebnis	894
II. Strafbarkeit des A gem. § 113 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 StGB	894
1. Tatbestandsmäßigkeit	894
a) Objektiver Tatbestand.....	894
aa) Vollstreckungsbeamter bei Vornahme einer Diensthandlung	894
bb) Tathandlung.....	894
b) Zwischenergebnis.....	895
2. Ergebnis	895
III. Strafbarkeit des A gem. § 315b Abs. 1 StGB.....	895
1. Tatbestandsmäßigkeit	895
a) Objektiver Tatbestand.....	895
aa) Handlungsteil.....	895
bb) Gefährdungsteil	896
b) Zwischenergebnis.....	896
2. Ergebnis	896
IV. Strafbarkeit des A gem. §§ 323c Abs. 2, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB	896
1. Tatbestandsmäßigkeit	896
a) Objektiver Tatbestand.....	896
aa) Tatsituation	896

bb) Behinderung einer Hilfeleistenden Person	896
cc) Zwischenergebnis	897
b) Subjektiver Tatbestand	897
2. Ergebnis	898
V. Strafbarkeit des A gem. §§ 115 Abs. 3 S. 1, 113 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 Nr. 3, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB	898
VI. Strafbarkeit des A gem. § 123 Abs. 1 StGB	898
1. Tatbestandsmäßigkeit	898
2. Ergebnis	899
VII. Endergebnis	899
Zweiter Teil - Offene Fragen der Erfolgszurechnung bei der Prüfung des § 222 StGB	899
A. Keine Frage des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs	899
B. Sorgfaltspflichtverletzung und Schutzzweckzusammenhang?	901
C. Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs durch das Dazwischentreten Dritter?	902
D. Atypischer Kausalverlauf?	903

Erster Teil – Lösungsvorschlag

1. Tatkomplex: Der Tod der R

I. Strafbarkeit des A gem. § 212 Abs. 1 StGB

A könnte sich gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er durch die Veranlassung polizeilicher Maßnahmen einen Stau verursachte, woraufhin der zur Bergung der lebensgefährlich verletzten R bestimmte Rüstwagen verzögert eintraf, sodass R verstarb.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Strafbarkeitsausschluss bei fehlendem Vorsatz

Ob der Tod der R kausal und objektiv zurechenbar darauf zurückgeführt werden kann, dass sich A auf der Schilderbrücke festklebte, könnte an dieser Stelle dahinstehen, wenn er ohnehin keinen Tötungsvorsatz aufwies; dann schiede eine Strafbarkeit wegen Totschlags aus. Vorsatz ist das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung in Kenntnis aller objektiven Tatumstände.¹ A wusste weder, dass sein Verhalten sicher zum Tod der R führen würde, noch war dies sein erstrebtes Ziel im Sinne zielgerichteten Wollens, sodass beide Formen direkten Vorsatzes ausscheiden.²

¹ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 313.

² Ebenso Fischer, LTO v. 4.11.2022, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/feuilleton/f/frage-an-fischer-toetungsvorsatz-vorsatz-betonmischer-klimaaktivisten-knast/> (15.7.2023).

b) Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit

Obwohl A sich im Strafverfahren glaubhaft einließ, den Tod anderer Menschen nicht gewollt zu haben, rechnete er damit, dass infolge der Protestaktion zwangsläufig ein Stau entstehen würde, sodass potenziell auch Rettungskräfte behindert werden könnten. Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob A hinsichtlich des Todes der R bedingten Vorsatz aufwies oder lediglich mit bewusster Fahrlässigkeit handelte. Nach dem Koinzidenzprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG i.V.m. §§ 8, 16 Abs. 1 S. 1 StGB)³ kommt es dabei allein auf das Vorliegen des Vorsatzes zum Zeitpunkt der Tatbestandsverwirklichung an,⁴ sodass die nachtatliche Erklärung des A, ihm tue der Tod der R „unendlich leid“, ohne Belang ist.

aa) Kognitive Theorien

Wissenstheorien machen die Abgrenzung ausschließlich oder überwiegend nach der Intensität der Kenntnis bzw. nach dem vorgestellten Grad der Wahrscheinlichkeit abhängig, welche beim Täter hinsichtlich des Erfolgseintritts vorliegt.⁵

(1) Entsprechend beruht die Wahrscheinlichkeitstheorie auf dem Gedanken, dass eine Bejahung des Vorsatzes umso näher liegt, je größer der vorgestellte Wahrscheinlichkeitsgrad des Erfolgseintritts ist.⁶ A rechnete damit, dass der Polizeieinsatz einen Stau verursachen würde, der für die betroffenen Verkehrsteilnehmer – wozu wie von A erkannt auch Rettungskräfte gehören könnten – mit entsprechenden Verzögerungen einherginge. Der Vortrag des A, dass bei vergleichbaren Aktionen „nichts passiert sei“, spricht dafür, dass er es für unwahrscheinlich hielt, dass Rettungskräfte gerade durch den Stau an der Rettung eines Unfallopfers gehindert werden könnten. Die Vorstellung eines geringen Wahrscheinlichkeitsgrades wird dadurch gestützt, dass sich in einer Stadt mit einem so dichten Verkehrsnetz wie Berlin regelmäßig andere Möglichkeiten ergeben, einen außerhalb des Verkehrsstaus gelegenen Unfallort zu erreichen. Ferner spricht der Vortrag des A, dass die Polizei den Verkehr geregelt habe und einige Autofahrer pflichtwidrig keine Rettungsgasse gebildet hätten, für die Vorstellung, dass Rettungskräfte im Notfall trotz der Blockade passieren können würden. Im Ergebnis spräche auf dieser Grundlage mehr dafür, Eventualvorsatz abzulehnen.

(2) So liegt es auch, wenn man auf die Möglichkeitstheorie abstellen würde, wonach bedingt vorsätzlich handelt, wer aufgrund bestimmter Anhaltspunkte von der konkreten Möglichkeit eines tatbestandsmäßigen Geschehens ausgeht.⁷ Konkrete Anhaltspunkte für einen im Tod der R endenden Geschehensablauf waren für A nicht ersichtlich, denn der Unfall ereignete sich erst, nachdem A und B sich festgeklebt und die Polizei verständigt hatten. A war sich lediglich der mit seinem Verhalten verbundenen abstrakten Risiken bewusst, nicht aber der konkreten Möglichkeit des Erfolgseintritts, sodass auch nach der Möglichkeitstheorie bedingter Vorsatz ausschiede.

bb) Volitive Theorien

Volitive Theorien fordern über ein kognitives Element hinaus auch ein voluntatives Element.⁸ Wie dargelegt wurde, fehlt es bereits an dem den Vorsatz tragenden Wissenselement, sodass es dahin-

³ Vogel/Bülte, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 15 Rn. 52.

⁴ Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 89 ff.

⁵ Kudlich, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 15 Rn. 20.

⁶ Nachweise bei Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2012, S. 3.

⁷ Nachweise bei Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2012, S. 2.

⁸ Kudlich, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 15 Rn. 20.

Schmidt: „Klimakleber“

stehen kann, auf das Wollenselement in Gestalt einer mehr („Gleichgültigkeit“)⁹ oder weniger („billigendes Inkaufnehmen“)¹⁰ intensiven Billigung des Erfolges abzustellen.¹¹

c) Zwischenergebnis

Die Theorien gelangen zu einem einheitlichen Ergebnis, sodass sich ein Streitentscheid erübrigt. A handelte nicht vorsätzlich.

2. Ergebnis

Folglich hat sich A nicht gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des A gem. § 222 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich A aber gem. § 222 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Erfolgsverursachung

R ist verstorben. Fraglich ist jedoch, ob die Handlung des A, auf der Schilderbrücke Banner auszurollen und sich dort festzukleben,¹² kausal für den Tod der R war. Kausal im Sinne der Äquivalenztheorie ist jede Bedingung, die nicht weggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel.¹³ R war bereits im Vorfeld von einem von K gefahrenen Betonmischer erfasst, einge-

⁹ Nachweise zur „Gleichgültigkeitstheorie“ bei *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2012, S. 7.

¹⁰ Nachweise zur „Billigungs- und Ernstnahmetheorie“ der h.M. bei *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2012, S. 7.

¹¹ Täte man dies, spräche wiederum viel gegen die Annahme eines voluntativen Vorsatzelements. Nach dem Verständnis des BGH zur oft sog. „Hemmschwellentheorie“ (vgl. dazu BGH NJW 2012, 1524 und BGH NJW 2020, 2900 [„Berliner-Raserfall“]) ist bei Tötungsdelikten das Vorliegen des Wollenselements anhand einer Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände besonders sorgfältig zu prüfen, denn so wie bei besonders (lebens-)gefährlichen Gewalthandlungen tragfähige Anhaltspunkte dafür bestehen müssen, dass der Täter ernsthaft auf das Ausbleiben des Erfolges vertraut haben könnte, kann man im Umkehrschluss abseits solcher Fälle ohne tragfähige Anhaltspunkte nicht ohne Weiteres auf den Tötungswillen schließen. Zwar hat *Fischer* darauf hingewiesen, dass das Vertrauen der „Klimakleber“ auf einen guten Ausgang nicht per se schutzwürdig sei, wenn sich gleichzeitig aufdrängen muss, dass die eigene Handlung eine Gefahr für das Gegenteil begründe (LTO v. 4.11.2022, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/feuilleton/f/frage-an-fischer-toe-tungsvorsatz-vorsatz-betonmischer-klimaaktivisten-knast/> [15.7.2023]). Lediglich von der erkannten abstrakten Gefährlichkeit einer Handlung im Sinne eines „Nicht-mehr-Vertrauen-Dürfens“ auf Eventualvorsatz zu schließen, mündet jedoch in einer weitgehenden Normativierung der Vorsatzprüfung, gegen die u.a. das gesetzliche Leitbild des Vorsatzes als innere Einstellung (vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB) sowie die damit einhergehende bedenkliche Ausweitung der Strafbarkeit spricht (bei ausgebliebenen Erfolg bliebe eine Versuchsstrafbarkeit), vgl. vertiefend zu alledem *Walter*, NJW 2017, 1350 (1351). Ohnehin ist fraglich, ob das Vertrauen des A nicht schutzwürdig wäre. Schließlich handelt es sich bei der Protestaktion zwar um eine abstrakt gefährliche, aber nicht um eine ganz und gar leichtsinnige Aktion. Dafür, dass A niemanden gefährden oder gar töten wollte, spricht auch, dass er sich gemeinsam mit B bewusst über der Fahrbahn an der Schilderbrücke festklebt und darüber hinaus auch im Vorfeld die Polizei informiert hat.

¹² Bewusst ist hier zunächst einmal nach der Kausalität der Handlung gefragt, ohne zugleich eine Sorgfaltpflichtverletzung bzw. unerlaubte Gefahrschaffung zu thematisieren. Vgl. dazu und zur weiteren Erfolgszurechnung den untenstehenden Exkurs auf S. 899 ff.

¹³ *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 6.

Schmidt: „Klimakleber“

klemmt und lebensgefährlich verletzt worden. Dies wäre auch dann geschehen, wenn man sich das Ausrollen der Banner und das Festkleben an der Schilderbrücke durch A sowie den durch den Polizeieinsatz verursachten Stau wegdenkt. Aber: Denkt man sich das Verhalten des A weg, wäre der Rüstwagen nahezu zeitgleich mit den anderen Rettungskräften am Unfallort eingetroffen und entsprechend den Einsatzleitlinien der Feuerwehr für die Bergung eingesetzt worden.

aa) Einer Berücksichtigung dieses vermeintlich rettenden Kausalverlaufs steht jedenfalls nicht von vornherein entgegen, dass es sich lediglich um eine Hypothese handelt. Der naheliegende Einwand, dass hypothetische Kausalverläufe und bloße Reserveursachen bei der Prüfung der strafrechtlichen Kausalität außer Betracht bleiben müssen,¹⁴ greift in solchen Fällen gerade nicht. Auch wenn die Beurteilung der Kausalität insoweit von einer hypothetischen Entwicklung abhängt, wird der tatsächliche Geschehensablauf nicht durch den hypothetisch rettenden Kausalverlauf ersetzt, sondern lediglich ergänzt. Im Gegenteil kann man sagen, dass die Beseitigung einer in der realen Welt vorhandenen rettenden Bedingung eine gesetzmäßige Bedingung für den infolge des Wegfalls der Bedingung eingetretenen Erfolg darstellt.¹⁵

bb) Allerdings ist fraglich, wie es sich auswirkt, dass eine Rettung der R gerade nicht feststeht, sondern die bloße Möglichkeit besteht, dass die durch den Stau verunmöglichte Bergung durch den Rüstwagen deren Überlebenschancen erhöht hätte. Stellt man darauf ab, dass die Unterbrechung eines rettenden Kausalverlaufs nur dann kausal für den Erfolgseintritt ist, wenn der unterbrochene Kausalverlauf mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit rettend gewirkt hätte,¹⁶ scheidet eine Kausalität im vorliegenden Fall aus, schließlich kann nicht mit Sicherheit¹⁷ festgestellt werden, dass eine Bergung mit dem Rüstwagen R im Sinne eines Minimalerfolges gerettet hätte. Auch eine kausalitätsersetzende Risikoerhöhungslehre oder probabilistische Kausalitätsmodelle, die es genügen ließen, wenn die Handlung das Risiko des Erfolgseintritts (statistisch) erhöht und insofern Rettungschancen zunichte gemacht hätte,¹⁸ käme zu keinem anderen Ergebnis. Es kann nämlich keine Gewissheit darüber erlangt werden, ob die Art der Bergung *überhaupt* einen Einfluss auf die Überlebenschancen der R hatte, sodass auch keine Risikoerhöhung der einen im Verhältnis zur anderen Bergungsart ersichtlich ist. Deshalb folgt aus dem Zweifelssatz,¹⁹ dass zu Gunsten des A unterstellt werden muss, dass R in jedem Fall und von der Bergungsart unabhängig keine Überlebenschance hatte. Demnach war die auf dem Verhalten des A beruhende Fahrbahnblockade nicht ursächlich für den Tod der R.

¹⁴ Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 23.

¹⁵ Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 26; vertiefend Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 33 f.

¹⁶ Vgl. die Nachweise bei Greco, ZIS 2011, 674 (675 Fn. 11).

¹⁷ Vgl. zur Vertiefung Engländer, JuS 2001, 958 (960 f.), der herausgearbeitet hat, dass das Erfordernis der „an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit“ *per se* eine Beweisregel ohne materielle Bedeutung ist. Maßgeblich ist vielmehr das dieser Wendung zugrunde liegende deterministische Kausalitätsverständnis, dass im Sinne eines „entweder oder“ die Feststellung verlangt, dass der Erfolg bei Fortentwicklung des unterbliebenen Kausalverlaufs ausgeblieben wäre oder nicht.

¹⁸ Überblick bei Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 33 ff. Vertiefung im untenstehenden Exkurs S. 899 ff.

¹⁹ Selbst wenn man eine Risikoerhöhung genügen ließe, müsste jedenfalls diese feststehen. Kann darüber keine Gewissheit erlangt werden, ist eine Anwendung des Zweifelssatzes (anders als in Fällen eines in Rede stehenden Pflichtwidrigkeitszusammenhangs, in denen die Ursächlichkeit der Handlung, nicht aber die der Pflichtwidrigkeit feststeht, vgl. Greco, ZIS 2011, 674 (679) zwingend geboten; so auch Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 15 Rn. 44.

b) Zwischenergebnis

A handelte somit nicht tatbestandsmäßig.

2. Ergebnis

Er hat sich nicht gem. § 222 StGB strafbar gemacht.

2. Tatkomplex: Die Blockade der Fahrbahn**I. Strafbarkeit des A gem. § 240 Abs. 1 StGB**

A könnte sich gem. § 240 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er durch die Veranlassung polizeilicher Maßnahmen eine teilweise Sperrung der Fahrbahn verursachte, sodass viele Autofahrer durch den Verkehrsstau an der Weiterfahrt gehindert wurden.

1. Tatbestandsmäßigkeit**a) Objektiver Tatbestand****aa) Nötigungsmittel**

Als Nötigungsmittel käme nur Gewalt in Betracht, § 240 Abs. 1 Alt. 1 StGB. Im Ausgangspunkt ist Gewalt die Ausübung körperlich wirkenden Zwangs, um einen geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden.²⁰

(1) Keine eigenhändige Gewaltanwendung

Jedenfalls hat A nicht selbst Gewalt ausgeübt, er befand sich vielmehr oberhalb der Fahrbahn auf einer Schilderbrücke und wirkte insofern in keiner Weise körperlich auf die Rettungskräfte oder die Autofahrer ein.

(2) Gewalt in mittelbarer Täterschaft

Allerdings verständigte A die Polizei, bevor er sich festklebte, um eine polizeiliche Sperrung der Fahrbahn zu veranlassen. Dass die Polizei eine solche Sperrung tatsächlich teilweise vornahm und in der Folge hintere Fahrzeugreihen gänzlich an der Weiterfahrt gehindert wurden, könnte A gem. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB als Gewalt in mittelbarer Täterschaft zurechenbar sein, denn § 240 StGB ist kein eigenhändiges Delikt.²¹ Dies setzt die zurechenbare Tatbestandsverwirklichung durch eine tatbe-

²⁰ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 23 Rn. 2.

²¹ So in Bezug auf Sitzblockaden BGH NJW 1995, 2643 (2644). Wie Hoyer, *JuS* 1996, 201 (202) herausgearbeitet hat, ist die Zweite-Reihe Rechtsprechung des BGH in Sitzblockadenfällen dogmatisch stets eine verkappte mittelbare Täterschaft, weil die vorderen Fahrzeugreihen als Tatmittler körperlichen Zwang gegenüber den hinteren Fahrzeugreihen ausüben und durch die Straßenblockierer kraft überlegenen Willens täterschaftlich beherrscht werden. Der vorliegende Fall geht über die oben geschilderte Konstellation hinaus: Einerseits dadurch, dass die Polizei als Tatmittler fungiert, gleichzeitig aber je nach Sachverhaltsauslegung ebenfalls lediglich psychischen Zwang vermittelt, sodass in einem weiteren Schritt auf die sperrenden Fahrzeugreihen als Tatmittler zweiter Ordnung zurückgegriffen werden muss. Andererseits dadurch, dass der Hintermann anders als in den klassischen Sitzblockadefällen überhaupt keinen, also auch keinen psychischen Zwang vermittelt. Dies ist freilich eine Frage des nötigungsspezifischen Zusammenhangs zwischen dem Nötigungs-

herrschende Steuerung des Tatmittlers voraus.²²

(a) Gewaltanwendung des Tatmittlers

Als Tatmittler kommen einerseits die Polizeibeamten, andererseits auch die Autofahrer selbst in Betracht, diese müssten Ihrerseits Gewalt angewendet haben.

(aa) Körperlich wirkender Zwang spätestens ab der zweiten Fahrzeugreihe

Im vorliegenden Fall sperrte die Polizei zwei der drei Fahrbahnen vollständig und regelte den Verkehr auf der verbliebenen Spur selbstständig. Dem Sachverhalt lässt sich nicht entnehmen, ob die Polizeisperre ein tatsächlich unüberwindbares Hindernis darstellte oder ob eine Weiterfahrt physisch möglich gewesen wäre und die Autofahrer an der Weiterfahrt nur psychisch durch die Anwesenheit der den Verkehr regelnden Beamten bzw. durch die mit einer (praktisch ohnehin fernliegenden) Durchbrechung der Sperre verbundenen Eigen- und Fremdgefährdung gehindert gewesen wären. Während im ersteren Fall bereits für die Fahrer der ersten Fahrzeugreihe eine körperliche Zwangswirkung und damit eine Gewaltausübung durch die Polizei als Tatmittler anzunehmen wäre,²³ wäre im letzteren Fall spätestens ab der zweiten Fahrzeugreihe eine körperliche Zwangswirkung anzunehmen, schließlich bildete die erste Fahrzeugreihe für die Fahrer der zweiten Reihe *et cetera* ein tatsächlich unüberwindbares Hindernis.²⁴ Dann wären die Fahrer der jeweils vorderen Reihen Tatmittler. In beiden Fällen läge Gewalt i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB vor.

(bb) Gewalt bei bloß stockendem statt stehendem Verkehr

Dem lässt sich auch nicht mit dem Argument entgegenreten, dass der Verkehr auf der verbliebenen, nicht gesperrten Fahrbahn, wenn auch mit erheblichen Verzögerungen weiterfließen konnte.²⁵ Einerseits wird das Einscheren bei einer dreispurigen, erheblich frequentierten Stadtautobahn nur mit erheblichen Verzögerungen möglich sein. Andererseits sind die hinteren Fahrzeugreihen bei einer lebensnahen Sachverhaltsauslegung an der Weiterfahrt vollständig gehindert, weil die vorderen Fahrzeugreihen erst weiterfahren müssen, um das vorstehende Hindernis zu beseitigen. Ausweislich des Sachverhalts mussten die auf das Stauende auffahrenden Fahrer mit einer 35-minütigen Verzögerung rechnen. Demnach wäre eine Gewaltanwendung des Tatmittlers zu bejahen – ganz gleich, ob man dabei auf die Polizei oder die jeweils vorgelagerten Fahrzeugreihen abstellt.

(b) Täterschaft des A

Zudem müsste A täterschaftlich gehandelt, also eine tatbeherrschende Stellung innegehabt haben. Eine solche folgt als Wissens- oder Wollensherrschaft insbesondere aus dem Ausnutzen eines deliktischen Minus des Tatmittlers.²⁶ Im vorliegenden Fall handelten die Polizeibeamten im Rahmen eines rechtmäßigen Polizeieinsatzes, sodass die Rechtswidrigkeit der Tat entfällt. Ein derartiges Vorgehen

mittel und -erfolg und von der vorgelagerten Frage zu trennen, ob überhaupt Gewalt geübt wurde, vgl. zu dieser Differenzierung jüngst auch *Preuß*, NZV 2023, 60 (66 f.).

²² *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 43 Rn. 1.

²³ Vgl. in Bezug auf Straßenblockaden der Polizei BGH NJW 1991, 2300 (2301); *Valerius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 240 Rn. 33 m.w.N.

²⁴ Vgl. dazu nur BVerfG NJW 2002, 1031 (1032); BVerfG NJW 2011, 3020 (3021).

²⁵ So aber OLG Köln VRS 98, 124 (127), zitiert nach *Sinn*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 54, wonach das Einscheren in eine Fahrzeugkolonne im stockenden Verkehr keine Gewalt sein soll.

²⁶ *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 43 Rn. 1.

Schmidt: „Klimakleber“

der Polizei entspricht ihrer gesetzlichen Aufgabe der Gefahrenabwehr und liegt im Rahmen der – auch den Blockierern üblicherweise bekannten – polizeilichen Praxis.²⁷ Im vorliegenden Fall ist aufgrund des erheblichen Gefahrenpotenzials einer Protestaktion auf der Autobahn davon auszugehen, dass sich das Entschließungs- und Auswahlermessen der Polizei im Sinne einer Rechtspflicht zum Eingreifen auf null reduziert hatte.²⁸ Die Ausnutzung jener Rechtspflicht der Polizei mit anderen Worten die Ausnutzung des polizeilichen „Nichtandershandelndürfens“ begründet im vorliegenden Fall eine Willensherrschaft des A. So verhält es sich auch in Bezug auf die Fahrer der jeweils vorgeordneten Fahrzeugreihen. Einerseits wäre diesen die Gewaltanwendung entweder nicht zurechenbar oder sie handelten jedenfalls gem. § 34 StGB gerechtfertigt.²⁹ Der Willensmangel der jeweiligen Vorderleute folgt aus der rechtlichen Beugung ihres Willens aus dem strafrechtlichen Gebot, die psychische Barriere in Form der Polizeisperre nicht überwinden zu können, ohne ihrerseits Straftatbestände zu verwirklichen.³⁰ Folglich hatte A sowohl gegenüber den Polizeibeamten, als auch gegenüber den jeweiligen Vorderleuten eine tatbeherrschende Stellung inne.

(c) Zwischenergebnis

A hat demnach gem. § 240 Abs. 1 Alt. 1 StGB i.V.m. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB Gewalt in mittelbarer Täterschaft ausgeübt.

bb) Nötigungserfolg und nötigungsspezifischer Zusammenhang

Der Nötigungserfolg, die Verunmöglichung der Weiterfahrt für die hinteren Autofahrer, müsste auch in einem nötigungsspezifischen Zusammenhang zur Nötigungshandlung stehen, d.h. der Nötigungserfolg muss kausal auf die Nötigungshandlung zurückzuführen und dem Täter objektiv zurechenbar sein.³¹ Ausweislich des Wortlauts, der ein „Nötigen“ und nicht bloß ein „Verursachen der Nötigung“ voraussetzt, kann es nicht genügen, wenn der Nötigungserfolg in einer bloß ursächlichen Verbindung mit der Gewalt steht, ohne dass der Genötigte die Zwangswirkung als unmittelbare Folge des Täters empfindet.³² Wird der Willen des Opfers allein durch einen anderen gebeugt, ohne dass dies die wahrnehmbare Folge des Täterverhaltens wäre – etwa in Fällen einer der eigentlichen Blockade weit vorgelagerten Verkehrsumleitung durch die Polizei – muss auch unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Norm der Nötigungszusammenhang ausscheiden.³³ Würde man aber jenen Zusammenhang immer schon dann ablehnen, wenn die Gewalt durch einen Tatmittler ausgeübt wird, deutete man § 240 StGB *contra legem* in ein eigenhändiges Delikt um. So ist jedenfalls im Hinblick auf die vorderen Fahrzeugreihen davon auszugehen, dass die Zwangswirkung wahrnehmbar eine unmittelbare Folge des Täterhandels war, möge die Gewalt auch durch die Tatmittler ausgeübt worden sein. Folglich besteht auch ein nötigungsspezifischer Zusammenhang.

²⁷ BGH NStZ 1991, 582 (583).

²⁸ Bogulawski/Leißing, NVwZ 2022, 852 (854).

²⁹ Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 23 Rn 18.

³⁰ Hoyer, JuS 1996, 201 (203).

³¹ Preuß, NZV 2023, 60 (66).

³² Auf dieser Grundlage ist in der OLG-Rechtsprechung der nötigungsspezifische Zusammenhang in Fällen verneint worden, in denen die Weiterfahrt allein an (der Straßenblockade mehrere hundert Meter vorgelagerten) polizeilichen Maßnahmen (Umleitung, Anhaltebefehl) scheiterte, ohne dass der Nötigungserfolg die spezifische und vom Opfer als solche wahrnehmbare Folge des Täterverhaltens gewesen wäre, exemplarisch OLG Köln NJW 1983, 2206 (2207); OLG Zweibrücken NJW 1986, 1055 (1056); BayObLG NStZ 1990, 281 (282).

³³ BayObLG NStZ 1990, 281 (281); a.A. BGH NStZ 1990, 582 (583).

b) Subjektiver Tatbestand

A handelte in Bezug auf die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes auch vorsätzlich i.S.d. § 15 StGB.

c) Zwischenergebnis

Somit liegt § 240 Abs. 1 Alt. 1 StGB tatbestandsmäßig vor.

2. Rechtswidrigkeit

Es könnte aber an der Rechtswidrigkeit der Tat fehlen, wenn Rechtfertigungsgründe eingreifen oder die Tat i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB nicht verwerflich gewesen wäre.

a) Widerstandsrecht, Art. 20 Abs. 4 GG

A beruft sich zunächst auf sein Recht zum Widerstand, sodass fraglich ist, ob die Tat gem. Art. 20 Abs. 4 GG gerechtfertigt gewesen sein könnte. Das Widerstandsrecht erfasst umsturzartige Situationen, in denen der grundgesetzlichen Ordnung *in toto* die Gefahr der Beseitigung droht.³⁴ Dann haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand. Zwar liegt rechtswidriges Staatshandeln vor, wenn die Bundesregierung entgegen § 4 Abs. 1 S. 9 KSG Klima-Sektorziele nicht einhält oder sich Klimaschutzgesetze – wie das BVerfG 2021 in Bezug auf das KSG feststellte³⁵ – als teilweise verfassungswidrig erweisen. Abgesehen davon, dass gegen rechtswidriges Staatshandeln im Geltungsbereich des Grundgesetzes regelmäßig „andere Abhilfe möglich“ ist, hat dies mit einer von Art. 20 Abs. 4 GG vorausgesetzten Zersetzung der freiheitlich demokratischen Grundordnung nichts zu tun:³⁶ Ein Versuch, die Verfassungsordnung zu beseitigen, ist nicht ersichtlich.³⁷ Aus Art. 20 Abs. 4 GG lässt sich demnach keine Rechtfertigung ableiten.

b) Grundrechte als verfassungsunmittelbare Rechtfertigungsgründe

A handelte aus Gewissensgründen und wollte seiner Empörung über vermeintlich oder tatsächlich unzureichende Klimaschutzmaßnahmen durch öffentlichen Protest Ausdruck verleihen. Im Hinblick auf eine vor diesem Hintergrund möglich erscheinende Schutzbereichseröffnung der Art. 4 Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 1 und 8 GG fragt sich, ob Grundrechte in Bezug auf Straftaten unmittelbar rechtfertigend wirken können.³⁸ Der Einwand, dass der Gesetzgeber einige Rechtfertigungsgründe ausdrücklich geregelt hat, lässt sich leicht entkräften, schließlich sind auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe anerkannt wie z.B. die rechtfertigende Einwilligung. Es gibt auch keinen Numerus clausus der Rechtfertigung.

³⁴ OLG Celle NStZ 2023, 113; Schwarz, NJW 2023, 275 (278).

³⁵ BVerfG NJW 2021, 1723 – „Klimabeschluss“.

³⁶ Schwarz, NJW 2023, 275 (278); vgl. aber Bönte, NStZ 2023, 113 (114), der von einer „widerstandsähnlichen Lage“ spricht, in der eine Anwendung des § 34 StGB erwogen werden müsse.

³⁷ Rönna, JuS 2023, 112 (113).

