

# 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

6/2023  
16. Jahrgang

S. 1180–1427

## Inhalt

### AUFSÄTZE

#### Zivilrecht

Der Wegfall von § 708 BGB infolge des MoPeG

Stud. iur. Hasoor Tahir, Frankfurt am Main 1180

#### Öffentliches Recht

Relevanz und Provenienz unionaler Grundrechtsdogmatik

Dipl.-Jur. Simon A. Miller, LL.M., MBA, Passau 1199

#### Strafrecht

Das Gremienproblem im Strafrecht

Jonathan Porath, Bonn 1218

Das Inquisitionsverfahren als zeitgenössische Errungenschaft – Teil 1

Stud. iur. Louisa Voigt, Münster 1234

### DIDAKTISCHE BEITRÄGE

#### Zivilrecht

Urlaubsrecht unter unionsrechtlichem Einfluss: Verfall und Abgeltung bei  
Langzeiterkrankung

Fallbearbeitung im Arbeitsrecht – Teil 4

Wiss. Mitarbeiterin Jana Hagenmüller, Wiss. Mitarbeiter Dominik Leist, Trier 1249

## ÜBUNGSFÄLLE

### Zivilrecht

- Grundkurshausarbeit zur Partnervermittlung: „Wo die Liebe hinbellt!“  
PD Dr. Thomas Pierson, Frankfurt am Main,  
Verwaltungsrichterin Janna Samira Stein-Cadenbach, Bayreuth 1264
- Examensübungsklausur: „Glücklose Geschäfte“  
Dr. Marcus Rehtmeyer, LL.B., Potsdam 1285

### Öffentliches Recht

- Anfängerklausur – Baurecht: Problematische Massage  
Prof. Dr. Klaus Joachim Grigoleit, Ass. iur. Moritz Klanten, Dortmund 1298
- Anfängerklausur – Staatsorganisationsrecht: Die sorgsame Kanzlerin  
Wiss. Mitarbeiter Benjamin Poliak, Düsseldorf 1306
- (Referendar-)Examensklausur: Kleben für das Klima  
Wiss. Mitarbeiter Josua Zimmermann, Wiss. Mitarbeiter Marius Hundt-Matthies,  
Leipzig 1318

### Strafrecht

- Examensübungsklausur: Die lieben Mitbewohner  
Dr. Alexander Bechtel, Tübingen 1339
- Examensübungsklausur: Dubioser Welpenkauf mit besonders schwerer Folge  
Wiss. Mitarbeiterin Jeannine Ann Boatright, Wiss. Mitarbeiterin Irina Isabel  
Pommerenke, Gießen 1368

## ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

### Zivilrecht

- BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22  
(Vergütung einer Hochzeitsfotografin trotz coronabedingter Verlegung des  
Hochzeitstermins – zum Vorrang der ergänzenden Vertragsauslegung und den  
Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage in der zivilrechtlichen Prüfung)  
(Stud. iur. Moritz Vomberg, Bochum) 1398

# ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

## **| Strafrecht**

- OLG Hamburg, Beschl. v. 31.1.2023 – 5 Ws 5-6/23  
(Billigung von Straftaten durch das Verwenden des „Z“-Symbols)  
(Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Wiss. Mitarbeiterin Hannah Welling, Hamburg) 1407
- BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21; BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22  
(Gefährliche Körperverletzung beim gemeinsamen Unterlassen)  
(Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn) 1414

### **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

## Der Wegfall von § 708 BGB infolge des MoPeG

*Stud. iur. Hasoor Tahir, Frankfurt am Main\**

<b>I. Einleitung .....</b>	<b>1181</b>
<b>II. Das geltende Recht (lex lata) .....</b>	<b>1182</b>
1. Die Innenhaftung nach bisherigem Recht .....	1183
a) Besonderheiten der Innen-GbR .....	1183
b) Besonderheiten der Außen-GbR .....	1183
c) Relevante Konstellationen .....	1184
aa) Vertragliche Schadensersatzansprüche aus Pflichtverletzung .....	1184
bb) Deliktische Schadensersatzansprüche .....	1185
d) Regelungsgehalt von § 708 BGB – Was bedeutet „eigenübliche Sorgfalt“? .....	1185
2. Gründe für die Regelung in § 708 BGB – Rechtshistorischer Blick .....	1186
a) Römisch-rechtlicher Ursprung.....	1187
b) Rezeption des römischen Gesellschaftsrechts – Der Wille des historischen Gesetzgebers .....	1188
3. Rechtspolitische Kritik .....	1188
<b>III. Die künftige Rechtslage (lex ferenda) .....</b>	<b>1189</b>
1. Maßgebliche Gründe für die Streichung .....	1189
a) Römisch-rechtliches Leitbild nicht mehr zeitgemäß .....	1189
b) Teil-Rechtsfähigkeit der GbR .....	1190
c) Fehlendes praktisches Bedürfnis .....	1190
d) Rückgriff auf allgemeine Rechtsgeschäfts- und Schuldrechtslehre .....	1190
2. Worin besteht die praktische Veränderung? – Fallgruppen der teleologischen Reduktion nach der bisherigen Rechtsprechung .....	1190
a) Publikumsgesellschaft .....	1190
b) Fehlerhaftes Verhalten im Straßenverkehr .....	1191
c) Zwischenbefund .....	1191
3. Auswirkung des Wegfalls von § 708 BGB – Haftungsverschärfung? .....	1191
a) Sachgerechte Lösungen für Gelegenheitsgesellschaften .....	1192

\* Der Autor ist Stud. Hilfskraft bei Prof. Stefan Vogenauer, MJur (Oxford) am Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie. Für Zuspruch sei PD Dr. Stefan Thönissen, LL.M. (Yale) herzlich gedankt.

aa) Haftungsprivilegierung durch Verschiebung der rechtlich relevanten Sphäre .....	1192
bb) Haftungsprivilegierung durch die allgemeine Rechtsgeschäftslehre .....	1192
cc) Haftungsprivilegierung durch einen verkehrskreisbezogenen Sorgfaltsmaßstab .....	1193
dd) Haftungsprivilegierung durch die analoge Anwendung haftungsbegrenzender Normen .....	1194
ee) Zwischenbefund.....	1194
b) Sachgerechte Lösungen für unternehmenstragende GbRs und Personengesellschaften .....	1194
aa) Bestimmung eines Sorgfaltsmaßstabs für nicht-geschäftsführungsbefugte Gesellschafter .....	1195
bb) Bestimmung eines Sorgfaltsmaßstabs für geschäftsführende Gesellschafter – § 93 Abs. 1 S. 1, S. 2 AktG analog? .....	1195
c) Zwischenbefund .....	1197
<b>IV. Bewertung der Reform des § 708 BGB.....</b>	<b>1197</b>
1. Im Lichte des rechtshistorischen Leitbildes .....	1197
2. Im Lichte der rechtspolitischen Kritik.....	1197
3. Gelegenheitsgesellschaften – Der blinde Fleck der neuen gesetzlichen Konzeption.....	1198
4. Rechtsvergleichender Ausblick.....	1198
5. Fazit.....	1198

## I. Einleitung

Am 24.6.2021 verabschiedete der Deutsche Bundestag das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) und setzte damit die größte Reform des Personengesellschaftsrechts seit über 120 Jahren in die Tat um<sup>1</sup>. Das Gesetz beruht im Wesentlichen auf dem von einer Expertenkommission aus Wissenschaft und Praxis unter Berücksichtigung der Vorschläge des 71. Deutschen Juristentages aus dem Jahr 2016 erarbeiteten sog. Mauracher Entwurf.<sup>2</sup>

Vielfach wird das MoPeG als die „Jahrhundertreform“ des Personengesellschaftsrechts bezeichnet.<sup>3</sup> Das überrascht wenig, bedenkt man, dass durch das MoPeG insbesondere die Vorschriften zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) und zur offenen Handelsgesellschaft (oHG) grundlegend umgestaltet werden. So wird z.B. die Teilrechtsfähigkeit der GbR, nachdem sie vor über 20 Jahren gelebtes Recht wurde, nun auch ausdrücklich im Gesetz anerkannt, ein noch nie dagewesenes

<sup>1</sup> Kruse, DStR 2021, 2412 (2412).

<sup>2</sup> Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, 20.4.2020, abrufbar unter [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Dokumente/MauracherEntwurf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Dokumente/MauracherEntwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (30.10.2023); Kruse, DStR 2021, 2412 (2412).

<sup>3</sup> Lieder, ZRP 2021, 34 (34).

Gesellschaftsregister für die GbR eingeführt oder das Beschlussmängelrecht der oHG nach dem Vorbild des Beschlussmängelrechts der Aktiengesellschaft<sup>4</sup> grundsaniiert. Neben diesen beträchtlichen Umgestaltungen, die mittlerweile als Überschriften die Titelseiten vieler Aufsätze in den bekannten Ausbildungszeitschriften schmücken, sieht das MoPeG aber auch eine Reihe von Veränderungen vor, die auf den ersten Blick wenig sensationell scheinen und großer Aufmerksamkeit – sogar in der fachwissenschaftlichen Debatte – vermissen lassen.

Zu diesen Veränderungen zählt freilich die Streichung des rechtspolitisch schon lange umstrittenen § 708 BGB, der in seiner noch geltenden Fassung mit der amtlichen Überschrift „Haftung der Gesellschafter“ belegt ist.

Dieser Beitrag soll die Auswirkungen des Wegfalls von § 708 BGB, insbesondere die sich daran anschließenden Rechtsprobleme sowie mögliche Lösungsvorschläge für dieselben skizzieren, erörtern und einer umfassenden kritischen Würdigung unterziehen.

## II. Das geltende Recht (lex lata)

Um zu verstehen, inwieweit sich die neue Rechtslage ohne § 708 BGB von der geltenden Rechtslage unterscheidet, ist es unerlässlich, zu fragen, wie sich die lex lata dartut.

§ 708 BGB besagt: „Ein Gesellschafter hat bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.“ Nach ihrem eindeutigen Wortlaut ordnet die Vorschrift einen besonderen Sorgfaltsmaßstab an, und zwar die „eigenübliche Sorgfalt“, die für einen GbR-Gesellschafter im Hinblick auf die „Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen“ gelten soll. Der Terminus der „eigenüblichen Sorgfalt“ ist an dieser Stelle kein Novum für das BGB, sondern findet sich weiter vorne im allgemeinen Schuldrecht in § 277 BGB. Gemeint sind mit den „ihm obliegenden Verpflichtungen“ die sich aus dem Gesetz oder Gesellschaftsvertrag ergebenden Verpflichtungen eines Gesellschafters gegenüber seinen Mitgesellschaftern und der Gesellschaft selbst.<sup>5</sup> Es geht also um einen Sorgfaltsmaßstab, welcher das Verhältnis der Gesellschafter untereinander betrifft, mithin das Innenverhältnis<sup>6</sup>. Diese Auslegung findet auch Bestätigung in den Materialien zum BGB und dem darin zum Ausdruck kommenden Willen des historischen Gesetzgebers.<sup>7</sup>

Relevant wird dieser besondere Sorgfaltsmaßstab daher erst, wenn es zu potenziell schadensersatzauslösendem Gesellschafterhandeln im Innenverhältnis kommt. Für ein etwaiges Vertretenmüssen gilt dann eben nicht der allgemeine Sorgfaltsmaßstab aus § 276 Abs. 1, Abs. 2 BGB, sondern der spezielle aus § 708 BGB.<sup>8</sup> Die Vorschrift gilt über die Verweisung der §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB und des § 1 Abs. 4 PartGG gleichermaßen für oHG, KG und PartG<sup>9</sup>, ist aber im Rahmen aller Gesellschaftsformen, auf die sie anwendbar ist, dispositiv und darum individualvertraglich abdingbar<sup>10</sup>.

---

<sup>4</sup> Kruse, DStR 2021, 2412 (2415).

<sup>5</sup> Servatius, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, BGB § 708 Rn. 4.

<sup>6</sup> Servatius, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, BGB § 708 Rn. 4; Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 708 Rn. 8.

<sup>7</sup> Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 1899, S. 984 f.

<sup>8</sup> Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2022, § 708 Rn. 16.

<sup>9</sup> Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2022, § 708 Rn. 5.

<sup>10</sup> Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 708 Rn. 3.

## 1. Die Innenhaftung nach bisherigem Recht

Vor diesem Hintergrund ist die Innenhaftung der GbR, in deren Rahmen sich § 708 BGB verschafft, in den Blick zu nehmen. Die praktische Ausgestaltung dieser Haftung hängt davon ab, ob eine reine Innengesellschaft oder eine am Rechtsverkehr teilnehmende Außengesellschaft vorliegt. Im Folgenden werden daher die Besonderheiten sowohl der Innen- als auch der Außen-GbR, die sich auf die Innenhaftung auswirken, beleuchtet.

### a) Besonderheiten der Innen-GbR

Innengesellschaften sind solche GbRs, die nicht am Rechtsverkehr teilnehmen und auf die Bildung von Gesamthandsvermögen verzichten.<sup>11</sup> Sie begegnen in der Rechtswirklichkeit in ganz vielfältigen Erscheinungsformen, wobei sich die Gesellschafter häufig gar nicht darüber im Klaren sind, dass das Verhältnis zwischen ihnen bereits die Schwelle zwischen einem reinen Gefälligkeitsverhältnis, das in aller Regel noch keine schuldvertraglichen Pflichten begründet, und einer rechtlich relevanten BGB-Innengesellschaft überschritten hat.<sup>12</sup> Viele Gelegenheitsgesellschaften des täglichen Lebens wie Wett-, Tipp- und Fahrgemeinschaften stellen Innengesellschaften dar.<sup>13</sup>

Eine wichtige Besonderheit für die Innenhaftung besteht darin, dass im Falle einer schadensersatzauslösenden Pflichtverletzung nur die anderen Mitgesellschafter, nicht aber die Gesellschaft selbst anspruchsberechtigt sein kann<sup>14</sup>, da die Innengesellschaft weder nach der ständigen Rechtsprechung des BGH noch gemäß der künftigen Vorschrift des § 705 Abs. 2 MoPeG-BGB Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann<sup>15</sup>.

### b) Besonderheiten der Außen-GbR

In diesem Punkt unterscheidet sich die BGB-Außengesellschaft wesentlich von der Innengesellschaft. In seiner Entscheidung „Weißes Ross“<sup>16</sup> sprach sich der BGH 2001 für die Rechtsfähigkeit derjenigen GbR aus, die nach außen erkennbar am Rechtsverkehr teilnimmt. Damit trug der BGH sowohl der lückenhaften Lösung, die sich bei Zugrundelegung der individualistischen Theorie<sup>17</sup> für die Umwandlung einer GbR in eine oHG ergab, Rechnung<sup>18</sup> als auch dem nunmehr von der ursprünglichen gesetzlichen Konzeption abweichenden gesetzgeberischen Willen, der sich in neueren Vorschriften des Umwandlungsgesetzes und der Insolvenzordnung niederschlug<sup>19</sup>. Als Trägerin von Rechten und Pflichten kann die BGB-Außengesellschaft wie die Personenhandelsgesellschaften aufgrund von § 124 HGB selbst anspruchsberechtigt gegenüber ihren Gesellschaftern sein. Die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit sind daneben nicht anspruchsberechtigt.<sup>20</sup> Die Innenhaftung ist

---

<sup>11</sup> Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2022, § 705 Rn. 283.

<sup>12</sup> Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 705 Rn. 160.

<sup>13</sup> Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 705 Rn. 160.

<sup>14</sup> Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2022, § 705 Rn. 293; Heidel, in: NK-BGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2021, § 705 Rn. 185.

<sup>15</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2022, § 5 Rn. 29, 29a.

<sup>16</sup> BGH NJW 2001, 1056.

<sup>17</sup> Zöllner, in: FS Gernhuber, 1993, S. 563; ders., in: FS Kraft, 1998, S. 701.

<sup>18</sup> Reiff, ZIP 1999, 517 (518 f.).

<sup>19</sup> So § 191 Abs. 2 UmwG und § 11 Abs. 2 InsO.