³⁸ Vgl. zu dieser Frage die monographische Darstellung bei Schmidt, Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe, 2008 sowie Radtke, GA 2000, 19 ff.; Valerius, JuS 2007, 1105 ff.; Brand/Winter, JuS 2021, 113 ff. In Bezug auf Klimaproteste leitete das AG Mönchengladbach-Rheydt KlimR 2022, 130 in Bezug auf eine Protestaktion im Tagebau Garzweiler eine Rechtfertigung aus der Gewissensfreiheit und den Kommunikationsgrundrechten ab. Das Urteil wurde in der Revisionsinstanz verworfen, vgl. OLG Düsseldorf BeckRS 2022, 29889. An die diesbezügliche Urteilsanmerkung von Schneider, ZJS 2022, 928 (930) ist die folgende Argumentation angelehnt.

Schmidt: „Klimakleber“

tigungsgründe. Vielmehr ist die Berücksichtigung der Grundrechte auf der Rechtfertigungsebene allein wegen Art. 1 Abs. 3 GG eine Selbstverständlichkeit, denn weil jedes Strafgesetz und jede Bestrafung einen Grundrechtseingriff darstellt, ist es zwingend, grundrechtlich geschütztes Verhalten auch dann straflos zu lassen, wenn es formal den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht. Dagegen spricht aber, dass eine Berücksichtigung der Grundrechte nicht deren Anerkennung als unmittelbare Rechtfertigungsgründe bedeuten muss, weil sie auch durch die verfassungskonforme Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale und geschriebener Rechtfertigungsgründe gewahrt werden können. In einigen Straftatbeständen, insbesondere bei so (kommunikations-)grundrechtssensiblen Tatbeständen wie der hier in Rede stehenden Nötigung, sind bereits Öffnungsklauseln vorgesehen, hier die Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB, durch die der Straftatbestand im Lichte der Grundrechte ausgelegt werden kann. Dies gilt auch für § 34 StGB, der ausdrücklich eine Interessenabwägung vorsieht. Mit der Normierung von Straftatbeständen und Rechtfertigungsgründen sind demnach schon Abwägungsentscheidungen getroffen oder vorkonturiert, der sich eine Aktivierung der Grundrechte in der Rechtfertigungsprüfung nicht ohne weiteres entziehen kann. Einer verfassungskonformen Auslegung den Vorrang vor einer unmittelbaren Prüfung der Grundrechte als Rechtfertigungsgründe zu geben, ist auch eher mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar. Folglich lässt sich aus den Grundrechten nicht unmittelbar eine Rechtfertigung der Tat ableiten.

c) „Klimanotstand“ als rechtfertigender Notstand, § 34 StGB

A beruft sich ferner darauf, im „Klimanotstand“ gehandelt zu haben. Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob die Tat gem. § 34 StGB gerechtfertigt sein könnte.

aa) Notstandslage

Dies setzt zunächst das Bestehen einer Notstandslage, mithin das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut voraus. Notstandsfähig sind zunächst die in § 34 S. 1 StGB ausdrücklich genannten Individualrechtsgüter. § 34 S. 1 StGB bezieht jedoch über die Formulierung „oder ein anderes Rechtsgut“ auch ungeschriebene Individualrechtsgüter und Rechtsgüter der Allgemeinheit mit ein.³⁹ Unter einer Gefahr ist ein Zustand zu verstehen, in dem nach den konkreten Umständen der Eintritt eines Schades wahrscheinlich ist.⁴⁰ Gegenwärtig ist eine solche Gefahr, wenn eine Situation vorliegt, deren Weiterführung den Eintritt oder die Intensivierung eines Schades ernstlich befürchten lässt, wenn nicht alsbald Abwehrmaßnahmen ergriffen werden.⁴¹

(1) „Gefährdung des Klimas“

Einerseits könnte man das Klima als Teil der nach Art. 20a GG staatlich zu schützenden natürlichen Lebensgrundlagen *per se* als Rechtsgut der Allgemeinheit materialisieren.⁴² Das Klima ist die gemittelte Zusammenfassung von Wettererscheinungen auf einer regionalen oder globalen Ebene und

³⁹ So die h.M. in Rechtsprechung und Literatur, vgl. nur BGH NSTz 1988, 558; OLG München NJW 1972, 2275 (2276) und *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 72 m.w.N.

⁴⁰ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 19 Rn. 9.

⁴¹ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 19 Rn. 12.

⁴² Vgl. Schmidt, *KlimR* 2023, 16 (18). In Richtung einer „Gefährdung des Klimas bzw. Klimaschutz“ auch Kienzerle, *FD-StrafR* 2022, 451633; Nestler, *Jura* 2022, 1508; Esser/Wasmeier, *JuS* 2022, 421 (422); Rönnau, *JuS* 2023, 112 (114); Bayer, *Verfassungsblog* v. 6.10.2022, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/auto-fahren-oder-klima-retten/> (16.7.2023); Wolf, *Verfassungsblog* v. 14.11.2022, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/klimaschutz-als-rechtfertigender-notstand/> (16.7.2023) und dies., *Verfassungsblog* v. 16.12.2022, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/flensburger-einhorn/> (16.7.2023).

Schmidt: „Klimakleber“

hängt im Wesentlichen von der global gemittelten Treibhausgaskonzentration der Atmosphäre sowie der Treibhausgasbindung *qua* natürlicher Senken ab.⁴³ Es wäre materiell an die aus dem Umweltstrafrecht bekannte ökologisch-anthropozentrische (sog. „doppelte“) Rechtsgutskonzeption sowie an die verfassungsgerichtliche Lesart des Art. 20a GG anschlussfähig.⁴⁴ Das Klima als Schutzgut wird weiterhin auch schon länger im Klimaverwaltungsrecht positiviert,⁴⁵ es handelt sich folglich um ein notstandsfähiges Rechtsgut der Allgemeinheit. Gelegentlich wird auf dem Boden der personalen Rechtsgutslehre gefordert, dass nur solche Kollektivrechtsgüter notstandsfähig seien, die sich auf Individualinteressen zurückführen lassen.⁴⁶ So liegt es hier, denn die Unversehrtheit von Individualrechtsgütern hängt nicht nur, aber in einem ganz grundlegenden Sinne auch von der Stabilität und Unversehrtheit der natürlichen Lebensgrundlagen ab. Macht man „das Klima“ und den diesbezüglichen, aus Art. 20a GG ableitbaren staatlichen Schutzauftrag zum notstandsfähigen Umweltrechtsgut der Allgemeinheit, müsste man aber aus dem Grundsatz der „Einheit der Rechtsordnung“, also dem Rechtsstaats- und Gewaltenteilungsgrundsatz (Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG) folgern, dass rechtmäßige Verhaltensweisen keine rechtlich relevante Gefahr für das Klima darstellen können.⁴⁷ Im Falle rechtmäßiger Klimaschädigungen läge dann keine Gefahr für das Rechtsgut vor.⁴⁸ Dem vorliegenden Sachverhalt lassen sich rechtswidrige Klimaschädigungen, auf deren Abwendung A und B abzielen würden, nicht entnehmen. Verstünde man unter einer Klimanotstandslage eine „Gefahrverursachung für das verrechtlichte Klima“, läge im vorliegenden Fall keine Notstandslage vor.

(2) „Gefahr durch den Klimawandel“

Andererseits könnte man sich auf Individualrechtsgüter wie Leib, Leben oder Freiheit beziehen.⁴⁹ Die Folgen des Klimawandels gehen über immense Sach- und Personenschäden weit hinaus und reichen bis hin zu zivilisationsbedrohenden Szenarien für die ganze Menschheit. Gleichzeitig ist zukünftig mit gravierenden Freiheitseinschränkungen zu rechnen, um den Klimaschutz zu intensivieren, die aufgrund der zunehmenden Intensivierung der Klimakrise rechtfertigbar erscheinen.⁵⁰ Die Gefahr für Individualrechtsgüter – beispielsweise für Leib, Leben, Freiheit und Eigentum – läge nach dieser Auslegung im Klimawandel selbst. Dem steht nicht entgegen, dass aus einer ex-ante Sicht nicht genau vorhergesagt werden kann, wann welche Folgen und Schäden für Individualrechtsgüter eintreten werden. § 34 S. 1 StGB umfasst auch Dauergefahren, bei denen die Gefahr jederzeit in einen Schaden umschlagen kann.⁵¹ So liegt es hier: Es ist wissenschaftlich bewiesen, dass die Häufigkeit und Inten-

⁴³ Vertiefend dazu *Satzger/v. Maltitz*, ZStW 133 (2021), 1 (9 f.) und jüngst *dies.*, GA 2023, 63 (68 f.).

⁴⁴ *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2020, § 324 Rn. 19 m.w.N.

⁴⁵ *Gärditz*, JuS 2008, 324 (326).

⁴⁶ *Neumann*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 34 Rn. 22 ff.

⁴⁷ *Schmidt*, KlimR 2023, 16 (18).

⁴⁸ *Schmidt*, KlimR 2023, 16 (18). Das hier vorgeschlagene Rechtsgut „Klima“ ist seinem Begriff nach ökozentrisch, bezüglich seines rechtlichen Schutzes aber anthropozentrisch zu bestimmen, sodass das zu schützende Rechtsgut der Allgemeinheit im Ergebnis allein das „verrechtlichte Klima“ sein kann, wie es einfachrechtlich durch die einschlägigen Klimaschutzgesetze und verfassungsrechtlich durch Art. 20a GG und die einschlägigen Grundrechte (hinreichend konkret) ausgeformt ist; vertiefend in Bezug auf den Tierschutz *Dietlein*, in: GS Tröndle, 2019, S. 187 (194).

⁴⁹ In diese Richtung einer „Gefahr durch den Klimawandel“ auch OLG Lüneburg BeckRS 2022, 21534 Rn. 15; OLG Celle BeckRS 2022, 21494 Rn. 6 ff.; *Reichert-Hammer*, Politische Fernziele und Unrecht, 1991, S. 185; *Payer*, sui generis 2020, 226 (233); *Bönte*, HRRS 2021, 164 (164 ff.); *Jahn*, JuS 2023, 82 (83); *Bönte*, NStZ 2023, 113 (114); *Zieschang*, JR 2023, 136 (143).

⁵⁰ BVerfG NJW 2021, 1723 (1739).

⁵¹ *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 97 m.w.N. Den Klimawandel als Dauergefahr bezeichnend *Jahn*, JuS 2023, 82 (83).

sität klimabedingter Schäden zukünftig zunehmen werden, wenn nicht unverzüglich verstärkte Klimaschutzmaßnahmen getroffen werden. Somit liegt in Form der Klimawandelfolgen eine Gefahr für Individualrechtsgüter vor.

(3) Zwischenergebnis

Folglich ist eine Notstandslage („Klimanotstandslage“) gegeben.

bb) Notstandshandlung

Gem. § 34 S. 1 StGB dürfte die Gefahr „nicht anders abwendbar“ sein. Dies ist der Sache nach eine Frage nach der Erforderlichkeit der Notstandshandlung, also nach der Geeignetheit und Erforderlichkeit i.e.S.⁵²

(1) Geeignetheit

Fraglich ist, ob die Protestaktion von A, Banner an der Schilderbrücke zu befestigen, sich festzukleben und eine Polizeisperre zu veranlassen, zur Gefahrenabwehr geeignet ist. Geeignet ist die Notstandshandlung, wenn das gewählte Mittel eine jedenfalls nicht gänzlich unerhebliche Rettungschance für das gefährdete Rechtsgut verspricht.⁵³ Nicht erforderlich ist hingegen, dass die Notstandshandlung für sich genommen die Gefahrenlage mit Sicherheit beseitigt.⁵⁴

(a) Unmittelbare Eignung zur Gefahrenabwehr

Fokussiert man auf das unmittelbare Tatziel des A, spricht viel gegen die Annahme einer unmittelbaren Eignung zur Gefahrenabwehr. Die Ursachen des Klimawandels sowie wirksame Klimaschutzmaßnahmen können sinnvoll nur als Kumulation unzähliger Verhaltensweisen gedacht werden:⁵⁵ Das Weltklima ist eine Allmende und insofern vom Verhalten des Einzelnen weitestgehend unabhängig.⁵⁶ Eine die Erheblichkeitsschwelle überschreitende unmittelbare Eignung zum Klimaschutz wird man nur kollektiven Maßnahmen und national wie international konzertierten Aktionen zusprechen können.⁵⁷ Das Festkleben des A führte zu einem Polizeieinsatz, bei dem zwei Fahrbahnen gesperrt werden mussten und ein Stau entstand. Selbst wenn man annimmt, dass die Autofahrer dadurch an der treibhausgasintensiven Weiterfahrt gehindert würden, verspräche dies mangels Erheblichkeit keine Eignung im obigen Sinne, sodass eine unmittelbare Eignung ausscheidet.

(b) Mittelbare Eignung zur Gefahrenabwehr

Bedeutsamer erscheint demgegenüber das Fernziel des A, als rein politische Protestaktion allein darauf abzielen, die politische, mediale, gesellschaftliche und damit öffentliche Aufmerksamkeit für die Dringlichkeit des Handelns und die Herausforderungen im Zusammenhang mit dem Klimawandel zu erhöhen und ausschließlich auf diese – aus der Perspektive des Klimaschutzes mittelbare

⁵² Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 19 Rn. 20.

⁵³ Dies entspricht der h.M. in Literatur und Rechtsprechung, vgl. dazu Erb, in: *MüKo-StGB*, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 110 mwN.

⁵⁴ Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 70. Aufl. 2023, § 34 Rn. 10.

⁵⁵ Schmidt, *KlimR* 2023, 16 (19).

⁵⁶ Wagner, *NJW* 2021, 2256 (2257).

⁵⁷ Esser/Wasmeier, *JuS* 2022, 421 (423).

Schmidt: „Klimakleber“

– Weise zur Gefahrenabwendung beizutragen.⁵⁸ Problematisch ist jedoch, ob bloß mittelbare Wirkungszusammenhänge die Geeignetheit einer Notstandshandlung begründen können.⁵⁹ Der Wortlaut der Norm („nicht anders abwendbar“) steht einer solchen Auslegung nicht prinzipiell entgegen.⁶⁰ Selbiges gilt bei einer ergebnis- bzw. schutzgutorientierten Betrachtung, denn es kann bei der Gefahrenabwendung nicht darauf ankommen, ob das Schutzgut durch die Handlung unmittelbar oder über mittelbare Wirkungszusammenhänge gerettet wird. Selbst wenn diese Frage nach dem „Ob“ zugunsten der Berücksichtigung mittelbarer Wirkungszusammenhänge ausfallen sollte, entbindet dies jedoch nicht nach der Frage nach dem „Wie“, also der Feststellung, ob überhaupt ein erheblicher Wirkungszusammenhang besteht. Anderenfalls würde die Prüfung der Geeignetheit ins Grenzenlose führen. Gerade weil staatliche, kollektive Klimaschutzmaßnahmen erheblich zum Klimaschutz und damit zur Gefahrenabwehr beitragen können, erscheint die Eignung einer entsprechenden Einwirkung auf die öffentliche Meinung nicht von vornherein fernliegend.⁶¹ Allerdings kann man eine Prognose darüber, ob politische Protestaktionen im Sinne „zivilen Ungehorsams“ tatsächlich zur im Sinne des Klimaschutzes positiven Beeinflussung der öffentlichen Meinung beitragen können, kaum tragfähig begründen oder näher quantifizieren. Dagegen spricht, dass mit Normbrüchen verbundener „ziviler Ungehorsam“ dem Projekt intensivierten Klimaschutzes aufgrund öffentlicher Empörung auch abträglich sein kann.⁶² Außerdem spricht viel dafür, dass sich gerade an das (Verfassungs-)Recht gebundene politische Entscheidungsträger (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht durch die Verwirklichung von Straftatbeständen zu einer Intensivierung des Klimaschutzes bewegen lassen.⁶³ Historische Erfahrungen zeigen, dass politischer Aktivismus in Form zivilen Ungehorsams sehr wohl politischen Widerhall finden und gesellschaftliche Transformationsprozesse flankieren oder gar anstoßen kann.⁶⁴ Im Bereich des Klimaschutzes ließen sich etwa die Proteste von „Fridays for Future“ anführen. Ob sich dieses Ziel auch auf andere Weise erreichen ließe, etwa durch ohne Normbrüche auskommenden, demokratischen Protest, ist keine Frage der Geeignetheit, sondern der Erforderlichkeit i.e.S. Folglich spricht mehr dafür, von einer mittelbaren Eignung auszugehen.

Hinweis: Man mag aus den obigen Zeilen das Ringen des *Verf.* herauslesen, trotz in der Sache gewichtiger Zweifel eine (mittelbare) Eignung anzunehmen, um die Prüfung des § 34 StGB nicht vorzeitig abbrechen zu müssen. Sollte man eine mittelbare Eignung der Protestaktion zur Gefahrenabwehr

⁵⁸ Vgl. aber AG Flensburg KlimR 2023, 25 (26 Rn. 23), welches die hier angesprochene Frage nach der Berücksichtigung mittelbarer Wirkungszusammenhänge offenließ und – anders als hier in Bezug auf die Blockade der Fahrbahn – in der Verhinderung der Abholzung eines einzelnen Baumes eine unmittelbar geeignete Notstandshandlung zu erkennen glaubte.

⁵⁹ Eine mittelbare Eignung im Kontext der Klimakrise annehmend *Reichert-Hammer*, Politische Fernziele und Unrecht, 1991, S. 188 f.; *Bönte*, HRRS 2021, 164; *Wolf*, Verfassungsblog v. 14.11.2022, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/klimaschutz-als-rechtfertigender-notstand/> (16.7.2023) und *dies.*, Verfassungsblog v. 16.12.2022, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/flensburger-einhorn/> (16.7.2023); wohl ebenso, jedoch i.E. offen lassend *Schneider*, ZJS 2022, 928 (931); in anderen Kontexten auch OLG Naumburg NStZ 2013, 718 (720) und *Schüler-Springorum*, in: Glotz, Strafrechtliche Aspekte zivilen Ungehorsams, Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983, S. 76 (89); a.A. OLG Celle BeckRS 2022, 21494; *Radtke*, GA 2000, 19 (29 f., generell gegen „mittelbare Eignung“ bei § 34 StGB); *Payer*, sui generis 2020, 226 (334 f.); *Rönnau*, JuS 2023, 112 (114); *Zieschang*, JR 2023, 136 (144); diff. *Gesang*, KlimR 2022, 147 (148 f.).

⁶⁰ Ausdrücklich *Zieschang*, JR 2023, 136 (144): „Es ist zugegebenermaßen bei § 34 StGB nicht ausgeschlossen, dass die Geeignetheit nur mittelbar gegeben ist.“

⁶¹ *Schneider*, ZJS 2022, 928 (931).

⁶² *Rönnau*, JuS 2023, 112 (114); *Zieschang*, JR 2023, 136 (144).

⁶³ *Nestler*, Jura 2022, 1508. Vgl. aber *Bönte*, HRRS 2021, 164 (169).

⁶⁴ Vgl. dazu *Laker*, Ziviler Ungehorsam: Geschichte, Begriff, Rechtfertigung, 1985, passim.

mit guten Gründen ablehnen, wäre in einer Klausursituation eine hilfsgutachtliche Prüfung der Erforderlichkeit i.e.S. anzuraten.

(2) Erforderlichkeit i.e.S.

Die Notstandshandlung müsste auch erforderlich sein. Dies wäre der Fall, wenn zur Gefahrabwendung bei gleicher Eignung kein milderes Mittel zur Verfügung stünde.⁶⁵ Im vorliegenden Fall erscheint es bereits nicht ausgeschlossen, dass politischer Protest, der ohne die Verwirklichung von Straftatbeständen auskäme, beispielsweise eine Demonstration anderer Art und andernorts, politisches Engagement und dergleichen mehr, hinter der oben skizzierten mittelbaren Eignung zivilen Ungehorsams zurückbliebe.

(a) Außerdem lässt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG, ein umfassender Vorrang staatlicher Gefahrenabwehrmaßnahmen folgern, insbesondere, soweit es um die Abwehr abstrakter Großgefahren oder Gefahren für Rechtsgüter der Allgemeinheit geht.⁶⁶ Schließlich folgt aus dem Demokratieprinzip in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip und Gewaltenteilungsgrundsatz, Art. 20 Abs. 1–Abs. 3 GG, eine umfassende Sperrwirkung demokratischer und rechtlicher Verfahren, wenn diese den Umgang mit der in Rede stehenden Gefahr betreffen.⁶⁷ Als objektiv-rechtliche Staatszielbestimmung verpflichtet Art. 20a GG den Staat im Sinne einer Rechtspflicht auf den Klima- und Umweltschutz; die Bestimmung von Inhalt und Umfang der Klimaschutzmaßnahmen sind jedoch allein dem an Art. 20 GG rückgebundenen Staat überantwortet. Verletzungen sanktionsbewehrter Verbotsnormen im Namen des Klimaschutzes sind demnach nicht i.S.d. § 34 StGB erforderlich.⁶⁸ Als milderes Mittel wäre A dazu aufgerufen gewesen, im Rahmen legaler demokratischer Willensbildung auf die tatsächliche Einhaltung und Optimierung der Klimaschutzmaßnahmen Einfluss zu nehmen.

(b) Fraglich ist jedoch, ob im vorliegenden Fall aufgrund der Besonderheiten des Klimawandels und der überragenden Bedeutung des Art. 20a GG als Staatszielbestimmung eine Durchbrechung dieser Grundsätze in Betracht kommt.⁶⁹

(aa) Erstens kritisiert A mangelnde staatliche Klimaschutzbemühungen und beruft sich in der Sache zutreffend darauf, dass es wissenschaftlich erwiesen sei, dass sich das Zeitfenster für wirkungsvolle Klimaschutzmaßnahmen immer weiter schließe und irgendwann unumkehrbare, in ihrer Tragweite potenziell zivilisationsbedrohende Folgen drohten. Dies durchbricht den Vorrang staatlicher Gefahrenabwehr nicht: Ungeachtet der Tatsache, dass isolierte private Maßnahmen – allemal solche lediglich mittelbarer Eignung – den Klimawandel nicht abmildern können, begründet hoheitlicher Zeitverzug nur dann ein Notstandsrecht, wenn sich die Gefahr in atypischer Weise so zuspitzt, dass sie von den einschlägigen gesetzlichen Spezialregelungen nicht abgedeckt werden kann oder staatliche Stellen faktisch keine Möglichkeit haben, das Eingriffsgut zu retten, sodass der Ausschluss privater Hilfsmaßnahmen zu schlechterdings untragbaren Ergebnissen führen würde.⁷⁰ Der Klimawandel als Menschheitsaufgabe kann nicht ohne weiteres mit einem privaten Notfall gleichgesetzt werden, auf den die obige Fallgruppe zugeschnitten ist. Außerdem ist unbestreitbar, dass die Bun-

⁶⁵ Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 114.

⁶⁶ Dietlein, in: GS Tröndle, 2019, S. 187 (194).

⁶⁷ Bock, ZStW 131 (2019), 555 (567).

⁶⁸ Schmidt, KlimR 2023, 16 (19).

⁶⁹ Dass die in der Folge diskutierten Grenzen des Notstandsrechts dogmatisch unterschiedlich verortet werden, namentlich in der hier favorisierten Erforderlichkeitsprüfung, der Interessenabwägung, Angemessenheitsprüfung oder gar bereits in der Notstandslage (vgl. die Übersicht bei Dietlein, in: GS Tröndle, 2019, S. 187 [195 Fn. 46]) wird hier aus Gründen einer zweckmäßigen gutachterlichen Falllösung nicht weiterverfolgt.

⁷⁰ Bock, ZStW 131 (2019), 555 (568) m.w.N.

Schmidt: „Klimakleber“

desrepublik Deutschland und die globale Staatengemeinschaft sehr wohl Maßnahmen unternehmen, die nicht kurzzeitig, sondern nur in einem langfristigen Vorgehen Wirkung entfalten können.

(bb) A wendet sich zweitens gegen das „Wie“ staatlichen Klimaschutzes. Ausweislich des Sachverhalts bleibt die Bundesregierung hinter den Klimaschutz-Sektorzielen zurück und legt entgegen klimaschutzrechtlicher Verpflichtungen⁷¹ teilweise keine Sofortprogramme vor. § 34 StGB begründet jedoch in Bezug auf objektive Rechtsverletzungen des Staates oder Dritter keine polizeiliche Jedermannsklausel, um rechtmäßiges Handeln zu erzwingen.⁷² Eine Ausnahme wird man allenfalls machen können, wenn staatliche Stellen dauerhaft, systematisch und in gravierendem Maße rechtswidrig untätig bleiben,⁷³ oder wenn die Legitimität des staatlichen Gewaltmonopols selbst in Frage steht.⁷⁴ So liegt es hier nicht. Im Gegenteil wird man den Erlass klimaschutzrechtlicher Normen, die über Art. 20a GG auch verfassungsrechtlich verbürgt und – wie geschehen – verfassungsgerichtlich justizierbar sind, nicht als Scheitern staatlichen Klimaschutzes deuten können, sondern als Ausweis eines funktionierenden Rechtsstaats, dessen demokratisch legitimierte Entscheidungsträger komplexeste Abwägungen treffen und konfligierende Interessen in Kompromissen auflösen müssen.⁷⁵

(cc) Drittens deutet A in seiner Kritik an, dass maximierter Klimaschutz als Menschheitsaufgabe so gewichtig sei, dass er nicht pauschal einer „Mehrheitsregel“ untergeordnet werden könne. Dem ist zuzugeben, dass sich eine demokratische Gesellschaft gerade auch durch Minderheitenschutz auszeichnet, der das Mehrheitsprinzip in verschiedener Weise begrenzt.⁷⁶ Dieses Problem stellt sich in Bezug auf den Klimawandel in verschärftem Maße, weil die vom Klimawandel besonders betroffenen Generationen noch nicht geboren sind und deshalb von potenziell irreversiblen Entscheidungen betroffen sein werden. Die damit aufgeworfenen demokratie- und gerechtigkeitsrechtlichen Probleme lassen sich jedoch nicht in der Notstandsdogmatik auflösen, ohne sich in Widerspruch mit einer Rechtsordnung zu setzen, die auch Friedensordnung ist. Eine Rechtfertigung bedeutete, entgegen Art. 3 Abs. 3 GG Forderungen einer Minderheit ein höheres Gewicht zuzugestehen als derjenigen einer (ohnehin im Schwinden begriffenen) Mehrheit.⁷⁷ Im Ergebnis war die Notstandshandlung von A nicht erforderlich.

cc) Zwischenergebnis

Demnach scheidet eine Rechtfertigung auf der Grundlage von § 34 StGB aus.

d) Verwerflichkeit

Es könnte aber an der Verwerflichkeit der Tat fehlen, denn gem. § 240 Abs. 2 StGB ist die Tat rechtswidrig, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist. Bei dieser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierten Zweck-Mittel-Relation sind alle für die Mittel-Zweck-Relation wesentlichen Umstände und Beziehungen –

⁷¹ Vgl. dazu die beim OVG Berlin-Brandenburg anhängige Klage des BUND (Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland) gegen die Bundesrepublik (vertreten durch die Bundesregierung), Klageschrift abrufbar unter https://www.bund-sachsen.de/fileadmin/sachsen/Bilder/Mensch_Umwelt/Klima_Energie/Klageschrift_Klimaschutz_24012023.pdf (16.7.2023).

⁷² Bock, ZStW 131 (2019), 555 (555).

⁷³ Vgl. OLG Naumburg NJW 2018, 2064 (2065).

⁷⁴ Bock, ZStW 131 (2019), 555 (573).

⁷⁵ Ähnlich Rönna, JuS 2023, 112 (113).

⁷⁶ Vertiefend dazu Frankenberg, JZ 1984, 266 (274).

⁷⁷ Rönna, JuS 2023, 112 (113).

Schmidt: „Klimakleber“

insbesondere auch das kommunikative Anliegen (scil. Fernziele)⁷⁸ – zu erfassen und die betroffenen Rechte, Güter und Interessen in der betreffenden Situation nach ihrem Gewicht abzuwägen.⁷⁹ Die Folgen des Klimawandels und das politische Ringen um Bewältigungsstrategien sind unbestreitbar von öffentlichem Interesse und erheblichem sozialen Gewicht. Darauf im Wege des politischen Protests aufmerksam zu machen, ist – auch hinsichtlich der Ortswahl⁸⁰ – vom Schutzbereich der Meinungs- und Versammlungsfreiheit umfasst. Eine Verzögerung der Weiterfahrt in vergleichbarer Art und Dauer tritt im Verkehr einer Metropole zudem regelmäßig auf. A und B haben die Fahrbahn zwar nicht selbst blockiert. Andererseits spricht gerade für eine Verwerflichkeit, dass A und B die Polizei dazu instrumentalisierten, einen „künstlichen Stau“ hervorzurufen. Zudem wurde mit der Stadtautobahn eine Hauptverkehrsader gewählt, bei der für auf das Stauende auffahrende Autofahrer regelmäßig nur begrenzte Ausweichmöglichkeiten bestehen. Selbst dann, wenn man in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit auch Versammlungen auf Autobahnen einbezieht,⁸¹ bringen diese ein erhebliches Gefahrenpotenzial mit sich, sodass ein behördliches Einschreiten in Form einer Versammlungsauflösung in aller Regel nur dann vermeidbar ist, wenn durch die Einhaltung der Anmeldepflicht und einer Einbeziehung der Behörden eine Gefahrenminimierung durch öffentliche Hinweise, Umleitungen etc. erreicht werden kann.⁸² Entsprechende Ausweichmöglichkeiten, welche die Grundrechtsbeeinträchtigung Dritter vermindert hätten, waren durch das Vorgehen von A und B gerade nicht möglich. So ist zu berücksichtigen, dass die Meinungs- und Versammlungsfreiheit nicht schrankenlos gewährleistet sind und die Durchsetzung der eigenen Überzeugung zu Lasten Dritter regelmäßig nicht gewährleisten.⁸³ Die Beeinträchtigung der ebenfalls grundrechtlich verbürgten Freiheit der Autofahrerinnen war keine bloße Nebenfolge der Protestaktion. Vielmehr war die Instrumentalisierung derselben zur verstärkten Erregung von Aufmerksamkeit das Tatziel des A. Vom Schutzbereich der genannten Kommunikationsgrundrechte ist nicht das Recht umfasst, von anderen Grundrechtsträgern – hier den betroffenen Autofahrern – gehört zu werden, vielmehr haben diese das Recht, nicht mit Gewalt mit dem politischen Anliegen des A konfrontiert zu werden.⁸⁴ Hielte man dem entgegen, dass die Freiheit der betroffenen Autofahrer aufgrund eines Sachbezugs zwischen dem Autoverkehr und dem menschengemachten Klimawandel zurückzustehen hätten, ginge dies mit einer dem Zufall überlassenen Individualisierung und Privatisierung systemischer Ursachen einher.⁸⁵ Dem Selbstbestimmungsrecht der Tatopfer gegenüber der Versammlungsfreiheit nicht den Vorrang einzuräumen, würde Tür und Tor für schwerwiegende Beeinträchtigungen des inneren Friedens öffnen.⁸⁶ Folglich war die Tat auch verwerflich und im Ergebnis rechtswidrig.