<sup>20</sup> Für persönlich erlittene Schäden, die nicht deckungsgleich mit dem Schaden der Gesamthand sind, können Gesellschafter weiterhin auch selbst als Anspruchsberechtigte in Betracht kommen.

von den geschäftsführenden Gesellschaftern – und wenn nicht möglich von den Mitgesellschaftern – im Wege einer actio pro socio geltend zu machen.<sup>21</sup>

### c) Relevante Konstellationen

Wie bereits ausgeführt betrifft § 708 BGB nach grammatischer und genetischer Auslegung nur das Innenverhältnis einer Personengesellschaft.

Relevant sind in diesem Zusammenhang nur Schadensersatzansprüche aus zweierlei Anspruchskategorien: zum einen vertragliche Schadensersatzansprüche, die sich auf § 280 Abs. 1 BGB (ggf. mit den Zusätzen, auf die § 280 Abs. 2, 3 verweist) stützen, und zum anderen Schadensersatzansprüche deliktischer Natur aus § 823 Abs. 1 BGB.<sup>22</sup> Um ein Gefühl dafür zu bekommen, in welchen konkreten Fallkonstellationen § 708 BGB als Maßstab für das Vertretenmüssen einen Unterschied macht, ist es ratsam, den Blick auf die möglichen Fälle haftungsauslösenden Gesellschaftshandelns zu richten.

#### aa) Vertragliche Schadensersatzansprüche aus Pflichtverletzung

Die vertragliche Haftung im Innenverhältnis gem. § 280 Abs. 1 BGB gründet darin, dass der Gesellschaftsvertrag ausweislich seiner Stellung im besonderen Schuldrecht als ein vertragliches Schuldverhältnis einzuordnen ist<sup>23</sup>, welches Pflichten gem. § 241 BGB bewirkt. Einheitliches Merkmal aller vertraglichen Schadensersatzansprüche, ganz gleich, ob sie nur aus § 280 Abs. 1 BGB, aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB oder aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB folgen mögen, ist die Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis<sup>24</sup>, die einen Schaden (§§ 249 ff. BGB) in kausaler und zurechenbarer Weise hervorrufen muss.

Der Gesellschaftsvertrag nach § 705 BGB erlegt dem Gesellschafter vielfältige Pflichten auf. So sind alle Gesellschafter nach Maßgabe von § 705 BGB verpflichtet, die Erreichung des gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern.<sup>25</sup> Diese sog. Förderpflicht umfasst insbesondere die Pflicht zur Leistung der vereinbarten Beiträge an die Gesellschaft gem. §§ 705 f. BGB<sup>26</sup>, aber auch die Pflicht, alles zu unterlassen, was eine Vertragsverletzung durch Mitgesellschafter befördern könnte. Ferner ist dem Gesellschaftsverhältnis, wenn auch nicht ausdrücklich in den §§ 705 ff. BGB geregelt, die Bindung an Treuepflichten immanent<sup>27</sup>, deren gesetzliche Herleitung, die ursprünglich nach ganz überwiegender Auffassung § 242 BGB i.V.m. § 705 BGB entsprang, seit der Schuldrechtsreform mit Einfügung des § 241 Abs. 2 BGB etwas nebulös geworden ist<sup>28</sup>.

Aufgrund seiner Treuebindung hat ein jeder Gesellschafter grundsätzlich alle Maßnahmen zu ergreifen, die den Gesellschaftszweck und die Interessen der Gesellschaft fördert, und alles zu unterlassen, was der Gesellschaft schadet.<sup>29</sup> Unter Umständen können die Treuepflichten im Rahmen der GbR sogar ein Wettbewerbsverbot ähnlich dem ausdrücklich geregelten Wettbewerbsverbot für per-

<sup>21</sup> Habersack/Lüdeking, RFamU 2022, 3 (5).

<sup>22</sup> Habersack/Lüdeking, RFamU 2022, 3 (4).

<sup>23</sup> Habersack/Lüdeking, RFamU 2022, 3 (4).

<sup>24</sup> Dauner-Lieb, in: NK-BGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2021, § 280 Rn. 27.

<sup>25</sup> Heidel, in: NK-BGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2021, § 705 Rn. 156.

<sup>26</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2022, § 5 Rn. 68.

<sup>27</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2022, § 5 Rn. 74; Habermeier, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 705 Rn. 50.

<sup>28</sup> Das Verhältnis von § 242 BGB und § 241 Abs. 2 BGB wird in den einschlägigen Kommentierungen kaum aufgegriffen.

<sup>29</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2022, § 5 Rn. 74a.

sönlich haftende oHG- und KG-Gesellschafter begründen, dessen Nichteinhaltung eine Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB bedeutet.

Neben diesen Pflichten, von denen alle Gesellschafter einer GbR betroffen sind, treffen die geschäftsführenden Gesellschafter weitergehende besondere Pflichten, die sich ihrerseits aus dem Gesellschaftsvertrag und hilfsweise aus § 713 BGB i.V.m. §§ 666–668 BGB ergeben.

Realisiert sich eine Verletzung der soeben geschilderten Pflichten, wie z.B. eine Verletzung der Förderpflicht, wenn unter Freunden, die eine Tippgemeinschaft<sup>30</sup> gegründet haben, ein Mitglied dieser Tippgemeinschaft vereinbarungswidrig vergisst, den ausgefüllten Tippschein abzugeben, löst diese Pflichtverletzung nur dann einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 Abs. 1, 705 BGB aus, wenn sie vom Verletzer zu vertreten ist. Während die übrigen vertraglichen Schuldverhältnisse lediglich Verschulden i.S.v. § 276 Abs. 1 BGB, also Vorsatz oder Fahrlässigkeit, voraussetzen, geht das GbR-Recht einen anderen Weg und bejaht ein haftungsbegründendes Vertretenmüssen erst, wenn die eigenübliche, also jedenfalls nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt aus § 276 Abs. 2 BGB außer Acht gelassen wird. Hier kann § 708 BGB entscheidend sein und einen Anspruch, der nach allgemeinen Regeln zur Entstehung gelangen würde, verhindern. Der Bedeutungsgehalt dieser eigenüblichen Sorgfalt (*diligentia quam in suis rebus*) wird noch zu zeigen sein.

#### bb) Deliktische Schadensersatzansprüche

Theoretisch sind neben vertraglichen Schadensersatzansprüchen auch Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB wegen unerlaubter Handlung denkbar, sofern die Pflichtverletzung des Gesellschafters auch ein Rechtsgut verletzt. Jedoch schützt § 823 Abs. 1 BGB nicht das Vermögen als solches und kann durch keine Handlung tatbestandlich verwirklicht werden, die nicht auch eine vertragliche Treuepflichtverletzung bedeutet. Bedenkt man ferner, dass § 823 Abs. 1 BGB mit Blick auf die Rechtsfolgen nicht weitergeht als eine vertragliche Haftung<sup>31</sup>, dann wird klar, dass eine deliktische Haftung neben einer vertraglichen Haftung im Gesellschaftsverhältnis quasi keine selbstständige Bedeutung entfaltet. Auch kann § 823 Abs. 1 BGB, der nach seinem Wortlaut nur Verschulden voraussetzt und damit auf § 276 BGB rekurriert, nicht in den Fällen, in denen eine vertragliche Haftung wegen § 708 BGB ausgeschlossen ist, als Auffanghaftungsnorm einspringen. Ließe man das zu, wäre die Haftungsprivilegierung in § 708 BGB sinnentleert und überflüssig. Insofern hegt § 708 BGB auch deliktische Ansprüche im Gesellschaftsverhältnis ein.<sup>32</sup> Vor diesem Hintergrund bleibt es bei der Feststellung, dass eine tiefergehende Erörterung deliktischer Konstellationen fruchtlos wäre.

#### d) Regelungsgehalt von § 708 BGB – Was bedeutet „eigenübliche Sorgfalt“?

Nachdem nun die konkreten Konstellationen, in denen § 708 BGB relevant wird, skizziert sind, gilt es, den Bedeutungsgehalt der „eigenüblichen Sorgfalt“ im Verhältnis zu der allgemeinen „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ zu erforschen.

Bei der eigenüblichen Sorgfalt wird anders als bei § 276 BGB kein objektiver, sondern ein subjek-

---

<sup>30</sup> Im Beispiel wird entgegen BGH NJW 1971, 1705 angenommen, eine GbR sei zur Entstehung gelangt.

<sup>31</sup> In der Haftungsausfüllung des § 823 Abs. 1 BGB sind schließlich auch die §§ 249 ff. BGB maßgeblich; so auch *Habersack/Lüdeking*, RFamU 2022, 3 (4).

<sup>32</sup> *Stürner*, in: *Jauernig*, Kommentar zum BGB, 19. Aufl. 2023, § 708 Rn. 1; *Saenger*, in: *Schulze u.a.*, Handkommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 708 Rn. 1.

tiver, auf das gewohnheitsmäßige Verhalten des konkret Handelnden abstellender Maßstab angelegt.<sup>33</sup> Es kommt entscheidend auf die individuellen, persönlichen Eigenarten des jeweiligen Schuldners an.<sup>34</sup> Es kann deswegen dahinstehen, wenn von einem durchschnittlichen Angehörigen des Verkehrskreises, dem ein Gesellschafter angehört, die Anwendung größerer Sorgfalt erwartet werden kann. Ist nämlich ein Gesellschafter in eigenen Angelegenheiten üblicherweise nachlässiger, als die Erwartung im jeweiligen Verkehrskreis gebietet, dann ist das wegen § 708 BGB maßgebend. Insofern ist die *diligentia* ein subjektiv-konkreter Maßstab.<sup>35</sup>

Im oben gebildeten Beispielfall der Lotto-Tippgemeinschaft<sup>36</sup> hieße das, dass der Gesellschafter (A), der vergaß, den Tippschein ausgefüllt einzureichen, der andernfalls gewonnen hätte, seinen Mitgesellschaftern (B und C) gegenüber nicht haftet, wenn er üblicherweise in eigenen Angelegenheiten auch zur Vergesslichkeit neigt. Von einem durchschnittlichen Mitglied einer Tippgemeinschaft kann gewiss erwartet werden, dass die Abgabe des Tippscheins gewissenhaft erfolgt. Legte man also § 276 Abs. 1, Abs. 2 BGB als Maßstab an, so würde A haften. Hieran zeigt sich sehr anschaulich, wie § 708 BGB in Haftungsfragen einen relevanten Unterschied bewirken kann.

Auch wenn der Wortlaut das grundsätzlich vermuten ließe, bedeutet die Geltung des Sorgfaltsmaßstabs aus § 708 BGB nun aber nicht, dass erstens ein Gesellschafter, der in eigenen Angelegenheiten besonders sorgfältig ist, strenger als nach dem allgemeinen Sorgfaltsmaßstab von § 276 Abs. 1, Abs. 2 BGB haftet<sup>37</sup> und zweitens ein Gesellschafter, der in eigenen Angelegenheiten eine besonders niedrige Sorgfalt anzuwenden pflegt, von einer Haftung wegen grober Fahrlässigkeit befreit ist.<sup>38</sup> § 708 BGB kann nach seinem Sinn und Zweck keine Haftungsverschärfung gegenüber den allgemeinen Regeln (§ 276 BGB) bewirken, da die Norm als Haftungsprivilegierung konzipiert ist.<sup>39</sup> Es ist zwar möglich, dass die eigenübliche Sorgfalt eines konkreten Gesellschafters mit der verkehrstüblichen Sorgfalt zusammenfällt, sodass § 708 BGB in einem konkreten Fall wirkungslos wird, aber eine ihrem Sinn und Zweck widerstrebende Wirkung kann die Norm nicht entfalten. Die Bestimmung der groben Fahrlässigkeit als die Grenze der Privilegierungswirkung von § 708 BGB ergibt sich aus der schuldrechtlichen Norm des § 277 BGB, die in allen Fällen, in denen das Gesetz den besonderen Sorgfaltsmaßstab der *diligentia quam in suis* wählt, Geltung beansprucht. Der Grund für die Regelung in § 277 BGB besteht letztlich darin, zu verhindern, dass aus angemessenen Haftungsprivilegierungen in konkreten Fallkonstellationen unzumutbare Haftungsausschlüsse für jegliche Form fahrlässiger Verursachung werden. Insofern wirkt § 277 BGB als „Haftungsprivilegierungsbeschränkung“.

## 2. Gründe für die Regelung in § 708 BGB – Rechtshistorischer Blick

Wo immer das Gesetz Ausnahmeregelungen wie § 708 BGB vorsieht, muss es sich nach den Gründen befragen lassen. Der Gesetzgeber kann eine Norm aus verschiedensten Gründen in ihrer konkreten Gestalt gesetzt haben, darunter aus Schutzzweck- und Risikoverteilungserwägungen oder aber aus historischen Motiven. Besondere Aufmerksamkeit verdient im Kontext von § 708 BGB der römisch-

---

<sup>33</sup> Dauner-Lieb, in: NK-BGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2021, § 277 Rn. 3.

<sup>34</sup> Grundmann, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 277 Rn. 3.

<sup>35</sup> Diese Terminologie stammt von Fleischer/Danninger, NZG 2016, 481 (486 ff.).

<sup>36</sup> Siehe beispielgebende Entscheidung des BGH zur Lotto-Tippgemeinschaft in BGH NJW 1971, 1705.

<sup>37</sup> Ganz h.M. vgl. Caspers, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 277 Rn. 3.

<sup>38</sup> Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2022, § 708 Rn. 16; Caspers, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 277 Rn. 3.

<sup>39</sup> Grundmann, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 277 Rn. 1.

rechtliche Ursprung der Norm und die Rezeption römischen Privatrechts im Rahmen der BGB-Entstehungsgeschichte im ausgehenden 19. Jahrhundert.

### a) Römisch-rechtlicher Ursprung

Viele der heutigen Kommentierungen und Lehrbucheinträge erwecken den Eindruck, die Haftungsprivilegierung des § 708 BGB lasse sich unzweifelhaft und klar auf die römisch-rechtliche *societas* zurückführen.<sup>40</sup> Die moderne Forschung stellt diese These aber infrage, da sie den römischen Quellen ein nicht so eindeutiges Bild der *societas*-Binnenhaftung abgewinnt, wie es zuweilen behauptet wird.<sup>41</sup>

Mit erträglicher Gewissheit lässt sich nur sagen, dass die ursprünglich ausschließlich als *dolus*-Haftung (Vorsatzhaftung) ausgestaltete Binnenhaftung der *societas* von Celsus in der Hochklassik derart aufgeweicht wurde, dass sich in bestimmten Fällen sogar die nur fahrlässige Verursachung von Schäden haftungsbegründend auswirken konnte.<sup>42</sup>

Die *diligentia quam in suis* – so wie sie heute als eigene Verschuldenskategorie verstanden wird – wurde in der Hochklassik maßgeblich durch das Gaius-Fragment D. 17, 2, 72 etabliert, welches sogar Eingang in die *Institutiones* des *Corpus Iuris Civilis* gefunden hat.<sup>43</sup> Der rechtsgeschichtliche Kontext, der Rückschlüsse darauf zuließe, wie Gaius die *diligentia* verstanden wissen wollte, ist bis heute nicht eindeutig. Möglich wäre sowohl, dass Gaius eine Erweiterung der frühklassischen *dolus*-Haftung zuungunsten von *societas*-Gesellschaftern bezweckte<sup>44</sup>, als auch, dass er versuchte, gegen vereinzelt vertretene, aufstrebende Meinungen, die sich für einen objektiven Sorgfaltsmaßstab<sup>45</sup> aussprachen, einen angemessen milderen Haftungsmaßstab zu behaupten.<sup>46</sup> Je nachdem, welchen Hintergrund man annehmen will, erhält die *diligentia quam in suis* eine ganz andere Stoßrichtung.

In der Spätklassik finden sich sogar Belege bei Ulpian, die von der Geltung der *diligentia quam in suis* nichts vermuten lassen, sondern stattdessen von einem objektiven Haftungsmaßstab ausgehen.<sup>47</sup>

Die Quellenlage zeigt jedenfalls eines mit Deutlichkeit, und zwar, dass in der Zeit des klassischen römischen Rechts die Binnenhaftung der *societas* nicht durchweg unumstritten nach ein- und demselben Sorgfaltsmaßstab beurteilt wurde, und erschüttert in der Konsequenz etwaige auf den römisch-rechtlichen Ursprung bauende Versuche, den § 708 BGB zu legitimieren.<sup>48</sup>

<sup>40</sup> Fleischer/Danninger, NZG 2016, 481 (481); so z.B. Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2022, § 708 Rn. 1.

<sup>41</sup> Zimmermann, *The Law of Obligations*, 1990, S. 464; Meissel, *Societas, Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrags*, 2004, S. 291 ff.; Kaser/Knütel/Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 22. Aufl. 2021, § 54 Rn. 12.

<sup>42</sup> D. 16, 3, 32; Celsus' Formulierung deutet die „*diligentia quam in suis*“ – wie sie später bei Gaius als Verschuldenskategorie neben *dolus* und *culpa* entwickelt wird – bereits an. Überwiegend wird vertreten, die Celsusstelle dürfe ihrerseits nicht als Einführung der *diligentia* gedeutet werden, sondern als Erfindung der Rechtsfigur des relativen *dolus*; so Hausmaninger, in: FS Kaser, 1969, S. 268.

<sup>43</sup> D. 17, 2, 72; „[...] *sufficit etenim talem diligentiam in communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet* [...]“ (dt.: „Es genügt nämlich, eine solche Sorgfalt in den gemeinschaftlichen Angelegenheiten anzuwenden, wie man sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.“, Übersetzung nach Karlheinz Misera, in: Behrends u.a., *Corpus Iuris Civilis*, Bd. III, 1999, S. 434); siehe ferner Inst. 3, 25, 9.

<sup>44</sup> Hausmaninger, in: FS Kaser, 1969, S. 275; Zimmermann, *The Law of Obligations*, 1990, S. 463.

<sup>45</sup> In der Literatur wird im Zusammenhang mit diesem „objektiven“ Maßstab von „*culpa in abstracto*“ gesprochen. Ob diese *culpa in abstracto* einen abstrakten oder doch eher einen objektiv-konkreten Sorgfaltsmaßstab meint, kann an dieser Stelle nicht ausführlich erörtert werden. Da das römische Zivilrecht als ein besonders situationsbezogenes Fallrecht zu verstehen ist, liegt die Vermutung nahe, dass die Einbeziehung konkreter Umstände und ein Verkehrskreisdenken im römischen Privatrecht schon ausgeprägt war.

<sup>46</sup> Meissel, *Societas, Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrags*, 2004, S. 294 (Fn. 204).

<sup>47</sup> So z.B. D. 17, 2, 52, 2; eine ausführliche Schilderung bei Meissel, *Societas, Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrags*, 2004, S. 292 f.

<sup>48</sup> Fleischer/Danninger, NZG 2016, 481 (482).

## b) Rezeption des römischen Gesellschaftsrechts – Der Wille des historischen Gesetzgebers

Wie auch immer die Binnenhaftung der *societas* tatsächlich ausgestaltet gewesen sein mag, lässt sich nicht abstreiten, dass sich Gaius' *diligentia quam in suis* in der Rezeptionsgeschichte des römischen Privatrechts durchgesetzt hat.<sup>49</sup>

So entschieden sich bereits im Vorfeld der Entstehung des BGB vom 1.1.1900 die allermeisten deutschen Territorialkodifikationen flächendeckend für die *diligentia quam in suis*.<sup>50</sup> Beispielhaft seien das BGB für das Großherzogtum Hessen von 1842–1853 (Art. 373), das Sächsische BGB von 1865 (§ 1371) oder das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 (§ 211) erwähnt.

Deswegen sah der erste Entwurf zum BGB gleichfalls vor, für das Gesellschaftsverhältnis die „eigenübliche Sorgfalt“ als Haftungsmaßstab anzuordnen.<sup>51</sup>

In den Beratungen der zweiten Kommission wurde dann aber vereinzelt vorgeschlagen, die *diligentia quam in suis* im Gesellschaftsverhältnis gänzlich zu streichen.<sup>52</sup> Zur Begründung wurde angeführt, dass ein Gesellschafter, der Geschäfte für die Gesellschaft besorge, niemals bloß in eigenen Angelegenheiten, sondern immer auch in fremden handele, weswegen es zumindest im Falle gemeinschaftlicher Geschäftsführung durch alle Gesellschafter nahe liege, für alle einen einheitlichen Sorgfaltsmaßstab gelten zu lassen, der nicht die eigenübliche Sorgfalt sein könne.<sup>53</sup>

Dieser letzte Versuch, § 708 BGB zu verhindern, vermochte nicht die Kommissionmehrheit für sich zu gewinnen. Zwei Erwägungen waren es im Wesentlichen, die die *diligentia quam in suis* wider alle Kritik für über 100 Jahre in das zweite Buch des BGB zwangen:

Einerseits – so die Kommissionmehrheit – sei die *culpa in concreto* so tief in das Volksbewusstsein eingedrungen, dass ihr z.B. das vorher erlassene Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) sogar im Handelsverkehr – bezogen auf die oHG und KG – Geltung verschafft habe, sodass für das BGB konsequenterweise nichts anderes und schon gar nichts Strengeres gelten könne.<sup>54</sup>

Andererseits berief sich die Kommission – die römische *societas*, eine Gelegenheitsgesellschaft, endgültig zum Leitbild der GbR erhebend – mit den folgenden berühmten und vielzitierten Worten auf ein gewisses psychisches, dem besonderen Wesen des Gesellschaftsverhältnisses entspringendes Moment:

„Es müsse angenommen werden, daß Parteien, die mit einander einen Gesellschaftsvertrag einzugehen beabsichtigten, sich gegenseitig so nehmen wollten, wie sie einmal seien, daß jeder Theil von vornherein die Individualität des anderen ins Auge fasse und daher nur verlange, daß er in den gemeinschaftlichen Angelegenheiten dieselbe Sorgfalt wie in den eigenen Angelegenheiten übe.“<sup>55</sup>

Damit war der Weg für § 708 BGB in seiner geltenden Fassung geebnet.

## 3. Rechtspolitische Kritik

Die rechtspolitische Kritik an § 708 BGB reicht so lange zurück, wie die Norm schon existiert. Kaum

<sup>49</sup> Das zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die „*diligentia quam in suis*“ Eingang sowohl in das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) und das BGB gefunden hat.

<sup>50</sup> Fleischer/Danninger, NZG 2016, 481 (483).

<sup>51</sup> Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 1899, S. 336.

<sup>52</sup> Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 1899, S. 984.

<sup>53</sup> Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 1899, S. 984.

<sup>54</sup> Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 1899, S. 985.

<sup>55</sup> Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 1899, S. 985.

ein Kommentator versäumt es, in den ersten Randnummern wenigstens auf die Probleme im Zusammenhang mit § 708 BGB hinzuweisen.<sup>56</sup>

Zu den frühesten Kritikern zählen *Rudolf Müller-Erbach*<sup>57</sup> und *Hans Würdinger*<sup>58</sup>. So schrieb *Müller-Erbach* 1910 im Archiv für civilistische Praxis:

„Der Nachlässige wird am meisten begünstigt, was Gaius für den Gesellschaftsvertrag mit den Worten zu begründen versucht hat, quia qui parum [...], ohne zu bedenken, daß mit dieser Wendung die Haftung für jedes Verschulden bei jeder Art von Verträgen hinwegdisputiert werden kann [...].“<sup>59</sup>

*Würdinger* arbeitete in seinem Lehrbuch zum Personengesellschaftsrecht von 1937 pointiert heraus, dass § 708 BGB überall da nicht passe, wo der Gedanke persönlicher Verbundenheit nicht einschlägig sei, so z.B. bei Personalgesellschaften mit tendenziell kapitalistischer Ausgestaltung wie Personenhandelsgesellschaften (oHG und KG).<sup>60</sup> Dieser Gedanke wird heute noch von berühmten Kommentierungen als zentrales Problem des § 708 BGB aufgegriffen.<sup>61</sup> Die rechtspolitische Kritik ist seither nie abgeflacht oder gar verstummt.<sup>62</sup>

### III. Die künftige Rechtslage (lex ferenda)

Dem Drängen der Kritik hat der Gesetzgeber durch das MoPeG schließlich nachgegeben. § 708 BGB in seiner geltenden Fassung wird ab dem 1.1.2024 ersatzlos wegfallen, und das, obwohl der 71. Juristentag für eine Abschaffung der eigenüblichen Sorgfalt nur im Hinblick auf die Personenhandelsgesellschaften aus dem HGB votierte<sup>63</sup>.

#### 1. Maßgebliche Gründe für die Streichung

Ein Blick in die Begründung zum Regierungsentwurf des MoPeG zeigt, dass vor allem vier Gründe, den Gesetzgeber zu seiner Entscheidung bewogen haben:

##### a) Römisch-rechtliches Leitbild nicht mehr zeitgemäß

Erstens sei die Vorschrift in § 708 BGB nicht mehr zeitgemäß, da es sich – so der Regierungsentwurf – um ein „Überbleibsel“ der römischen Hauserbengemeinschaft handle, das im „modernen Wirtschaftsleben des 21. Jahrhunderts keinen Bestand mehr haben“ könne.<sup>64</sup> Diese erste Erwägung zeugt von groben rechtshistorischen Ungenauigkeiten. Die *diligentia* geht nämlich – wie oben gezeigt – auf ein Gaius-Fragment aus der Hochklassik zurück und wurde nicht im Kontext der Hauserbengemeinschaft entwickelt.

<sup>56</sup> *Fleischer/Danninger*, NZG 2016, 481 (488); so z.B. *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2022, § 708 Rn. 2; *Heidel*, in: NK-BGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2021, § 708 Rn. 2.

<sup>57</sup> *Habersack/Lüdeking*, RFamU 2022, 3 (6).

<sup>58</sup> *Fleischer/Danninger*, NZG 2016, 481 (488).

<sup>59</sup> *Müller-Erbach*, AcP 106 (1910), 309 (316).

<sup>60</sup> *Würdinger*, Personengesellschaftsrecht, 1937, S. 36 f.

<sup>61</sup> Z.B. *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2022, § 708 Rn. 2; *Heidel*, in: NK-BGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2021, § 708 Rn. 2.

<sup>62</sup> *Habersack/Lüdeking*, RFamU 2022, 3 (6).

<sup>63</sup> So auch *Schäfer*, Gutachten E zum 71. Deutschen Juristentag: Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?, 2016, S. 88; *Deutscher Anwaltverein*, NZG 2020, 1133 (1136).

<sup>64</sup> RegE-MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 108.

### b) Teil-Rechtsfähigkeit der GbR

Zweitens seien der Sinn und Zweck der Norm entfallen, da es künftig wegen der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR in § 705 Abs. 2 MoPeG-BGB vorwiegend um die Haftung gegenüber der Gesellschaft und nicht gegenüber den Gesellschaftern gehe, obwohl § 708 BGB sich eigentlich auf das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander beziehe.<sup>65</sup> Inwiefern diese zweite Erwägung ein Grund für die Streichung des § 708 BGB darstellen soll, bleibt unklar. Zum einen ist die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR durch das MoPeG nur deklaratorisch, sodass es bereits nach geltendem Recht im Falle einer Außen-GbR nur um die Haftung gegenüber der Gesellschaft geht. Zum anderen ist es für den anzulegenden Sorgfaltsmaßstab unerheblich, wer im Haftungsfall anspruchsberechtigt ist, da sich jedenfalls die maßgeblichen haftungsbegründenden Pflichtverletzungen im Verhältnis der Gesellschafter zueinander zutragen.

### c) Fehlendes praktisches Bedürfnis

Drittens gebe es für die Beibehaltung der Regelung kein tragfähiges praktisches Bedürfnis mehr.<sup>66</sup> Die zahlreichen von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen teleologischer Reduktion zeigten eher, dass die gegenwärtige Realität nach anderen Lösungen verlange.

### d) Rückgriff auf allgemeine Rechtsgeschäfts- und Schuldrechtslehre

Viertens stellt die Begründung in Aussicht, dass sich interessengerechte Lösungen „ohne Weiteres mit der allgemeinen Rechtsgeschäfts- und Schuldrechtslehre besser erreichen [...] lassen“<sup>67</sup>, sodass der Wegfall des § 708 BGB vermeintlich keine Regelungslücken aufwerfen werde, sondern – im Gegenteil – besseren Lösungen den Weg frei mache.

## 2. Worin besteht die praktische Veränderung? – Fallgruppen der teleologischen Reduktion nach der bisherigen Rechtsprechung

Bevor auf die konkreten Auswirkungen des Wegfalls eingegangen werden kann, gilt es eines noch zu untersuchen, und zwar in welchen Fällen § 708 BGB bereits nach geltendem Recht entgegen seinem Wortlaut von der Rechtsprechung nicht mehr angewendet wird, um zu erkennen, wie weit die reale Veränderung durch das MoPeG reicht.

### a) Publikumsgesellschaft

Den ersten Fall teleologischer Reduktion stellen sog. Publikumsgesellschaften dar.<sup>68</sup> Publikumsgesellschaften sind Personengesellschaften, die zum Zwecke der Kapitalsammlung eine unbestimmte Vielzahl lediglich kapitalistisch beteiligter und persönlich nicht miteinander verbundener Gesellschafter aufnehmen (z.B. venture-capital-Gesellschaften).<sup>69</sup> Sie sind in aller Regel als Kommanditgesellschaften oder als GmbH und Co. KG organisiert, können aber auch Gesellschaften bürgerlichen

---

<sup>65</sup> RegE-MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 140.

<sup>66</sup> RegE-MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 140.

<sup>67</sup> RegE-MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 140.

<sup>68</sup> BGH NJW 1977, 2311; BGH NJW 1980, 589; Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2022, § 708 Rn. 5; Heidel, in: NK-BGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2021, § 708 Rn. 4.

<sup>69</sup> Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 705 Rn. 192.

Rechts sein, sofern kein Handelsgewerbe betrieben wird.<sup>70</sup> Grund für die Nichtanwendung von § 708 BGB ist die fehlende persönliche Verbundenheit zwischen den Gesellschaftern; bei Publikumsgesellschaften steht vielmehr das Vertrauen der Anleger auf professionelle Geschäftsleitung im Vordergrund<sup>71</sup>, sodass der Normzweck von § 708 BGB bei Publikumsgesellschaften gar nicht zum Tragen kommt.

### b) Fehlerhaftes Verhalten im Straßenverkehr

Den zweiten Fall teleologischer Reduktion bilden nach ständiger Rechtsprechung des BGH Schäden an Körper und Eigentum von Mitgesellschaftern, die auf Pflichtverletzungen eines Gesellschafters im Straßenverkehr beruhen.<sup>72</sup> Begründet wird dies vor allem mit dem Grundsatz der haftungsrechtlichen Gleichbehandlung aller Verkehrsteilnehmer (§ 17 StVG)<sup>73</sup> und damit, dass mit Rücksicht auf die spezifischen Gefahren im Straßenverkehr eine umfassende Normierung des Verhaltens im Straßenverkehr und seiner Haftungsfolgen getroffen worden sei, die im Innenverhältnis einer Gesellschaft genauso Geltung beanspruche wie überall sonst<sup>74</sup>.

### c) Zwischenbefund

Berücksichtigt man die anerkannten Fälle teleologischer Reduktion, so zeigt sich, dass eine reale Veränderung durch das MoPeG vor allem zwei Konstellationen betrifft: Zum einen BGB-Gelegenheitsgesellschaften und zum anderen Personenhandelsgesellschaften, die nicht Publikumsgesellschaften sind.