⁷⁸ BVerfG NJW 2011, 3020 (3023): „Das Gewicht solcher demonstrationsspezifischer Umstände ist mit Blick auf das kommunikative Anliegen der Versammlung zu bestimmen, ohne dass dem Strafgericht eine Bewertung zusteht, ob es dieses Anliegen als nützlich und wertvoll einschätzt oder es missbilligt.“

⁷⁹ BVerfG NJW 2002, 1031 (1033). Vgl. ferner BVerfG NJW 2011, 3020 (3023) für die Abwägungselemente, die bei Straßenblockaden maßgeblich sind.

⁸⁰ BVerfG NJW 2011, 3020 (3023).

⁸¹ Ob Autobahnen demonstrationsfreie Räume sind, ist umstritten, vgl. *Scheidler*, NZV 2015, 166 (170) m.w.N. Nordrhein-Westfalen hat dies bereits in § 13 Abs. 1 S. 3 NWVersG umgesetzt, in Berlin liegt ein Gesetzesentwurf vor, vgl. Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 19/0782. (krit. *Botta*, VerwArch 2023, 207 [219 f.]).

⁸² *Scheidler*, NZV 2015, 166 (170).

⁸³ *Rönnau*, JuS 2023, 112 (113) unter Verweis auf BGH NJW 1969, 1770 (1773). Vgl. auch Sondervotum *Haas*, NJW 2002, 1031 (1035).

⁸⁴ AG Berlin-Tiergarten BeckRS 2022, 31818 Rn. 9; a.A. AG Berlin-Tiergarten BeckRS 2022, 31817 Rn. 12 (allerdings aufgehoben durch LG Berlin BeckRS 2022, 40639).

⁸⁵ *Schmidt*, KlimR 2023, 210 (212 f.) m.w.N.

⁸⁶ BGH NStZ 1988, 362 (363).

Hinweis: Die Verwerflichkeitsprüfung bei politisch motivierten Sitzblockaden setzt einen vielschichtigen und einzelfallorientierten Abwägungsvorgang voraus, der hier exemplarisch zu einem Abwägungsergebnis hin aufgelöst wurde. Die Rechtsprechung ist uneinheitlich und die Rechtslage im Allgemeinen (etwa bzgl. der Berücksichtigung sog. „Fernziele“) wie im Besonderen (etwa bzgl. der konkreten Bedeutung und Grenzen eines „Sachbezugs“ zwischen Tatopfer und Protestgegenstand) umstritten, insbesondere im Hinblick auf die Straßenblockaden der „Letzten Generation“.⁸⁷ Entsprechend ist ein anderes Ergebnis vertretbar.

3. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

4. Ergebnis

Er hat sich somit gem. §§ 240 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des A gem. § 113 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 StGB

A könnte sich gem. § 113 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben, indem er sich – wie auch B – am Handlauf der Schilderbrücke festklebte, um die Dauer ihrer Entfernung und damit auch die Dauer der polizeilichen Sperrung insgesamt zu verlängern.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Vollstreckungsbeamter bei Vornahme einer Diensthandlung

Bei den Einsatzkräften der Polizei handelt es sich um Vollstreckungsbeamte bei der Vornahme einer Diensthandlung und damit um einen von § 113 Abs. 1 StGB umfassten Personenkreis.

bb) Tathandlung

Es ist allein fraglich, ob im Festkleben und dem „Festgeklebtsein“ während der polizeilichen Maßnahmen ein „Widerstandleisten mit Gewalt“ gesehen werden kann. Ein bloßer Verweis auf die obige Prüfung des § 240 StGB scheidet aus; die Tathandlung des § 113 Abs. 1 StGB ist schon ausweislich des Wortlauts und des Schutzzwecks der Vorschrift nicht mit dem der Nötigung identisch.⁸⁸ Vielmehr folgt aus der Verschränkung von „Widerstandleisten“ und „mit Gewalt“, dass Formen rein passiven Verhaltens nicht tatbestandsmäßig sein können.⁸⁹ Zwar ist zuzugeben, dass der Amtsträger auch in Fällen passiven Verhaltens regelmäßig selbst eine nicht unerhebliche Kraft aufwenden muss, um die Diensthandlung zu vollziehen. So liegt es auch hier, denn die Amtsträger mussten den festgeklebten A mit Spezialwerkzeugen vom Handlauf der Brücke entfernen und mit erheblichem Aufwand von der Brücke abseilen. Allerdings knüpft die Vorschrift ihrem Zweck nach an die Duldungspflicht Vollstre-

⁸⁷ Vgl. dazu die Darstellung bei Schmidt, KlimR 2023, 210 (212 f.) m.w.N.

⁸⁸ Bosch, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 113 Rn. 19.

⁸⁹ Bosch, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 113 Rn. 18 m.w.N.

Schmidt: „Klimakleber“

ckungsunterworfenen an und statuiert per se keine Mitwirkungs- oder Kooperationspflicht.⁹⁰ Ob Hilfsmittel wie der hier verwendete Kleber dafür sorgen, die Vollstreckung zu verzögern, ist dabei ein quantitativer, aber kein qualitativer Unterschied, der passiven Widerstand in gewaltsamen Widerstand leisten qualifizieren könnte.⁹¹ Damit sich der Unrechtsgehalt des Widerstandes nicht in schlichtem Ungehorsam gegenüber staatlichen Vollstreckungshandlungen erschöpft,⁹² bedarf es vielmehr einer aktiven Kraftentfaltung gegen den Amtsträger, mittels derer zumindest eine Erschwerung der Diensthandlung bezweckt wird. Dass die gegenteilige Auslegung in Konflikt mit dem Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) geraten würde, wird mit Blick auf die alternative Tathandlung der Vorschrift deutlich, denn dann müsste die Ankündigung, sich nun mit Kleber auf der Straße festzukleben, eine Drohung mit Gewalt sein.⁹³ Folglich ist das Festkleben des A am Handlauf der Brücke bzw. das spätere „Festgeklebtsein“ kein Widerstand leisten mit Gewalt.⁹⁴

b) Zwischenergebnis

Mangels Tathandlung fehlt es bereits am objektiven Tatbestand des § 113 Abs. 1 StGB.

2. Ergebnis

A hat sich nicht gem. § 113 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit des A gem. § 315b Abs. 1 StGB

A könnte sich gem. § 315b Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er die über der Autobahn A 100 gelegene Schilderbrücke erkletterte, dort Banner befestigte, sich festklebte, die Polizei informierte und dazu veranlasste, eine Teilsperre zu errichten.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Handlungsteil

Dazu müsste A eine Tathandlung des § 315b Abs. 1 StGB verwirklicht haben. § 315b Abs. 1 Nr. 1 StGB kommt nicht in Betracht; A hat keine Fahrzeuge oder Anlagen zerstört, beschädigt oder beseitigt.

⁹⁰ Bosch, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 113 Rn. 1.

⁹¹ Zwar ist in Konstellationen des „Festklebens“ rein äußerlich eine Nähe zu Fällen unverkennbar, in denen die Rspr. ein Widerstand leisten durch Gewalt bejaht hat, vgl. BGH BeckRS 1978, 30391347 („Festhalten mit aller Kraft am Lenkrad“); BVerfG NJW 2006, 136 („Festhalten an Gegenständen oder dem Stemmen der Füße gegen den Boden“); AG Essen BeckRS 2007, 14856 („Festhalten am Sitz“). Der Unterschied liegt aber darin, dass in letzteren Fällen eine aktive Kraftentfaltung des Täters vorliegt, auch wenn diese nicht „nach Außen“ gerichtet ist, den passiven Widerstand also letztlich unterstützt. Daran fehlt es in den Fällen des Festklebens.

⁹² Bosch, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 113 Rn. 19.

⁹³ Vgl. zur Vertiefung die Auseinandersetzung bei Schmidt, KlimR 2023, 210 (213 ff.). Dort auch zur Fallgruppe des sog. „vorweggenommenen Widerstandes“ und zur Frage der „Erheblichkeit“ des geleisteten Widerstandes.

⁹⁴ So auch Preuß, NZV 2023, 60 (66) in Auseinandersetzung mit den i.E. identischen Entscheidungen des AG Tiergarten, vgl. AG Tiergarten BeckRS 2022, 31817; a.A. der aufhebende Beschluss LG Berlin BeckRS 2022, 40639 mit der verwirrenden Begründung, das Festkleben auf der Fahrbahn stelle „gegenüber den Polizeibeamten eine durch den Sekundenkleber bewirkte Kraftäußerung der Angeschuldigten dar“. Mit selbiger Begründung jüngst auch LG Berlin KlimR 2023, 218 (220), vgl. dazu die Kritik bei Schmidt, KlimR 2023, 210.

Schmidt: „Klimakleber“

Jedenfalls hat A auch nicht selbst i.S.d. § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB ein Hindernis bereitet, denn der Verkehrsfluss wurde durch das Erklettern der Schilderbrücke, das Befestigen der Banner und das anschließende Festkleben am Handlauf der Brücke in keiner Weise im Sinne einer physischen Barriere beeinflusst. Obwohl die Straßensperre hoheitlich errichtet wurde, spricht viel dafür, die Straßensperre als verkehrsfremden Außeneingriff in den Straßenverkehr und damit als Hindernis im Sinne der Vorschrift anzusehen⁹⁵ sowie A die Errichtung der teilweisen Straßensperre durch die Polizei nach den Grundsätzen der mittelbaren Täterschaft, § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB, zuzurechnen.

bb) Gefährdungsteil

Diese Frage kann aber dahinstehen, denn aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, dass der von § 315b Abs. 1 StGB vorausgesetzte Gefährdungserfolg⁹⁶ im Sinne einer konkreten Gefährdung der im Stau stehenden KFZ-Fahrer oder der Polizeibeamten eingetreten wäre. Selbst wenn man R als „tatferne Verkehrsteilnehmerin“ in den Schutzbereich der Vorschrift einbezöge, würde es – wie bereits oben gezeigt wurde – am Zurechnungszusammenhang zwischen der abstrakt gefährlichen Handlung des A und der konkreten Gefährdung bzw. dem Tod der R fehlen.

b) Zwischenergebnis

A handelte nicht tatbestandsmäßig.

2. Ergebnis

Folglich hat sich A nicht gem. § 315b Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

IV. Strafbarkeit des A gem. §§ 323c Abs. 2, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

Fraglich ist, ob sich A gem. §§ 323c Abs. 2, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht hat, indem er durch seine Handlungen verzögerte, dass die den Rüstwagen fahrenden Rettungskräfte in einer üblichen Zeit zur Bergung der R eilen konnten.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Tatsituation

Dass der Verkehrsunfall mit Beteiligung der R und des S als Unglücksfall i.S.d. § 323 Abs. 1 StGB gilt („in diesen Situationen“) lässt sich dem Verweis des § 34 Abs. 1 Nr. 4 StVO entnehmen.

bb) Behinderung einer Hilfeleistenden Person

A müsste auch eine Person behindert haben, die einem Dritten Hilfe leistete oder leisten wollte. Behindern setzt voraus, dass das Tatopfer an einer tatsächlichen oder beabsichtigten Hilfeleistung

⁹⁵ Vgl. Kudlich, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 315c Rn. 13 unter Verweis auf OLG Frankfurt VRS 28, 423 (425).

⁹⁶ Kudlich, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 315c Rn. 25.

Schmidt: „Klimakleber“

gehindert oder von dieser abgehalten wurde.⁹⁷ Als Tatopfer kommen hier die den Rüstwagen fahrenden Rettungskräfte in Betracht, die gerade zur Bergung der R eilten. Dass diese nicht durch A selbst aufgehalten wurden, sondern durch die Polizeibeamten, ist unschädlich, schließlich wurde oben festgestellt, dass die Polizeisperre A nach den Grundsätzen der mittelbaren Täterschaft zugerechnet werden kann. Die Regelung des Verkehrs durch die Polizei sowie die pflichtwidrige Bildung einer Rettungsgasse durch die KFZ-Fahrer ändert daran – wie gezeigt – nichts. Ebenso wenig setzt § 323c Abs. 2 StGB eine Hinderung der Hilfeleistung „vor Ort“ voraus, denn das Hilfeleisten beginnt bereits bei Vorbereitungshandlungen wie dem Hinbewegen zum Unglücksort.⁹⁸ Es muss aber bei Rettungsfahrten in Rechnung gestellt werden, dass diese regelmäßig Verzögerungen ausgesetzt sind. Erforderlich ist demnach die Feststellung einer objektiv feststellbaren, nicht unerheblichen Verschlechterung.⁹⁹ Diese lag hier darin, dass die Fahrer des Rüstwagens nicht in einer üblichen Zeit zum Unfallort gelangen konnten, sondern erst mit einer Verzögerung, sodass R bereits auf andere Weise geborgen worden war. Folglich hat A den Tatbestand des § 323 Abs. 2 StGB verwirklicht

cc) Zwischenergebnis

A hat den objektiven Tatbestand des § 323c Abs. 2 StGB verwirklicht.

b) Subjektiver Tatbestand

Fraglich ist jedoch, ob A diesbezüglich vorsätzlich gehandelt hat. Dass oben vorsätzliches Handeln in Bezug auf den Tod der R abgelehnt wurde, steht vorsätzlichem Handeln in Bezug auf § 323c Abs. 2 StGB nicht von vornherein entgegen, denn der Vorsatz muss sich allein auf dessen objektiven Tatbestand beziehen, mithin auf die Notsituation und die Behinderung der geleisteten oder beabsichtigten Rettungstätigkeit,¹⁰⁰ nicht aber auf eine konkrete Gefährdung oder Verletzung der Rechtsgüter Dritter als Folge der Behinderung.¹⁰¹ Mangels einer gesetzlichen Konkretisierung genügt bedingter Vorsatz. Gleichwohl ist aufgrund der Weite des objektiven Tatbestandes eine sorgfältige Prüfung des kognitiven Vorsatzelements angezeigt, insbesondere, um eine tragfähige Abgrenzung zur lediglich ordnungswidrigen fahrlässigen Hinderung von Rettern zu ermöglichen.¹⁰² Insofern genügt nur das Erkennen der konkreten Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung, die auf der Wahrnehmung des Unglücksorts bzw. der Retter gerade bei einem Rettungseinsatz fußt.¹⁰³ Der Verkehrsunfall ereignete sich erst nach dem Beginn der Protestaktion und entzog sich durch die weite Entfernung ohnehin einer sinnlichen Wahrnehmbarkeit des A. Er rechnete zwar damit, dass ein Stau entstehen würde, von dem potenziell auch Rettungskräfte betroffen sein könnten. Das Vorliegen eines Unglücksfalls sowie die eben beschriebene Behinderung von Rettungskräften hat A aber lediglich als abstraktes

⁹⁷ Preuß, ZIS 2019, 345 (350).

⁹⁸ OLG Hamm NStZ 2022, 614 (614 Rn. 19); Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 115 Rn. 9. Ausweislich der Gesetzesmaterialien BT-Drs. 18/12153, S. 7 soll § 323c Abs. 2 StGB ausdrücklich das Versperren von Rettungswegen erfassen.

⁹⁹ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 323c Rn. 27; v. Heintschel-Heinegg, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 323c Rn. 30.

¹⁰⁰ Lenk, JuS 2018, 229 (232); Preuß, ZIS 2019, 345 (351); Schöch, GA 2018, 510 (516).

¹⁰¹ v. Heintschel-Heinegg, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 323c Rn. 34; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 46. Aufl. 2022, Rn. 1167; Preuß, ZIS 2019, 345 (351).

¹⁰² §§ 24 Abs. 1 StVG i.V.m. §§ 11 Abs. 2, 49 Abs. 1 Nr. 11 StVO i.V.m. Lfd. Nr. 50 Anlage zu § 1 Abs. 1 BkatV. Näher dazu Popp, in: LK-StGB, Bd. 18, 13. Aufl. 2022, § 323c Rn. 151 m.w.N.

¹⁰³ Vgl. Rosenau, in: LK-StGB, Bd. 7, 13. Aufl. 2021, § 115 Rn. 25 m.w.N.

Risiko erkannt.¹⁰⁴ Es spricht im Ergebnis mehr dafür, bedingt vorsätzliches Handeln abzulehnen. Somit handelte A nicht tatbestandsmäßig.

2. Ergebnis

A hat sich nicht gem. §§ 323c Abs. 2, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht. Die fahrlässige Behinderung von Rettungskräften ist nicht strafbar.

V. Strafbarkeit des A gem. §§ 115 Abs. 3 S. 1, 113 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 Nr. 3, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

Der Tatbestand des §§ 115 Abs. 3 S. 1, 113 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 Nr. 3 StGB setzt – trotz der unterschiedlichen Schutzrichtung beinahe wie ein auf § 323c Abs. 2 StGB aufbauender Qualifikationstatbestand¹⁰⁵ – voraus, dass der Täter in den Tatsituationen des § 323c Abs. 1 StGB mit Nötigungsmitteln Retter behindert, die Vollstreckungsbeamten gleichstehen. Insofern kann auf die obige Vorsatzprüfung in Bezug auf § 323c Abs. 2 StGB verwiesen werden. A hat sich nicht gem. §§ 115 Abs. 3 S. 1, 113 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 Nr. 3, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

VI. Strafbarkeit des A gem. § 123 Abs. 1 StGB

Indem A die nicht für den Zutritt der Öffentlichkeit bestimmte Schilderbrücke erkletterte, könnte er sich gem. § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

Dazu müsste es sich bei der Schilderbrücke um eine von § 123 Abs. 1 StGB geschützte Örtlichkeit handeln. Jedenfalls ist die Schilderbrücke weder eine Wohnung, ein Geschäftsraum oder ein abgeschlossener Raum, der zum öffentlichen Dienst oder Verkehr bestimmt ist. Sie könnte aber ein befriedetes Besitztum sein, also eine unbewegliche Sache, die in äußerlich erkennbarer Weise durch den Berechtigten mittels zusammenhängender Schutzwehren wie Mauern, Hecken, Drähte, Zäune etc. gegen das willkürliche Betreten durch andere gesichert ist.¹⁰⁶ Der Sachverhalt lässt nur erkennen, dass die Schilderbrücke nicht für die Öffentlichkeit zugänglich ist, nicht aber, dass sie gegen das Betreten durch Dritte gesichert ist. Das bußgeldbewehrte Verbot des § 18 Abs. 9 S. 1 StVO, Autobahnen und – *argumentum a minore ad maius* – erst Recht Verkehrseinrichtungen auf Autobahnen zu betreten, steht dem nicht entgegen, weil eine Einfriedung eine tatsächliche Eingrenzung und nicht bloß das Verbot des Betretens voraussetzt.¹⁰⁷ Auch der Schutzzweck der Vorschrift, das Hausrecht als ein der persönlichen Freiheit ähnliches Recht schützen,¹⁰⁸ spricht dafür: Eine Schilderbrücke, deren Betreten für Fußgänger ohnehin bei Buße verboten ist, ist gerade kein Raum einer lokalisierten Freiheitssphäre, gerade kein räumlicher Schutzbereich und gerade keine schutzwürdige Sozialsphäre.

¹⁰⁴ Hier ließe sich (wie tendenziell *Leitmeier*, jM 2023, 38 [41]) auch das Gegenteil vertreten: Wer trotz dieser erkannten Möglichkeit zur Erreichung vermeintlich höherer Ziele trotzdem handelt, findet sich zwangsläufig damit ab, dass potenziell Hilfe leistende Personen tatsächlich behindert werden, auch wenn ihm der Erfolg höchst unerwünscht ist. Dabei liegt es – anders als bei der obigen Prüfung eines Tötungsvorsatzes – wesentlich näher, mit der h.M. ein „billigendes Inkaufnehmen“ anzunehmen.

¹⁰⁵ *Fahl*, ZStW 130 (2018), 745 (750).

¹⁰⁶ *Feilcke*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 14.

¹⁰⁷ *Rackow*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 123 Rn. 8.

¹⁰⁸ *Feilcke*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 1 m.w.N.

Schmidt: „Klimakleber“

Folglich ist die Schilderbrücke kein befriedetes Besitztum, sodass A mangels Tatobjekt nicht tatbestandsmäßig handelte.

2. Ergebnis

A hat sich nicht gem. § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

VII. Endergebnis

A hat sich gem. §§ 240 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht. Andere Straftatbestände scheiden aus.

Zweiter Teil - Offene Fragen der Erfolgszurechnung bei der Prüfung des § 222 StGB

Im Klausursachverhalt wurde unterstellt, dass sich nicht aufklären ließe, ob die Art der Bergung überhaupt (mit-)ursächlich für den Erfolg in seiner konkreten Gestalt war. Mit selbiger Begründung lehnte die zuständige Staatsanwaltschaft jüngst eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung ab.¹⁰⁹ Dem war eine medial ausgebreitete Kontroverse mit zum Teil widersprüchlichen Tatsachenbehauptungen vorangegangen.¹¹⁰ Unterstellt man aber, dass sich gerichtsfest (§ 261 StPO)¹¹¹ feststellen ließe, dass die Radfahrerin bei einer Bergung mit dem Rüstwagen nicht oder jedenfalls verzögert verstorben wäre, stünde damit der Kausalzusammenhang fest. Die Abgrenzung zwischen Unglück und Unrecht – die Domäne der objektiven Zurechnung¹¹² – gestaltete sich aber sodann als äußerst komplex. Den in diesem Zusammenhang zentralen Fragen soll in der Folge nachgegangen werden.

A. Keine Frage des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs

In einschlägigen Veröffentlichungen zu den Straßenblockaden der Klimaaktivisten wird gerade der Pflichtwidrigkeitszusammenhang als neuralgischer Punkt bei der Prüfung des § 222 StGB bezeichnet.¹¹³ Bei näherer Betrachtung wird jedoch deutlich, dass im gegebenen Kontext die Feststellung der Kausalität zugleich den Pflichtwidrigkeitszusammenhang bedingt.

¹⁰⁹ *Haarbach*, Tagesspiegel v. 13.4.2023, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/berlin/todlicher-fahrrad-unfall-mit-betonmischer-berliner-staatsanwaltschaft-sieht-keine-mitschuld-bei-klimaaktivisten-9650066.html> (16.7.2023).

¹¹⁰ So hatte die behandelnde Notärztin in einem Einsatzbericht protokolliert, dass sie sich in jedem Falle auch bei gleichzeitiger Verfügbarkeit gegen eine Bergung mit dem Rüstwagen entschieden hätte. Eine Bergung mit dem Rüstwagen hätte die Rettungschancen der Radfahrerin nicht erhöht, sondern aufgrund der weiteren Zeitverzögerung sogar verschlechtert. Demgegenüber wurde von Seiten der Berliner Feuerwehr eingewendet, dass es keinesfalls dem (durch Leitlinien ohne rechtliche Bindungswirkung) empfohlenen Vorgehen entspräche, eingeklemmte Personen durch die von einem Retter zu bewirkende, eigenständige Bewegung des hindernden Fahrzeugs selbst zu bergen. Dagegen sprächen haftungsrechtliche Gründe sowie die potenzielle Eigen- und Fremdgefährdung eines solchen Vorgehens. Ohne den Rüstwagen hätte vor Ort improvisiert werden müssen, wodurch wertvolle Zeit verloren gegangen sei. Eine Bergung mit dem Rüstwagen wäre für das Unfallsopfer „besser und schonender“ gewesen, vgl. *Fröhlich*, Tagesspiegel v. 9.11.2022, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/berlin/feuerwehr-legt-rettungsbericht-vor-wegen-klimaklebern-musste-lkw-erneut-uber-unfallopfer-in-berlin-fahren-8852302.html> (16.7.2023).

¹¹¹ Vgl. *Engländer*, JuS 2001, 958 (960 f.).

¹¹² *Sowada*, NStZ 2021, 1 (5).

¹¹³ Vgl. *Leitmeier*, jM 2023, 38 (41); *Preuß*, NZV 2023, 60 (67); *Reisch/Festerling*, LTO v. 8.2.2023, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/50994/ (16.7.2023); vgl. zu hindernden „Gaffern“ auch *Scheffler*, NJW 1995, 232 (234).

Möchte man den Pflichtwidrigkeitszusammenhang im Duktus der Rechtsprechung nicht gleich als Problem des „Kausalzusammenhangs“ bzw. der „Ursächlichkeit“ betrachten,¹¹⁴ setzt dessen eigenständige Prüfung im Rahmen eines fahrlässigen Begehungsdelikts die Kausalität der Handlung für den Erfolg bereits voraus.¹¹⁵ Im Schulfall, in dem ein betrunkenen Radfahrer durch einen mit zu geringem Seitenabstand überholenden LKW überfahren wurde, ist eindeutig, dass das Überholmanöver kausal für den Tod des Radfahrers war.¹¹⁶ Nun in einem zweiten Schritt nach dem Pflichtwidrigkeitszusammenhang zu fragen, weil der Radfahrer möglicherweise auch bei pflichtgemäßem Überholen gestrauchelt und überfahren worden wäre, baut insofern auf der eindeutigen Trennung von faktischer Kausalität und normativer Erfolgszurechnung auf.¹¹⁷

Diese Trennung ist aber nicht möglich, wenn hypothetische Kausalverläufe zurechnungsrelevant werden; konkret bei der Kausalität des Unterlassens, die als „Quasi-Kausalität“ an das Hinzudenken einer geeigneten Rettungshandlung anknüpft oder im Rahmen eines fahrlässigen Begehungsdelikts, wenn – wie hier – ein hypothetisch rettender Kausalverlauf unterbrochen wird. Zwar unterscheiden sich die Kausalität des Unterlassens und die Unterbrechung rettender Kausalverläufe dadurch, dass es im ersteren Fall nur um eine zu Vergleichszwecken erdachte hypothetische Kausalität geht, während der Kausalverlauf im letzteren Fall tatsächlich angelegt ist. Allerdings bedingt in beiden Fällen die Kausalitätsfeststellung der Sache nach auch den Pflichtwidrigkeitszusammenhang.¹¹⁸ So ist die Leitfrage, ob die unterbundene oder pflichtwidrig unterlassene Rettungshandlung den Erfolg verhindert hätte, zugleich die Leitfrage der Kausalität wie des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs. Wenn sicher feststeht, dass die Radfahrerin im hier behandelten Fall durch eine Bergung mit dem Rüstwagen gerettet worden wäre, wäre die Veranlassung der Autobahnblockade für deren Tod kausal; ein rechtmäßiges Alternativverhalten bei fortbestehender Kausalität könnte dann nicht mehr abgeschichtet werden. Stünde es umgekehrt fest, dass A auch ohne die Bergung mit dem Rüstwagen sicher verstorben wäre, schliesse dies nicht erst den Pflichtwidrigkeitszusammenhang, sondern bereits die Kausalität aus.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, wieso bereits in der Kausalitätsprüfung der obigen Falllösung auf die Risikoerhöhungslehre bzw. probabilistische Kausalitätsmodelle abgestellt wurde. Während Letztere das deterministische Kausalitätsverständnis der Äquivalenztheorie und Ihrer Spielarten ohnehin durch Wahrscheinlichkeitsprognosen ersetzen,¹¹⁹ wirkt in den genannten Fallkonstellationen auch die Risikoerhöhungstheorie (bei Unterlassensdelikten in Gestalt der Risikoverminderungstheorie) wenn nicht *kausalitätsersetzend* dann doch jedenfalls *-modifizierend*.¹²⁰ Ob dies tunlich ist, wird in der Lehre kontrovers diskutiert.¹²¹ Es spielt im Kontext der vorliegenden Fallgestaltung – wie in der Falllösung dargelegt wurde – auch keine Rolle, weil weder entsprechende Risiken noch Anhaltspunkte feststellbar waren, auf die sich eine Wahrscheinlichkeitsprognose stützen könnte. Nach der Rechtsprechung wäre allein maßgeblich, was zu Beginn dieses Exkurses unterstellt wurde, nämlich, dass der Erfolg durch den pflichtwidrig unterbundenen oder unterlassenen

¹¹⁴ Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 13 Rn. 31 m.w.N.

¹¹⁵ Greco, ZIS 2011, 674 (679).

¹¹⁶ BGH NJW 1958, 149 ff.

¹¹⁷ Greco, ZIS 2011, 674 (679).

¹¹⁸ Vgl. Haas, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 13 Rn. 38; Walter, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 86.

¹¹⁹ Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 33 ff.

¹²⁰ Etwa durch die Feststellung eines „räumlich-zeitlichen Zusammenhangs“, der an die Stelle der Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung treten soll, vgl. die Darstellung bei Greco, ZIS 2011, 674 (679) unter Verweis auf Erb, JuS 1994, 449 (452).

¹²¹ Nachweise zum jeweiligen Diskussionsstand bei Greco, ZIS 2011, 674 (676 Fn. 15 und 679 Fn. 49).

rettenden Kausalverlauf mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben wäre (Vermeidbarkeitstheorie).¹²²

B. Sorgfaltspflichtverletzung und Schutzzweckzusammenhang?

Eine Erfolgszurechnung wäre bei Erfolgen ausgeschlossen, die nicht durch den Schutzzweck der (verletzten) Sorgfaltspflichtnorm gedeckt werden.¹²³ Diese Frage nach dem *Schutzzweckzusammenhang* setzt notwendig eine entsprechende Konkretisierung der unerlaubten Gefahrschaffung bzw. der Sorgfaltspflichtverletzung voraus – dies konnte in der obigen Falllösung offengelassen werden.