## 3. Auswirkung des Wegfalls von § 708 BGB – Haftungsverschärfung?

Bei einem strengen rechtstechnischen Verständnis müsste man annehmen, mit dem Wegfall von § 708 BGB sei der Weg für § 276 BGB aus dem allgemeinen Schuldrecht wieder freigegeben und für das Innenverhältnis einer GbR (sowie das Innenverhältnis von oHG und KG aufgrund von §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB) gelte wie bei fast allen anderen Schuldverhältnissen aus dem besonderen Schuldrecht der vor die Klammer gezogene allgemeine Sorgfaltsmaßstab.<sup>75</sup>

Das hieße grundsätzlich, dass zur Haftungsbegründung im Innenverhältnis nicht erst das Außerachtlassen der eigenüblichen Sorgfalt erforderlich wäre, sondern lediglich einfache Fahrlässigkeit gem. § 276 Abs. 2 BGB. Dass eine solche einheitliche gesetzliche Lösung dem vielschichtigen Spektrum an Personengesellschaften, das von Gelegenheitsgesellschaften bürgerlichen Rechts bis zu Publikums-Handelsgesellschaften reicht, nicht gerecht werden kann, haben auch die Autoren des Regierungsentwurfs erkannt.<sup>76</sup> Deswegen verweisen diese in der Begründung auf die allgemeine Rechts- geschäfts- und Schuldrechtslehre zur Erreichung interessengerechter Lösungen. Das Schrifttum hat sich hiernach veranlasst gesehen, die in der Begründung angedeuteten Lösungsansätze zu konkretisieren, zu kritisieren oder ganz andere dogmatische Lösungen zu entwickeln. Im Folgenden werden

---

<sup>70</sup> Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 705 Rn. 192.

<sup>71</sup> Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 708 Rn. 6.

<sup>72</sup> BGH NJW 1967, 558.

<sup>73</sup> Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2022, § 708 Rn. 14.

<sup>74</sup> BGH NJW 1967, 588; ebenso Larenz, in: FS Westermann, 1974, S. 305.

<sup>75</sup> Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2023, § 2 Rn. 1 ff.

<sup>76</sup> RegE-MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 140.

die in die wissenschaftliche Diskussion geworfenen Lösungsmöglichkeiten zur Erreichung sachgerechter Sorgfaltsmaßstäbe skizziert und jeweils einer kritischen Begutachtung unterzogen.

### a) Sachgerechte Lösungen für Gelegenheitsgesellschaften

Zunächst werden Ansätze zur Bestimmung eines sachgerechten Sorgfaltsmaßstabs bei Gelegenheitsgesellschaften in den Blick genommen. Die Herausforderung, die der Wegfall von § 708 BGB hier beschert, besteht darin, dass der Sorgfaltsmaßstab aus § 708 BGB in Bezug auf Gelegenheitsgesellschaften grundsätzlich angemessen erscheint, da die Norm geradezu auf Gelegenheitsgesellschaften zugeschnitten ist. Der Gesetzgeber des BGB hatte in Anlehnung an die römisch-rechtliche *societas* nämlich die Gelegenheitsgesellschaft als idealtypische GbR vor Augen (siehe oben).

#### aa) Haftungsprivilegierung durch Verschiebung der rechtlich relevanten Sphäre

Eine Möglichkeit – trotz Geltung des Sorgfaltsmaßstabs aus § 276 BGB – eine Haftungsmilderung im Innenverhältnis von Gelegenheitsgesellschaften zu erreichen, bestünde darin, die rechtlich relevante Sphäre derart zu verschieben, dass Alltagsverbindungen, in denen eine Haftung der Beteiligten unangemessen erscheint, mit Verweis auf einen fehlenden Rechtsbindungswillen auf Seiten der Beteiligten schon gar nicht als Schuldverhältnisse i.S.d. § 241 Abs. 1 BGB qualifiziert werden.<sup>77</sup> Dieser Ansatz geht auf die berühmte BGH-Rechtsprechung zur Lotto-Tippgemeinschaft<sup>78</sup> zurück. Diese Lösung vermag aber nicht zu überzeugen. Einer Verbindung, die eigentlich ein Schuldverhältnis darstellt, im Wege einer normativen Korrektur den Rang abzusprechen, würde nämlich an anderer Stelle große Fragezeichen aufwerfen. Alltagsverbindungen bauen in aller Regel auf einer Verpflichtung der Beteiligten zur Zweckförderung oder Beitragsleistung, was sie grundsätzlich zur GbR macht. Würde man nun nur zur Vermeidung einer internen Schadensersatzhaftung, weil diese wieso auch immer unbillig erscheinen mag, einer Verbindung den Schuldverhältnis-Charakter absprechen, so würde man in Kauf nehmen, dass dann auch die Beitragspflicht des potentiellen Schädigers zu keinem Zeitpunkt existiert hätte und er so alle rechtsgrundlos geleisteten Beiträge an die „Gesellschaft“ kondizieren könnte<sup>79</sup>, was große Rückabwicklungsprobleme bedeuten würde.

#### bb) Haftungsprivilegierung durch die allgemeine Rechtsgeschäftslehre

Eine andere von den Autoren des Regierungsentwurfs angeregte Möglichkeit bestünde in der Erreichung einer Haftungsprivilegierung mit den Mitteln der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre, insbesondere dem konkludenten Haftungsverzicht.<sup>80</sup> Anknüpfungspunkt für eine Haftungsbeschränkung wäre hiernach die vertragliche Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern. Problematisch hieran ist aber, dass in Gelegenheitsgesellschaften des Alltagsverkehrs selten bis kaum ein Haftungsausschluss ausdrücklich besprochen und vereinbart wird.<sup>81</sup> Hinzu kommt, dass auch eindeutige objektive Anhaltspunkte, die Rückschlüsse auf eine konkludente Vereinbarung zuließen, eher die Ausnahme sind<sup>82</sup>, sodass ein Haftungsverzicht mit den Mitteln der Rechtsgeschäftslehre einzig im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu erreichen wäre<sup>83</sup>. In der Sache liefe das darauf hinaus, dass ein

---

<sup>77</sup> Schirmacher, ZHR 2022, 250 (259).

<sup>78</sup> BGH NJW 1971, 1705.

<sup>79</sup> Schirmacher, ZHR 2022, 250 (259).

<sup>80</sup> Fleischer/Danninger, NZG 2016, 481 (491); siehe ferner BGH NJW 1979, 414 (415).

<sup>81</sup> Schirmacher, ZHR 2022, 250 (255).

<sup>82</sup> Schirmacher, ZHR 2022, 250 (256).

<sup>83</sup> Habersack/Lüdeking, RFamU 2022, 3 (7); Schirmacher, ZHR 2022, 250 (256).

etwaiger dahingehender Wille der Gesellschafter fingiert werden müsste, was wiederum mit der für das Privatrecht konstituierenden Privatautonomie kollidierte.<sup>84</sup>

Deswegen ist die Rechtsprechung im Umgang mit unausgesprochenen Haftungsausschlüssen generell sehr zurückhaltend und knüpft daran strenge Voraussetzungen. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist ein solcher nämlich nur dann einschlägig, wenn sich der Geschädigte – wäre die Haftungsfrage bei Vertragsschluss zur Sprache gekommen – „dem Ansinnen nach einer solchen Abmachung durch den Schädiger billigerweise nicht hätte versagen können“<sup>85</sup>. Das wird wohl kaum auf GbRs zutreffen. Gesellschaftsangelegenheiten bestehen nie nur in der Wahrnehmung eigener, sondern immer auch in der Wahrnehmung fremder Interessen, weshalb im hypothetischen Szenario, dessen sich die Rechtsprechung bedient, die Gesellschafter mit Recht eine höhere als die eigenübliche Sorgfalt einfordern dürften. Vor diesem Hintergrund vermag auch die allgemeine Rechtsgeschäftslehre bei genauerem Hinsehen die Geltung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs in Gelegenheitsgesellschaften nicht zu überwinden.

### cc) Haftungsprivilegierung durch einen verkehrskreisbezogenen Sorgfaltsmaßstab

Ferner gibt es die – ebenfalls im Regierungsentwurf angedeutete – Auffassung, die Suche nach besonderen Sorgfaltsmaßstäben sei gar nicht erforderlich, da sich – auch wenn dies kontraintuitiv erscheinen mag – bereits bei strikter Anwendung des allgemeinen Maßstabs aus § 276 BGB sach- und interessengerechte Lösungen ergäben.<sup>86</sup> Häufig wird nämlich übersehen, dass § 276 Abs. 2 BGB als ein objektiv-konkreter Maßstab eine Ausdifferenzierung nach Verkehrskreisen nicht nur gestattet, sondern sogar ausdrücklich verlangt.<sup>87</sup> Blickt man auf den Verkehrskreis, dem die Gesellschafter einer Gelegenheitsgesellschaft des Alltagsverkehrs angehören, so ergibt sich selbstverständlich ein anderer Sorgfaltsstandard, als wenn man auf den Verkehrskreis solcher Gesellschafter schaut, die sich zu einer unternehmerisch tätigen Außengesellschaft verbunden haben. Durch scharfe Branchendifferenzierung und Situationsorientierung bei der Bestimmung der verkehrsüblichen Sorgfalt ließe sich insofern für marktfremde wie marktzentrierte Personengesellschaften stets ein objektiver Maßstab gewinnen, der den Gegebenheiten der konkreten Gesellschaft umfassend Rechnung trage.<sup>88</sup> Das käme zwar in Bezug auf Gelegenheitsgesellschaften nicht einer faktischen Wiederherstellung des Sorgfaltsmaßstabs aus § 708 BGB – wie sie von den zuvor genannten Auffassungen versucht wurde – gleich, da gerade kein subjektiver Maßstab gelten soll, aber es ließe sich auf vielversprechende Weise eine Unterwerfung aller Personengesellschaften ganz gleich welchen Formats unter ein und demselben Sorgfaltsmaßstab vermeiden.

Dieser Weg überzeugt methodisch wie inhaltlich: Methodisch deswegen, weil er an die allgemeine Fahrlässigkeitsdogmatik anknüpft und daher nicht im Geringsten konstruiert erscheint<sup>89</sup>; inhaltlich deswegen, weil er einerseits Einzelfallbetrachtungen zulässt und andererseits trotzdem Rechtssicherheit gewähren kann, und zwar sobald die Verkehrskreise, in denen für die Innenhaftung geringe Sorgfaltsanforderungen gelten, einmal klar benannt würden<sup>90</sup>.

<sup>84</sup> Caspers, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 276 Rn. 119.

<sup>85</sup> BGH NJW 1980, 1681 (1682).

<sup>86</sup> Fleischer/Danninger, NZG 2016, 481 (490 f.).

<sup>87</sup> Fleischer/Danninger, NZG 2016, 481 (490 f.); anerkennend Bachmann, NZG 2020, 612 (613).

<sup>88</sup> Esser/Schmidt, Schuldrecht Bd. I, Allgemeiner Teil, Teilbd. 2, 8. Aufl. 1995, S. 89.

<sup>89</sup> Habersack/Lüdeking, RFamU 2022, 3 (8).

<sup>90</sup> Habersack/Lüdeking, RFamU 2022, 3 (8).

#### dd) Haftungsprivilegierung durch die analoge Anwendung haftungsbegrenzender Normen

Schließlich geht ein letzter Ansatz dahin, die infolge des Wegfalls entstehende „Regelungslücke“ im Innenhaftungsrecht der GbR durch die analoge Anwendung anderer haftungsbegrenzender Normen aus dem BGB schließen.<sup>91</sup>

Einerseits kann man da an die §§ 521, 599 und 690 BGB denken, die Haftungserleichterungen im Rahmen unentgeltlicher Verträge darstellen. Diese Normen sollen primär altruistisches Verhalten privilegieren. Dieser Sinn und Zweck ist aber mit der Situation in einer Gesellschaft nicht vereinbar, da sich in einer Gesellschaft ausnahmslos alle Gesellschafter zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks verpflichten und somit keiner von der Selbstlosigkeit der anderen profitieren soll, ohne einen eigenen Beitrag zu leisten.<sup>92</sup> D.h., außer im Fall der praktisch nicht vorkommenden *societas leonina*<sup>93</sup> ist die für eine Analogie vorauszusetzende vergleichbare Interessenlage zwischen den §§ 521, 599, 690 BGB und der BGB-Gesellschaft nicht gegeben.

Andererseits kann man die §§ 31a und 31b BGB, die ehrenamtliche Tätigkeiten im Verein betreffen, zur Analogiebildung in Betracht ziehen. Diese Normen finden vor allem – wenn auch nicht ausschließlich – im Rahmen des nicht-wirtschaftlichen Idealvereins Anwendung.<sup>94</sup> Eine analoge Anwendung der §§ 31a f. BGB auf Gelegenheitsgesellschaften wäre danach nur dann angezeigt, wenn diese grundsätzlich nicht auf die Auskehrung materieller Werte an die Gesellschafter ausgerichtet wären. Prominente Beispiele wie die Tippgemeinschaft zeigen aber, dass Gelegenheitsgesellschaften durchaus wirtschaftlich geartet sein können, sodass die hinter §§ 31a f. BGB stehenden Erwägungen auch nicht analogiebildend zum Tragen kommen können.

#### ee) Zwischenbefund

In Bezug auf die Gelegenheitsgesellschaft ist nach dem Vorstehenden die Ermittlung angemessener Sorgfaltsmaßstäbe nach Maßgabe des verkehrskreisbezogenen Maßstabs aus § 276 Abs. 2 BGB am sinnvollsten (siehe oben).

#### b) Sachgerechte Lösungen für unternehmenstragende GbRs und Personenhandelsgesellschaften

Bei unternehmenstragenden Außen-GbRs und Personenhandelsgesellschaften liegt die Problemstellung anders. Hier passt § 708 BGB anders als bei Gelegenheitsgesellschaften des Alltagsverkehrs von vornherein nicht, sodass es nach dem Wegfall von § 708 BGB nicht darum gehen wird, die von der eigenüblichen Sorgfalt für die Innenhaftung ausgehende Wirkung über Umwege wiederherzustellen, sondern einen neuen passenden Sorgfaltsmaßstab zu finden.

Besondere Beachtung verdient dabei die Person des Geschäftsführers: Um den Herausforderungen unternehmerischen Geschäftsverkehrs zu trotzen, wird in unternehmerisch tätigen Personengesellschaften die Geschäftsführung auf wenige Gesellschafter konzentriert. Dadurch wird den Geschäftsführern zwangsläufig eine Stellung eingeräumt, die Ähnlichkeiten hat mit der eines GmbH-Geschäftsführers oder AG-Vorstands.

---

<sup>91</sup> Bzgl. §§ 521, 599, 690 BGB: *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 188; *Hoffmann*, AcP 167 (1967), 394 (402 f.); Bzgl. §§ 31a f. BGB: *Schirmmacher*, ZHR 2022, 250 (262).

<sup>92</sup> *Schirmmacher*, ZHR 2022, 250 (260).

<sup>93</sup> *Habersack/Lüdeking*, RFamU 2022, 3 (7); siehe ferner zur *societas leonina* *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2022, § 705 Rn. 155.

<sup>94</sup> *Schirmmacher*, ZHR 2022, 250 (262).

### aa) Bestimmung eines Sorgfaltsmaßstabs für nicht-geschäftsführungsbefugte Gesellschafter

Keine Probleme ergeben sich bei der Bestimmung angemessener Sorgfaltsmaßstäbe für nicht-geschäftsführungsbefugte Gesellschafter unternehmerisch tätiger Personengesellschaften. Hier kann ein verkehrskreisbezogener Maßstab unter Anwendung des § 276 Abs. 2 BGB wie auch bei Gelegenheitsgesellschaften (siehe oben) zufriedenstellend Abhilfe schaffen.

### bb) Bestimmung eines Sorgfaltsmaßstabs für geschäftsführende Gesellschafter – § 93 Abs. 1 S. 1, S. 2 AktG analog?

In Bezug auf geschäftsführende Gesellschafter hat sich dagegen vor allem ein Vorschlag durchgesetzt, und zwar die analoge Anwendung des Sorgfaltsmaßstabs für Vorstandsmitglieder und Aufsichtsratsmitglieder einer AG aus § 93 Abs. 1 S. 1, S. 2 AktG.<sup>95</sup>

Das MoPeG hat am Prinzip der Selbstorganschaft festgehalten<sup>96</sup>, so dass die Pflicht zur Geschäftsführung weiterhin nur Gesellschafter treffen kann, und zwar diejenigen, denen der Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführungsbefugnis einräumt. Kommt ein Gesellschafter seiner Geschäftsführungspflicht nicht nach, so ist er der Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet, sofern er die Verletzung seiner Geschäftsführungspflicht zu vertreten hat und ein Schaden entstanden ist.<sup>97</sup> Bei unternehmerisch tätigen GbRs oder Personenhandelsgesellschaften sind Geschäftsführungsmaßnahmen in aller Regel unternehmerische Entscheidungen. Diese Parallele zu Kapitalgesellschaften legt es nahe, an den Haftungsmaßstab zu denken, den das Aktiengesetz in § 93 Abs. 1 S. 1, S. 2 AktG für Vorstandsmitglieder bei „unternehmerischen Entscheidungen“ anordnet. In § 93 Abs. 1 S. 1 AktG findet sich die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, deren Bedeutungsgehalt in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG derart konkretisiert wird, dass eine Pflichtverletzung, dann nicht gegeben sei, wenn ein Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.<sup>98</sup>

Wirft man einen Blick in die Materialien zum Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), so liest man, der Grundgedanke des Geschäftsleiterermessens sei nicht auf die Aktiengesellschaft beschränkt.<sup>99</sup> Deswegen wird eine analoge Anwendung der Business Judgment Rule von der großen Mehrheit im Schrifttum<sup>100</sup> in vermeintlicher Übereinstimmung mit dem Gesetzgeber befürwortet.

Fraglich ist in Ansehung der Analogiebildung aber, ob die Interessenlage in einer Aktiengesellschaft wirklich vergleichbar ist mit der in einer Personengesellschaft. Im aktienrechtlichen Kontext bewirkt § 93 Abs. 1 S. 2 AktG eine Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte in Bezug auf Entscheidungen des Vorstands.<sup>101</sup> Diese Kontrollreduzierung ist insoweit gewollt, als der Vorstand seine unternehmerischen Entscheidungen (inhaltlich) nicht rechtfertigen können muss. Grund hierfür ist der Umstand, dass es die Aktionäre sind, die die Geschäftsführung weder selbst übernehmen noch

---

<sup>95</sup> Schirmacher, ZHR 2022, 250 (266); Habersack/Lüdeking, RFamU 2022, 3 (8); Lieder, in: Oetker, Kommentar zum HGB, 7. Aufl. 2021, § 114 Rn. 31; C. Schäfer, in: Staub, Kommentar zum HGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2009, § 114 Rn. 40, 55; Kindler, in: Koller/Kindler/Drüen, Kommentar zum HGB, 10. Aufl. 2023, § 114 Rn. 6; Paefgen, ZIP 2016, 2293 (2296).

<sup>96</sup> RegE-MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 149.

<sup>97</sup> Schöne, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 709 Rn. 12.

<sup>98</sup> Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 43 ff.

<sup>99</sup> BT-Drs. 15/5092, S. 12.

<sup>100</sup> RegE-MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 149.

<sup>101</sup> Schirmacher, ZHR 2022, 250 (266).

sie kontrollieren wollen und daher ihre unternehmerische Privatautonomie auf den Vorstand übertragen.<sup>102</sup>

Zwar ist die gerichtliche Kontrolldichte bei unternehmerischen Entscheidungen reduziert, aber diese Lockerung wird durch die Existenz anderer der Gesellschaftsstruktur einer AG immanenter Kontrollmechanismen kompensiert.<sup>103</sup> Insbesondere Zu- und Abwanderungsbewegungen der Gesellschafter stellen einen bedeutenden Mechanismus dar: Aktionäre, die mit der Geschäftsführung unzufrieden sind, können ihre Aktien jederzeit veräußern und sich so dem Einfluss und den Risiken der Vorstandsentscheidungen entziehen.<sup>104</sup> Bei massenhaften Austritten kommt es in der Konsequenz zu einem Kursverfall und schlimmstenfalls zu der Gefahr einer feindlichen Übernahme.<sup>105</sup> Um genau dieses Szenario zu vermeiden, versucht ein Vorstand seine Entscheidungen stets so zu treffen, dass möglichst wenige Aktionäre abwandern und möglichst viele sich neu beteiligen, was zu einer Objektivierung der Erwartungen an ihn führt.<sup>106</sup> Das bedeutet, dass der Vorstand seine Entscheidungen an den Erwartungen des Aktionärspublikums als Ganzes ausrichtet und dabei sowohl den eigenen Präferenzen als auch den Partikularinteressen einzelner Aktionäre keine Beachtung schenkt.<sup>107</sup> Im Ergebnis führt das zu einer Überwindung von Risikoaversion auf Seiten des Vorstands einerseits<sup>108</sup> und wünschenswerten unternehmerischen Entscheidungen andererseits.

Diese Kontrollinstrumente stehen in der Personengesellschaft nicht zur Verfügung.<sup>109</sup> Personengesellschafter sind im Gegensatz zu Aktionären in der Regel von großer Risikoaversion charakterisiert. Die Beteiligung an einer unternehmenstragenden Personengesellschaft kann nämlich einen beträchtlichen Teil ihres Vermögens ausmachen, sodass Wertminderungen ihres Gesellschaftsanteils aufgrund ungünstiger Entscheidungen der Geschäftsführung auf ihr Gesamtvermögen durchschlagen können<sup>110</sup>, während bei AG-Gesellschaftern der Wertverlust einer Aktie zumeist wegen Diversifizierung abgedeckt und ausgeglichen werden kann<sup>111</sup>. Die Risikoaversion von Personengesellschaftern wird überdies durch ihre persönliche und unbeschränkte Haftung intensiviert. Geht eine unternehmerische Entscheidung schief, droht den Gesellschaftern nicht nur ein erheblicher Wertverlust ihres Gesellschaftsanteils, sondern darüber hinaus eine persönliche unbeschränkte Haftung. Deswegen haben Personengesellschafter ein berechtigtes Interesse daran, das unternehmerische Risiko durch eine risikoaverse Investitionspolitik möglichst klein zu halten.<sup>112</sup>

Das hat wiederum zwei Nebenfolgen: Da für einen geschäftsführenden Gesellschafter dasselbe gilt wie für jeden anderen Gesellschafter einer Personengesellschaft, d.h. wirtschaftlich viel auf dem Spiel steht, wird dieser bei der Geschäftsführung persönliche Präferenzen kaum außer Acht lassen können. Auf der anderen Seite kann von allen nicht-geschäftsführungsbefugten Personengesellschaftern, da sie an kontrollfreiem risikoneutralem oder -affinem Verhalten im Rahmen der Geschäftsführung gerade nicht interessiert sind, grundsätzlich nicht erwartet werden können, dass sie ihre

---

<sup>102</sup> Schirrmacher, ZHR 2022, 250 (272).

<sup>103</sup> Schirrmacher, ZHR 2022, 250 (268).

<sup>104</sup> Schirrmacher, ZHR 2022, 250 (272).

<sup>105</sup> Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 68.

<sup>106</sup> Schirrmacher, ZHR 2022, 250 (268).

<sup>107</sup> Schirrmacher, ZHR 2022, 250 (272).

<sup>108</sup> Schirrmacher, ZHR 2022, 250 (272).

<sup>109</sup> Schirrmacher, ZHR 2022, 250 (273).

<sup>110</sup> Jungmann, in: FS Schmidt, 2009, S. 842.

<sup>111</sup> Köndgen/Schmies, in: Ellenberger/Bunte, Bankrechts-Handbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2022, § 93 Rn. 2.

<sup>112</sup> Jungmann, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 842.

Privatautonomie freiwillig an die Geschäftsführer delegieren.<sup>113</sup>

Die für eine Analogie notwendige vergleichbare Interessenlage kann im Umkehrschluss also nur in Fällen bejaht werden, in denen angenommen werden kann, dass die Gesellschafter einer Personengesellschaft ihre Privatautonomie derart an die Geschäftsführer delegieren wollten, dass ihre persönlichen Präferenzen und Interessen keine Berücksichtigung mehr finden. Hier könnte man die Unterscheidung von gewöhnlichen und außergewöhnlichen Geschäften ansetzen.<sup>114</sup> Begreift man nämlich gewöhnliche Geschäfte als solche, in denen die Geschäftsführer weitestgehend kontrollfrei agieren können sollen, in denen also die Gesellschafter wegen eines vergleichsweise geringen, hinnehmbaren Risikos ihre unternehmerische Privatautonomie an die Geschäftsführer delegiert haben, dann kann hier analoge Anwendung doch gelingen.<sup>115</sup> Einzig mit Blick auf außergewöhnliche Geschäfte (i.S.v. § 116 Abs. 2 HGB) erweist sich eine analoge Anwendung des Geschäftsleitersorgfaltsmaßstabs aus § 93 Abs. 1 S. 1, S. 2 AktG auf unternehmerische Personengesellschaften als problematisch und ungangbar.

### c) Zwischenbefund

Im Ergebnis zeigt sich, dass der Wegfall von § 708 BGB keineswegs vor unlösbare rechtliche Fragen stellt. Mit der allgemeinen Schuldrechtslehre (insbesondere § 276 BGB) und durch analoge Anwendung passender Haftungsmaßstäbe lassen sich weitestgehend sachgerechte Sorgfaltsmaßstäbe für die Innenhaftung bestimmen.

## IV. Bewertung der Reform des § 708 BGB

Abschließend bleibt zu fragen, ob die bevorstehende Reform des § 708 BGB begrüßenswert ist.

### 1. Im Lichte des rechtshistorischen Leitbildes

Der Gesetzgeber hat dem Leitbild des historischen Gesetzgebers eine Absage erteilt. Das mag man als geneigter Rechtshistoriker oder Römischrechtler bedauern, aber eine einmal zum Leitbild erhobene Vorstellung kann nicht den Anspruch erheben, immer Leitbild zu bleiben, insbesondere dann nicht, wenn sie dem Zeitgeist nicht länger entspricht. Das gilt insbesondere im Recht. Das Format der Gelegenheitsgesellschaft ist spätestens seit der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR nicht mehr die Regel, sondern eher die praktische Ausnahme, während die unternehmenstragende GbR auf der Überholspur ist.

### 2. Im Lichte der rechtspolitischen Kritik

Der rechtspolitischen Kritik, die sich insbesondere auf die fehlende Eignung der eigenüblichen Sorgfalt für unternehmenstragende GbRs und Personenhandelsgesellschaften stützt, wird die Reform allemal gerecht und macht den Weg frei für passendere Lösungen wie § 93 Abs. 1 S. 2 AktG analog.

---

<sup>113</sup> Schirrmacher, ZHR 2022, 250 (274).

<sup>114</sup> Habersack/Lüdeking, RFamU 2022, 3 (8); Schirrmacher, ZHR 2022, 250 (276); auf die Kasuistik, die sich zur Abgrenzung entwickelt hat, wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen.

<sup>115</sup> Schirrmacher, ZHR 2022, 250 (276 f.).

### 3. Gelegenheitsgesellschaften – Der blinde Fleck der neuen gesetzlichen Konzeption

Schließlich kann auch der Einwand<sup>116</sup>, die Reform werde Gelegenheitsgesellschaften nicht gerecht, da sie solche und Personenhandelsgesellschaften über einen Kamm schere, nicht überzeugen. Wie bereits gezeigt (siehe oben) lassen sich auch ohne § 708 BGB interessengerechte Haftungsmaßstäbe – sogar für Gelegenheitsgesellschaften – entwickeln.

### 4. Rechtsvergleichender Ausblick

Obwohl es hinsichtlich des Sorgfaltsmaßstabs für Personengesellschafter – um es mit den Worten von *Holger Fleischer* und *Nadja Danninger* zu sagen – „in Europa keinen gemeinsamen [...] Nenner, kein *ius commune societatis*“<sup>117</sup> gibt, deutet sich in jüngeren Gesetzes- und Reformvorhaben und der gesamteuropäischen Rechtsprechungsentwicklung in Unternehmenshaftungsfragen eine nicht zu vernachlässigende Tendenz hin zu objektiv-konkreten Haftungsmaßstäben und einer immer stärker werdenden Differenzierung nach verschiedenen Verkehrskreisen an<sup>118</sup>. Das MoPeG könnte in diesem Sinne sogar einen Beitrag zu einer europaweit „einheitlicheren“ Beantwortung der Frage nach dem richtigen Binnenhaftungsmaßstab leisten.

### 5. Fazit

Insgesamt überzeugt der Wegfall des § 708 BGB also unter allen erdenklichen Gesichtspunkten. Daher ist diese Entscheidung des Gesetzgebers als gelungene legislatorische Leistung zu bewerten.

*Redaktioneller Hinweis: Die Fußnoten 6, 10, 12, 13, 69, 70, 71 und 97 wurden am 1.12.2023 um 13:30 Uhr nachträglich angepasst.*

---

<sup>116</sup> *Escher-Weingart*, WM 2022, 2297 (2305 [Fn. 112]); *Schall*, ZIP 2020, 1443 (1444); *Schäfer*, Gutachten E zum 71. Deutschen Juristentag: Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?, 2016, S. 88; *Bachmann*, NZG 2020, 612 (613).

<sup>117</sup> *Fleischer/Danninger*, NZG 2016, 481 (482).

<sup>118</sup> Vgl. Ausblick in *Fleischer/Danninger*, NZG 2016, 481 (488).

# Relevanz und Provenienz unionaler Grundrechtsdogmatik

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

<b>I. Einleitung .....</b>	<b>1200</b>
<b>II. Die zunehmende Relevanz der Unionsgrundrechte .....</b>	<b>1200</b>
1. Die Verschriftlichung der Unionsgrundrechte .....	1200
2. Zunehmende Relevanz durch den unionalen Integrationsprozess .....	1201
3. Die Entwicklung der Unionsgrundrechte durch die EU-Rechtsprechung .....	1202
a) Die Entstehung der Unionsgrundrechte durch Rechtsfortbildung des EuGH ....	1202
b) Die Kritik an der EU-Rechtsprechung .....	1203
4. Zunehmende Relevanz durch die nationalen Verfassungsgerichte .....	1204
a) Die Unionsgrundrechte als Prüfungsmaßstab (nicht nur) des BVerfG .....	1204
b) Die Unionsgrundrechte in anderen Jurisdiktionen .....	1205
5. Bedeutungsgewinn in der juristischen Ausbildung .....	1205
6. Zwischenergebnis .....	1205
<b>III. Die Autonomie des Unionsrechts und Provenienz der unionalen Grundrechts-</b>	
<b>dogmatik .....</b>	<b>1206</b>
1. Einführung in die Grundrechtsdogmatik auf Unionsebene .....	1206
a) Zum Begriff der „Rechtsdogmatik“ .....	1206
b) Existenz und Relevanz der unionsrechtlichen (Grundrechts-)Dogmatik .....	1207
2. Provenienz der unionalen Grundrechtsdogmatik .....	1208
a) Autonomie des Unionsrechts .....	1208
b) Autonomie ohne Abschottungsgebot .....	1209
c) Der Übertragungsansatz .....	1210
aa) Nationale Grundrechtsdogmatik .....	1210
bb) Europäische Menschenrechtskonvention .....	1213
cc) Grundfreiheiten .....	1215
d) Eigenständige Entwicklung der unionalen Grundrechtsdogmatik .....	1216
3. Zwischenergebnis .....	1216
<b>IV. Fazit .....</b>	<b>1216</b>

\* Der Autor ist Doktorand am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht (Prof. Dr. Christoph Herrmann, LL.M.) an der Universität Passau. Für die wertvolle Unterstützung durch kritische Lektüre des Beitragsentwurfs sei Herrn Dr. Patrick Abel, MJur (Oxon), Frau Mareike Hoffmann sowie Frau Cassandra Weichenrieder gedankt.