Mangels *Schutzzweckzusammenhang* können dazu weder § 18 Abs. 9 StVO noch § 33 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StVO herangezogen werden, auch wenn die Klimaaktivisten gegen diese Sondernormen verstießen, indem sie die Schilderbrücke betraten und dort neben den Verkehrsschildern Banner der „Letzten Generation“ anbrachten. Die Verbotsnorm des § 18 Abs. 9 StVO soll die erheblichen Gefahren verhüten, die von Fußgängern auf der Autobahn für die Verkehrsteilnehmer ausgehen und umgekehrt.¹²⁴ Der darüber hinausgehende Zweck, Personenschäden Dritter zu vermeiden, die aus staubedingt verzögerten Rettungseinsätzen resultieren, lässt sich der Vorschrift aber nicht entnehmen. Selbiges gilt in Bezug auf das Verbot des § 33 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StVO;¹²⁵ hier folgt der Schutzzweck unmittelbar aus dem Wortlaut der Vorschrift, der die Möglichkeit einer Verkehrsgefährdung der „am Verkehr Teilnehmenden“ voraussetzt.

Entscheidend ist, dass die Klimaaktivisten durch die Erzeugung des künstlichen Staus in einen rettenden Kausalverlauf eingegriffen haben, denn wer die durch Dritte unternommene Rettung eines Sterbenden durch aktives Tun vereitelt, schafft ein gegenüber der Erstursache eigenständiges Risiko für den Eintritt des (Todes-)Erfolgs.¹²⁶ Gleichwohl ist es über diese Grundformel hinaus erforderlich, die Grenzen grundrechtlich geschützter Freiheit abzustecken, denn die Konkretisierung der unerlaubten Gefahrschaffung steht im vorliegenden Fall im Spannungsfeld zwischen Straf- und Verfassungsrecht.¹²⁷ Pauschale Verweise auf den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit, der friedliche Versammlungen auf der Autobahn umfassen kann, oder die Erwägung, dass von jeder Versammlung im öffentlichen Raum negative Fernwirkung ausgehen, sind für sich genommen nicht zielführend,¹²⁸ weil es gerade darum geht, ob und wann durch die Überschreitung grundrechtlich geschützter Freiheit unerlaubte Risiken gesetzt werden.¹²⁹ Legt man dies zugrunde, sind Behinderungen Dritter und

¹²² Nachweise bei *Greco*, ZIS 2011, 674 (675 Fn. 11).

¹²³ *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 84.

¹²⁴ Vgl. nur OLG Karlsruhe NZV 2014, 404 (407).

¹²⁵ *Hühnermann*, in: *Burmann u.a.*, Straßenverkehrsrecht, 27. Aufl. 2022, StVO § 33 Rn. 1.

¹²⁶ Vgl. dazu im Kontext der Hinderung von Rettern *Koch*, GA 2018, 323 (324 f.); *Schöch*, GA 2018, 510 (517).

¹²⁷ Dies nähert sich Abwägungsmodellen an, die zur Konkretisierung des Verhaltensfehlers vertreten werden (Überblick bei *Duttge*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 15 Rn. 119.). In dieser verfassungsrechtlich aufgeklärten, umfassenden Güter- und Interessenabwägung können ersichtlich ähnliche Argumente zum Tragen kommen, die auch die Verwerflichkeitsprüfung i.R.d. § 240 Abs. 2 StGB bestimmen. Unterschiede ergeben sich daraus, dass bei der Auslotung des zurechnungs- und fahrlässigkeitspezifischen Ausgangspunktes die Gefahrschaffung für das tatbestandlich geschützte Rechtsgut im Zentrum steht, mithin Leib und Leben bei den §§ 222, 229 StGB. Ob man die sich daraus ergebenden Folgefragen bereits auf der Ebene des Verhaltensfehlers verortet (z.B. indem man fragt, ob trotz einer strafbaren Behinderung von Rettungskräften *noch* tolerable Risiken für Leib oder Leben des Opfers gegeben sind), oder – wie hier – anderen Fallgruppen der Zurechnung zuschlägt, ist eher von theoretischem Interesse.

¹²⁸ So aber *Safferling*, SZ v. 4.11.2022, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/letzte-generation-unfallopfer-verantwortung-1.5686895?reduced=true> (16.7.2023).

¹²⁹ Zutreffend führt *Lund*, NStZ 2023, 198 (201) aus: „Wer ein unerlaubtes Risiko setzt, kann sich nicht damit entlasten, dass vergleichbare strafrechtliche Erfolge auch aus legalen Verhaltensweisen resultieren.“

Schmidt: „Klimakleber“

Zwangswirkungen – seien Sie auch risikoträchtig – als sozialadäquate Nebenfolgen einer Versammlung hinzunehmen, soweit diese von Art. 8 GG geschützt ist.¹³⁰ Erst dann, wenn sich politisch motivierte Sitz- und „Klebeblockaden“ als strafbare Nötigungen der betroffenen Verkehrsteilnehmer darstellen (wofür aufgrund der restriktiven Linie der h.M. viel spricht), schlagen im Falle einer (nötigenden) Hinderung von Rettungskräften oder sonstigen Helfern (§§ 115 Abs. 3 S. 1, 240 Abs. 1, 323c Abs. 2 StGB sowie § 1 Abs. 2 StVO als straßenverkehrsrechtlicher Kehrseite) die jeder Demonstration im öffentlichen Raum eigenen latenten Risiken in *unerlaubte Gefahren* für Leib und Leben verunglückter Personen um. Dem steht die Lehre vom *Schutzzweckzusammenhang* nicht entgegen, denn jedenfalls die §§ 115 Abs. 3 S. 1, 323c Abs. 2 StGB schützen nicht nur die Rechtsgüter der Retter und Helfer, sondern mittelbar auch die Individualrechtsgüter – die körperliche Unversehrtheit und das Leben – der bei Unglücksfällen, gemeiner Gefahr oder Not Betroffenen.¹³¹ Dies gilt auch für § 1 Abs. 2 StVO.¹³² In Bezug auf die §§ 222, 229 StGB folgt daraus freilich nicht automatisch eine „Garantiehafung“ der Aktivisten: Die Bestimmung einer unerlaubten Gefahrschaffung in Form einer Sorgfaltspflichtverletzung ist offenkundig nur der Anfangs- nicht aber der Endpunkt der Erfolgszurechnung.

C. Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs durch das Dazwischentreten Dritter?

Ob das Einwirken Dritter auf den Kausalverlauf zu einer Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs führt, richtet sich danach, in wessen Verantwortungsbereich der Taterfolg fällt.¹³³ Demnach muss die Rolle des unmittelbar unfallverursachenden LKW-Fahrers ebenso berücksichtigt werden wie das Eingreifen der Polizei und der Autofahrer, die ihrerseits pflichtwidrig keine Rettungsgasse gebildet haben.

Beim Versuch, bei diesem Geschehensablauf Verantwortungsbereiche abzuschichten, hilft der Vertrauensgrundsatz – ganz gleich, wie man diesen dogmatisch verortet – nicht weiter. Weil nur derjenige, der sich pflichtgemäß verhält, auf das pflichtgemäße Verhalten Dritter Verkehrsteilnehmer vertrauen kann,¹³⁴ werden die Klimaaktivisten nicht mit dem Argument gehört, dass der Erfolg (sicher oder möglicherweise) ausgeblieben wäre, wenn die Autofahrer pflichtgemäß eine Rettungsgasse gebildet oder die einsatzführenden Beamten vorausschauender, umsichtiger oder zweckmäßiger gehandelt hätten.

Eine Lösung ist vielmehr vom Grundsatz ausgehend zu entwickeln, dass der Zurechnungszusammenhang nur dann unterbrochen wird, wenn der Dritte vollverantwortlich eine neue, selbstständig auf den Erfolg hinwirkende Gefahr begründet, die sich dann allein im Erfolg realisiert.¹³⁵ Davon ausgehend ist zunächst ein Perspektivwechsel auf den Erstverursacher hin zu vollziehen. Der durch den Fahrer des Betonmischers (seinerseits sorgfaltswidrig)¹³⁶ herbeigeführte Verkehrsunfall verursachte den Tod der Radfahrerin im Sinne fortwirkender Kausalität. Es kann an dieser Stelle dahinstehen, wie sich die Unterbrechung des rettenden Kausalverlaufs durch die Aktivisten auf eine Strafbarkeit des Fahrers wegen fahrlässiger Tötung auswirkt. Umgekehrt liegt es auf der Hand, dass die Erst-

¹³⁰ BVerfG NJW 2002, 1031 (1033); BVerfG NJW 2011, 3020 (3023).

¹³¹ Auf diese „doppelte Schutzrichtung“ abstellend u.a. *Singelnstein/Puschke*, NJW 2011, 3473 (3475); *Heger/Jahn*, JR 2015, 508 (511); *Bosch*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 115 Rn. 2; *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 115 Rn. 20.

¹³² *Rönnau/Saathoff*, JuS 2023, 439 (444).

¹³³ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 276.

¹³⁴ So i.E. auch *Lund*, NStZ 2023, 198 (201); vertiefend *Krümpelmann*, in: FS Lackner, 1987, S. 298 ff.

¹³⁵ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 276 m.w.N.

¹³⁶ *Steinke*, SZ v. 4.11.2022, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/letzte-generation-unfallopfer-verantwortung-1.5686895?reduced=true> (16.7.2023).

Schmidt: „Klimakleber“

verursachung des tödlichen Kausalverlaufs keinen Zurechnungsausschluss, sondern im Falle einer Erfolgshaftung des Fahrers eine fahrlässige Nebentäterschaft und ansonsten eine Alleintäterschaft begründen würde.

Ähnlich verhält es sich in Bezug darauf, dass einige Autofahrer pflichtwidrig keine Rettungsgasse gebildet haben,¹³⁷ denn eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs kommt dann nicht in Betracht, wenn – wie hier – das Verhalten des Dritten so spezifisch mit der Ausgangsgefahr verbunden ist, dass es typischerweise bereits in der Ausgangsgefahr angelegt ist.¹³⁸ Die bußgeldbewehrte Vorschrift des § 11 Abs. 2 StVO soll gerade sicherstellen, dass bei Unfällen Fahrzeuge der Polizei, des Rettungsdienstes sowie Abschleppfahrzeuge zur Unfallstelle gelangen können.¹³⁹ Der Tatbestand lässt insofern die spezifische Verknüpfung von Ausgangs- und Folgegefahr erkennen.

Stellte sich heraus, dass die Polizeibeamten ihrerseits fahrlässig handelten, wäre ein Zurechnungsausschluss durchaus diskutabel. So hat etwa *Roxin* in Bezug auf einen tödlichen Auffahrunfall, der daraus resultierte, dass ein LKW-Fahrer durch pflichtwidrige Beleuchtung Anlass zu einer seitens der Polizei (grob) fahrlässig ungesicherten Polizeisperre gab,¹⁴⁰ die Zurechnung des Erfolgs an den LKW-Fahrer (als mittelbaren Verursacher) mit dem Argument verneint, „dass bestimmte Berufsträger im Rahmen ihrer Kompetenz für die Beseitigung und Überwachung von Gefahrenquellen in einer Weise zuständig sind, dass Außenstehende ihnen nicht hineinzureden haben.“¹⁴¹ Diese zum Zurechnungsausschluss führende Risikozuweisung an Träger der öffentlichen Gewalt hat *Roxin* auch in „Retterfällen“ vertreten, in denen Berufsretter (tödliche) Verletzung erleiden, etwa Feuerwehrleute bei der Löschung eines fahrlässig in Brand gesetzten Hauses.¹⁴² Dass die Polizeibeamten ihrerseits fahrlässig handelten, ist aber nicht belegt und wird soweit ersichtlich auch nicht behauptet. Deshalb können die beiden genannten Fallgruppen hier gerade nicht fruchtbar gemacht werden, denn wenn die Polizei rechtmäßig und im Rahmen ihrer Befugnisse tätig wird, entspricht dies als erlaubtes Risiko einem zurechnungsdogmatischen *Nullum*.

Damit lässt sich festhalten, dass sich durch die Abschichtung von Verantwortungsbereichen kein Zurechnungsausschluss begründen lässt, auch wenn die Fragmentierung der Verantwortungsbereiche augenfällig ist.

D. Atypischer Kausalverlauf?

Die Komplexität des Sachverhalts resultiert einerseits aus der eben angesprochenen Verantwortungsfragmentierung, andererseits aber gerade auch aus dem engen räumlich-zeitlichen Zusammenfallen menschlichen Versagens und bloßem Zufall, also der sprichwörtlichen Verkettung unglücklicher Umstände. Dies greift *Behme* auf und geht davon aus, es handele „sich bei dem Hirntod [der Radfahrerin] aufgrund eines mit der Blockade in keinerlei Zusammenhang stehenden Unfalls [...] um einen atypischen, für die Demonstranten weder vorhersehbaren noch vermeidbaren Kausalverlauf, der ihnen

¹³⁷ A.A. *Jahn*, SZ v. 4.11.2022, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/letzte-generation-unfall-fer-verantwortung-1.5686895?reduced=true> (16.7.2023) und *Rönnau/Saathoff*, JuS 2023, 439 (444). Letztere unter Verweis darauf, dass die Verletzung der Pflicht aus § 11 Abs. 2 StVO grob fahrlässig sei. Allerdings ist rechtlich umstritten, ob ein grob fahrlässiges Dazwischentreten Dritter die Erfolgzurechnung unterbricht, vgl. dazu *Puppe/Grosse-Wilde*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor § 13 Rn. 253 f.

¹³⁸ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 277 m.w.N.

¹³⁹ *Heß*, in: *Burmann u.a.*, Straßenverkehrsrecht, 27. Aufl. 2022, StVO § 11 Rn. 3.

¹⁴⁰ BGH NJW 1954, 41 ff.

¹⁴¹ *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 138.

¹⁴² *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 1997, § 11 Rn. 89 ff.; wengleich in der Neuauflage *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 139 revidiert.

Schmidt: „Klimakleber“

bei wertender Betrachtung nicht zugerechnet werden kann, und zwar ganz unabhängig davon, ob man die Protestaktion im Übrigen als pflichtwidrige Rechtsgutsverletzung oder als strafbar einordnet oder nicht.¹⁴³ Doch handelt es sich wirklich nicht nur um einen außergewöhnlichen, sondern auch um einen die Zurechnung ausschließenden atypischen Kausalverlauf?

In der Fahrlässigkeitsdogmatik stellt nicht nur, aber insb. die Rechtsprechung mit dem Merkmal der Vorhersehbarkeit darauf ab, ob zum Zeitpunkt der Vornahme des sorgfaltswidrigen Verhaltens erkennbar war, dass die Handlung zur Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes führen kann.¹⁴⁴ In den Worten der objektiven Zurechnungslehre fehlt es bei atypischen Kausalverläufen – wie im Lehrbuchfall der vom Erben veranlassten Flugreise des Erbonkels – bereits an der unerlaubten Gefahrschaffung oder es realisiert sich – wie im Fall, in dem das verletzte Opfer bei einem Krankenhausbrand verstirbt – trotz einer unerlaubten Gefahrschaffung nicht das geschaffene unerlaubte Risiko im Erfolg, sondern das allgemeine Lebensrisiko bzw. der Zufall.¹⁴⁵ Praktische Unterschiede ergeben sich daraus nicht, sodass – wie *Greco/Roxin* betonen – die Vorhersehbarkeit des Erfolges diesbezüglich in der Lehre von der objektiven Zurechnung aufgeht und umgekehrt.¹⁴⁶ Hier wie dort ist die Grenze der Zurechnung erst dann überschritten, wenn der eingetretene Erfolg völlig außerhalb dessen liegt, was nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung noch in Rechnung gestellt werden kann.¹⁴⁷ Davon kann hinsichtlich des tödlichen Ausgangs keine Rede sein, weil Hinweise auf die Möglichkeit einer Hinderung von Rettungskräften die seit Beginn letzten Jahres geführte öffentliche Debatte über die Proteste der „Letzten Generation“ mitbestimmen. Tritt der Erfolg – wie hier – durch das Zusammenwirken mehrerer Umstände ein, müssen zudem alle diese Umstände dem Täter erkennbar sein, damit der Erfolgseintritt vorhersehbar ist.¹⁴⁸ Als ohnehin intendierte Folge der Protestaktion war das Eingreifen der Polizei und die daraus resultierende Teilspernung der Autobahn erkennbar. Dasselbe gilt hinsichtlich der unzulänglichen Bildung von Rettungsgassen; von solchen Fällen wird in unschöner Regelmäßigkeit berichtet. Die Voraussehbarkeit des todesursächlichen Verkehrsunfalls drängt sich weniger auf, denn es ist ebenso ungewöhnlich wie tragisch, dass der Rüstwagen in einer Stadt mit so dichtem Verkehrsnetz wie Berlin gerade den Verkehrsstau passierte, um zu dem davon mehrere Kilometer entfernten Unfallort zu gelangen.¹⁴⁹ Dazu kommt, dass den Rettungskräften durchaus eine alternative Route möglich gewesen wäre, falls sie rechtzeitig über den Verkehrsstau informiert worden wären. Andererseits liegt auch bei abenteuerlichen Kausalverläufen eine Zurechnung umso näher, je eher gefahrerhöhende Umstände erkennbar sind, die auf einen Erfolgseintritt schließen lassen.¹⁵⁰ Denn dadurch, dass die Aktivisten mit der Stadtautobahn A 100 eine der Hauptverkehrsadern der Stadt gewählt, die Polizei erst nach Beginn der Aktion informiert und sich zudem an einem schwer zugänglichen Ort festgeklebt haben, war erkennbar, dass eine Umleitung wegen Zeitverzugs nicht mehr möglich gewesen wäre. Isoliert betrachtet waren die erfolgsursächlichen Umstände ebenso wie der tödliche Ausgang demnach durchaus erkennbar, sodass eine Erfolgszurechnung und damit eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung nahe liegt.

¹⁴³ *Behme*, NJW 2023, 327 (332).

¹⁴⁴ Rechtsprechungsnachweise bei *Vogel/Bülte*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 15 Rn. 251.

¹⁴⁵ Vgl. *Frisch*, JuS 2011, 116 (117).

¹⁴⁶ *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 24 Rn. 13.

¹⁴⁷ *Vogel/Bülte*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 15 Rn. 252.

¹⁴⁸ BGH NStZ 2001, 143 (144).

¹⁴⁹ *Fröhlich*, Tagesspiegel v. 9.11.2022, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/berlin/feuerwehr-legt-rettungsbericht-vor-wegen-klimaklebern-musste-lkw-erneut-uber-unfallopfer-in-berlin-fahren-8852302.html> (16.7.2023).

¹⁵⁰ *Frisch*, JuS 2011, 116 (117).

Schmidt: „Klimakleber“

Wie schon bei der Abschtung der fragmentierten Verantwortungsbereiche verbleibt das Problem, dass die Atypizität des Sachverhalts aus der Summe seiner Teile resultiert. Die künstliche Aufspaltung eines erst in der Rückschau erklärbaren Sachverhalts neigt dazu, „das hinterher leicht Begriffene in ein vorher leicht Begreifliches umzudeuten.“¹⁵¹ Mit anderen Worten provoziert ein allzu weites Verständnis der Vorhersehbarkeit Attributionsfehler und schleift deshalb die Erfolgszurechnung.¹⁵² Der BGH hat diesen Aspekt in einer älteren Judikatur aufgegriffen und die Zurechnung in einem ähnlich komplexen, mehraktigen Geschehen mit dem Argument verneint, dass gerade die „tragische Verkettung der [...] erwähnten Zwischenglieder“ außerhalb „des nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu Erwartenden“ lagen, auch wenn die „Ereignisse [...] für sich genommen [...] durchaus im Rahmen der Lebenserfahrung lagen.“¹⁵³ Der Sachverhalt gibt allemal Anlass dazu, über die Grenzen der Erfolgszurechnung und die „Notwendigkeit des Wiedererlernens der Akzeptanz von Unglück in der Welt“¹⁵⁴ nachzudenken.

¹⁵¹ *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. IV, S. 646 zitiert nach *Duttge*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 15 Rn. 3.

¹⁵² *Duttge*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 15 Rn. 3.

¹⁵³ BGH NJW 1952, 1184.

¹⁵⁴ In einem gleichnamigen Aufsatz möchte *Fahl*, JA 2012, 808 (812) die Lehre von der objektiven Zurechnung durch die Fallgruppen „Schicksal und Unglück“ erweitern, um mit Sachverhalten umzugehen, die sich wie der Unfalltod der Radfahrerinnen durch eine Verantwortungsersplitterung und eine vergleichbare Verkettung unglücklicher Umstände auszeichnen.

Entscheidungsbesprechung

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 1.3.2023 – 1 ORs 36 Ss 47/23¹

Zur gescheiterten Abholung eines „Beutepäckchens“ und dem Fahren ohne Fahrerlaubnis zum/vom geplanten Abholort

Die vom Täter ohne Fahrerlaubnis durchgeführten Autofahrten zum Zwecke der (erhofften) Abholung eines vor der Haustür des Tatopfers von diesem zu deponierenden „Beutepäckchens“ als sogenannte „Abholer“ im Rahmen eines „Falscher Polizeibeamten Tricks“ und die spätere Rückfahrt nach Scheitern des Tatplans und einem Aufenthalt über mehr als 1,5 Stunden bilden mit dem mittäter-schaftlich begangenen versuchten (banden- und gewerbsmäßigen) Betrug keine prozessuale Einheit, auch wenn bei Anklageerhebung aktenkundig war, dass Hin- und Rückfahrt zum/vom geplanten Abholort ohne Fahrerlaubnis erfolgten. Die zwischenzeitlich erfolgte rechtskräftige Verurteilung wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis steht einer entsprechenden Ahndung des Verbrechens nach §§ 263 Abs. 5, 22, 23 StGB somit nicht entgegen.

(Amtlicher Leitsatz)

StGB §§ 263, 53, 52, 25 Abs. 2, 22

StPO § 264

StVG § 21

GG Art. 103 Abs. 3

RiOLG Prof. Dr. Janique Brüning, Wiss. Mitarbeiter David Rapp, Kiel*

I. Sachverhalt

A ist Mitglied einer professionell organisierten Gruppierung, die vornehmlich ältere Menschen mit dem modus operandi „Falscher Polizeibeamter“ zur Übergabe von Geld und Wertgegenständen bewegt. Aus dem Ausland führen sog. „Keiler“ Telefonate mit den Opfern. Darin geben sie sich als Polizeibeamte aus, warnen vor einem unmittelbar bevorstehenden Einbruch in die Wohnung der angerufenen Person und bieten in bedrängender Weise an, Bargeld und Wertgegenstände durch die Polizei sichern zu lassen. Die Opfer sollen die Vermögenswerte an einem bestimmten Ort außerhalb der Wohnung deponieren, wo vermeintlich die Polizei sie dann abholt. Parallel dazu koordinieren sog. „Logistiker“ die Abholung der Tatbeute, indem sie sog. „Abholer“ rekrutieren und anweisen, die

* Janique Brüning ist Inhaberin der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Sanktionenrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und Richterin am Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht. David Rapp ist Wiss. Mitarbeiter am Zentrum für Digitalisierung und Recht in Forschung und Lehre an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <https://www.landesrecht-bw.de/bsbw/document/JURE230043603> sowie veröffentlicht in BeckRS 2023, 4059.

Wertgegenstände aus den deponierten Verstecken abzuholen und nach näherer Weisung an weitere Tatbeteiligte weiterzugeben.

A kommt innerhalb der Gruppierung die Funktion eines solchen „Abholers“ zu. Von einem „Logistiker“ angewiesen fährt A, der keinen Führerschein besitzt, mit einem Pkw zur Adresse des Opfers. Dort in der Nähe hält er sich, auf das „Beutepäckchen“ wartend, mehr als 1,5 Stunden auf. Das Opfer ist jedoch misstrauisch geworden und hat keine Vermögenswerte vor die Wohnungstür gelegt. A telefoniert am Abholort noch mindestens zweimal mit seinem Hintermann und erkennt, dass es nicht mehr zur Bereitstellung eines „Beutepäckchen“ kommen wird. Er fährt unverrichteter Dinge wieder nach Hause.

Das LG Karlsruhe hatte A wegen versuchten banden- und gewerbsmäßigen Betruges verurteilt. Hiergegen richtet sich die Revision des A. In einem gesonderten Verfahren ist A zwischenzeitlich wegen des Fahrens ohne Fahrerlaubnis zum geplanten Abholort (Hinfahrt) rechtskräftig verurteilt worden. Hinsichtlich des Wegfahrens vom Tatort (Rückfahrt) erfolgte eine Einstellung des Verfahrens nach § 154 Abs. 2 StPO.

II. Einführung in die Problematik

Falscher Polizeibeamter, Schockanruf und Enkeltrick: Eine facettenreiche Täuschungsmasche hat die Welt erobert. Aus Call-Centern im Ausland agierende Tätergruppierungen erbeuten durch ihr perfides Vorgehen immer wieder hohe Geldsummen von zumeist älteren Menschen.² Die Tätergruppen sind professionell organisiert und die Hintermänner im Ausland für die hiesigen Strafverfolgungsbehörden nur schwer ausfindig zu machen. Mit einer Festnahme und womöglich späteren Verurteilung wegen (versuchten) Betruges³ – wie in der vorliegenden Konstellation – hat zunächst nur der am Wohnort des Opfers agierende „Abholer“ zu rechnen. Der BGH befasste sich bereits viermal mit der falschen Polizeibeamten-Masche. Während die Urteile des 2.⁴ und 5.⁵ Strafsenats hauptsächlich Fragen zur Einziehung gem. §§ 73 ff. StGB zum Gegenstand hatten, betrifft das Urteil des 1. Strafsenats⁶ die Frage, ob der „Abholer“ der gestohlenen Beute ein Mittäter oder lediglich ein Gehilfe der abgeurteilten Delikte ist. Zuletzt setzte sich der 3. Strafsenat⁷ mit der Strafbarkeit des „Entlohnens“ und den dafür maßgeblichen Zeitpunkt der Tatbeendigung auseinander.⁸

Ausgangspunkt des hier vorliegenden Beschlusses des OLG Karlsruhe ist zunächst eine strafprozessuale Problematik. Der angeklagte „Abholer“ hatte die Fahrt zum geplanten Abholort ohne eine Fahrerlaubnis absolviert. Diesbezüglich erging gegen ihn ein rechtskräftiger Strafbefehl wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis, der allerdings die Straftaten hinsichtlich auf die abzuholenden Wertgegenstände nicht mit einbezog. Nunmehr stellt sich die Frage, ob aufgrund dieses rechtskräftigen Strafbefehls ein dauerhaftes Verfahrenshindernis bezüglich der Straftaten vorliegt, die wegen der falschen Polizeibeamten-Masche in Betracht kommen. Das hängt wiederum von der Frage ab, welche Reichweite der sog. strafprozessuale Tatbegriff hat, der den Umfang der Rechtskraft und damit

² <https://www.tagesschau.de/inland/regional/schleswigholstein/ndr-schockanrufe-in-luebeck-betrueger-erbeuten-140-000-euro-100.html> (19.7.2023).

³ Eine Strafbarkeit wegen mittäterschaftlich begangener Amtsanmaßung oder Beihilfe hierzu liegt regelmäßig auch vor, vgl. dazu Mitsch, NStZ 2021, 38.

⁴ BGH NStZ 2021, 37.

⁵ BGH BeckRS 2021, 13188.

⁶ BGH NStZ 2022, 95.

⁷ BGH NStZ-RR 2023, 49.

⁸ Vgl. dazu Zeyher, NZWiSt 2023, 101.

die Reichweite des Verfahrenshindernisses bestimmt. Die Frage, ob eine prozessuale Tat vorliegt, wird aber grundsätzlich nicht losgelöst vom materiellen Tatbegriff i.S.d. §§ 52, 53 StGB erörtert, so dass diesbezüglich festzustellen ist, welche Straftaten im Raum stehen und durch welche Tathandlungen diese begangen wurden. Damit gilt es in den Blick zu nehmen, ob sich der „Abholer“ überhaupt wegen versuchten Betruges strafbar macht. Hierbei bietet die Entscheidung eine gute Gelegenheit, um die Abgrenzung von Betrug und Diebstahl zu wiederholen. Daneben wirft der Sachverhalt auch im Rahmen der Beteiligung mehrere klausurrelevante Probleme auf. Zu klären ist, ob der „Abholer“ sich – ggf. sukzessiv – als Mittäter oder lediglich als Gehilfe an der Tat beteiligt. Zudem geht es um die Frage, durch welches Verhalten der Angeklagte oder ggf. ein Haupttäter überhaupt zur einschlägigen Straftat i.S.d. § 22 StGB unmittelbar angesetzt hat.

Die Lektüre der vorliegenden Entscheidungsbesprechung verlangt aufgrund ihrer schiereren Länge etwas Zeit und Geduld. Ganz so einfach, wie sich das OLG die Entscheidung gemacht hat, ist es für Studierende in Prüfungssituationen nämlich leider nicht.

Die Lösung eines vergleichbaren Falles verlangt solides dogmatisches Wissen im Bereich der Diebstahls-, Betrugs-, Täterschafts- und Versuchsdogmatik. Da die falsche Polizeibeamten-Masche Studierenden in zahlreichen Fallvariationen sowohl in schriftlichen als auch in mündlichen Prüfungen begegnen kann, wird dieser Beschluss zum Anlass genommen, die dogmatischen Probleme zu wiederholen und die konkrete prozessuale Einkleidung zu bewerten.

Die Voraussetzung einer banden- und gewerbsmäßigen Begehungsweise sind in diesen Fallkonstellationen regelmäßig erfüllt, so dass hier auf die Thematisierung des in § 263 Abs. 5 StGB normierten Qualifikationstatbestandes verzichtet wird.