## I. Einleitung

Das Verständnis von Grundrechten ist häufig staatsbezogen.<sup>1</sup> Deswegen werden Grundrechte traditionell als Normen verstanden, welche elementare Freiheitsrechte der Einzelnen gegenüber dem Staat und gegebenenfalls auch Freiheit durch den Staat verbürgen.<sup>2</sup> Doch die Lebensrealität sieht in einer globalisierten Welt zunehmend anders aus. Der Schutz von Freiheit ist verstärkt in einer grenzüberschreitenden Dimension gefragt. Entsprechend realisiert sich ein effektiver Grundrechtsschutz heutzutage in einem „Mehrebenensystem“ aus nationalen und inter- bzw. supranationalen Grundrechtsgarantien.<sup>3</sup> Zugleich ist einem Mehrebenensystem aber die Gefahr divergierender Schutzstandards sowie von Kompetenzkollisionen inhärent.<sup>4</sup> Somit nimmt nicht nur die Relevanz einer grenzüberschreitenden Grundrechtsverwirklichung zu, sondern gleichermaßen die Frage nach den Korrelationen der Grundrechtsebenen sowie den Divergenzen im Schutzzumfang und der Grundrechtsdogmatik. Auch innerhalb der Europäischen Union (EU) stellen sich diese Fragen, denn die Unionsgrundrechte gewinnen kontinuierlich an Bedeutung und bedingen damit das Erfordernis, sich mit den dogmatischen Spezifika der Unionsgrundrechte auseinanderzusetzen.

Der vorliegende Beitrag legt daher zunächst die steigende Relevanz der Unionsgrundrechte dar (II.), um daraus folgend die sich zunehmend ergebende Fragestellung nach der Eigenständigkeit bzw. Provenienz der unionalen Grundrechtsdogmatik zu thematisieren (III.). Abschließend folgt das Fazit (IV.).

## II. Die zunehmende Relevanz der Unionsgrundrechte

Die Bedeutungszunahme der Unionsgrundrechte (bzw. EU-Grundrechte) beruht auf mehreren, oftmals interdependenten Gründen: der Verschriftlichung der Unionsgrundrechte (1.), dem Integrationsprozess innerhalb der EU (2.) sowie der Rechtsprechung des EuGH und der mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte (3. und 4.). Auswirkungen hat dies auch auf die juristische Ausbildung (5.).

### 1. Die Verschriftlichung der Unionsgrundrechte

Die Grundrechte der EU sind von jenen Grundrechten, die durch internationale Organisationen entwickelt und gewährleistet werden, zu unterscheiden. Dies gilt etwa für die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) des Europarates.<sup>5</sup> Die genuinen Grundrechte der EU wurden erstmalig durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) anerkannt.<sup>6</sup> Der Gerichtshof leitete diese im Jahr 1969 aus den „allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts“<sup>7</sup> ab. Ein geschriebener Grundrechtskatalog blieb aber auch in den folgenden Jahrzehnten aus. Dadurch bestand auf Unionsebene fortlaufend ein Defizit an Rechtssicherheit und Transparenz in dem so wichtigen Bereich des Grundrechtsschutzes.<sup>8</sup> Entsprechende Forderungen nach einer Kodifizierung der EU-Grundrechte führten schließlich dazu, dass die richterrechtlich geschaffenen Unions-

---

<sup>1</sup> Petersen, Deutsches und Europäisches Verfassungsrecht II, 2. Aufl. 2022, § 1 Rn. 2; in einem entwicklungsgeschichtlichen Kontext Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 17. Aufl. 2017, § 32.

<sup>2</sup> Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl. 2022, § 1 Rn. 2.

<sup>3</sup> Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 39. Aufl. 2023, Rn. 54 ff.

<sup>4</sup> Lindner, EuR 2007, 160 (161 ff.).

<sup>5</sup> Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl. 2022, § 6 Rn. 66.

<sup>6</sup> Jarass/Kment, EU-Grundrechte, 2. Aufl. 2019, § 1 Rn. 13.

<sup>7</sup> EuGH, Urt. v. 12.11.1969 – 29/69 (Stauder), Rn. 7.

<sup>8</sup> Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 4, Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 7.

grundrechte in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) zusammengefasst und weiterentwickelt wurden.<sup>9</sup> Wenngleich die EU-Grundrechtecharta bereits im Jahr 2000 proklamiert wurde, erlangte sie rechtsverbindliche Wirkung erst im Rahmen des Reformvertrags von Lissabon.<sup>10</sup> Eine unmittelbare Aufnahme in die Verträge erfolgt hierbei nicht, sodass die Grundrechtecharta ein gesondertes Dokument bleibt.<sup>11</sup> Durch Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Hs. 2 EUV ist die Grundrechtecharta dennoch verbindliches Primärrecht.<sup>12</sup>

Auch wenn viele Grundrechte bereits als allgemeine Rechtsgrundsätze verbindliches Primärrecht waren – und als solches nach wie vor gelten, vgl. Art. 6 Abs. 3 EUV – machte erst die Verschriftlichung in der Grundrechtecharta die Existenz von EU-Grundrechten sichtbar.<sup>13</sup> Die mit der Verschriftlichung bzw. Sichtbarmachung von Grundrechten einhergehende Stärkung<sup>14</sup> des unionalen Grundrechtsschutzes belegt zugleich die gesteigerte Relevanz der Unionsgrundrechte. Die Grundrechtecharta stellt dementsprechend die zentrale<sup>15</sup> und vorrangige<sup>16</sup> Rechtsquelle der EU-Grundrechte dar.

## 2. Zunehmende Relevanz durch den unionalen Integrationsprozess

Obgleich die Verschriftlichung der Unionsgrundrechte einen wesentlichen Beitrag zum Bedeutungszugewinn der Unionsgrundrechte leistet, sind es auch diverse Aspekte des unionalen Integrationsprozesses, welche den Unionsgrundrechten ihre bedeutsame Stellung verleihen. Speziell der Binnenmarkt verwirklicht durch die zunehmende Mobilität von Personen sowie von materiellen und immateriellen Gütern laufend neue Sachverhalte, in denen freiheitsverkürzende Handlungen nicht nur mit Bezug zu den Grundfreiheiten, sondern auch mit Relevanz zur Grundrechtecharta auftreten.

*Beispiel:* So ist etwa der freie Datenverkehr innerhalb der EU ein Teilaspekt des Binnenmarktes,<sup>17</sup> der zugleich die Art. 7 und 8 GRCh betrifft.<sup>18</sup>

Da immer mehr Bereiche des nationalen Rechts durch das Unionsrecht determiniert werden, gewinnen die Unionsgrundrechte im weiteren Integrationsverlauf jedenfalls auch für solches mitgliedstaatliche Handeln an Relevanz, das Unionsrecht umsetzt, vollzieht oder beschränkt.<sup>19</sup> Die anfängliche Hilfsfunktion der Unionsgrundrechte – nämlich die Absicherung des vorrangigen EU-Rechts vor nationalen Grundrechten respektive Grundrechtsvorbehalten der mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte<sup>20</sup> – gehört damit der Vergangenheit an. Sie bilden nunmehr ein rechtliches Fundament, das

<sup>9</sup> Hufen, Staatsrecht II, 10. Aufl. 2023, § 3 Rn. 11; Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 83.

<sup>10</sup> Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 83; Hufen, Staatsrecht II, 10. Aufl. 2023, § 3 Rn. 11.

<sup>11</sup> Jarass/Kment, EU-Grundrechte, 2. Aufl. 2019, § 1 Rn. 21.

<sup>12</sup> Von „lediglich“ einem „Schönheitsfehler“ spricht daher Kühling, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 657 (657).

<sup>13</sup> Jarass/Kment, EU-Grundrechte, 2. Aufl. 2019, § 2 Rn. 5.

<sup>14</sup> Vgl. dazu Abs. 4 der GRCh-Präambel.

<sup>15</sup> Jarass/Kment, EU-Grundrechte, 2. Aufl. 2019, § 2 Rn. 2.

<sup>16</sup> Jarass, in: Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl. 2021, GRCh Einl. Rn. 35.

<sup>17</sup> Vgl. Erwägungsgrund 5, 7, 13 der DS-GVO. Siehe dazu Herrmann/Miller, ZEuS 2021, 617 (624).

<sup>18</sup> Vgl. Erwägungsgrund 1 der DS-GVO, der allerdings Art. 7 GRCh nicht erwähnt; Hornung/Spiecker gen. Döhmann, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 2019, DS-GVO Art. 1 Rn. 37.

<sup>19</sup> Wollenschläger, in: Hatje/Müller-Graff, Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2022, § 13 Rn. 11.

<sup>20</sup> Dazu Kingreen, Jura 2014, 295 (296).

für alle anderen Bereiche des sich kontinuierlich weiterentwickelnden Unionsrechts und auch für gewisse Bereiche des mitgliedstaatlichen Handelns maßgeblich ist.<sup>21</sup>

### 3. Die Entwicklung der Unionsgrundrechte durch die EU-Rechtsprechung

Der Bedeutungszuwachs der Unionsgrundrechte spiegelt sich in der EU-Rechtsprechung wider. Zugleich ist es die Rechtsprechung selbst, die den Grundrechten zum Ausbrechen aus ihrer Hilfsfunktion verholfen hat.

#### a) Die Entstehung der Unionsgrundrechte durch Rechtsfortbildung des EuGH

Nachdem der EuGH im Jahr 1969 ohne Benennung eines konkreten Grundrechts festgestellt hat, dass solche aus den „allgemeinen Grundsätzen der Gemeinschaftsrechtsordnung“<sup>22</sup> resultieren, hat er in weiterer Folge aus verschiedenen Rechtserkenntnisquellen<sup>23</sup> – neben den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten insb. auch die EMRK – einen Katalog ungeschriebener Einzelgrundrechte entwickelt.<sup>24</sup> Das BVerfG, welches die grundrechtlichen Gewährleistungen auf Unionsebene zunächst für unzureichend befand,<sup>25</sup> konstatierte 1986, dass „mittlerweile im Hoheitsbereich der Europäischen Gemeinschaften ein Maß an Grundrechtsschutz erwachsen [ist], das nach Konzeption, Inhalt und Wirkungsweise dem Grundrechtsstandard des Grundgesetzes im wesentlichen gleichzuachten ist“<sup>26</sup>. In weiterer Folge wurde die richterliche Entwicklung von Grundrechten durch den Vertrag von Maastricht teilweise abgesichert, die Herleitung von konkreten Grundrechten oblag aber weiterhin der EU-Rechtsprechung.<sup>27</sup> Erst mit der Grundrechtecharta, welche die durch Richterrecht geschaffenen Unionsgrundrechte inkorporierte,<sup>28</sup> wurde dieser Umstand entschärft. Für die Entstehung des Grundrechtssystems in der EU trägt der EuGH damit eine herausragende Rolle.

Heute gehören die Unionsgrundrechte zum festen Bestandteil der EU-Rechtsprechung.<sup>29</sup> Sie können dabei als zentraler Prüfungsmaßstab zur Geltung kommen.<sup>30</sup> Möglich ist auch, dass sie bei gleicher Schutzrichtung die Grundfreiheiten verstärken und dadurch einen verschärften Rechtsfertigungszwang für Eingriffe begründen.<sup>31</sup> Umgekehrt werden die Unionsgrundrechte durch den EuGH auch herangezogen, um einen Eingriff in Grundfreiheiten zu rechtfertigen.<sup>32</sup>

---

<sup>21</sup> Jarass/Kment, EU-Grundrechte, 2. Aufl. 2019, § 3 Rn. 1, 2.

<sup>22</sup> EuGH, Urt. v. 12.11.1969 – 29/69 (Stauder), Rn. 7.

<sup>23</sup> Unter Rechtserkenntnisquellen versteht man die Entstehungsgründe für das Recht, vgl. Ehlers, in: Ehlers/Germelmann, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl. 2023, § 14 Rn. 6.

<sup>24</sup> Walter, in: Ehlers/Germelmann, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl. 2023, § 1 Rn. 32.

<sup>25</sup> BVerfGE 37, 271 (285) – Solange I.

<sup>26</sup> BVerfGE 73, 339 (378) – Solange II.

<sup>27</sup> Ehlers, in: Ehlers/Germelmann, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl. 2023, § 14 Rn. 7.

<sup>28</sup> Hufen, Staatsrecht II, 10. Aufl. 2023, § 3 Rn. 11.

<sup>29</sup> v. Danwitz, in: Grabenwarter, Europäischer Grundrechtsschutz, 2. Aufl. 2022, § 6 Rn. 17; Schroeder, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 15 Rn. 22; Hakenberg, Europarecht, 9. Aufl. 2021, Rn. 105.

<sup>30</sup> Etwa bei EuGH, Urt. v. 14.3.2017 – C-157/15 (Achbita); EuGH, Urt. v. 20.3.2018 – C-524/15 (Menci).

<sup>31</sup> Herdegen, Europarecht, 24. Aufl. 2023, § 14 Rn. 17; exemplarisch in einer Falllösung Arnold/Miller, ZJS 2021, 182 ff.

<sup>32</sup> EuGH, Urt. v. 12.6.2003 – C-112/00 (Schmidberger), Rn. 74; ebenso Ehlers, in: Ehlers/Germelmann, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl. 2023, § 14 Rn. 75; Schroeder, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 14 Rn. 57; a.A. Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, GRCh Art. 51 Rn. 22 ff.; Huber, NJW 2011, 2385 (2386).

## b) Die Kritik an der EU-Rechtsprechung

Ogleich der EuGH für die Entwicklung der Unionsgrundrechte maßgeblich war, wurde ihm zugleich vorgeworfen, diese nicht ausreichend zu realisieren respektive zu schützen.<sup>33</sup> Deswegen werden auch die nationalen Verfassungsgerichte als maßgebliche Initiatoren für die Entwicklung der Unionsgrundrechte angesehen, da sie immer wieder einen intensiven und fordernden Grundrechtsdiskurs mit dem EuGH führten.<sup>34</sup> Auch wenn diese Kritik an der fehlenden Grundrechtssensibilität des EuGH berechtigt gewesen sein mag, so ist sie jedenfalls heute nicht mehr derart aktuell.<sup>35</sup> Zwischenzeitlich – insb. im Anschluss an das EuGH-Urteil in der Rechtssache. Åkerberg Fransson<sup>36</sup> – versuchten sogar die mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte der EuGH-Rechtsprechung, welche die Anwendbarkeit der GRCh bei mitgliedstaatlichem Verhalten großzügig interpretierte, Einhaltung zu gebieten.<sup>37</sup> Es ist zwar zutreffend, dass die Grundrechtsjudikatur des EuGH nach wie vor über Optimierungspotenzial verfügt.<sup>38</sup> So ist etwa die Reichweite des Schutzbereichs einiger Unionsgrundrechte nach wie vor nicht klar bestimmt und es fehlt auch an einer präzisen Eingriffsdogmatik.<sup>39</sup> Bei der prominenten Streitfrage, wie die „Durchführung des Rechts der Union“ i.S.v. Art 51 Abs. 1 S. 1 GRCh zu verstehen ist, deutet der EuGH aber nunmehr einen Kompromissvorschlag gegenüber dem BVerfG an.<sup>40</sup> In nachfolgenden Urteilen hat der EuGH die Voraussetzungen der mitgliedstaatlichen Grundrechtsbindung präzisiert und verlangt nunmehr einen „hinreichenden Zusammenhang von einem gewissen Grad“ zwischen dem Unionsrechtsakt und der fraglichen nationalen Maßnahme.<sup>41</sup> Auch sonst bemüht der EuGH die Unionsgrundrechte gerade nicht als „Allzweckwaffe“, auch nicht gegenüber den Mitgliedstaaten.

*Beispiel:* Der EuGH hat es dezidiert abgelehnt, die Kriterien der Plaumann-Formel unter Berufung auf Art. 47 GRCh aufzugeben.<sup>42</sup> Selbst wenn eine Verletzung der Grundrechte aus der Grundrechtecharta vorliegt, begründet dies nach Ansicht des EuGH keine Möglichkeit, von den Zulässigkeitskriterien direkter Klagen bei den Gerichten der Europäischen Union abzuweichen.<sup>43</sup> Damit effektiert der EuGH die Unionsgrundrechte (jedenfalls in diesem prozessualen Bereich) nicht, um seine begrenzten Kompetenzen zu überspielen.