1. Diebstahl gem. § 242 StGB oder Betrug gem. § 263 StGB

a) Grundsätzliches

Die Frage, die sich in jeder Strafrechtsklausur mit Blick auf die vorliegende Fallkonstellation stellt, ist, welche Straftat die Beteiligten eigentlich begangen haben: einen Betrug (§ 263 StGB) oder möglicherweise eher einen Diebstahl (§ 242 StGB)? Eine gewisse Parallele zu den sog. Kriminalbeamten-Fällen drängt sich – zumindest auf den ersten Blick – auf,⁹ bei denen es vor allem im Rahmen der Wegnahme um die Anforderungen des tatbestandsausschließenden Einverständnisses in die Gewahrsamsverschiebung geht.

Zur Wiederholung: T spiegelt Oma O vor, er sei Kriminalbeamter und müsse ihren gesamten Schmuck beschlagnahmen. Völlig verängstigt übergibt O dem T den Schmuck, der damit verschwindet. Da ein tatbestandsausschließendes Einverständnis in den Kriminalbeamten-Fällen überwiegend verneint wird (zur Begründung sogleich), liegt in diesen Konstellationen grundsätzlich ein Diebstahl und kein Betrug vor.

Die Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl erfolgt allerdings nicht im dogmatisch luftleeren Raum. Vielmehr sind die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Delikte zu prüfen.

Nach § 242 Abs. 1 StGB begeht einen Diebstahl, wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen.

⁹ So Zivanic, NStZ 2021, 264.

Ein Betrug liegt hingegen vor, wenn das Opfer infolge eines durch Täuschung hervorgerufenen Irrtums eine Vermögensverfügung trifft und dadurch ein Vermögensschaden verursacht wird.

Der Diebstahl ist ein sog. Fremdschädigungsdelikt.¹⁰ Kennzeichnendes Merkmal der Fremdschädigung ist die Wegnahme. Im Gegensatz dazu ist der Betrug ein sog. Selbstschädigungsdelikt.¹¹ Charakteristisch hierfür ist die Vermögensverfügung.

Der Frage, ob die Gewahrsamsverschiebung des Gegenstands mit oder ohne Einverständnis erfolgte, also ob eine Verfügung oder eine Wegnahme vorliegt, geht allerdings die Frage voraus, ob bzw. zu welchem Zeitpunkt überhaupt eine Gewahrsamsverschiebung stattgefunden hat. Die Antwort auf diese Frage ist nicht nur von Relevanz, um zu klären, wann eine Wegnahme vorliegt, sie ist auch maßgeblich für die Frage, zu welchem Zeitpunkt eine Vermögensminderung und damit eine Vermögensverfügung eingetreten ist.

Die Frage des Vollendungszeitpunkts, die bei jeder der verschiedenen „Falscher-Polizeibeamten-Konstellationen“ sorgsam zu prüfen ist (und ggf. zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann), hat wiederum Auswirkungen auf die Frage der Mittäterschaft, denn abhängig vom Vollendungszeitpunkt stellt sich die Frage, ob das „Abholen“ in der Vollendungs- oder Beendigungsphase stattfindet.

b) Wegnahme i.S.d. § 242 Abs. 1 StGB

Beginnen wir mit dem Diebstahl und dem – für die Abgrenzung zum Betrug – relevanten Tatbestandsmerkmal der Wegnahme.

Wegnahme bedeutet Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams.¹² Danach beinhaltet die Wegnahme drei Schritte:¹³

1. die Aufhebung des fremden – alten – Gewahrsams,
2. die Begründung neuen Gewahrsams und
3. schließlich muss diese Gewahrsamsverschiebung durch Bruch, d.h. ohne oder gegen den Willen des alten Gewahrsamsinhabers erfolgen.¹⁴

Für das „Schicksal“ der Wegnahme ist also der Gewahrsamsbegriff von zentraler Bedeutung, was an anderer Stelle bereits ausführlich behandelt wurde.¹⁵ Daher hier in aller Kürze:

Gewahrsam ist nach dem heute herrschenden sog. faktisch-sozialen Gewahrsamsbegriff das tatsächliche, von einem Herrschaftswillen getragene Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache, was nach der Verkehrsauffassung, d.h. der sozialen Anschauung des täglichen Lebens zu

¹⁰ Vogel/Brodowski, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 119; Poisel/Ruppert, JA 2019, 353.

¹¹ Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 10.

¹² Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 49; Schramm, JuS 2008, 678 (680); Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 242 Rn. 10.

¹³ Vgl. dazu Zopfs, ZJS 2009, 506 (507); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 2 Rn. 22.

¹⁴ Zu beachten ist, dass die ganz überwiegende Ansicht das Merkmal „Bruch“ lediglich auf die Aufhebung des Gewahrsams bezieht, nicht aber auf die Neubegründung, vgl. dazu etwa Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 49; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 2 Rn. 64. Gleichwohl wird die hier vorgestellte Prüfungsreihenfolge auch nach ganz überwiegender Ansicht in dieser Form angewendet, vgl. dazu Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 10 Rn. 191 ff. Im Ergebnis wirkt sich der Unterschied aber nur in den äußerst seltenen Fällen aus, in denen die Gewahrsamsaufhebung und die Neubegründung des Gewahrsams zeitlich auseinanderfallen, vgl. zu diesem eher akademischen Problem Rotsch, GA 2008, 65 (71 ff.).

¹⁵ Brüning, ZJS 2015, 310 (311).

beurteilen ist.¹⁶ Der Gewahrsam verlangt danach mit der Herrschaftsmöglichkeit eine objektive Komponente und mit dem Herrschaftswillen ein subjektives Element.¹⁷ Beide Elemente werden nach einem sozial-normativen Maßstab ausgelegt.

Mit Blick auf die vorliegende Entscheidung stellt sich also die Frage, ob die angerufene Person bereits den Gewahrsam verloren hat, als sie die Wertgegenstände in dem angegebenen Versteck deponiert hat.

Eine Wegnahme kommt nur in Betracht, wenn der Täter den Gewahrsam „bricht“, d.h. gegen oder ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers den Gewahrsam aufhebt.¹⁸ Dieser Gewahrsamsbruch qualifiziert den Diebstahl zum Fremdschädigungsdelikt und grenzt den Diebstahl vom Betrug ab, bei dem der Täter nicht von außen in einen geschützten Bereich einbricht, sondern das Opfer so manipuliert, dass es sich selbst schädigt,¹⁹ indem es über den Wertgegenstand verfügt und mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden ist. Bei einem Einverständnis in die Gewahrsamsübertragung liegt also keine Fremdschädigung, mithin eine Selbstschädigung und damit eine Verfügung vor. Das bedeutet, das Merkmal „durch Bruch“ i.S.d. § 242 Abs. 1 StGB und die Vermögensverfügung i.S.d. § 263 StGB setzen definitorisch dieselben Kriterien voraus, so dass wir uns damit der Vermögensverfügung i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB zuwenden können.

c) Vermögensverfügung i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB

Eine Vermögensverfügung ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.²⁰

Zur Abgrenzung des Sachbetrugs vom Diebstahl ist es erforderlich, dass das Verfügungsverhalten beim Sachbetrug eine unmittelbare Vermögensminderung bewirkt, der Verfügende mit Verfügungsbewusstsein und freiwillig handelte. Die Vermögensminderung setzt voraus, dass ein Vermögensgegenstand aus dem Vermögen des Opfers entzogen und damit das Vermögen in seinem Wert gemindert wird. Ob die Vermögensminderung durch einen gleichzeitigen Vermögenszufluss mit der Folge ausgeglichen wurde, dass kein Vermögensschaden eingetreten ist, ist später beim Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens zu prüfen.²¹

Eine Vermögensminderung ist jedenfalls immer dann anzunehmen, wenn der Getäuschte bzw. die irrende Person einen Gewahrsamsverlust erlitten hat, wie ihn die Wegnahme nach § 242 StGB voraussetzt. Insofern ist in einer Klausur bei der Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl auf einen „Gleichlauf“ zu achten: Liegt eine Gewahrsamsverschiebung vor, ist eine Vermögensminderung zu bejahen. Liegt nur eine Gewahrsamslockerung, mithin noch keine Gewahrsamsverschiebung vor, ist auch eine unmittelbare Vermögensminderung zu verneinen. Führt also eine Täuschung zu einer Gewahrsamslockerung, ist eine Vermögensverfügung zu verneinen, ein Betrug nach § 263 StGB

¹⁶ Vgl. dazu *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 88; *Küper/Zopfs*, Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2022, Rn. 770; ausführlich dazu *Bosch*, Jura 2014, 1237.

¹⁷ „Kurz gefasst verlangt Gewahrsam daher Herrschaftswillen und Herrschaftsmöglichkeit.“, *Jäger*, JA 2015, 390 (391).

¹⁸ *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 86.

¹⁹ *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 86.

²⁰ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 13 Rn. 70.

²¹ Vgl. zum Verhältnis von Vermögensverfügung und Vermögensschaden *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 263 Rn. 152; siehe auch BGHSt 31, 178 (179): „Für die Frage, ob unmittelbar eine Vermögensminderung eintritt, ist es ohne Belang, ob die Leistung durch ein ausreichendes Äquivalent kompensiert wird. Der Vergleich zwischen Leistung und Gegenleistung entscheidet lediglich darüber, ob im Ergebnis ein Vermögensschaden eingetreten ist.“

scheidet damit aus. Denkbar ist aber, dass der Täter in einem weiteren Schritt den Gewahrsam verschiebt und dann in der Regel die Sache wegnimmt.²²

Da die Vermögensverfügung i.S.d. § 263 StGB stets auf einem täuschungsbedingtem Irrtum, also auf einem Willensmangel beruht, um tatbestandsmäßig zu sein, wird insbesondere zur Abgrenzung von Betrug und Diebstahl verlangt, dass die Vermögensverfügung im Übrigen freiwillig erfolgt.²³ Es besteht Einigkeit darüber, dass Freiwilligkeit dann vorliegt, wenn der Verfügende glaubt, eine Wahlmöglichkeit zu haben. Er muss sich also in einer Situation befinden, in der er glaubt, frei entscheiden zu können, ob er den Gewahrsam an der Sache behalten will oder nicht. Insofern ist die Freiwilligkeit des Verfügungsverhaltens ausgeschlossen, wenn der Betroffene glaubt, den Gewahrsam an der Sache unabhängig davon zu verlieren, wie er sich verhält. Ein wirksames Einverständnis im Sinne einer Wegnahme setzt auch voraus, dass der Gewahrsamsinhaber die Vorstellung hat, Einfluss auf den Gewahrsamsübergang zu haben.²⁴ Dieses Merkmal korrespondiert damit vollständig mit dem Merkmal der „Freiwilligkeit“ im Rahmen der Vermögensverfügung.

Wichtig ist dabei, dass die Freiwilligkeit im Zeitpunkt der Gewahrsamsverschiebung vorliegt.

Betrachtet man den oben bereits erwähnten Fall des Kriminalbeamten, so ist mit der Übergabe des Schmucks, spätestens mit dem Verlassen der Wohnung, wohl eine Gewahrsamsübertragung sowie eine Vermögensminderung eingetreten. Fraglich ist jedoch, ob diese auf ein freiwilliges und damit selbstschädigendes oder auf ein unfreiwilliges und damit fremdschädigendes Verhalten zurückzuführen ist. O wird sich vorstellen, dass sie den Gewahrsam an dem Schmuck ohnehin verliert: entweder durch ihr Verfügungsverhalten oder durch behördliche Zwangsmittel. Es bestand also keine Wahlfreiheit und damit keine Freiwilligkeit. Damit liegt keine Vermögensverfügung, sondern eine Wegnahme vor.

In einer Klausur ist jedoch darauf zu achten, dass Wegnahme und Verfügung nicht wie hier „vermischt“ werden. Vielmehr ist in einem ersten Schritt z.B. der Betrug zu prüfen und nach dessen Verneinung mangels Vermögensverfügung in einem zweiten Schritt die Strafbarkeit wegen Diebstahls.

2. Beteiligungsprobleme

a) Abgrenzung zwischen Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) und Beihilfe (§ 27 StGB)

„Ebenso wie nicht jeder Beteiligte an einer von einer Bande ausgeführten Tat hierdurch zum Bandenmitglied wird, ist auch nicht jeder Beteiligte an einer Bandentat schon deshalb als deren Mittäter anzusehen.“²⁵ Vielmehr hat im Einzelfall – hier für den „Abholer“ – eine sorgfältige Abgrenzung zwischen Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) und Beihilfe (§ 27 StGB) zu erfolgen, insbesondere dann, wenn ein Tatbeteiligter am tatbestandlichen Kerngeschehen nicht mitwirkt. In der Rechtsprechung und im Schrifttum ist seit jeher streitig, welche Kriterien dafür heranzuziehen sind.

Die „normative Kombinationstheorie“²⁶ der heutigen Rechtsprechung grenzt anhand subjektiver und objektiver Merkmale zwischen den Beteiligungsformen ab. Im Ausgangspunkt ist für die Täterschaft grundsätzlich ein Täterwillen erforderlich, den die Rechtsprechung mittels Wertungskriterien

²² Dazu Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 431.

²³ Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 401.

²⁴ Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 96.

²⁵ BGH BeckRS 2021, 25602.

²⁶ Vgl. dazu Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 25 Rn. 63.

zuschreibt.²⁷ Mittäterschaft liegt danach vor, wenn ein Tatbeteiligter auf der Grundlage des gemeinsamen Willens einen Tatbeitrag leistet, der die Handlung eines anderen Beteiligten als Ergänzung seines eigenen Tatanteils erscheinen lässt.²⁸ In einer wertenden Betrachtung aller Umstände sind dafür wesentliche Anhaltspunkte, das eigene Interesse am Taterfolg, das enge Verhältnis zur Tat, die – objektive – Tatherrschaft und der Wille zur Tatherrschaft. Den dargelegten Merkmalen misst die Rechtsprechung allerdings nur eine indizielle Bedeutung zu.²⁹

Demgegenüber vertritt das Schrifttum die von *Roxin* begründete Tatherrschaftslehre, wonach im Grundsatz zur Bestimmung der Täterschaft allein die Tatherrschaft maßgeblich ist.³⁰ Ein Mittäter beherrscht demnach die Tat, indem er eine wesentliche Funktion bei der Ausführung innehat. Die Mittäterschaft als funktionelle Tatherrschaft liegt also vor, wenn mehrere Täter aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses arbeitsteilig zusammenwirken.³¹ Voraussetzung ist somit ein gemeinsamer Tatplan sowie der wesentliche Tatbeitrag eines jeden Mittäters.

Der Entschluss zur gemeinschaftlichen Tatbegehung erfordert das gegenseitige, auf gemeinsamen Willen beruhende Einverständnis, eine bestimmte Tat als gleichberechtigte Partner durch gemeinsames, arbeitsteiliges Handeln zu begehen.³² Der gemeinsame Tatplan ist dabei unabhängig von einer bestehenden Bandenabrede für jede Einzeltat festzustellen.³³ Eine Mitwirkung aller Mittäter bei der Planentstehung ist allerdings nicht erforderlich. Es genügt ein zumindest konkludentes Einigsein vor oder während der Tatbegehung.³⁴ Für die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe leisten die recht vage bleibenden Anforderungen an einen gemeinsamen Tatplan in der Regel keinen Beitrag.³⁵

Im Zentrum der Abgrenzungsproblematik steht im vorliegenden Fall vielmehr die Frage, ob der Tatbeteiligte auch einen die Mittäterschaft begründenden Tatbeitrag erbracht hat. Der „Abholer“ ist in der vorliegenden Entscheidung mit der Aufgabe betraut gewesen, das vor der Wohnungstür abgelegte „Beutepäckchen“ einzusammeln. Nach der Tatherrschaftslehre erfüllt der Mittäter eine wesentliche Funktion, wenn aus der ex-ante-Sicht beurteilt das Gelingen der Gesamttat von seinem Tatbeitrag abhängt.³⁶ Darüber hinaus richtet sich die Wesentlichkeit seines Tatbeitrages auch nach dem Maß der konkret vorherrschenden Arbeitsteilung.³⁷ Die Rechtsprechung verlangt in einer wertenden Betrachtung neben einem gemeinsamen Tatplan ebenfalls einen objektiven Tatbeitrag des Mittäters. Offen bleibt gleichwohl, wie die Wertungskriterien zu gewichten sind und in welchem Verhältnis sie zueinanderstehen.³⁸ Die maßgeblichen Indizien für die Beurteilung der Mittäterschaft führen nicht selten zu verschiedenen Ergebnissen und tragen folglich durch ihre Unkalkulierbarkeit zu einer Rechtsunsicherheit bei.³⁹

²⁷ Vgl. *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 25 Rn. 6.

²⁸ BGH NSTZ 2021, 354.

²⁹ Vgl. dazu *Rönnau*, JuS 2007, 514.

³⁰ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 28.

³¹ *Roxin*, JA 1979, 519 (522).

³² *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 25 Rn. 10.

³³ BGH NSTZ 2011, 637.

³⁴ *Haas*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 25 Rn. 68.

³⁵ Vgl. dazu *Rönnau*, JuS 2007, 514 (515).

³⁶ *Haas*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 25 Rn. 79.

³⁷ *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 25 Rn. 64.

³⁸ *Geppert*, Jura 2011, 30 (31).

³⁹ *Rönnau*, JuS 2007, 514 (515).

b) Sukzessive Beteiligung

Weiterhin gibt der Beschluss Anlass, auf die Möglichkeit einer sukzessiven Beteiligung einzugehen. In der vorliegenden Konstellation soll der Angeklagte erst nach Bereitstellung des „Beutepäckchens“ in das Tatgeschehen eingreifen. Läge zu diesem Zeitpunkt bereits eine Wegnahme oder aber eine Vermögensverfügung und mithin ein Vermögensschaden vor, wäre das Delikt zum Zeitpunkt der Tat handlung des „Abholers“ bereits vollendet. Fraglich ist demnach, ob der „Abholer“ im Zeitpunkt seiner Mitwirkungshandlung überhaupt noch Mittäter oder Gehilfe des Betrugers sein kann. Einigkeit herrscht jedenfalls darüber, dass bis zur Deliktvollendung eine Beteiligung möglich ist und nach Beendigung der Tat eine Beteiligung an dieser ausscheidet.⁴⁰ Offen bleibt somit nur, wie eine Mitwirkung im Beendigungsstadium der Tat zu beurteilen ist. Während die Beteiligung zwischen formeller Vollendung und materieller Beendigung der Tat bei sog. Dauerdelikten ebenfalls unbestritten ist,⁴¹ herrscht bei sog. Zustandsdelikten Streit, ob eine sukzessive Beteiligung möglich ist. Bei der Täuschungsmasche „Falscher Polizeibeamter“ entscheiden mitunter Nuancen im Sachverhalt darüber, ob eine Beteiligung des „Abholers“ noch vor oder erst nach der Deliktvollendung erfolgt.⁴²

Die ständige Rechtsprechung des BGH lässt im Beendigungsstadium der Tat eine sukzessive Beteiligung zu.⁴³ Über den Zeitpunkt der Tatvollendung hinaus sei demnach der Eintritt in das Tatgeschehen als Mittäter oder Gehilfe möglich, da die „Gesamtat“⁴⁴ erst mit ihrer Beendigung einen vollständigen Abschluss findet. Das deliktstypische Unrecht realisiere sich nämlich erst mit der Tatbeendigung endgültig⁴⁵ und folglich sei auch im Beendigungsstadium der Tat die Beteiligung an einem noch andauernden Rechtsgutsangriff zuzulassen. Für die Beteiligung an einem vollendeten Betrug wäre dies vor allem anzunehmen, wenn der Mittäter oder Gehilfe durch seine Mitwirkung einen tatsächlichen Vermögensabfluss herbeiführt und sich die konkrete Vermögensgefährdung in einem endgültigen Schaden realisiert.⁴⁶ Allerdings geht mit dieser Lösung einher, dass die sukzessive Beihilfe in Konflikt mit § 257 StGB gerät, der in bestimmten Fällen die Hilfeleistung nach Tatvollendung unter Strafe stellt. Die Rechtsprechung versucht daher nach rein subjektiven Kriterien zwischen der Beihilfe und Begünstigung abzugrenzen, indem sie die Strafbarkeit des Hilfeleistenden im Beendigungsstadium der Tat von dessen Willensrichtung abhängig macht.⁴⁷ Beihilfe soll demnach gegeben sein, wenn der Hilfeleistende zur Beendigung der Vortat beitragen will. Andererseits läge Begünstigung vor, wenn er die Vorteile der Tat sichern will.

Die Literatur lehnt vor dem Hintergrund der Tatherrschaftslehre eine sukzessive Beteiligung im Beendigungsstadium ab.⁴⁸ Eine funktionale Tatbeherrschung des Hinzutretenden sei demnach ausgeschlossen, wenn der tatbestandliche Erfolg bereits zuvor herbeigeführt worden ist.⁴⁹ Jede Mitwirkung nach vollendeter Tat sei daher dem spezialgesetzlich geregelten Bereich der Anschlussdelikte

⁴⁰ Zuletzt etwa BGH NStZ-RR 2023, 49.

⁴¹ Grabow/Pohl, Jura 2009, 656 (657).

⁴² Der Betrug ist regelmäßig schon vollendet, wenn die Geschädigte das „Beutepäckchen“ an einem öffentlichen Ort deponiert oder per Post versendet.

⁴³ Vgl. etwa BGHSt 14, 280 (281); BGH NStZ 1996, 563 (564); BGH NStZ-RR 1997, 319; BGH NStZ 2010, 146; BGH NStZ 2019, 513 (514); BGH BeckRS 2021, 5371.

⁴⁴ BGH NStZ-RR 2017, 221 (222).

⁴⁵ Grabow/Pohl, Jura 2009, 656 (657).

⁴⁶ Vgl. Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 27 Rn. 20 bezogen auf die sukzessive Beihilfe.

⁴⁷ BGHSt 4, 132 (133); ebenso Cramer, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 257 Rn. 24.

⁴⁸ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 7 Rn. 47; Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 25 Rn. 125; Murmann, ZJS 2008, 456 (458); Roxin, JA 1979, 519 (525); Küper, JZ 1981, 568 (570 ff.).

⁴⁹ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 227.

(§§ 257 ff. StGB) zuzuordnen.⁵⁰ Für eine solche formale Abgrenzung spräche auch der in den Beteiligungsvorschriften (§§ 25 ff. StGB) verwendete Tatbegriff, der nach § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB nur eine solche Tat meint, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht.⁵¹ Der Wortlaut stoße zumindest an seine Grenzen, wenn es für die Möglichkeit einer sukzessiven Tatbeteiligung auf den gesetzlich nicht definierten Beendigungszeitpunkt einer „Gesamtat“ ankommen soll.⁵² Hinzu kommt, dass es bisher nicht gelungen ist, klare Kriterien herauszuarbeiten, die eine Definition der Beendigungsphase ermöglichen.⁵³ Die mangelnde Bestimmtheit der – strafbegründend wirkenden – Beendigungsphase verstieße somit auch gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG.⁵⁴ Selbst wenn die Rechtsgutsverletzung sich erst im Beendigungsstadium vollständig realisiert, so sei mithin zu berücksichtigen, dass „nicht jede Form der Rechtsgutsverletzung strafbar [ist], sondern nur eine solche, die durch die tatbestandsmäßige Handlung bzw. den tatbestandsmäßigen Erfolg verursacht wird“⁵⁵.

c) Versuchsbeginn bei Mittäterschaft

Im vorliegenden Fall ist der Angeklagte wegen banden- und gewerbsmäßigen Betruges gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 5, 22, 23 StGB verurteilt worden. Bezugspunkt für die Beurteilung des Versuchsbeginns ist wiederum der Zeitpunkt der Tatvollendung, der von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängt.

Das Versuchsstadium gem. § 22 StGB hat der Angeklagte erreicht, wenn er nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes auch unmittelbar angesetzt hat. Das Merkmal „unmittelbares Ansetzen“ hat dabei die Funktion, die straflose Vorbereitungshandlung von dem strafbaren Versuch abzugrenzen.

Einigkeit herrscht darüber, dass das unmittelbare Ansetzen eine objektive Komponente enthält, weil der Täter begonnen haben muss, die Tatbestandsverwirklichung umzusetzen. Gleichzeitig enthält § 22 StGB eine subjektive Komponente, denn der Täter muss „nach seiner Vorstellung von der Tat“ unmittelbar angesetzt haben. Die Grundlage, auf der beurteilt wird, ob ein unmittelbares Ansetzen vorliegt, ist damit die Tätervorstellung.⁵⁶ Uneinigkeit herrscht wiederum darüber, welche objektiven und subjektiven Kriterien nun zur Bestimmung des unmittelbaren Ansetzens heranzuziehen sind. Ein klares Abgrenzungskriterium ist bislang nicht gefunden worden. Vielmehr haben sich in der Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Ansätze bzw. Formeln entwickelt.⁵⁷ Ein Katalog an Abgrenzungskriterien, der verschiedene Ansätze kombiniert, hat sich letztendlich durchgesetzt.⁵⁸ Demnach liegt ein unmittelbares Ansetzen des Täters vor, wenn er subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht es los“ überschreitet und objektiv nach seiner Vorstellung eine Handlung vornimmt, die im ungestörten Fortgang ohne wesentliche Zwischenakte oder jedenfalls in unmittelbar räumlichen und engem zeitlichen Zusammenhang in die Tatbestandsverwirklichung einmündet.⁵⁹ Für das Über-

⁵⁰ Geppert, Jura 2011, 30 (35).

⁵¹ Sinner, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 11 Rn. 44.

⁵² Brodowski, ZStW 133 (2021), 913 (922).

⁵³ Murmann, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, Vor §§ 22 ff. Rn. 21; Brüning, NStZ 2006, 253 (254 f.).

⁵⁴ Joecks/Scheinfeld, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 27 Rn. 23; Grabow/Pohl, Jura 2009, 656 (657); a.A. Brodowski, ZStW 133 (2021), 913 (923).

⁵⁵ Brüning, NStZ 2006, 253 (255).

⁵⁶ Murmann, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 22 Rn. 115.

⁵⁷ Darstellungen der Meinungen bei Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 22 Rn. 13 ff.

⁵⁸ Krack, JA 2015, 905 (908).

⁵⁹ Wessel/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 947 m.w.N.

schreiten der Versuchsschwelle genügt es in den meisten Fällen, dass der Täter ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes verwirklicht.⁶⁰ Die sog. Teilverwirklichungslehre behauptet sogar, dass jede Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals immer schon einen Versuch begründet.⁶¹ Allerdings ist diese These in ihrer Pauschalität nicht mit § 22 StGB in Einklang zu bringen und bedarf somit einer Präzisierung.⁶² Zum einen blendet sie die in § 22 StGB enthaltene subjektive Komponente aus, wenn das Versuchsstadium nur durch eine objektive Teilverwirklichung zu erreichen wäre. Zum anderen verlangt § 22 StGB ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des (gesamten) Tatbestandes und nicht das Ansetzen zur bloßen Verwirklichung eines einzelnen Tatbestandsmerkmals.⁶³ Mithin ist der Teilverwirklichungslehre nur zuzustimmen, „wenn der Täter mit der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals zugleich auch zur Verwirklichung aller anderen Tatbestandsmerkmale unmittelbar ansetzt“⁶⁴. Insbesondere bei mehraktigen Geschehensverläufen, wie dem Betrug, ist mit der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals nicht zwingend das Versuchsstadium erreicht.⁶⁵ In problematischen Konstellationen sind deshalb die zuvor genannten Abgrenzungskriterien heranzuziehen und „unter Beachtung der Umstände des Einzelfalls“⁶⁶ abzuwägen.

Gerade für den *modus operandi* „Falscher Polizeibeamter“ ist charakteristisch, dass mehrere Tatbeteiligte in zeitlichem Abstand verschiedenartige Tatbeiträge erbringen. Wann der einzelne Mittäter nun in das Versuchsstadium eintritt, ist umstritten.⁶⁷ Nach der herrschenden sog. Gesamtlösung beginnt der Versuch für alle Mittäter, sobald ein Mittäter in Vollzug des gemeinsamen Tatplans unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt.⁶⁸ Das Schrifttum vertritt teilweise eine sog. Einzelösung. Danach beginnt der Versuch für jeden Mittäter getrennt, und zwar dann, wenn er zur Verwirklichung seines die Mittäterschaft begründenden Tatbeitrags unmittelbar ansetzt.⁶⁹ Relevant wird der Streit also nur, wenn der „Abholer“ nicht bereits selbst unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt hat.

3. Die Rechtskraft des Strafbefehls – Umfang und Reichweite des prozessualen Tatbegriffs⁷⁰

„Aufhänger“ der Entscheidung ist ihre prozessuale Einkleidung. Fraglich ist, ob aufgrund des rechtskräftigen Strafbefehls ein dauerhaftes Verfahrenshindernis bezüglich der Straftaten vorliegt, die wegen der falschen Polizeibeamten-Masche in Betracht kommen.

Art. 103 Abs. 3 GG enthält „das Verbot einer mehrmaligen Bestrafung wegen derselben Tat aufgrund der allgemeinen Strafgesetze“. Die Vorschrift enthält über ihren Wortlaut hinaus nicht nur das Verbot der Doppelbestrafung, sondern verbietet auch jede weitere Verfolgung eines Normverstößes, soweit über diesen bereits rechtskräftig entschieden worden ist. Art. 103 Abs. 3 GG entfaltet damit

⁶⁰ BGH NStZ 2011, 400 (401).

⁶¹ Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 15 Rn. 48; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 22 Rn. 3; Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 70. Aufl. 2023, § 22 Rn. 9; OLG Bamberg NStZ 1982, 247.

⁶² Murmann, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 22 Rn. 120.

⁶³ Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 120.

⁶⁴ Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 22 Rn. 12.

⁶⁵ BGH NJW 1983, 1130; BGH NStZ 1991, 385.

⁶⁶ BGH NStZ 2019, 79.

⁶⁷ Vgl. dazu Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 22 Rn. 55.

⁶⁸ Engländer, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 22 Rn. 91 m.w.N.

⁶⁹ Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 297 m.w.N.

⁷⁰ Dazu Brüning, *Das Verhältnis des Strafrechts zum Disziplinarrecht*, 2017, S. 295 ff.

eine umfassende Sperrwirkung der Entscheidung in derselben Sache. Das Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung stellt damit ein verfassungsrechtlich verbürgtes Verfahrenshindernis dar.⁷¹

Bei der Bestimmung des Regelungsumfangs ist zu beachten, dass es sich bei Art. 103 Abs. 3 GG um ein sog. normgeprägtes Grundrecht handelt. Das heißt, was unter den Begriffen „dieselbe Tat“, „allgemeine Strafgesetze“ oder „mehrmals bestraft“ zu verstehen ist, hängt wesentlich von der Ausgestaltung der einfachgesetzlichen Regelungen ab.⁷² Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob das Fahren ohne Fahrerlaubnis und die Straftaten im Zusammenhang mit der falschen Polizeibeamten-Masche zu einer Tat zusammengefasst werden, mit der Folge, dass ein Verfahrenshindernis vorliegt, oder ob es sich um zwei (prozessuale) Taten handelt, mit der Folge, dass die Rechtskraft des Strafbefehls hinsichtlich der in Rede stehenden Straftaten nicht eintritt und damit kein Verfahrenshindernis vorliegt.

Das deutsche Straf- und Strafprozessrecht kennt im Wesentlichen zwei Tatbegriffe, einen prozessualen und einen materiell-rechtlichen. Während der materielle Tatbegriff regelt, wie zu bestrafen ist, wenn der Täter durch eine oder mehrere Handlungen denselben oder verschiedene Tatbestände verwirklicht hat, bestimmt der prozessuale Tatbegriff i.S.d. §§ 155, 264 StPO ein konkretes Geschehen bzw. einen historischen Vorgang. Der materielle Tatbegriff schafft damit die Voraussetzung für eine gerechte Strafzumessung bei Zusammentreffen mehrerer Straftatbestände, während der prozessuale Tatbegriff den Verfahrensgegenstand bestimmt. Er legt fest, worüber das Strafgericht im Hauptverfahren urteilt und bestimmt den Umfang der Rechtskraft.

Inhalt und Reichweite des prozessualen Tatbegriffs sind umstritten. Dies liegt vor allem daran, dass der prozessuale Tatbegriff verschiedene Funktionen erfüllt, und zwar die Begrenzung des Prozessstoffes, die Begrenzung des Entscheidungsgegenstandes und die Begrenzung des Umfangs der Rechtskraft.⁷³ Dabei gilt: Wird der prozessuale Tatbegriff weit ausgelegt, erschwert dies die Verteidigung des Angeklagten im Hauptverfahren, weil der Prozessgegenstand auf alle Vorgänge ausgedehnt werden kann, die die prozessuale Tat umfassen. Gleichzeitig erweitert ein weit ausgelegter prozessualer Tatbegriff die Rechtskraftwirkung und damit den Schutz vor erneuter Strafverfolgung.⁷⁴

In Rechtsprechung und Lehre wird die prozessuale Tat ganz überwiegend als einheitlicher geschichtlicher Vorgang definiert, der das gesamte Verhalten des Täters widerspiegelt, soweit es bei natürlicher Betrachtungsweise einen einheitlichen Lebensvorgang darstellt,⁷⁵ wobei zwischen den einzelnen Verhaltensweisen des Täters eine innere Verknüpfung dergestalt bestehen müsse, dass die „getrennte Aburteilung in verschiedenen erstinstanzlichen Verfahren als unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs empfunden würde“. ⁷⁶ Kriterien für die Einheitlichkeit bzw. die innere Verknüpfung sind etwa die zeitliche oder örtliche Nähe der Geschehnisse, deren kausale, finale oder logische Abfolge bzw. die einheitliche Motivation des Täters. Der BGH führt aus:

⁷¹ Radtke, in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2022, Art. 103 Rn. 45.

⁷² Nolte/Aust, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 184; Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 6, 100. Lfg., Stand: Januar 2023, Art. 103 Abs. 3 Rn. 50; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 15.

⁷³ Beulke, in: FG 50 Jahre BGH, 2000, S. 781 f.; Norouzi, in: MüKo-StPO, Bd. 2, 2016, § 264 Rn. 3.

⁷⁴ Vgl. dazu ausführlich, Kühne, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Bd. 1, 27. Aufl. 2016, Einleitung, Abschnitt K Rn. 52.

⁷⁵ BVerfG NStZ 2004, 687 (688); BGHSt 13, 320 (322); 29, 288 (292); 32, 215 (216); 35, 60 (61); Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl. 2021, § 13 Rn. 2.

⁷⁶ BGHSt 41, 385 (388); BGH NStZ 2014, 102 (103).

„Die prozessuale Tat wird in der Regel durch Tatort, Tatzeit und das Tatbild umgrenzt und insbesondere durch das Täterverhalten sowie die ihm innewohnende Angriffsrichtung und durch das Tatopfer bestimmt.“⁷⁷

Der auf den ersten Blick naturalistisch wirkende Tatbegriff wird also letztlich durch eine Vielzahl normativer Erwägungen ergänzt oder ersetzt.⁷⁸

Auch wenn zwischen dem materiellen und dem prozessualen Tatbegriff zu unterscheiden ist, gilt doch der Grundsatz, dass eine materielle Tat i.S.d. § 52 StGB auch eine prozessuale Tat darstellt. Umgekehrt liegen bei Tatmehrheit i.S.d. § 53 StGB grundsätzlich auch mehrere prozessuale Taten vor.⁷⁹ Diese Grundsätze gelten jedoch nicht ausnahmslos.

Besonderheiten der materiellen Konkurrenzlehre, die sich damit auch auf den prozessualen Tatbestand auswirken können (aber nicht zwingend müssen), ergeben sich bei Delikten mit zeitlicher Kontinuität. Dazu zählen Dauer- und Organisationsdelikte. Kennzeichnend für die hier relevanten Dauerdelikte ist die ununterbrochene Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustands, wie dies etwa beim Hausfriedensbruch oder der Freiheitsberaubung der Fall ist, oder die ununterbrochene Vornahme einer deliktischen Handlung, wie etwa beim Fahren ohne Fahrerlaubnis nach § 21 StVG. Man spricht hier von einer tatbestandlichen Handlungseinheit, die erst durch Zäsurwirkungen, wie etwa einen neuen Willensentschluss unterbrochen werden könne.

Verwirklicht die Tathandlung des Dauerdelikts gleichzeitig den Tatbestand eines Zustandsdelikts, so stehen die Delikte aufgrund der Teilidentität der Ausführungshandlung im Verhältnis der Tateinheit nach § 52 StGB zueinander. Dies gilt z.B., wenn die Wegnahme eines größeren Gegenstandes i.S.d. § 242 StGB erst vollendet ist, wenn der Täter mit dem Fahrzeug losfährt und den Gegenstand abtransportiert. Das Fahren ohne Fahrerlaubnis ist dann mit der Wegnahme teilidentisch. Ist die Wegnahme dagegen bereits vor der Transportfahrt vollendet, dann fehlt es an einer die Tateinheit begründenden Teilidentität. Etwas anderes kann gelten, wenn die Diebstahlshandlungen ihrerseits zu einer natürlichen Handlungseinheit verbunden sind.⁸⁰ Eine natürliche Handlungseinheit setzt voraus, dass zwischen mehreren strafrechtlich erheblichen Verhaltensweisen, die von einem einheitlichen Willen getragen werden, ein unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht und das gesamte Tätigwerden bei natürlicher Betrachtungsweise auch für einen „objektiven“ Dritten als ein einheitliches Tun erscheint.⁸¹ Darunter fällt eine wiederholte Tatbegehung, z.B. wenn A dem B wiederholt auf Nase und Kinn schlägt. Hierunter fällt aber auch eine sukzessive Tatbegehung, etwa wenn C in ein Museum einbricht und zunächst ein Gemälde und dann ein weiteres Gemälde heraus trägt. In den Fällen der natürlichen Handlungseinheit soll nicht nur eine Handlung, sondern auch nur eine Tat vorliegen, also eine Körperverletzung und ein Diebstahl.

Eine rechtliche Handlungseinheit wird von der Rechtsprechung ferner zwischen mehreren Tathandlungen angenommen, die zwar weder bewegungs- noch zeitgleich begangen werden, sich aber jeweils mit demselben dritten Delikt überschneiden, wodurch eine sog. Verklammerung eintritt.⁸² Wenn T sein Opfer O während einer Freiheitsberaubung schlägt und später beleidigt, dann stehen nicht nur die Körperverletzung und die Beleidigung aufgrund der Teilidentität der Ausführungshand-

⁷⁷ BGH NJW 2022, 2349 (2350 Rn. 9) m.w.N.; BGH NStZ 2023, 252.

⁷⁸ Zur Kritik siehe *Rostalski*, *Der Tatbegriff im Strafrecht*, 2019, S. 148 ff.

⁷⁹ *Tiemann*, in: *KK-StPO*, 9. Aufl. 2023, § 264 Rn. 14.

⁸⁰ Im Ergebnis BGH NStZ-RR 2021, 222, ohne allerdings auf die natürliche Handlungseinheit abzustellen.

⁸¹ BGH NStZ-RR 2020, 306.

⁸² *Rönnau/Wegner*, *JuS* 2021, 17 (21).

lung zur Freiheitsberaubung im Verhältnis der Tateinheit nach § 52 StGB, sondern darüber hinaus werden die Körperverletzung und die Beleidigung durch die Freiheitsberaubung zur Tateinheit gem. § 52 StGB verklammert. Etwas anderes soll gelten, wenn das verklammernde Dauerdelikt leichter wiegt als die verklammerten Delikte.

Die Aufzählung der konkurrenzrechtlichen Spielarten bei Dauerdelikten ist hier bei weitem nicht erschöpfend dargestellt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass sich in neueren Entscheidungen des BGH Tendenzen ausmachen lassen, vom „Konstrukt“ der Verklammerung abzurücken und stattdessen Dauerdelikte und Organisationsstraftaten in Einzeltaten aufzuspalten, wenn während der Begehung des Dauerdelikts oder der Organisationsstraftat zugleich andere Straftatbestände verwirklicht werden, die einen höheren Unrechts- und Schuldgehalt aufweisen.⁸³ Welche Auswirkungen diese materiell-rechtlichen Neuerungen der Konkurrenzen auf den prozessualen Tatbegriff haben, ist bislang nicht geklärt.

III. Die Entscheidung

Das OLG Karlsruhe verwirft die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des LG Karlsruhe als offensichtlich unbegründet. Die Vorinstanz hatte den Angeklagten wegen versuchten banden- und gewerbsmäßigen Betruges verurteilt. Aufgrund der bereits rechtskräftigen Verurteilung in einem anderen Verfahren wegen des Fahrens ohne Fahrerlaubnis hält das OLG in ihren Beschlussgründen nur die Frage des Strafanklageverbrauchs für erörterungsbedürftig.

Das Gericht geht davon aus, dass der versuchte Betrug und das Fahren ohne Fahrerlaubnis in Tatmehrheit i.S.d. § 53 StGB zueinander stehen und zwei verschiedene prozessuale Taten i.S.d. § 264 StPO bilden, so dass die Strafklage im vorliegenden Verfahren nicht verbraucht sei.⁸⁴ Tateinheit i.S.d. § 52 StGB komme zwischen den Delikten „schon aufgrund der langen Unterbrechung – der Angeklagte hatte das Fahrzeug von 20.16 Uhr bis 22.20 Uhr in einer Nebenstraße in der Nähe der Wohnung der Geschädigten abgestellt –“ nicht in Betracht.⁸⁵

Des Weiteren merkt das OLG an, dass „in Ausnahmefällen [...] trotz materieller Tatmehrheit nur eine prozessuale Tat gegeben sein [kann]. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn die einzelnen Handlungen unter Berücksichtigung ihrer strafrechtlichen Bedeutung derart miteinander verknüpft sind, dass der Unrechts- und Schuldgehalt der einen nicht ohne die Umstände der anderen Handlung richtig gewürdigt werden kann und ihre getrennte Würdigung und Aburteilung als unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs erscheinen würde.“⁸⁶ In der vorliegenden Entscheidung verneint das Gericht eine derartige Verknüpfung. Der enge örtliche und räumliche Zusammenhang zwischen den Taten reiche hierfür allein nicht aus.

„Der Umstand, dass der Angeklagte bei Beginn seiner Fahrt [...] Vorsatz sowohl in Bezug auf das Fahren ohne Fahrerlaubnis als auch bereits in Bezug auf den Betrug hatte (und er nur deshalb überhaupt die Fahrt unternahm), genügt zur Herstellung des inneren Zusammenhanges gleichfalls nicht.“⁸⁷

⁸³ BGH NJW 2016, 657; BGH NJW 2018, 2905.

⁸⁴ OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 4059 Rn. 12.

⁸⁵ OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 4059 Rn. 16.

⁸⁶ OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 4059 Rn. 15.

⁸⁷ OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 4059 Rn. 16.

Explizit rekurriert das OLG auf zwei Entscheidungen des BGH⁸⁸, in denen das Wegfahren mit dem Auto vom Tatort für eine rasche Flucht bzw. der Abtransport der Beute durch ein Fahrzeug erforderlich gewesen war und der BGH zwischen dem Vermögensdelikt und dem Fahren ohne Fahrerlaubnis Tateinheit angenommen hatte. Beides sei im vorliegenden Fall nicht notwendig gewesen, was gegen die Annahme einer einheitlichen prozessualen Tat spräche. Schließlich weist das Gericht darauf hin:

„Der Täter hätte die Tat auch bei Anreise mit öffentlichen Verkehrsmitteln durchführen können, wengleich sich hierdurch die Anfahrt und insbesondere die in den Nachtstunden liegenden Rückfahrt beschwerlicher gestaltet hätten.“⁸⁹

Die geforderte innere Verknüpfung bestehe folglich nicht, wenn die Verwendung des Leihfahrzeuges „nur praktischer für die Tatausführung, nicht jedoch deren zwingende Voraussetzung“ ist.⁹⁰

Abschließend bemängelt das Gericht, „dass die Staatsanwaltschaft die beiden Sachverhalte – ohne ersichtlichen Grund – einer getrennten Bearbeitung zugeführt hat [...]“.⁹¹ Eine prozessuale Identität zwischen dem Fahren ohne Fahrerlaubnis und dem versuchten Betrug vermag auch dieser Umstand vorliegend nicht zu begründen.

IV. Bewertung der Entscheidung

Für das Ergebnis, also eine Verurteilung wegen versuchten bandenmäßigen und gewerbsmäßigen Betrugs spricht viel. Die dazu gegebene Begründung ist allerdings nicht vollständig. Zum einen fehlt eine täterschaftliche Einordnung. Zum anderen ist völlig unklar, aus welchem Grund das Gericht das unmittelbare Ansetzen bejaht. Die Annahme, dass nur die Frage des Straflageverbrauchs erörterungsbedürftig sei, vermag daher nicht zu überzeugen.

1. Diebstahl gem. § 242 StGB oder Betrug gem. § 263 StGB

Zu Recht ordnet der *Senat* das Tatgeschehen als versuchten Betrug ein.

Dass die Tat nicht vollendet ist, sondern allenfalls das Versuchsstadium erreicht hat, ergibt sich bereits daraus, dass das Opfer die Vermögensgegenstände nicht zur Abholung vor der Wohnungstür deponiert hat. Mit Blick auf den oben beschriebenen „Gleichlauf“ der Delikte liegt demnach mangels Gewahrsamsverlust also weder eine Wegnahme noch eine Vermögensverfügung vor.

Für die Frage, ob aber ein versuchter Diebstahl oder ein versuchter Betrug vorliegt, ist maßgeblich, ob die intendierte Gewahrsamsverschiebung freiwillig erfolgte oder nicht. Ist ersteres der Fall, kann aufgrund des Einverständnisses keine Wegnahme vorliegen, so dass allenfalls eine Betrugsstrafbarkeit in Betracht käme. Da die Freiwilligkeit aber im Zeitpunkt der Gewahrsamsverschiebung gegeben sein muss, kann die Frage, ob das Ablegen der Vermögensgegenstände vor der Wohnungstür bereits einen Gewahrsamsverlust begründet hätte, nicht offenbleiben. Hinzukommt, dass der mögliche Vollendungszeitpunkt auch den Bezugspunkt für das unmittelbare Ansetzen und Fragen der Täterschaft und Teilnahme bildet.

⁸⁸ BGH NStZ 1996, 41; BGH NStZ-RR 2021, 222.

⁸⁹ OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 4059 Rn. 18.

⁹⁰ OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 4059 Rn. 18.

⁹¹ OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 4059 Rn. 19.

Geht man davon aus, dass Gegenstände, die vor einer Wohnungstür abgestellt werden, sich nicht im öffentlichen Raum, sondern im Treppenhaus oder auf dem eigenen Grundstück befinden, lagern die Gegenstände trotz einer faktischen Zugriffsmöglichkeit der Täter noch im räumlichen Machtbereich der Opfer. Die Opfer können – solange die Gegenstände nicht abgeholt wurden – weiterhin jederzeit auf die Gegenstände zugreifen, sodass für die Täter keine optimale Beherrschungsmöglichkeit bestanden hätte. Das Deponieren vor der Haustür begründet folglich lediglich eine Gewahrsamslockerung und noch keine Gewahrsamsverschiebung.

Eine Gewahrsamsverschiebung träte erst in dem Moment ein, indem die Täter die Vermögensgegenstände abgeholt und damit in ihren Machtbereich überführt hätten.

Zu beachten ist dabei, dass es auch Fallvarianten des „falschen Polizeibeamten“ gibt, in denen die Opfer aufgefordert werden, die Vermögensgegenstände in Verstecken außerhalb ihrer Wohnung zu deponieren. In diesen Varianten ist es nicht ausgeschlossen, dass bereits im Zeitpunkt des Ablegens im Versteck eine Gewahrsamsverschiebung anzunehmen wäre.

Dann stellt sich die Frage, ob die intendierte Gewahrsamsverschiebung freiwillig erfolgte. Oben haben wir festgestellt, dass in den Fallkonstellationen des „falschen Kriminalbeamten“ aufgrund der in Aussicht gestellten Zwangsmittel (Beschlagnahme) aus Sicht des Opfers keine Wahlmöglichkeit und damit kein Einverständnis vorlag. Aber genau in diesem Punkt unterscheiden sich die hier relevanten Fälle des „falschen Polizeibeamten“. Den Opfern wird zwar auch vorgespielt, dass es sich bei den handelnden Protagonisten um Polizisten handelt. Aber im vorliegenden Fall wird nicht mit der Anwendung von Zwangsmitteln gedroht, sondern lediglich ein Ausweg für eine vorgespielte bedrohliche Situation „angeboten“. Die Opfer gehen folglich nicht davon aus, den Gewahrsam an den Wertgegenständen unabhängig davon zu verlieren, wie sie sich verhalten. Damit wäre die intendierte Gewahrsamsverschiebung freiwillig erfolgt, mit der Folge, dass eine Wegnahme mangels Einverständnisses ausscheidet und ein für die Vermögensverfügung erforderliches freiwilliges Handeln vorliegt.

Da auch die weiteren Tatbestandsmerkmale des Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB anzunehmen sind, geht das das Gericht zu Recht von einer Betrugsstrafbarkeit aus.

2. Beteiligungsprobleme

Das OLG wertet das Verhalten des Angeklagten als täterschaftliche Beteiligung am versuchten Betrug, wobei der *Senat* nicht ausdrücklich erwähnt, dass es sich um eine mittäterschaftliche Beteiligung gem. § 25 Abs. 2 StGB handelt. Dies erstaunt, da die tatbestandsmäßige Täuschung des Opfers nicht durch den Angeklagten, sondern durch die in Call-Centern agierenden „Keiler“ zuvor erfolgte. Der Angeklagte kann also allenfalls gem. § 25 Abs. 2 StGB Mittäter sein, wenn ihm die Täuschungshandlung insoweit zugerechnet werden können.⁹² Im vorliegenden Fall ist dabei die Besonderheit zu beachten, dass der Angeklagte nur wegen versuchten Betruges verurteilt wurde und daher auch die Voraussetzungen der Mittäterschaft nicht objektiv vorliegen müssen, sondern sich lediglich der Tatentschluss auf eine mittäterschaftliche Begehung richten muss und der Angeklagte insoweit unmittelbar zur Tat angesetzt haben muss.

Dass ein gemeinsamer Tatplan vorliegt, kann wohl als gegeben vorausgesetzt werden. Darüber hinaus muss er der Angeklagte auch mit Tatentschluss in Bezug auf einen wesentlichen Tatbeitrag i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB gehandelt haben. Dementsprechend stellt sich die Frage, ob der Tatbeitrag

⁹² Demgegenüber ist der an der Tür klingelnde „Abholer“ in der Regel Alleintäter (§ 25 Abs. 1 Var. 1 StGB), wenn das Opfer von ihm getäuscht das „Beutepäckchen“ aushändigen und damit irrtumsbedingt über sein Vermögen verfügen soll.

noch im Ausführungsstadium geleistet wurde und ob er mit Blick auf die Abgrenzung zur Beihilfe gem. § 27 StGB auch wesentlich war.

In der vorliegenden Konstellation führte erst die Abholung des „Beutepäckchens“ zur Deliktvollendung, und zwar – wie bereits ausgeführt – wenn das Opfer irrtumsbedingt die endgültige Preisgabe des (gelockerten) Gewahrsams, also die Gewahrsamsverschiebung, duldet und durch den Besitzverlust ein Vermögensschaden entsteht. Insoweit handelte der Angeklagte auch mit Tatentschluss, einen Tatbeitrag im Ausführungsstadium leisten zu wollen. Dieser Tatbeitrag ist auch ein wesentlicher, weil von seinem Tatbeitrag das Gelingen der Tat abhängt. Für eine bloße Beteiligung als Gehilfe (§ 27 StGB) ließe sich lediglich anführen, dass der „Abholer“ sich an der Organisation der Tat nicht beteiligt und keinen persönlichen Kontakt zum Opfer hat.⁹³ Allerdings bewirkt gleichwohl sein Tatbeitrag im Ausführungsstadium ein Opferverhalten, da die Geschädigte infolge der Abholung des „Beutepäckchens“ die unmittelbare Vermögensminderung duldet. Darüber hinaus nimmt der „Abholer“ als einziger Tatbeteiligter vor Ort und unter Berücksichtigung der vorherrschenden Arbeitsteilung eine wesentliche Rolle innerhalb der Tätergruppierung ein. Mithin ist auch in wertender Betrachtung der vorliegenden Umstände von der mittäterschaftlichen Tatbeteiligung des Angeklagten auszugehen.

Zu beachten ist, dass in den Fallvarianten, in denen die Opfer aufgefordert werden, die Vermögensgegenstände in Verstecken außerhalb ihrer Wohnung zu deponieren, bereits eine Gewahrsamsverschiebung erfolgt sein könnte und damit ein vollendetes Delikt vorliegt. In diesen Fallkonstellationen würde der mittäterschaftliche Tatbeitrag nicht mehr im Ausführungsstadium, sondern erst im Beendigungsstadium erfolgen, mit der Folge, dass sich die Frage stellt, ob eine sukzessive Mittäterschaft überhaupt möglich ist.

Das OLG nimmt weiterhin ohne nähere Begründung an, dass der „Abholer“, nachdem er die Fahrt zum geplanten Abholort ohne Fahrerlaubnis absolviert hat, in das Versuchsstadium des Betruges eingetreten ist,⁹⁴ also unmittelbar zur Tat angesetzt hat. Ein Überschreiten der Versuchsschwelle läge jedenfalls nach der Einzellösung vor, wenn der „Abholer“ in Erwartung eines bereits vor der Tür deponierten „Beutepäckchens“, das Grundstück des Opfers betritt und die Wohnungstür in Augenschein nimmt. Demgegenüber stellt das bloße Aufsuchen des Tatorts typischerweise noch eine straflose Vorbereitungshandlung dar.⁹⁵ Nach den Feststellungen des LG „fuhr der Angeklagte [zu der Adresse des Opfers] und lief dort zwischen 20.16 Uhr und 21.55 Uhr in der Nähe der Wohnung [...] umher, um ein eventuelles Beutepäckchen der Geschädigten abzuholen. [...] Nachdem der Angeklagte, der während des Umherlaufens mindestens zweimal mit seinem Hintermann telefoniert und erkannt hatte, dass es an diesem Abend nicht mehr zur Bereitstellung eines Beutepäckchens kommen werde, fuhr er gegen 22.00 Uhr unverrichteter Dinge wieder nach Hause.“⁹⁶ Ob der ca. 1,5 Stunden umherlaufende „Abholer“ nach seiner Vorstellung unmittelbar zum Betrug angesetzt hat, ist nach den Feststellungen der Vorinstanz nicht belegt und letztendlich eine Tatfrage. Insbesondere bleibt nach dem Abstellen des Fahrzeuges „in einer Nebenstraße in der Nähe der Wohnung der Geschädigten“⁹⁷ offen, wie nach Vorstellung des Angeklagten die Abholung des „Beutepäckchens“ konkret ablaufen sollte und inwieweit dann während des Umherlaufens schon die erforderliche Handlungsunmittelbarkeit bzw. konkrete Gefährdung des geschützten Rechtsguts bestand. Lehnt

⁹³ Vgl. BGH NStZ 2022, 95 (96).

⁹⁴ OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 4059 Rn. 14.

⁹⁵ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 22 Rn. 6.

⁹⁶ OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 4059 Rn. 3.

⁹⁷ OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 4059 Rn. 16.

man die versuchte Betrugsstrafbarkeit ab, bliebe noch eine Strafbarkeit wegen der Verabredung zum banden- und gewerbsmäßigen Betrug gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 5, 30 Abs. 2 StGB übrig.

Nichtdestotrotz wäre der Angeklagte nach der sog. Gesamtlösung bereits in das Versuchsstadium eingetreten, wenn nur einer seiner Mittäter in Vollzug des gemeinsamen Tatplans unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt hat. In der vorliegenden Konstellation ist ein Überschreiten der Versuchsschwelle durch die „Keiler“ in Betracht zu ziehen, da diese zumindest die tatbestandsmäßige Täuschungshandlung i.S.d. § 263 StGB vornehmen. Allerdings zielen hier die Telefonanrufe der „Keiler“ nur darauf ab, das Opfer dazu zu bewegen, Geld und Wertgegenstände vor die eigene Wohnungstür zu legen. Die Täuschung bewirkt somit lediglich eine Gewahrsamslockerung und noch keine unmittelbare Vermögensminderung. Die irrtumsbedingte Vermögensverfügung tritt erst – nach zeitlicher Zäsur – ein, wenn das Opfer infolge der Abholung die endgültige Preisgabe des Gewahrsams am „Beutepäckchen“ duldet, also eine Gewahrsamsverschiebung vorliegt. Demnach hängt die Tatbestandserfüllung aus der Sicht der „Keiler“ noch von der Entschlussfassung des „Abholers“ ab, der von einem „Logistiker“ informiert die Adresse des Opfers aufsucht und das vor der Tür deponierte „Beutepäckchen“ einsammelt. Das Tätigwerden des „Abholers“ stellt mithin noch einen wesentlichen Zwischenakt dar, ohne den das Vermögen der Geschädigten keiner unmittelbaren Gefährdung ausgesetzt war. Der „Keiler“ erbringt folglich seinen Tatbeitrag noch im Vorbereitungsstadium und setzt i.S.d. § 22 StGB nicht unmittelbar zur Verwirklichung aller Tatbestandsmerkmale des Betruges an. Mithin ist auch nach der sog. „Gesamtlösung“ eine Versuchsstrafbarkeit des Angeklagten nicht zu begründen.

3. Die Rechtskraft des Strafbefehls – Umfang und Reichweite des prozessualen Tatbegriffs

Die in dem Beschluss angeführten Gesichtspunkte zum prozessualen Tatbegriff und zur Rechtskraft vermögen dagegen zu überzeugen.

Zunächst ist es im vorliegenden Fall zu Recht fernliegend, zwischen dem Betrug und dem Fahren ohne Fahrerlaubnis Tateinheit gem. § 52 StGB anzunehmen. Eine tatbestandliche Handlungseinheit liegt nicht vor, da das Fahren ohne Fahrerlaubnis mit keinem Tatbestandsmerkmal des Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB teilentwischen ist. Ferner liegt keine rechtliche Handlungseinheit durch eine sog. Verklammerung vor. Und schließlich stellt das Geschehen auch keine natürliche Handlungseinheit dar. Die Taten stehen im konkurrenzrechtlichen Sinne im Verhältnis der Tatmehrheit gem. § 53 StGB. In diesen Fällen liegen grundsätzlich auch zwei prozessuale Taten vor. Anhaltspunkte dafür, dass dies im vorliegenden Fall ausnahmsweise anders sein sollte, sind nicht erkennbar. Beide Taten haben eine erkennbare andere Angriffsrichtung und verletzen verschiedene Rechtsgüter. Sie sind nicht von einer einheitlichen Motivation getragen und basieren nicht auf einem Gesamtplan. Insoweit ist auch der Hinweis des OLG zu verstehen, dass der Täter alternativ auch den öffentlichen Nahverkehr hätte in Anspruch nehmen können. Daher liegen zwei prozessuale Taten vor, so dass der Strafbefehl wegen des Fahrens ohne Fahrerlaubnis gem. § 21 StVG keinen Strafklageverbrauch in Bezug auf die versuchte Betrugsstraftat bewirken konnte.

V. Fazit und Ausblick

Die Bedeutung der Entscheidung liegt aus studentischer Sicht vor allem darin, dass sie sich hervorragend als Grundlage für eine (Examens-)Klausur eignet. Wie der Beschluss zeigt, können die zahlreich vorhandenen materiell-rechtlichen Probleme des „falschen Polizeibeamten“ auch mit prozessualen Fragen kombiniert werden.