<sup>33</sup> Vgl. dazu m.w.N. Schroeder, EuZW 2011, 462 (464).

<sup>34</sup> Kühling, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht. 2. Aufl. 2009, S. 657 (662).

<sup>35</sup> Schroeder, EuZW 2011, 462 (464); Thym, NVwZ 2013, 889 (890 f.).

<sup>36</sup> EuGH, Urt. 26.2.2013 – C-617/10 (Åkerberg Fransson). Das BVerfG reagierte mit deutlicher Kritik, vgl. BVerfGE 133, 277 (313 ff. Rn. 88 ff.).

<sup>37</sup> Geiß, DÖV 2014, 265 (265 f.).

<sup>38</sup> Schroeder, EuZW 2011, 462 (465).

<sup>39</sup> Schroeder, EuZW 2011, 462 (465); Terhechte, Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte, 2011, S. 57 f.

<sup>40</sup> Thym, NVwZ 2013, 889 (891).

<sup>41</sup> EuGH, Urt. v. 7.9.2017 – C-177/17, C-178/17 (Demarchi Gino u.a.), Rn. 19; ähnlich bereits EuGH, Urt. v. 6.9.2016 – C-218/15 (Gianpaolo Paoletti u.a.), Rn. 14: „Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich, dass der Begriff ‚Durchführung des Rechts der Union‘ im Sinne von Art. 51 der Charta das Vorliegen eines Zusammenhangs zwischen einem Unionsrechtsakt und der fraglichen nationalen Maßnahme voraussetzt, der darüber hinausgeht, dass die fraglichen Sachbereiche benachbart sind oder der eine von ihnen mittelbare Auswirkungen auf den anderen haben kann“.

<sup>42</sup> EuGH, Urt. v. 3.10.2013 – C-583/11 P (Inuit Tapiriit Kanatami), Rn. 97.

<sup>43</sup> EuGH, Urt. v. 25.3.2021 – C-565/19 P (Armando Carvalho u.a.), Rn. 45 ff.

#### 4. Zunehmende Relevanz durch die nationalen Verfassungsgerichte

Wird den nationalen Verfassungsgerichten eine initiatorische Rolle bei der Entwicklung der Unionsgrundrechte zugewiesen, ist bereits darin ihr Beitrag zum Bedeutungszugewinn der Unionsgrundrechte ersichtlich. Auch wenn insb. von deutscher Seite aus auf eine klare Kompetenzabgrenzung im Grundrechtsgefüge gepocht wurde,<sup>44</sup> tritt in Deutschland und in anderen Mitgliedstaaten zugleich eine neue Entwicklung ein, welche die Bedeutung der Unionsgrundrechte in kaum zu unterschätzender Weise abermals befeuert.

##### a) Die Unionsgrundrechte als Prüfungsmaßstab (nicht nur) des BVerfG

Lange Zeit hat das BVerfG eine Grundrechtskontrolle am Maßstab der deutschen Grundrechte im Anwendungsbereich des Unionsrechts nur dann durchgeführt, sofern es sich um eine nicht vollständig harmonisierte bzw. determinierte Rechtsfrage handelte.<sup>45</sup> Im vollständig harmonisierten Bereich wurde – abgesehen von der ultra-vires-Kontrolle, dem „Solange“-Vorbehalt und der Identitätskontrolle – eine verfassungsgerichtliche Überprüfung überhaupt nicht durchgeführt.<sup>46</sup> Stattdessen waren die Fachgerichte in Kooperation mit dem EuGH (Art. 267 AEUV) für den Grundrechtsschutz verantwortlich.<sup>47</sup> Dieser Ansatz ist mit den Beschlüssen des BVerfG zum Recht auf Vergessen überholt. Während im Bereich mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume der primäre Prüfungsmaßstab weiterhin die Grundrechte des Grundgesetzes sind (Recht auf Vergessen I),<sup>48</sup> prüft das BVerfG im vollständig unionsrechtlich determinierten Bereich nun selbst und ausschließlich anhand der Unionsgrundrechte (Recht auf Vergessen II).<sup>49</sup> Diese als „Paukenschlag“<sup>50</sup> und „revolutionär“<sup>51</sup> betitelte Justierung des BVerfG als weiteres EU-Grundrechtsgericht weist den Unionsgrundrechten nicht nur eine neue Bedeutungsdimension in der deutschen Verfassungsrechtsprechung zu, sondern hat überdies erhebliche Konsequenzen für die einzelnen Fachgerichte und die gesamte Rechtspraxis. Das BVerfG prüft im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde seither nicht nur die willkürliche Verletzung einer Vorlagepflicht (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), sondern eigens die korrekte Anwendung der Unionsgrundrechte durch die Fachgerichte.<sup>52</sup> Das verleiht den EU-Grundrechten bis in Streitigkeiten zwischen Privaten an bemerkenswertem Gewicht in prozessualer und materieller Hinsicht.<sup>53</sup>

*Beispiel:* Wehrt sich eine Privatperson gegen einen Suchmaschinenbetreiber und begehrt die Löschung eines zu persönlichen Daten führenden Links (§ 35 Abs. 2 S. 2 BDSG a.F. und §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB), prüft das BVerfG im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde nicht die Grundrechte des GG, da die anwendbaren Regelungen unionsrechtlich vollständig vereinheitlicht sind. Es zieht stattdessen die Unionsgrundrechte heran, die somit nicht nur Schutz gegenüber dem Staat, sondern auch in privat-

<sup>44</sup> Vgl. Geiß, DÖV 2014, 265 (266).

<sup>45</sup> Classen, EuR 2021, 92 (94).

<sup>46</sup> Herrmann/Michl, Examensrepetitorium Europarecht, Staatsrecht III, 8. Aufl. 2022, Rn. 285.

<sup>47</sup> Classen, EuR 2021, 92 (94).

<sup>48</sup> BVerfGE, Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen), Rn. 49 ff.; Kühling, NJW 2020, 275 (276).

<sup>49</sup> BVerfGE, Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17 (Recht auf Vergessen II), Rn.42 ff. Eingehend zur Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG bei unionsrechtlichen Bezügen Dersarkissian, ZJS 2022, 31; zum Wandel des Grundrechtsschutzes im Mehrebenensystem Toros/Weiß, ZJS 2020, 100.

<sup>50</sup> Karpenstein/Kottmann, EuZW 2020, 185 (186).

<sup>51</sup> Kühling, NJW 2020, 275 (277).

<sup>52</sup> Karpenstein/Kottmann, EuZW 2020, 185 (189).

<sup>53</sup> Karpenstein/Kottmann, EuZW 2020, 185 (189).

rechtlichen Streitigkeiten gewährleisten, indem die jeweiligen aus dem Unionsrecht herrührenden Grundrechtspositionen in Ausgleich zu bringen sind.<sup>54</sup>

## b) Die Unionsgrundrechte in anderen Jurisdiktionen

Die Integration der Unionsgrundrechte in die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung des BVerfG ist zumindest aus grenzüberschreitender Perspektive heraus keine Revolution, da dies schon zuvor in einigen anderen EU-Mitgliedstaaten erfolgte. Bereits im Jahr 2012 hat der österreichische Verfassungsgerichtshof die Grundrechtecharta zum Prüfungsmaßstab in der nationalen Verfassungsgerichtsbarkeit erkoren. Auch hierbei handelte es sich um eine Rechtsprechungsentwicklung. So hat der Verfassungsgerichtshof noch im Jahr zuvor festgestellt, dass „weder die EU-Grundrechte-Charta noch der AEUV österreichische Verfassungsbestimmungen sind, an denen der Verfassungsgerichtshof die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes prüfen kann“<sup>55</sup>. Kurze Zeit später setzte er sich erneut mit der Thematik auseinander und gelangte zu dem Ergebnis, „dass auch die von der Grundrechte-Charta garantierten Rechte vor dem Verfassungsgerichtshof als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte [...] geltend gemacht werden können und sie im Anwendungsbereich der Grundrechte-Charta einen Prüfungsmaßstab in Verfahren der generellen Normenkontrolle [...] bilden“<sup>56</sup>. Ebenfalls in Belgien<sup>57</sup>, Frankreich<sup>58</sup> und Italien<sup>59</sup> ist die Grundrechtecharta als Prüfungsmaßstab in der mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichtsbarkeit anerkannt.

## 5. Bedeutungsgewinn in der juristischen Ausbildung

Der mannigfaltige Bedeutungszugewinn der Unionsgrundrechte wird sich auch in der juristischen Ausbildung widerspiegeln.<sup>60</sup> Einige Bundesländer heben bereits die Unionsgrundrechte als Prüfungstoff explizit heraus.<sup>61</sup> Neben universitären Prüfungen<sup>62</sup> widmen sich daher auch Staatsprüfungen<sup>63</sup> gezielt den Unionsgrundrechten und dem Zusammenwirken der verschiedenen Grundrechtsebenen. Für Studierende ist es somit unerlässlich, sich nicht nur mit den nationalen Grundrechten, sondern auch mit den Unionsgrundrechten sowie der Mehrdimensionalität des Grundrechtsschutzes – einschließlich der Unterschiede und dogmatischen Eigenarten der verschiedenen Grundrechtsebenen – zu befassen.

## 6. Zwischenergebnis

Die Unionsgrundrechte gewinnen zunehmend an Relevanz. Dies liegt nicht ausschließlich an der Verschriftlichung der Unionsgrundrechte, sondern resultiert auch aus der zunehmenden Integration

---

<sup>54</sup> BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17 (Recht auf Vergessen II).

<sup>55</sup> VfGH Österreich, Beschluss v. 24.9.2011, G107/10, AT:VFGH:2011:G107.2010, sub. 6.

<sup>56</sup> VfGH Österreich, Erkenntnis v. 14.3.2012, U 466/11 u.a., AT:VFGH:2012:U466.2011, sub. 5.5. = EuGRZ 2012, 331 (335).

<sup>57</sup> VfGH Belgien, Entscheid v. 15.3.2018, Nr. 29/2018, B.9., B.10.5., B.15. ff.

<sup>58</sup> Conseil Constitutionnel, Urte. v. 26.7.2018, Nr. 2018-768 DC, Rn. 10, 12, 38.

<sup>59</sup> Corte costituzionale, Entscheidung v. 23.1.2019, Nr. 20/2019, IT:COST:2019:20, Rn. 2.1, 2.3.

<sup>60</sup> Neumann/Eichberger, JuS 2020, 502 (502); Dersarkissian, ZJS 2022, 31 (31).

<sup>61</sup> § 8 Abs. 2 Nr. 10 BW-JAPro, § 18 Abs. 2 Nr. 6 Bay-JAPO, § 1 Abs. 2 Nr. 1 lit. d Rlp-JAPO, während anderenorts von europarechtlichen Bezügen gesprochen wird, so z.B. in § 12 Abs. 2 S. 2 Hmb-JAG, § 3 Abs. 2 S. 2 Nds-JAG.

<sup>62</sup> Arnold/Miller, ZJS 2021, 182 ff.

<sup>63</sup> Aufgabe 6 der Ersten Juristischen Staatsprüfung 2009/1 in Bayern, BayVBl. 2012, 287 f. und 315 ff.

und Mobilität innerhalb der EU. Maßgeblichen Anteil hat ferner die Rechtsprechung an der Entwicklung der Unionsgrundrechte. Während der EuGH die Grundrechte hergeleitet und anerkannt hat, sind es derzeit einige nationale Verfassungsgerichte, welche die Unionsgrundrechte in den Fokus der nationalen Rechtsprechung aufnehmen.

### III. Die Autonomie des Unionsrechts und Provenienz der unionalen Grundrechtsdogmatik

Die zunehmende Relevanz der Unionsgrundrechte führt zwangsläufig dazu, dass auch fundierte Anwendungskriterien zur Lösung unionsgrundrechtlicher Sachverhalte immer häufiger gefragt sind. Der zweite Teil des Beitrags leitet daher in die Grundrechtsdogmatik auf Unionsebene ein (1.) und fokussiert sodann die Herkunft der unionalen Grundrechtsdogmatik (2.).

#### 1. Einführung in die Grundrechtsdogmatik auf Unionsebene

Insb. für Studierende kann „Dogmatik“ ein wenig greifbarer Begriff sein. Er wird daher nicht vorausgesetzt, sondern vorab erläutert (a)),<sup>64</sup> um darauf aufbauend die Existenz und Relevanz der (grundrechtlichen) Unionsrechtsdogmatik sowie des Nutzens unionsdogmatischer Reflexionen zu behandeln (b)).

##### a) Zum Begriff der „Rechtsdogmatik“

Eine einhellige Definition von *Rechtsdogmatik* existiert nicht.<sup>65</sup> Neben einem weiten, die wissenschaftliche Aufarbeitung des Rechts implizierenden Begriffsverständnis gibt es zahlreiche spezifischere Definitionsvorschläge samt Intentionsbeschreibungen.<sup>66</sup> Betrachtungsobjekt ist dabei stets die *lex lata*, also das geltende Recht.<sup>67</sup> Als Charakteristikum der Rechtsdogmatik gilt sodann die Durchdringung des Rechtsstoffes und die Errichtung einer Ordnung respektive eines möglichst widerspruchsfreien Systems.<sup>68</sup> Hierdurch wird eine transparente und handhabbare Konkretisierung des Gesetzes bzw. rechtsstaatliche Steuerung der Rechtsanwendung erzielt.<sup>69</sup> Als Rechtsdogmatik kann demnach die strukturierende Erfassung des geltenden Rechts zur Konzipierung fundierter Entscheidungskriterien verstanden werden. Als Kriterien kommen juristische Grundregeln und Prinzipien, Rechtsbegriffe, Definitionen sowie Rechtsinstitute und Lehrsätze in Betracht.<sup>70</sup>

Die Grundrechtsdogmatik ist ein Teilbereich dieser Disziplin. Als „bereichsspezifische Dogmatik“<sup>71</sup> fokussiert und analysiert sie das Recht der Grundrechte, um dieser Rechtsmaterie eine anwendungsorientierte Ordnung abzurufen.

---

<sup>64</sup> So auch *Volkman*, JZ 2005, 261 (262).

<sup>65</sup> In einem weiten Verständnis wird unter *Dogmatik* die wissenschaftliche Aufbereitung des Rechts verstanden, vgl. *Volkman*, JZ 2005, 261 (262).

<sup>66</sup> *Volkman*, JZ 2005, 261 (262).

<sup>67</sup> *Sahm*, Elemente der Dogmatik, 2019, S. 17. Die Methodenlehre beinhaltet hingegen Instruktionen, die für sämtliche Gesetze gelten, vgl. *Kargl*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 1 Rn. 103.

<sup>68</sup> *Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, 2020, S. 67.

<sup>69</sup> Etwa *Volkman*, JZ 2005, 261 (262); *Jestaedt*, JZ 2012, 1 (2 f.); *Kargl*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 1 Rn. 103.

<sup>70</sup> *Brohm*, VVDStRL 30 (1972), 245 (246); *Lippert*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt im Unionsrecht, 2013, S. 363.

<sup>71</sup> *Volkman*, JZ 2005, 261 (262).

*Beispiel:* Der Verfassungsgeber hat in Art. 12 Abs. 1 GG zum Ausdruck gebracht, dass die Berufswahl „frei“ sein soll, wohingegen die Berufsausübung „geregelt“ werden darf. Der konkrete Umgang mit dieser Diskrepanz innerhalb des einheitlichen Grundrechts ist allerdings nicht durch Art. 12 Abs. 1 GG vorgegeben. Das BVerfG löst die Diskrepanz mit der sog. Drei-Stufen-Theorie, die eine umso stärkere Beschränkung des Gesetzgebers bewirkt, je mehr dieser in die Freiheit der Berufswahl eingreift.<sup>72</sup> Als anwendungstaugliche Handhabung der geschilderten Divergenzen innerhalb des Art. 12 Abs. 1 GG ist die Drei-Stufen-Theorie somit ein Beispiel für eine (grundrechtsspezifische) Dogmatik.<sup>73</sup>

## b) Existenz und Relevanz der unionsrechtlichen (Grundrechts-)Dogmatik

Ebenso wie im nationalen Recht sind auch im Unionsrecht nicht alle Entscheidungskriterien in den jeweiligen Rechtsvorschriften bzw. Gesetzen niedergeschrieben.