In einer Klausur ist es außerordentlich wichtig, darauf zu achten, dass der modus operandi „Falscher Polizeibeamter“ eine Vielzahl von ähnlich gelagerten Fällen umfasst. Je nach den Umständen des Einzelfalls kann z.B. eine Mitwirkung des „Abholers“ noch vor oder schon nach Vollendung des Betruges vorgesehen sein. Der Zeitpunkt der Tatbeteiligung spielt insbesondere bei der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme eine entscheidende Rolle, so dass sich für ähnliche Fälle unterschiedliche Probleme und Ergebnisse ergeben können. Kein Fall ist wie der andere. Dringend zu warnen ist davor, das Prüfungsschema und die Streitstände auswendig zu lernen. Wichtig ist vielmehr, sich mit den dogmatischen Grundlagen eingehend auseinanderzusetzen und die Struktur sowie die Anforderungen der einzelnen Prüfungspunkte zu verstehen.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 4.5.2023 – 5 StR 38/23 (LG Flensburg)¹

Urkundenfälschung mittels Collagen, Verjährungsunterbrechung

1. Die Wirkung einer verjährungsunterbrechenden Handlung bezieht sich grundsätzlich auf alle verfahrensgegenständlichen Taten. Dabei hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab, welche Taten innerhalb eines Geschehenskomplexes bereits Gegenstand einer Untersuchungshandlung sind.
2. Eine als solche erkennbare Collage ist keine Urkunde, weil ihr Beweiseignung und Beweisbestimmung fehlen. Die Vorlage einer Fotokopie einer solchen Collage stellt daher auch kein Gebrauchmachen einer Falschurkunde i.S.v. § 267 Abs. 1 StGB dar.

(Leitsätze des Verf.)

StGB §§ 78, 78a, 78c Abs. 1, 263 Abs. 1, 267 Abs. 1

StPO § 206a Abs. 1

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster

I. Einführung

In dem hier besprochenen Beschluss geht es zum einen um Fragen der Verjährung, insb. um die Unterbrechung der Verjährungsfrist. An dieser Stelle betritt die Entscheidung des *Senats* kein Neuland, veranschaulicht aber die im Falle potenzieller Verjährung (auch in einer Klausur) zu beachtenden Prüfungsschritte. Zum anderen thematisiert der *Senat* in seinem Beschluss erneut die Urkundenfälschung unter Einsatz von Fotokopien. Bekanntlich billigt die Rspr. Fotokopien ja grundsätzlich keine Urkundsqualität zu, gelangt aber dennoch zur Strafbarkeit, wenn zur Herstellung der zu Täuschungszwecken verwendeten Fotokopie eine Falschurkunde eingesetzt wurde, da die Vorlage der Kopie dann als Gebrauchmachen von dem gefälschten Original zu bewerten sei. Um einen solchen Fall ging es hier, weil der Angeklagte die zu Betrugszwecken verwendeten Kopien u.a. mittels diverser zusammengeklebter Collagen aus echten, nicht von ihm stammenden Urkunden sowie selbst verfassten Schrifteilen hergestellt hatte. Wie die Entscheidung zeigt, führt aber ein solches Verfahren selbst nach der Rspr. nicht unbedingt zur Strafbarkeit nach § 267 Abs. 1 StGB.

II. Der Sachverhalt

Der Angeklagte, zum Tatzeitpunkt städtischer Beamter, war von der großen Strafkammer des Landgerichts Flensburg wegen Betruges in 20 Fällen, davon in 17 Fällen in Tateinheit mit Urkundenfälschung, ferner wegen eines weiteren Betrugsversuches in Tateinheit mit Urkundenfälschung zu einer

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=82b3c4687db75ef615c07ce7812559da&nr=133720&pos=0&anz=1>.

Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und vier Monaten unter Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt worden.²

Bei den drei ausschließlich als Betrug abgeurteilten Fällen 19–21 hatte der Angeklagte gegenüber seinem Dienstherrn die Zahlung eines Familienzuschlages für seine beiden Stiefkinder beantragt, obschon ein entsprechender Anspruch nicht bestand, weil besagte Stiefkinder nicht mehr in seinem Haushalt lebten. Der erste Antrag erfolgte bereits im Jahre 2010 (Fall 19). Im April 2013 (Fall 20) sowie im Mai 2014 (Fall 21) wiederholte er seinen falschen Tatsachenvortrag in gleichartigen Folgeanträgen, was insgesamt zu Überzahlungen von Familienzuschlägen durch die Besoldungsstelle i.H.v. rund 33.000 € führte.³

In den übrigen Fällen 1–18, die als Betrug (bzw. Betrugsversuch) in Tateinheit mit Urkundenfälschung abgeurteilt worden waren, hatte der Angeklagte insgesamt 102 falsche Arztrechnungen, Rezepte und Fahrtkostenabrechnungen erstellt, die er der Beihilfestelle seines Arbeitgebers zum Beleg für angebliche Aufwendungen vorlegte, woraufhin ihm in den Fällen 1–17 Beihilfeleistungen⁴ i.H.v. insgesamt rund 23.000 € zu Unrecht ausgezahlt wurden; im letzten Fall 18 war Verdacht geschöpft und nichts mehr angewiesen worden, weshalb insoweit nur ein Betrugsversuch in Tateinheit mit (vollendeter) Urkundenfälschung vorlag. Die falschen Belege, die er den insgesamt 18 Beihilfeanträgen beigefügt hatte, waren vom Angeklagten zumeist – und insoweit unproblematisch nach § 267 Abs. 1 StGB strafbar – selbst am PC erstellt worden. Einige der Belege jedoch – betroffen waren hier die Fälle 3, 9 und 16 – hatte er gefertigt, indem er in seinem Besitz befindliche ältere Rezepte und Arztrechnungen mit neuerem Datum und weiteren Angaben versah. Dazu hatte er die neuen (Falsch-) Angaben auf Zettel geschrieben, diese auf die Rezept- bzw. Rechnungsoriginale geklebt, hiervon jeweils Kopien erstellt, welche die Überklebungen nicht mehr erkennen ließen, und diese „sauberen“ Fotokopien sodann der Beihilfestelle vorgelegt.⁵

III. Die Entscheidung des Senats

Die vom Angeklagten gegen seine Verurteilung eingelegte Revision blieb hinsichtlich einer – hier nicht interessierenden – Verfahrensrüge erfolglos, führte aber auf die Sachrüge hin im Fall 19 zur Verfahrenseinstellung wegen Verjährung sowie in den (Collage-) Fällen 3, 9 und 16 zur Aufhebung des Schuldspruchs wegen Urkundenfälschung, auf Grund dessen ferner zur Aufhebung des Gesamtstrafenausspruchs und insoweit zur Zurückverweisung an eine andere Strafkammer des Landgerichts Flensburg.

1. Verjährung im Fall 19

Im Fall 19 fand die nach § 263 Abs. 1 StGB tatbestandliche Täuschungshandlung bereits im Jahre 2010 statt, weshalb eine Verjährung der Tat im Raume stand und näher zu prüfen war. Im Falle einer

² Zudem hatte die Strafkammer, was hier nicht weiter interessieren soll, fünf Monate der Strafe wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung für bereits vollstreckt erklärt, vgl. BGH, Beschl. v. 4.5.2023 – 5 StR 38/23, Rn. 1.

³ BGH, Beschl. v. 4.5.2023 – 5 StR 38/23, Rn. 3.

⁴ Die Beihilfe wird bei Beamten auf Antrag anteilig für Aufwendungen in Krankheits- oder vergleichbaren Fällen gezahlt. Ähnlich wie bei einer privaten Krankenversicherung sind bei der Antragstellung entsprechende Belege über Arzt-, Pflege- oder Arzneimittelkäufe auf Rezept bei der zuständigen Beihilfestelle einzureichen. Vgl. beispielhaft für das Land NRW die Verordnung über Beihilfen in Geburts-, Krankheits-, Pflege- und Todesfällen (BVO NRW) v. 5.11.2009 (GV NRW S. 602), zuletzt geändert durch VO v. 17.3.2023 (GV NRW S. 180).

⁵ BGH, Beschl. v. 4.5.2023 – 5 StR 38/23, Rn. 11.

Tatverjährung besteht ein prozessuales⁶ Bestrafungshindernis, welches ggf. auch in einer Klausur mit dem Auftrag, „die Strafbarkeit“ zu prüfen, zu erörtern wäre. Denn „Strafbarkeit“ ist in diesem Kontext als Bestrafbarkeit im konkreten Fall zu verstehen, weshalb auch Prozessvoraussetzungen wie das Vorliegen eines notwendigen Strafantrags, die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts oder eben die Nichtverjährung einer Tat bei entsprechendem Anlass in einer ansonsten materiellrechtlichen Klausur gutachterlich zu erwägen sind. Man siedelt eine solche Prüfung üblicherweise nach der Schuld an; bei eindeutigem Verjährungseintritt wäre es freilich auch erlaubt, die Verjährung gleich an den Anfang der Prüfung zu stellen.

Die Verjährungsfrist des im Fall 19 einschlägigen Betruges beträgt gem. § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB fünf Jahre. Nach § 78a S. 1 StGB beginnt die Frist mit der Tatbeendigung zu laufen, also nicht bereits mit der Tatvollendung im Jahre 2010. Die Beendigung ist nämlich erst anzunehmen, sobald der Taterfolg endgültig eingetreten ist, bei sog. kupierten Erfolgsdelikten wie dem Betrug also erst, wenn der erstrebte Bereicherungserfolg beim Täter vollständig angekommen ist.⁷ Die Falschangaben des Angeklagten im Fall 19 bewirkten laufende Zahlungen des Familienzuschlages durch die Besoldungsstelle bis zur Folgeerklärung im April 2013 (Fall 20), weshalb der *Senat* auf diesen Zeitpunkt die Tatbeendigung im Fall 19 datiert.⁸ Folglich lief die fünfjährige Verjährungsfrist zunächst einmal bis April 2018.

Allerdings kann der Lauf von Verjährungsfristen aus den in § 78c Abs. 1 StGB genannten prozessualen Ereignissen – ggf. auch mehrfach – unterbrochen werden mit der Folge, dass die Frist stets von Neuem beginnt und die Verjährung dann fünf Jahre nach der jeweiligen Unterbrechung eintritt. Allerdings sind keine unendlichen Unterbrechungen und damit kein Hinausschieben des Verjährungseintritts auf den sprichwörtlichen Sankt-Nimmerleins-Tag möglich. Vielmehr tritt nach § 78c Abs. 3 S. 2 StGB spätestens dann Verjährung ein, wenn das Doppelte der ursprünglichen Verjährungsfrist erreicht ist, was daher für Fall 19 spätestens im April 2023 hätte eintreten können. Maßgebender Zeitpunkt wäre jedoch im konkreten Fall gar nicht dieses Datum gewesen, weil das Urteil der Strafkammer bereits am 5.10.2022 ergangen war. Seither, also im weiteren Lauf des Revisionsverfahrens, konnte überhaupt keine Verjährung mehr eintreten, weil nach § 78b Abs. 3 StGB im Falle einer Aburteilung (übrigens selbst bei freisprechendem Urteil) der weitere Lauf der Verjährungsfrist bis zum rechtskräftigen Verfahrensabschluss ruht.

Es kam also im Fall 19 darauf an, ob vor April 2018 Verjährungsunterbrechungen stattgefunden hatten, die dann den Ablauf der Verjährungsfrist mindestens bis zum 5.10.2022 hätten hinausschieben können. Der *Senat* erörtert in diesem Zusammenhang drei Ereignisse, die in unserem Verfahren potenzielle Bedeutung besaßen, darunter zunächst die Anklageerhebung (§ 78c Abs. 1 Nr. 6 StGB) im August 2018. Sie allerdings käme für die Tat im Fall 19 schon zu spät, nämlich erst nach bereits geschehenem Verjährungseintritt,⁹ falls nicht schon vorher wirksame Unterbrechungshandlungen zu finden waren. Immerhin bewirkte die Anklageerhebung eine Verjährungsunterbrechung für die Fälle 20 und 21, die somit bis heute unverjährt geblieben sind.¹⁰

Für Fall 19 kamen als weitere potenzielle Unterbrechungshandlungen eine amtsgerichtliche Durchsuchungsanordnung vom 6.10.2014 (§ 78c Abs. 1 Nr. 4 StGB) sowie eine kurze Zeit später am 14.10.2014 erfolgte Bekanntgabe des Ermittlungsverfahrens gegenüber dem Angeklagten (§ 78c

⁶ Wolter, in: SK-StGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2016, vor § 78 Rn. 6; Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, vor §§ 78 ff. Rn. 3; BGHSt 2, 300 (306 ff.).

⁷ Wolter, in: SK-StGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2016, § 78a Rn. 3; Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 78a Rn. 2; BGH NStZ 2014, 516 f.

⁸ BGH, Beschl. v. 4.5.2023 – 5 StR 38/23, Rn. 5.

⁹ BGH, Beschl. v. 4.5.2023 – 5 StR 38/23, Rn. 5.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 4.5.2023 – 5 StR 38/23, Rn. 4.

Abs. 1 Nr. 1 StGB) in Betracht. Hätten sie die Verjährungsfrist wirksam unterbrochen, wäre die folgende Unterbrechung durch die Anklageerhebung zu noch unverjährter Zeit geschehen, wäre folglich ihrerseits wirksam gewesen und hätte dann im Ergebnis zu einer Verfolgbarkeit selbst von Fall 19 geführt. Aber auch diesen beiden Maßnahmen billigt der *Senat* keine Unterbrechungswirkung zu. Hintergrund war, dass beide zu einem Zeitpunkt ergangen waren, als das Verfahren lediglich wegen der Fälle 1–18 geführt und die Fälle 19–21 den Ermittlungsbehörden noch gar nicht bekannt geworden waren.¹¹ Zwar erfasst eine Unterbrechungshandlung grundsätzlich im Rahmen eines Verfahrens alle prozessualen Taten, die Gegenstand der Ermittlungen sind, ohne dass diese bereits in allen ihren Einzelheiten bekannt sein müssten¹² (was zu Beginn eines Verfahrens auch schlicht unrealistisch wäre). Die entsprechenden prozessualen Taten müssen jedoch in den bisherigen Erkenntnissen schon gewissermaßen angelegt sein,¹³ woran es hier fehlte. Beide Ermittlungsmaßnahmen richteten sich nämlich allein auf Betrugstaten zu Lasten der Beihilfestelle der Stadt und es existierten offenbar noch keine Hinweise auf mögliche weitere Betrugstaten zu Lasten der Besoldungsstelle. Auch betrafen die Täuschungshandlungen andere Sachverhalte (hier: falsche Rechnungen; dort: familiäre Wohnsituation) sowie andere Täuschungsmodalitäten.¹⁴ Es handelte sich also in den Fällen 19–21 um eigenständige prozessuale Taten,¹⁵ die den Ermittlungsbehörden im Oktober 2014 noch nicht einmal ansatzweise ersichtlich waren, weshalb sich die Unterbrechungswirkung der Durchsuchungsanordnung und der Bekanntgabe gegenüber dem Angeklagten, es werde wegen der Beihilfebetrügereien ermittelt, nicht auf die Betrügereien zu Lasten der Besoldungsstelle erstrecken konnte. Damit jedoch war Fall 19 seit April 2018 verjährt, womit insoweit ein Verfahrenshindernis vorlag. Folgerichtig war das Verfahren wegen dieser Tat einzustellen. Da der *Senat* kein Urteil fällte, sondern im Beschlusswege nach § 349 Abs. 2 und Abs. 4 StPO vorging, erfolgte die Einstellung nicht gem. § 260 Abs. 3 StPO, sondern nach dem für Einstellungsentscheidungen außerhalb der Hauptverhandlung einschlägigen § 206a StPO.¹⁶

2. Urkundenfälschung in den Fällen 3, 9 und 16?

a) Vorlage von Fotokopien zu Täuschungszwecken

Zunächst hatte sich der *Senat* mit denjenigen Fällen zu befassen, bei welchen der Angeklagte selbst am PC Arztrechnungen erstellte und mit fremder Unterschrift versah. Insoweit lag eindeutig eine Urkundenfälschung nach § 267 Abs. 1 StGB vor, weshalb die Revision des Angeklagten insoweit ohne Erfolg blieb.¹⁷ Da es sich „nur“ um Rechnungen handelte, nicht jedoch um Gesundheitszeugnisse i.S.v. § 277 StGB a.F., spielte zudem das jüngst vom selben *Senat* behandelte Konkurrenzverhältnis zwischen diesen beiden Strafnormen¹⁸ hier keine Rolle.

¹¹ BGH, Beschl. v. 4.5.2023 – 5 StR 38/23, Rn. 6 f.

¹² BGH NJW 1968, 901 (902); BGH NJW 2000, 2829; *Wolter*, in: SK-StGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2016, § 78c Rn. 5; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 78c Rn. 23.

¹³ BGH, Beschl. v. 4.5.2023 – 5 StR 38/23, Rn. 7.

¹⁴ BGH, Beschl. v. 4.5.2023 – 5 StR 38/23, Rn. 8.

¹⁵ Vgl. zum Begriff der prozessualen Tat, der mit dem Tatbegriff der §§ 52 f. StGB nicht übereinstimmt, BGHSt 13, 21 (26); 23, 141 (145); *Heghmanns*, Strafverfahren, 2014, Rn. 168 f.

¹⁶ BGH, Beschl. v. 4.5.2023 – 5 StR 38/23, Rn. 2.

¹⁷ BGH, Beschl. v. 4.5.2023 – 5 StR 38/23, Rn. 12.

¹⁸ BGH, Urf. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22 = NJW 2023, 1973; besprochen von *Kanera*, ZJS 2023, 931 (in dieser Ausgabe).

In den Fällen 3, 9 und 16 hatte der Angeklagte hingegen kein von ihm gefälschtes Original, sondern Fotokopien von Urkundencollagen eingereicht. Für die Rspr. und einen Teil des Schrifttums stellen Fotokopien grundsätzlich keine Urkunden dar, weil man aus ihnen ihren Aussteller – sprich: denjenigen, der sie auf das Kopiergerät gelegt und damit erzeugt hat – nicht erkennen kann¹⁹ (zur alternativen Auffassung im wohl überwiegenden Schrifttum siehe unten bei b). Eine Ausnahme soll gelten, wenn die Fotokopie nicht als Kopie zu identifizieren ist, sondern wegen ihrer guten Qualität den Eindruck eines Originals erweckt.²⁰ So lag es hier freilich nicht; die Fotokopien waren eindeutig als solche zu erkennen.²¹

Aber selbst dann eröffnet die Rspr. noch die Möglichkeit einer Verurteilung nach § 267 Abs. 1 StGB, allerdings in der Variante des Gebrauchmachens, sofern die Fotokopie von einer Falschurkunde hergestellt worden war; dann nämlich stelle die Vorlage der Fotokopie ein Gebrauchmachen des falschen Originals dar.²² Voraussetzung ist jedoch die Urkundenqualität der Kopiervorlage. Dazu bedarf es zunächst beim „Zusammenbasteln“ aus mehreren Schriftstücken einer festen Verbindung; das lose Auflegen z.B. eines Zettels auf das Anschriftenfeld genügt deswegen von vornherein nicht.²³ Der Angeklagte in unserem Fall hatte den neuen Text jedoch durch Überklebungen, u.a. des Datumfeldes, erstellt. Gleichwohl sieht der *Senat* in den Produkten der Manipulationen keine Urkunden. Da die Klebungen im Original gut sichtbar seien, sei schon dieses wegen der offensichtlich vorgenommenen Manipulationen nicht zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet.²⁴ Folgerichtig ließ sich das Verhalten des Angeklagten in den Fällen 3, 9 und 16 nicht unter die Voraussetzungen einer Urkundenfälschung subsumieren, wie sie die Rspr. definiert, weshalb der *Senat* aus seiner Sicht gar nicht anders konnte, als den Schuldspruch der Strafkammer insoweit aufzuheben.

Führt man den – zutreffenden – Gedanken des *Senats* zu Ende, dass erkennbar verfälschte Schriftstücke mangels Beweiseignung gar keine Urkunden sind, dann dürfte allerdings die Annahme der Rspr., das Vorlegen einer Fotokopie könne als Gebrauchmachen einer unechten oder gefälschten Originalurkunde strafbar sein, faktisch kaum noch zum Zuge kommen können. Denn warum wohl legt ein Täter nur die Fotokopie vor? Doch regelmäßig deswegen, weil er fürchtet, die Manipulation am Original werde entdeckt werden, wenn er dieses dem zu Täuschenden zugänglich macht. Dann aber fehlt dem Täter jedenfalls die Vorstellung, eine beweisgeeignete Erklärung als Kopiervorlage verwendet zu haben, und damit der Vorsatz des Gebrauchmachens von einer Falschurkunde.

b) Alternative Sichtweise des Schrifttums

Ganz anders würden Teile des Schrifttums den Fall beurteilen. Sie nämlich sind im Gegensatz zur Rspr. der Auffassung, auch eine – als solche erkennbare – Fotokopie stelle eine Urkunde dar. Ihr Aussteller sei nicht, wer die Fotokopie angefertigt hat, sondern wer die Erklärung im Original verfasst hatte, also der Aussteller der Originalurkunde.²⁵ Legt man diese Ansicht zu Grunde, so hätte der An-

¹⁹ BGHSt 5, 291 (293); 24, 140 (141); BGH wistra 2011, 307; ebenso *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 267 Rn. 22; *Zieschang*, in: LK-StGB, Bd. 15, 13. Aufl. 2023, § 267 Rn. 123.

²⁰ BGH wistra 2011, 307 (308); BayObLG NJW 1989, 2553 (2554); *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 267 Rn. 22; *Zieschang*, in: LK-StGB, Bd. 15, 13. Aufl. 2023, § 267 Rn. 124.

²¹ BGH, Beschl. v. 4.5.2023 – 5 StR 38/23, Rn. 14.

²² BGHSt 24, 140 (142); BGH NJW 1965, 642 (643); BGH NJW 1978, 2042 (2043); OLG Düsseldorf StV 2001, 233 (234); ablehnend *Zieschang*, in: LK-StGB, Bd. 15, 13. Aufl. 2023, § 267 Rn. 194.

²³ BGH NStZ 2003, 543; OLG Düsseldorf StV 2001, 237.

²⁴ BGH, Beschl. v. 4.5.2023 – 5 StR 38/23, Rn. 13; ebenso zuvor schon BayObLG JR 1993, 299.

²⁵ *Freund*, Urkundenstraftaten, 2. Aufl. 2009, Rn. 127; *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 267 Rn. 21 f., 49 f.; *Heghmanns*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2021, Rn. 1532 ff. sowie dort ET 39-07; *Mitsch*,

geklagte mit den Fotokopien Urkunden vorgelegt, die unecht waren, weil ihre Erklärung – im Hinblick auf die falschen Daten – nicht derjenigen des angeblichen Ausstellers (des Rechnungsoriginals) entsprach. Die Fertigung der Fotokopien wäre damit das Herstellen und ihre Vorlage das Gebrauchmachen einer Falschurkunde i.S.v. § 267 Abs. 1 StGB; die Verurteilung des Angeklagten wäre daher in diesen Fällen tatsächlich richtig gewesen.

Auch Fotokopien als Urkunden anzusehen, entspricht nicht nur den heutigen Gepflogenheiten im allgemeinen Rechtsverkehr, der sich regelmäßig mit der Vorlage von Kopien begnügt und allenfalls noch ausnahmsweise Originale oder beglaubigte Kopien verlangt.²⁶ Eine Anerkennung der Fotokopie als Urkunde wäre auch systematisch konsequent. Die Irrelevanz des mechanischen Ausstellers einer Erklärung folgt im Grunde schon aus der allgemein anerkannten Geistigkeitstheorie, wonach es darauf ankommt, wer sich aus der Sicht des Rechtsverkehrs an einer Erklärung festhalten lassen soll (und will).²⁷ Wer eine Kopie herstellt, will aber regelmäßig für die reproduzierte Erklärung selbst gar nicht eintreten, sondern sich vielmehr den Umstand der Erklärung durch den Aussteller der Kopiervorlage zunutze machen. In Zeiten, in denen die verkörperte Schrifterklärung zunehmend digitalen Erklärungen weicht, kommt ein weiterer Gesichtspunkt hinzu. Während bei Schriftstücken Original und Kopie grundsätzlich gut zu identifizieren und zu unterscheiden sind, existieren bei Dateien im eigentlichen Sinne keine Originale oder Kopien mehr. Vielmehr wird z.B. beim Versenden einer E-Mail nicht etwa das „Original“ übermittelt, sondern dieses verbleibt an seinem Speicherort und es wird lediglich beim Empfänger ein identischer Datensatz erzeugt. Deswegen genießen im Parallelfall des § 269 StGB auch alle Zweiterstellungen von Datensätzen Strafrechtsschutz.²⁸ Vor diesem Hintergrund wäre es an der Zeit, Fotokopien strafrechtlich zumindest nicht weniger gegen Verfälschungen zu schützen als flüchtige Datensätze. Zudem erkennt selbst die Rspr. Durchschriften als Urkunden an.²⁹ Diese gelten als Erklärungen derselben Person, welche die Originalerklärung zu Papier gebracht hat, weil sie zugleich mit den Originalen als deren getreue Abbilder entstehen. Idealtypisch ist daher gewährleistet, dass Durchschrift und Original einander entsprechen. Für eine Fotokopie gilt angesichts der Qualität heutiger Kopiergeräte jedoch dasselbe. Der einzige Unterschied ist verfahrenstechnischer Natur, denn während im Falle der Durchschrift eine Mehrfertigung nur gelegentlich der Abfassung des Originals möglich ist, wird die Fotokopie nachträglich erstellt. Darin liegt indessen kein signifikanter Unterschied in der Zuverlässigkeit der beiden Verfahren. Denn selbstverständlich ist die Durchschrift eben auch keineswegs manipulationsicher. So kann man das Durchschreiben einzelner Passagen verhindern, indem man das Durchschriftpapier entfernt oder abdeckt. Man kann nachträglich weitere Passagen hinzufügen, indem man nach Entfernen des Originals die Durchschrift mit Hilfe eines darüber gelegten, anderen Papiers ergänzt. Das alles mag sogar ohne Wissen des Originalverfassers ablaufen, der vielleicht gar nicht realisiert, auf Durchschriftpapier zu schreiben. Die einschlägigen Manipulationstechniken des Abdeckens bzw. der falschen Vorlage gleichen sich somit bei Fotokopie und Durchschrift, was zusätzlich verdeutlicht, wie ähnlich die Abbildungsprozesse verlaufen. Sachgerecht wäre es folglich, Durchschrift und Fotokopie gleich zu behan-

NStZ 1994, 88 (89); *Krell*, JZ 2019, 208 (211); zur parallelen Behandlung im Zivilrecht *Zoller*, NJW 1993, 429 (432).

²⁶ Zwar fordert § 420 ZPO für den Zivilprozess immer noch die Vorlage des Originals; ansonsten ist allerdings im Rechtsverkehr – und selbst im Strafverfahren – die Vorlage einer Kopie regelmäßig als Beleg ausreichend, vgl. *Zoller*, NJW 1993, 429.

²⁷ *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 267 Rn. 41 f.; *Freund*, Urkundenstraftaten, 2. Aufl. 2009, Rn. 117; *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 16.

²⁸ Vgl. *Radke*, ZStW 115 (2003), 26 (35, 38); *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 267 Rn. 23.

²⁹ BGHSt 2, 35 (37 f.); 24, 140 (141); *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 41; *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 267 Rn. 23.

deln. Umgekehrt ließe sich kaum begründen, warum die Durchschrift einen stärkeren Schutz genießen sollte als die Fotokopie, die regelmäßig eine noch exaktere Wiedergabe bietet als ein Durchschriftpapier, auf dem blässere Passagen (wegen geringeren Schreibdruckes) und Druckstellen infolge anderer, nicht auf den Schreibstift zurückgehender physischer Einwirkungen Abweichungen zum Original entstehen lassen, die im ungünstigsten Fall sogar zu Lesefehlern bei der Durchschrift führen können. Schlussendlich mag sogar die Aufdeckung von Manipulationen bei der Fotokopie eher gelingen als bei der Durchschrift. Gerade die Kanten aufgelegter Papierstücke zur Abdeckung bzw. zur Einfügung neuen Textes bei Textcollagen wie im Fall des *Senats* sind bei der Fotokopie am Ende manchmal wegen ihrer Schatten besser zu sehen als bei einer Durchschrift.

Im Ergebnis sprechen also die besseren Gründe für die Annahme einer Urkundeneigenschaft der Fotokopie. Wenn der *Senat* hierauf mit keiner Silbe eingeht und sich lediglich auf frühere Entscheidungen beruft,³⁰ so muss dies freilich nicht verwundern. Es beruht auf der schon jahrzehntelangen Tradition, der Fotokopie keine Bedeutung zuzumessen, die gleich einem Axiom im Einzelfall nicht mehr reflektiert wird, zumal jede abweichende Sicht zur Notwendigkeit einer arbeitsintensiveren Divergenzvorlage genötigt hätte.

IV. Bewertung

Die Entscheidung des *Senats* bietet daher in der Grundfrage, wie man es mit der Fotokopie und ihrer Subsumtion unter den Urkundenbegriff zu halten hat, leider nichts Neues. Immerhin hat sie verdeutlicht, dass der Ausweg, bei Vorlage einer Fotokopie zur Strafbarkeit über die Hilfskonstruktion des Gebrauchmachens von einer Falschurkunde in Gestalt der manipulierten Kopiervorlage zu gelangen, wenig hilfreich ist, weil nur eine ihrerseits nicht offensichtlich manipulierte Vorlage überhaupt die hierfür notwendige Qualität einer beweisgeeigneten Falschurkunde besitzen kann. Da jedoch die vorgenommenen Manipulationen am Original praktisch immer dort auch deutlich sichtbar sein werden, jedenfalls der Täter ebendies befürchten wird, kann auch vom Gebrauchmachen einer Falschurkunde, zumindest aber von einem entsprechenden Vorsatz des Täters keine Rede sein. Wenn man dies künftig strikt(er) beachtet, droht an dieser Stelle eine nicht ganz unerhebliche Strafbarkeitslücke. Es bleibt die Hoffnung, dass sie vielleicht dann doch die Rspr. irgendwann motiviert, sich eines Besseren zu besinnen und der Fotokopie endlich den überfälligen Strafrechtsschutz als Urkunde zuzubilligen.

³⁰ BGH, Beschl. v. 4.5.2023 – 5 StR 38/23, Rn. 14.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22¹

Strafbarkeit von Impfausweisfälschungen nach altem Recht

1. Impfausweisfälschungen waren auch nach alter Rechtslage gem. § 267 Abs. 1 StGB strafbar.
(Leitsatz der Verf.)
2. Das Fälschen von Gesundheitszeugnissen nach § 277 StGB aF steht zur Urkundenfälschung nach § 267 StGB nicht im Verhältnis privilegierender Spezialität.
(Amtlicher Leitsatz)

StGB § 277 i.d.F.v. 13.11.1998

StGB § 267 Abs. 1

Wiss. Hilfskraft Emilia Kanera, Halle (Saale)*

I. Einführung

Die Corona-Pandemie hat nicht nur die Gesellschaft, Wirtschaft und Politik vor Herausforderungen gestellt, sondern auch neue Phänomene in das Blickfeld des Strafrechts gerückt. Zur Eindämmung des Virus wurden im Jahr 2021 flächendeckend „2G-Regeln“ eingeführt. Wer etwa Zutritt zu Veranstaltungen erlangen wollte, musste einen vollständigen Impfschutz oder eine Genesung nachweisen. So wurde der Impfpass, der ehemals nur für die persönliche Gesundheitsvorsorge eine Rolle spielte, zum „Freifahrschein“² für die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben.

Jedoch wollten auch diejenigen, die eine Impfung ablehnten, nicht immer auf diese Begünstigungen verzichten. Daher wurden vermehrt gefälschte Impfausweise eingesetzt. Neben der Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1 StGB) gerieten nun Tatbestände in den Vordergrund, die zuvor kaum beachtet wurden – das Fälschen von Gesundheitszeugnissen nach den §§ 277 ff. StGB a.F.

Allerdings wurde die Strafbarkeit in Rechtsprechung und Literatur keineswegs einheitlich bewertet. Klarheit herrschte erst seit der Reform der §§ 277 ff. StGB a.F.,³ die am 24.11.2021 in Kraft trat. Der Großteil der Fälle muss wegen des Rückwirkungsverbots aus Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB aber nach der alten Rechtslage beurteilt werden. Nachdem hierzu fast 30 Judikate ergangen waren, konnte der BGH schließlich Ende des letzten Jahres Stellung beziehen.

* Die Autorin ist Wiss. Hilfskraft im DFG-Projekt Außergerichtliche Grundrechtskontrolle bei Dr. Andrej Lang und Studentin der Rechtswissenschaften an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=133545&pos=0&anz=1> sowie veröffentlicht in BeckRS 2022, 31209.

² Krüger/Sy, GesR 2021, 626 (627).

³ Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BGBl. I 2021, S. 4906.

Die seit kurzem veröffentlichte Entscheidung gibt Anlass dazu, sich mit den Urkundendelikten sowie den Konkurrenzen zwischen zwei Straftatbeständen auseinanderzusetzen.

II. Zum Sachverhalt

Dem Urteil des 5. Strafsenats liegt ein Sachverhalt des Landgerichts Hamburg zugrunde.⁴ Im August 2021 entschloss sich der Angeklagte, Impfpässe mit Eintragungen zu vermeintlichen Impfungen gegen das Virus herzustellen oder bestehende Ausweise zu ergänzen. Diese sollten sodann anderen Personen gegen Bezahlung übergeben werden. Dem Angeklagten war dabei bewusst, dass die Abnehmer die Bescheinigungen gegenüber Dritten vorlegen würden. In Umsetzung dieses Plans führte er insgesamt neun Bestellungen aus. Dabei versah er einen Vordruck mit den Personalien angeblich geimpfter Personen oder trug Impfungen in bereits mit Personalien beschriftete Ausweise ein. Dem fügte er selbst gedruckte Aufkleber eines Impfstoffs mit einer fiktiven Chargennummer und einem Stempel hinzu. Er unterschrieb mit einem ausgedachten oder nachgeahmten Namenszug eines vermeintlichen Impfarztes. Das Landgericht hat den Angeklagten freigesprochen, weil er durch das Herstellen der Impfausweise keinen Straftatbestand erfüllt habe.

III. Analyse der Entscheidung

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hat der BGH das Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

1. Fälschen von Gesundheitszeugnissen, § 277 StGB a.F.

Zu Beginn der Entscheidung hat sich der Senat ausführlich mit einer Strafbarkeit nach § 277 StGB a.F. befasst.⁵ Das Tatobjekt dieser Vorschrift ist ein Gesundheitszeugnis. Hierunter ist eine schriftliche Erklärung zu verstehen, die den Gesundheitszustand eines lebenden Menschen beschreibt.⁶ Eine Impfung impliziert eine voraussichtlich höhere Immunabwehrkraft als gesundheitlichen Aspekt,⁷ sodass sich der vollständig ausgefüllte Ausweis unter diesen Begriff fassen lässt.

Der § 277 StGB a.F. ist als zweiaktiges Delikt ausgestaltet.⁸ Zunächst bedarf es einer Fälschungshandlung, wobei drei verschiedene Begehungsformen in Betracht kommen. Die erste Variante stellt die schriftliche Lüge über die Eigenschaft als Arzt oder als sonstige approbierte Medizinalperson unter Strafe.⁹ Dabei stellt der Täter¹⁰ das Gesundheitszeugnis im eigenen Namen aus, täuscht hingegen über seine berufliche Qualifikation.¹¹

Hier hat der Angeklagte allerdings die Anforderungen der zweiten Variante erfüllt.¹² Diese ist verwirklicht, wenn der Täter eine Impfung unter dem Namen eines Arztes oder einer sonstigen Medizinal-

⁴ LG Hamburg, Urt. v. 1.3.2022 – 634 KLS 8/21 = BeckRS 2022, 10270.

⁵ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 13 ff.

⁶ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, § 277 Rn. 3; Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 277 Rn. 2.

⁷ OLG Bamberg NJW 2022, 556 (557); Gaede/Krüger, NJW 2021, 2159 (2163); Lorenz, medstra 2021, 210 (212).

⁸ Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 277 Rn. 3.

⁹ Puppe/Schumann, in: NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 277 Rn. 7; Zieschang, ZIS 2021, 481 (483 f.).

¹⁰ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit verwendet der Beitrag das generische Maskulinum. Gemeint sind selbstverständlich alle Geschlechter.

¹¹ Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 277 Rn. 3.

¹² BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 24.

person in den Ausweis einträgt. In diesem Fall ist eine Identitätstäuschung gegeben.¹³ Schließlich fordert § 277 Var. 3 StGB a.F. das Verfälschen eines echten Gesundheitszeugnisses. Hierbei wird dessen Inhalt nachträglich unbefugt verändert.¹⁴

Der Fälschungsakt genügt jedoch nicht, da der Tatbestand zusätzlich den Gebrauch des Gesundheitszeugnisses bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft verlangt. Weil der Angeklagte die Impfpässe nicht selbst verwendet hat, war diese Voraussetzung nicht erfüllt. Ob eine Gebrauchsüberlassung an Dritte ausreichen kann¹⁵ oder eine Zurechnung über § 25 Abs. 2 StGB möglich wäre, war nicht entscheidungserheblich. Denn es war nur beabsichtigt, dass die Ausweise in Apotheken oder der Gastronomie und somit bei Privaten genutzt werden sollten.¹⁶

Eine Strafbarkeit nach § 277 StGB a.F. kam damit nicht in Betracht, wie auch das Landgericht zutreffend erkannt hat.

2. Urkundenfälschung, § 267 Abs. 1 StGB

Daraufhin war zu prüfen, ob sich der Angeklagte wegen einer Urkundenfälschung strafbar gemacht hat.¹⁷ Betrachtet man deren Voraussetzungen, so liegen die Dinge einfacher: § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB stellt das Herstellen einer unechten Urkunde unter Strafe. Die Urkundenqualität ist bei einem ausgefüllten Impfausweis gegeben. Er beinhaltet die verkörperte Gedankenerklärung, dass sein Inhaber eine bestimmte Impfung erhalten hat.¹⁸ Diese Erklärung ist zum Beweis des Impfschutzes im Rechtsverkehr bestimmt und geeignet und lässt mit der impfberechtigten Person ihren Aussteller erkennen.¹⁹ Da die Ausweise entgegen der Unterschrift nicht von einem Impfarzt, sondern vom Angeklagten herrührten, waren sie auch unecht.²⁰ Im Unterschied zu § 277 StGB a.F. genügt bereits ein Handeln zur Täuschung im Rechtsverkehr, das im Sachverhalt vorlag. Der Tatbestand des § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB war damit erfüllt.

3. Das Verhältnis des § 277 StGB a.F. zu § 267 StGB

Somit erscheint es zunächst verwunderlich, dass das Landgericht zu einer Straflosigkeit gelangt ist. Das wesentliche Problem der alten Rechtslage tut sich jedoch erst an dieser Stelle auf – es besteht im Konkurrenzverhältnis der beiden Normen.

a) Das Problem der Sperrwirkung

Es geht dabei um die Frage, ob § 277 StGB a.F. eine privilegierende Spezialvorschrift darstellt, die die

¹³ Maier, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 277 Rn. 8; Pietsch, Kriminalistik 2022, 21 (22).

¹⁴ Zieschang, in: LK-StGB, Bd. 9/2, 12. Aufl. 2009, § 277 Rn. 13.

¹⁵ Dafür: Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 277 Rn. 10; Zieschang, in: LK-StGB, Bd. 9/2, 12. Aufl. 2009, § 277 Rn. 14. Dagegen: Puppe/Schumann, in: NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 277 Rn. 11; Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 277 Rn. 14; Maier, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 277 Rn. 10.

¹⁶ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 28. In den Rn. 30–33 finden sich die Ausführungen des *Senats*, in denen er die Behördeneigenschaft einer Apotheke ablehnt und auf eine mittelbare Täuschung des RKI als Bundesbehörde eingeht.

¹⁷ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 35 ff.

¹⁸ Schmuck/Kother/Hecken, NJOZ 2022, 193.

¹⁹ Schmidhäuser, medstra 2022, 21 (24).

²⁰ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 37.

Anwendbarkeit des § 267 StGB ausschließt. Eine Spezialität ist bekanntlich dann gegeben, wenn ein Strafgesetz alle Merkmale eines anderen enthält und mindestens noch ein weiteres Merkmal aufweist, das den Sachverhalt unter einem genaueren Aspekt erfasst.²¹ Diese Anforderungen liegen hier vor. Alle Sachverhalte, die von § 277 Var. 2 StGB a.F. erfasst sind, unterfallen zugleich § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB. Wer einen Impfausweis unter dem Namen eines Arztes ausstellt, stellt stets eine unechte Urkunde her. Ebenso verhält es sich zwischen § 277 Var. 3 StGB a.F. und § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB, da dort eine echte Urkunde verfälscht wird. Daneben enthält der Tatbestand des § 277 StGB a.F. zusätzliche, speziellere Merkmale: Das Gesundheitszeugnis als besonderes Tatobjekt, die Zweiaktigkeit und die Eingrenzung des Adressatenkreises.

Eine Betrachtung der Normen legt auch eine Privilegierung nahe. Der § 277 StGB a.F. sieht eine Höchstfreiheitsstrafe von bis zu einem Jahr vor, während der wesentlich höhere Strafrahmen des § 267 Abs. 1 StGB bis zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren reicht. Außerdem enthält allein der § 267 StGB Regelbeispiele, eine Qualifikation sowie eine Versuchsstrafbarkeit.

Um diese Privilegierung nicht zu umgehen, wurde bis zur Entscheidung des BGH einhellig eine Sperrwirkung des § 277 Var. 2, Var. 3 StGB a.F. gegenüber der Urkundenfälschung angenommen, wenn sein Tatbestand vollständig erfüllt war.²² Großer Streit bestand dagegen über die *Reichweite* der Sperrwirkung. Die unterschiedlichen Auffassungen hat der 5. *Strafsenat* in seiner Entscheidung noch einmal aufgeführt.²³

Nach einer Meinung sollte die Sperrwirkung nur greifen, wenn *alle* Merkmale des § 277 StGB a.F. vorlagen oder das Gesundheitszeugnis zumindest zur Täuschung von Behörden oder Versicherungen gefälscht wurde.²⁴ Dann ergibt sich jedoch folgender Wertungswiderspruch: Wer den Impfpass bei *Privaten* vorlegt, müsste nach § 267 Abs. 1 StGB mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe rechnen. Gebraucht der Täter den Ausweis bei einer *Behörde*, käme ihm dagegen die mildere Strafe des § 277 StGB a.F. zugute. Diese Ungleichbehandlung anhand des Adressatenkreises ist nicht tragfähig begründbar.²⁵ Sie wird zudem noch erweitert, wenn es nur zur Fälschung gekommen ist. Plant der Täter hierbei die spätere Vorlage bei einer *Behörde*, bliebe er sogar straflos. Die Privilegierung wird damit allein von der inneren Willensrichtung des Täters abhängig gemacht, die sich schwer feststellen lassen wird.

Wegen dieser Schwierigkeiten wurde überwiegend für eine umfassende Sperrwirkung plädiert.²⁶ Diese sollte *bereits dann* eintreten, wenn der Tatbestand des § 277 StGB a.F. nicht in Gänze erfüllt ist,

²¹ *Rissing-van Saan*, in: LK-StGB, Bd. 4, 13. Aufl. 2020, Vorbem. § 52 Rn. 119; *Fahl*, ZStW 124 (2012), 311 (315).

²² OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.7.2022 – 2 Rv 21 Ss 262/22 = BeckRS 2022, 18816 Rn. 23; OLG Stuttgart, Beschl. v. 8.3.2022 – 1 Ws 33/22 = BeckRS 2022, 6034 Rn. 13; LG Osnabrück MedR 2022, 38 (39); *Lichtenthäler*, NSStZ 2022, 138; *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 277 Rn. 12; *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 277 Rn. 9; *Dastis*, HRRS 2021, 456 (459); *Kreutzer*, JR 2022, 166 (169).

²³ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 40 ff.

²⁴ OLG Celle NJW 2022, 2054 (2056); OLG Stuttgart, Beschl. v. 8.3.2022 – 1 Ws 33/22 = BeckRS 2022, 6034 Rn. 26; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.7.2022 – 2 Rv 21 Ss 262/22 = BeckRS 2022, 18816 Rn. 51; OLG Hamburg, Beschl. v. 27.1.2022 – 1 WS 114/21 = BeckRS 2022, 864 Rn. 37; LG Ingolstadt, Beschl. v. 7.4.2022 – 2 Qs 40/22 = BeckRS 2022, 8784 Rn. 35.

²⁵ Das OLG Hamburg, Beschl. v. 27.1.2022 – 1 WS 114/21 = BeckRS 2022, 864 Rn. 34, begreift dagegen die Vorlage bei Behörden als geringeres Unrecht. Dies ließe sich etwa damit begründen, dass bei Behörden meist ein faktischer Vorlagezwang bestünde. Allerdings ist diese Argumentation nicht überzeugend, da Gesundheitszeugnisse auch von privaten Arbeitgebern eingefordert werden. So besteht etwa die Pflicht des Arbeitnehmers, im Krankheitsfall ein ärztliches Attest vorzulegen. Ähnliches gilt bei ansteckungsgefährdeten Berufen. Möchte die Person eingestellt werden, besteht dort ebenso ein faktischer Vorlagezwang. Die Situationen sind damit nicht so verschieden, dass sich eine wesentlich höhere Strafe gegenüber Privaten erklärt.

²⁶ OLG Bamberg NJW 2022, 556 (558); BayObLG, Beschl. v. 3.6.2022 – 207 StRR 155/22 = BeckRS 2022, 13743 Rn. 13 f.; LG Osnabrück MedR 2022, 38 (39); *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 277 Rn. 9; *Maier*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 277 Rn. 14; *Wittig*, in: *Satzger/Schluckebier*/

aber ein Gesundheitszeugnis vorliegt. Hiernach wäre die reine Fälschung oder die Nutzung im privaten Rechtsverkehr straffrei. Dem ist auch das Landgericht Hamburg gefolgt,²⁷ womit sich der Freispruch erklärt. Diese Strafbarkeitslücke für Gesundheitszeugnisse war zwar gerade wegen der Pandemie nicht angemessen. Im Hinblick auf den fragmentarischen Charakter des Strafrechts war sie dennoch hinzunehmen und vom Gesetzgeber zu berichtigen.

b) Die eigene Lösung des 5. Strafsenats

Vor diesem Hintergrund überrascht die Entscheidung des BGH umso mehr: Er hat alle bisherigen Ansichten verworfen und eine eigene Lösung entwickelt. Dazu führt er aus:

„Eine Spezialität mit privilegierendem Charakter des § 277 StGB a.F. gegenüber § 267 StGB besteht nicht. Vielmehr handelt es sich um zwei Tatbestände, die verschieden geartete Begehungsweisen erfassen, aber gemeinsame Unrechtselemente aufweisen [...]“²⁸

Durch diese Annahme von *Tateinheit* (§ 52 StGB) bleibt § 267 Abs. 1 StGB für alle Konstellationen anwendbar. Damit werden die aufgezeigten Wertungswidersprüche umgangen. Allerdings stellt sich die Frage, wie der Senat zu diesem gänzlich anderen Ergebnis gelangt ist.

Er beginnt seine ausführliche Begründung mit der Bemerkung, dass der Gesetzgeber einen Anwendungsvorrang auch im Wortlaut hätte verankern müssen.²⁹ Dies ist aber für sich genommen nicht aussagekräftig. Denn eine Spezialität ist nie ausdrücklich im Gesetz festgeschrieben, sondern muss erst durch Auslegung ermittelt werden.

Dabei hat der BGH einen besonderen Schwerpunkt bei der historischen Auslegung gesetzt.³⁰ Er beruft sich in diesem Zuge auf die Vorläuferregelungen der Normen, die dem preußischen Strafgesetzbuch (PStGB) entstammten. Zum damaligen Zeitpunkt sei der Urkundenbegriff wesentlich enger gewesen, sodass Gesundheitszeugnisse dem nicht unterfielen.³¹ Somit habe der § 256 PStGB, der das Fälschen von Gesundheitszeugnissen erfasste, die Strafbarkeit gegenüber der Urkundenfälschung (§ 247 PStGB) erweitert.³² Ursprünglich war daher kein Spezialitätsverhältnis gegeben, sondern die Vorschriften standen nebeneinander. Ob sich die Gründe gegen eine Privilegierung maßgeblich auf das PStGB stützen lassen, ist dennoch zweifelhaft. Der Tatbestand der Urkundenfälschung wurde mit der Einführung des § 267 RStGB³³ verändert und hat bereits mit der Strafrechtsangleichung 1943³⁴ im Wesentlichen seine heutige Fassung erhalten. Die Normen haben damit eine andere systematische Einordnung erfahren, sodass ihr Verhältnis schon damals neu bestimmt werden musste. Die Funktion einer Strafbarkeitserweiterung konnten die §§ 277 ff. StGB a.F. seitdem nicht mehr erfüllen. Demnach liefert der Wille des historischen Gesetzgebers keine tragenden Erkenntnisse für oder gegen eine Sperrwirkung.

Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 277 Rn. 10; Zieschang, ZfStW 2022, 140; Lorenz/Rehberger, ZfL 2022, 399 (427); Wolf, ZfStW 2022, 146 (155).

²⁷ LG Hamburg, Urt. v. 1.3.2022 – 634 KLs 8/21 = BeckRS 2022, 10270 Rn. 102.

²⁸ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 46.

²⁹ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 51.

³⁰ Die ausführliche Herleitung findet sich in den Rn. 67–77.

³¹ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 69 f.

³² BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 70.

³³ Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, RGBl. 1871, S. 178.

³⁴ Strafrechtsangleichungsverordnung, RGBl. I 1943, S. 341.

Der *Senat* sieht jedoch auch eine „strukturelle Verschiedenheit beider Delikte, die einen fehlenden inneren Zusammenhang offenbart“. ³⁵ So sei in § 277 Var. 1 StGB a.F. die Begehungsform der schriftlichen Lüge enthalten, die den Tatbestand der Urkundenfälschung nicht erfülle. Dies spreche gegen eine Privilegierung der beiden anderen Varianten und belege, dass Gesundheitszeugnisse umfassender als sonstige Urkunden geschützt werden sollten. ³⁶ Diese Argumentation kann nicht überzeugen. Zwar ist es zutreffend, dass § 267 StGB allein die Echtheit der Urkunde schützt und sich insofern von § 277 Var. 1 StGB a.F. unterscheidet. Es erschließt sich hingegen nicht, warum deshalb eine privilegierende Spezialität für den gesamten Tatbestand ausscheiden soll. Bei § 277 Var. 2 und Var. 3 StGB a.F. handelt es sich um eigenständige Tathandlungen, die mit denen der Urkundenfälschung übereinstimmen und ebenso dem Echtheitsschutz dienen. Dieser systematische Zusammenhang wird durch die Existenz der Var. 1 nicht aufgehoben. Auch war mit § 277 StGB a.F. gerade kein umfassenderer Strafrechtsschutz verbunden. Im Gegensatz zur allgemeinen Urkundenfälschung hat es nicht ausgereicht, das Gesundheitszeugnis nur zu fälschen oder unbefugt auszustellen. Es war vielmehr noch der Gebrauch bei den besonderen Täuschungsadressaten erforderlich, sodass die Strafbarkeitshürden erheblich höher lagen.

Im weiteren Verlauf übt der BGH Kritik an der herrschenden Ansicht, die eine umfassende Sperrwirkung annimmt. Dazu legt er dar:

„[...] Selbst, wenn es sich jeweils um privilegierende Merkmale handelte, wäre Voraussetzung der vermeintlich vom Gesetzgeber intendierten Privilegierung, dass die zu einer geringeren Strafwürdigkeit führenden Umstände auch tatsächlich vorliegen. [...] Jenseits gewisser, hier nicht vorliegender Sonderkonstellationen [...] gilt deswegen uneingeschränkt: Sind die Voraussetzungen des Speziellern (lex specialis) nicht erfüllt, findet das Allgemeine (lex generalis) Anwendung, da der Grund für die Sonderbehandlung in Form der Privilegierung nicht verwirklicht ist.“ ³⁷

Damit erkennt der *Senat* selbst, dass eine Privilegierung in Ausnahmefällen auch bei einer unvollständigen Tatbestandserfüllung greifen kann. Er beschäftigt sich hingegen nicht damit, ob im vorliegenden Fall eine solche Ausnahme gegeben sein könnte. Der hier diskutierten Konstellation ähnelt das Verhältnis des § 113 StGB (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte) zu § 240 StGB. ³⁸ Nach § 113 Abs. 1 StGB wird bestraft, wer bei Vornahme einer Vollstreckungshandlung mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt Widerstand leistet. Demgegenüber genügt bei § 240 Abs. 1 StGB bereits die Drohung mit einem empfindlichen Übel. Deshalb ist umstritten, ob der Täter nach § 240 Abs. 1 StGB bestraft werden kann, wenn er während der Vollstreckungssituation nicht mit Gewalt, sondern nur mit einem empfindlichen Übel droht. Auch bei diesem Sachverhalt wird eine umfassende Sperrwirkung des § 113 StGB angenommen, obwohl seine Voraussetzungen nicht in Gänze vorliegen. ³⁹ Damit enthalten § 113 StGB sowie § 277 StGB a.F. Tatbestandsmerkmale, die schon für sich genommen die Anwendbarkeit der allgemeineren Norm ausschließen könnten. Bei § 277 StGB a.F. ist unklar, ob bereits das *Gesundheitszeugnis* genügt oder der *Gebrauch* bei den speziellen Adressaten

³⁵ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 52.

³⁶ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 56.

³⁷ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 60.

³⁸ Siehe hierzu auch *Lorenz/Rehberger*, ZfL 2022, 399 (424); *Wolf*, ZfLStW 2022, 146 (155).

³⁹ *Bosch*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 113 Rn. 65; *Rosenau*, in: LK-StGB, Bd. 7, 13. Aufl. 2021, § 113 Rn. 98; *Paeffgen*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 113 Rn. 90; *Dietmeier*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 113 Rn. 31; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 44. Aufl. 2020, Rn. 601. In diese Richtung auch BGH NJW 1982, 190.

hinzutreten muss. Ähnliches gilt für § 113 StGB. Dort fragt es sich, ob die *Vollstreckungssituation* ausreicht oder es zusätzlich der *besonderen Widerstandshandlung* bedarf. Die Annahme einer umfassenden Sperrwirkung ist dem Strafrecht somit nicht unbekannt. Sie wäre auch hier erwägenswert, um die mildere Strafe des § 277 StGB a.F. nicht zu unterlaufen.

Der BGH hat seiner Entscheidung aber eine weitere Annahme zugrunde gelegt: Für eine Privilegierung sei immer eine besondere Rechtfertigung erforderlich.⁴⁰ Betrachtet man andere Privilegierungstatbestände des StGB, dann lässt sich eine solche Begründung ausmachen. Durch den § 113 StGB soll dem Bürger eine besondere Nachsicht zuteilwerden, da während der Vollstreckungshandlung eine affektive Situation zwischen ihm und dem Beamten besteht.⁴¹ Im Rahmen des § 216 StGB ist dagegen das Unrecht wegen des einwilligungsähnlichen Tötungsverlangens gemindert.⁴² Hier hat der *Senat* jedoch hervorgehoben, es sei kein Grund ersichtlich, den Täter des § 277 StGB a.F. gegenüber der Urkundenfälschung besserzustellen.⁴³ Dies war aber schon lange in Rechtsprechung und Literatur konsentiert.⁴⁴ Bereits vor der Pandemie wurde angemahnt, die §§ 277 ff. StGB a.F. seien eine „Fehlleistung“⁴⁵ und bedürften dringend der Reform.⁴⁶

Dieses Problem versucht der BGH selbst zu korrigieren. Weil nach seiner Lösung stets § 267 Abs. 1 StGB zur Anwendung gelangen könnte, wäre der Rechtsverkehr vor der Impfausweisfälschung geschützt und die Strafe unabhängig vom Adressatenkreis gleich. Obwohl dieses Ergebnis sinnvoll klingen mag, ist die Vorgehensweise bedenklich. Der Tatbestand des § 277 StGB a.F. bringt zum Ausdruck, dass zumindest dann, wenn seine besonderen Voraussetzungen vorliegen, eine geringere Freiheitsstrafe von höchstens einem Jahr verhängt wird. Bemisst man die Strafe dennoch in jedem Fall nach dem härteren § 267 StGB, missachtet man diesen Umstand.

Dies ist auch im Hinblick auf den *lex-specialis-Grundsatz* problematisch, wonach das spezielle Gesetz stets das allgemeine verdrängt. Damit soll gerade verhindert werden, dass die differenzierte Sonderordnung durch den Rückgriff auf die allgemeinere gegenstandslos gemacht wird.⁴⁷ Hier würde der Vorschrift hingegen – bis auf den geringen Teil der schriftlichen Lüge – der eigenständige Anwendungsbereich aberkannt und sie würde für praktisch bedeutungslos erklärt. Ein solches Verhältnis zwischen zwei Normen findet sich auch nicht an anderer Stelle des StGB wieder. Es wäre damit mindestens ebenso rechtfertigungsbedürftig gewesen wie die Annahme einer Privilegierung. Der *Senat* sieht hierin allerdings kein Problem und merkt lediglich an, dass der Gesetzgeber dieses Ergebnis so vorgezeichnet habe.⁴⁸

Damit ist der Entscheidung zu widersprechen. Dass es sich bei § 277 StGB a.F. um einen Spezialfall zu § 267 StGB handelt, folgt aus seinen besonderen Tatbestandsmerkmalen. Auch die faktische Privilegierung ergibt sich unmittelbar aus der Norm und dies in mehrfacher Hinsicht. Wenn der *Hinter-*

⁴⁰ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 51.

⁴¹ BT-Drs. VI/502, S. 3 f.; *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 113 Rn. 2; *Rosenau*, in: LK-StGB, Bd. 7, 13. Aufl. 2021, § 113 Rn. 5.

⁴² *Rissing-van Saan*, in: LK-StGB, Bd. 7/1, 12. Aufl. 2019, § 216 Rn. 9; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 216 Rn. 1.

⁴³ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 54 f., 58 f.

⁴⁴ LG Osnabrück MedR 2022, 38 (40); LG Hamburg, Urt. v. 1.3.2022 – 634 KLs 8/21 = BeckRS 2022, 10270 Rn. 115; *Zieschang*, ZIS 2021, 481 (483); *Gräbener*, JurisPR-StrafR 3/2022, Anm. 3, S. 3 f.; *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 277 Rn. 1; *Koch*, in: Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 277 Rn. 2.

⁴⁵ *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 277 Rn. 9.

⁴⁶ *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 277 Rn. 1.

⁴⁷ Vgl. zum *lex-specialis-Grundsatz* *Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S. 63 f.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 88 f.; v. *Heintschel-Heinegg*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vorbem. § 52 Rn. 35 ff.

⁴⁸ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 86.

grund einer Vorschrift nicht mehr nachvollziehbar ist und sie keine Daseinsberechtigung aufweist, kann der Gesetzgeber diesen Zustand ändern. Es obliegt nicht dem Rechtsanwender, die unerwünschte Privilegierung selbst zu beseitigen. Daher sollte sie bei der Bewertung der Altfälle beachtet werden, mag sie auch noch so unverständlich sein.

IV. Ausblick

Dennoch bleibt als positiv zu bemerken, dass der Streit um die Sperrwirkung für die Zukunft bereinigt ist. Nachdem die §§ 277 ff. StGB a.F. über 150 Jahre nahezu unverändert blieben, wurden sie nunmehr grundlegend umgestaltet.⁴⁹ Der § 277 StGB n.F. ist einaktig und enthält lediglich die Begehungsform der schriftlichen Lüge. Daher unterfällt der Echtheitsschutz allein dem § 267 StGB.⁵⁰ Zudem genügt für § 277 StGB n.F. ein Handeln zur Täuschung im Rechtsverkehr, die Begrenzung des Adressatenkreises wurde gestrichen. Dieser Reform hätte es allerdings wesentlich eher bedurft – so hätte der strafrechtliche „Flickenteppich“⁵¹ vermieden werden können.

⁴⁹ Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BGBl. I 2021, S. 4906. Siehe zur neuen Rechtslage *Stieger*, ZJS 2022, 503; *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2021, 343; *Gaede/Krüger*, medstra 2022, 13; *Zieschang*, ZfStW 2022, 140.

⁵⁰ BT-Drs. 20/15, S. 33.

⁵¹ *Lorenz/Rehberger*, ZfL 2022, 399 (435).