*Beispiel:* Die GRCh enthält – wie auch das GG – keine Legaldefinition des Grundrechtseingriffs. Die Entwicklung und Anwendung einer adäquaten Eingriffsdogmatik ist somit essenziell zur Lösung von Grundrechtsfällen.

Die Unionsrechtspraxis ist daher auf eine unionale Dogmatik – also auf fundierte Entscheidungskriterien zur praktikablen und rechtsstaatlichen Rechtsanwendung von Unionsnormen – angewiesen. Gleiches gilt für Studierende, die einen unionsrechtlich gelagerten Fall zu lösen haben.

Nichtsdestotrotz wird die Möglichkeit einer dogmatischen Fundierung des Unionsrechts gelegentlich angezweifelt, da das Unionsrecht als supranationales Recht mehr als nur einer Rechtskultur entspringe.<sup>74</sup> Das Potenzial zur Durchdringung und Systematisierung einer Rechtsordnung ist aber nicht auf nationale Rechtssysteme beschränkt, sodass auch die supranationale Unionsrechtsordnung einer dogmatischen Aufarbeitung zugänglich ist. Hierbei handelt es sich aufgrund der Autonomie sowie einheitlichen Geltung des Unionsrechts um eine eigenständige und einheitliche Unionsrechtsdogmatik.<sup>75</sup> Mithilfe dieser ist eine fundierte EuGH-Judikatur sowie uniforme Rezeption des Unionsrechts durch mitgliedstaatliche Gerichte und Behörden unabhängig von divergierenden dogmatischen Ausrichtungen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen möglich.<sup>76</sup> Das Unionsrecht kann mithin nicht nur über eine eigenständige Dogmatik verfügen, sondern hat eine solche zur regelbasierten Normanwendung in zahlreichen Bereichen längst entwickelt.

*Beispiel:* Zur mittlerweile etablierten Dogmatik der Grundfreiheiten gehören die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe für unterschiedslos anwendbare Beschränkungsmaßnahmen.<sup>77</sup> Die Anerkennung derartiger Rechtfertigungsgründe erfolgte erstmalig für die Warenverkehrsfreiheit in der „Cassis de Dijon“-Entscheidung des EuGH; mittlerweile hat sie der EuGH mit der sog. Gebhard-Formel

<sup>72</sup> Zur Drei-Stufen-Theorie *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 40 Rn. 28.

<sup>73</sup> *Volkman*, JZ 2005, 261 (262).

<sup>74</sup> *Lippert*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt im Unionsrecht, 2013, S. 363.

<sup>75</sup> *Bachof*, VVDStRL 30 (1972), 193 (244).

<sup>76</sup> *Kühling*, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 657 (671); *Terhechte*, Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte, 2011, S. 59.

<sup>77</sup> *Kahl*, AöR 144 (2019), 159 (179).

auf die Personenverkehrsfreiheiten übertragen.<sup>78</sup>

Die bereits bekannten und durch die Rechtsprechung des EuGH bestätigten bzw. vorgegebenen Entscheidungskriterien sind aber nicht derart umfassend, dass sie auf alle neu entstehenden Rechtsfragen angewandt werden können. Gerade im grundrechtlichen Bereich fehlt es weiterhin an dogmatischen Kriterien.<sup>79</sup>

*Beispiel:* Während für die Grundfreiheiten eingehend geklärt ist, dass neben offenen und versteckten Diskriminierungen auch nichtdiskriminierende Beschränkungen des Marktzugangs einen Eingriff darstellen können, fehlt es an einer derart präzisen Eingriffsdogmatik für Unionsgrundrechte. Vielmehr prüft der EuGH einen Eingriff in die Unionsgrundrechte eher kursorisch als unmittelbare oder mittelbare Beeinträchtigung des Grundrechts.<sup>80</sup>

Ein Rückgriff auf bekannte Muster etwa aus dem nationalen Recht ist aber nicht ohne weiteres möglich, würde dies ansonsten der Autonomie und Einheitlichkeit des Unionsrechts widersprechen.

*Beispiel:* Die unreflektierte Übernahme des klassischen oder modernen Eingriffsbegriffs aus der deutschen Grundrechtsdogmatik ist nicht möglich.

Die Entwicklung der Unionsrechtsdogmatik ist daher eine diffizile Aufgabe der Rechtsprechung und Wissenschaft, die aber auch Studierende bei der Anwendung von Entscheidungskriterien im Rahmen einer Klausurlösung (etwa die Prüfung eines Grundrechtseingriffs) treffen kann. Daher ist nicht nur die Kenntnis der etablierten Unionsrechtsdogmatik von Bedeutung, sondern ebenfalls die Reflexion der Unionsrechtsdogmatik etwa im Hinblick auf dessen Evolution.

## 2. Provenienz der unionalen Grundrechtsdogmatik

Um der wachsenden Bedeutung unionaler Grundrechtsdogmatik gerecht zu werden, können zwei Ansätze in Erwägung gezogen werden. Zum einen ist eine originäre Evolution der Grundrechtsdogmatik auf Unionsebene gangbar. Zum anderen kann eine Übertragung bestehender dogmatischer Erkenntnisse versucht werden, um daraus die unionale Grundrechtsdogmatik zu bilden. Letzteres wäre allemal effizient, doch müsste dieses Vorgehen überhaupt zulässig und sinnvoll sein.

### a) Autonomie des Unionsrechts

Aus der Gründung der mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten EU und der Übertragung mitgliedstaatlicher Hoheitsrechte auf die EU folgert der EuGH die Autonomie des Unionsrechts.<sup>81</sup> Das Unionsrecht ist daher als „eigene Rechtsordnung“ zu begreifen, die sich vom Völkerrecht losgelöst hat (sog.

---

<sup>78</sup> Schroeder, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 14 Rn. 48 ff.

<sup>79</sup> Dazu näher III. 2. d).

<sup>80</sup> Schroeder, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 15 Rn. 20; Jarass/Kment, EU-Grundrechte, 2. Aufl. 2019, § 6 Rn. 9 ff. Für mittelbare Eingriffe fordert der EuGH eine „hinreichend direkte und bedeutsame Auswirkung“ auf das grundrechtliche Schutzgut, vgl. EuGH, Beschl. v. 23.9.2004 – C-435/02, C-103/03 (Springer), Rn. 49.

<sup>81</sup> So bereits zum EWG-Vertrag EuGH, Urt. v. 15.7.1964 – 6/64 (Costa/E.N.E.L.), S. 1259 (1269 f.).

europarechtliche Sichtweise).<sup>82</sup> Deutlich diffiziler sind derartige Aussagen im Verhältnis zur mitgliedstaatlichen Rechtsordnung, da insb. das BVerfG den verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt der supranationalen Integration betont.<sup>83</sup> Der EuGH vertritt auch hier einen europäischen Ansatz, wonach die Unionsrechtsordnung ebenfalls gegenüber derjenigen der Mitgliedstaaten unabhängig ist, infolgedessen ihr uneingeschränkter Vorrang vor nationalem Recht zukommt.<sup>84</sup> Die Mehrheit der mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte hat sich jedoch gewisse Prüfungs- sowie Letztentscheidungsbefugnisse vorbehalten, aufgrund derer sie über die Verbindlichkeit bzw. Anwendbarkeit des Unionsrechts im innerstaatlichen Recht entscheiden.<sup>85</sup> Hierbei geht es um die Aufrechterhaltung integrativer Grenzen der jeweiligen mitgliedstaatlichen Verfassung, während ansonsten die Vorrangwirkung des Unionsrechts anerkannt wird.<sup>86</sup> Die Loslösung vom Völkerrecht einerseits sowie der eigenständige Charakter des Unionsrechts gegenüber den nationalen Rechtsordnungen bzw. der zumindest grundsätzliche Respekt der Vorrangwirkung andererseits bewirken, dass das Unionsrecht nicht durch Prinzipien und gleichfalls dogmatische Erkenntnisse der jeweils anderen Rechtsordnungen vorgegeben oder eingeengt werden kann; spiegelbildlich verfügt das Unionsrecht über die daher erforderliche Entwicklungsfreiheit.<sup>87</sup> Das autonome Unionsrecht ist mithin durch eine originär unionsrechtliche Konkretisierung zu erschließen.<sup>88</sup>

#### b) Autonomie ohne Abschottungsgebot

Dieser Befund zwingt jedoch nicht dazu, dass sich das Unionsrecht dem Völkerrecht oder dem mitgliedstaatlichen Recht verschließt. Vielmehr kann für die Entwicklung und Rechtskonkretisierung des Unionsrechts auf die jeweils anderen Rechtsordnungen zurückgegriffen werden, sofern dies in funktionaler und teleologischer Hinsicht angemessen ist.<sup>89</sup>

*Beispiel:* In der Rechtssache C-336/19<sup>90</sup> überträgt der EuGH die aus der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 9 EMRK herrührende „margin of appreciation-Doktrin“ auf Art. 10 Abs. 1 GRCh zugunsten der Mitgliedstaaten.<sup>91</sup>

Im Einklang mit Art. 52 Abs. 3 und 4 GRCh bestätigt bzw. gibt der EuGH vor, dass weder die Autonomie noch die Vorrangwirkung des Unionsrechts eine hermetische Verschlussheit des Unionsrechts bedeutet. Es gilt allerdings stets die Prämisse, dass ein Rekurs auf andere Rechtsordnungen nur dann möglich ist, wenn dies der Systematik und den Zielen des Unionsrechts angemessen ist.<sup>92</sup> Ferner

<sup>82</sup> *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 41. Lfg., Stand: Juli 2010, AEUV Art. 1 Rn. 61.

<sup>83</sup> *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 1 Rn. 6 m.w.N.

<sup>84</sup> *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 9. Aufl. 2021, § 10 Rn. 5 ff.

<sup>85</sup> *Mayer/Wendel*, in: Hatje/Müller-Graff, Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2022, § 4 Rn. 211 f.

<sup>86</sup> *Mayer/Wendel*, in: Hatje/Müller-Graff, Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2022, § 4 Rn. 211 f., die daher den Vorrang des Unionsrechts „im Grundsatz [...] gewährleistet“ sehen.

<sup>87</sup> *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 9. Aufl. 2021, § 9 Rn. 7.

<sup>88</sup> *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 41. Lfg., Stand: Juli 2010, AEUV Art. 1 Rn.62.

<sup>89</sup> *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 9. Aufl. 2021, § 9 Rn. 6.

<sup>90</sup> EuGH, Urt. v. 17.12.2020 – C-336/19 (Centraal Israëlitisch Consistorie van België ua/Vlaamse Regering), Rn. 67 ff.

<sup>91</sup> Urteilsbesprechung durch *Wedemeyer*, EuR 2021, 732 (737 ff.).

<sup>92</sup> Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 17.12.1970 – 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Rn. 4 zu den Grundrechten aus

müssen bei der Entwicklung und Übernahme dogmatischer Kriterien die unionsrechtlichen Kompetenzgrenzen beachtet werden,<sup>93</sup> um der Unionsrechtsdogmatik keine Inhalte beizumessen, die dem Unionsrecht nicht zustehen. Gerade im unionalen Grundrechtsbereich abseits einer abwehrrechtlichen Dimension kann sich ein solches Spannungsverhältnis ergeben.<sup>94</sup>

### c) Der Übertragungsansatz

Eine Aufnahme dogmatischer Erkenntnisse aus anderen Rechtsordnungen ist damit nicht *per se* ausgeschlossen. Als Erkenntnispool für eine Übertragung könnte zum einen die bestehende Grundrechtsdogmatik auf nationaler oder auf völkerrechtlicher Ebene dienen. Ferner ist auch eine von den Grundfreiheiten herrührende Übertragungsoption vorstellbar.

#### aa) Nationale Grundrechtsdogmatik

Die Übertragung der nationalen Grundrechtsdogmatiken auf Unionsebene könnte auf Basis der engen und historischen Verbindungen zwischen den beiden Grundrechtsebenen erfolgen.<sup>95</sup> So dienten die nationalen Grundrechte bereits im Jahr 1969 dem EuGH als dogmatische Grundlage für die erstmalige Anerkennung der Unionsgrundrechte als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts.<sup>96</sup> Dies hat zwar nicht der EuGH selbst dargelegt, wohl aber der Generalanwalt in den Schlussanträgen unter Hinweis auf die entsprechende Position im Schrifttum: „[...] durch wertende Rechtsvergleichung seien gemeinsame Wertvorstellungen des nationalen Verfassungsrechts, insbesondere der nationalen Grundrechte, zu ermitteln, die als ungeschriebener Bestandteil des Gemeinschaftsrechts [...] beachtet werden müssten“<sup>97</sup>. Im Folgejahr hat der EuGH diese dogmatische Begründung bestätigt.<sup>98</sup> Die wertende Rechtsvergleichung macht die nationalen Grundrechte allerdings nicht zur Rechtsquelle der Unionsgrundrechte, sondern erachtet diese als Rechtserkenntnisquelle.<sup>99</sup> Genauso wenig wie die nationalen Grundrechte ist folglich auch ihre Dogmatik auf Unionsebene als unmittelbarer Rechtssatz inkorporiert. Andererseits sollte die Dogmatik der mitgliedstaatlichen Grundrechte nicht völlig außer Acht gelassen werden. Denn wenn die nationalen Grundrechte als Grundlage für die Entwicklung der Unionsgrundlage dienten, erscheint eine strikte Nichtbeachtung ihrer Dogmatik nicht adäquat. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich nicht nur die nationalen Grundrechte als gemeinsame Verfassungsüberlieferung darstellen, sondern diese auch ein gemeinsames Grundrechtssystem mit identischen Entscheidungskriterien bilden. Insofern ist es verständlich, dass bereits die Präambel zur GRCh eigens auf die gemeinsamen Verfassungstraditionen ohne nähere Spezifizierung oder Begrenzungen verweist.<sup>100</sup> Noch mehr muss eine solche Berücksichtigung dogmatischer Erkenntnisse aber für jene Unionsgrundrechte gelten, die aus den nationalen Grundrechten hergeleitet wurden

---

den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten.

<sup>93</sup> Lindner, EuR 2007, 160 (185 ff.).

<sup>94</sup> Lindner, EuR 2007, 160 (187).

<sup>95</sup> Zur zunehmenden Verzahnung der mitgliedstaatlichen und unionalen Grundrechtsordnung *Wollenschläger*, in: Hatje/Müller-Graff, Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2022, § 13 Rn. 11 ff.

<sup>96</sup> Walter, in: Ehlers/Germelmann, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl. 2023, § 1 Rn. 28.

<sup>97</sup> EuGH (Generalanwalt Römer), Schlussantrag v. 29.10.1969 – C-29/69 (Stauder), S. 428.

<sup>98</sup> EuGH, Urt. v. 17.12.1970 – 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Rn. 4.

<sup>99</sup> Jarass/Kment, EU-Grundrechte, 2. Aufl. 2019, § 2 Rn. 29.

<sup>100</sup> Abs. 5 S. 1 der Präambel der GRCh; Art. 52 Abs. 4 GRCh sieht zudem vor, dass die Charta-Grundrechte „im Einklang mit diesen Überlieferungen ausgelegt“ werden.

und nunmehr als allgemeiner Rechtsgrundsatz des EU-Rechts neben der GRCh weitergelten (Art. 6 Abs. 3 EUV).<sup>101</sup>

*Beispiel:* Die Grundrechte aller Mitgliedstaaten dienen vorrangig dem Schutz natürlicher Personen vor hoheitlichen Übergriffen.<sup>102</sup> Ebenso dienen die aus einer wertenden Rechtsvergleichung durch den EuGH konzipierten Unionsgrundrechte sowie die Grundrechte der GRCh, für die es an einer expliziten Regelung der Grundrechtsberechtigung fehlt,<sup>103</sup> dem Schutz natürlicher Personen.<sup>104</sup> Während einzelne Grundrechte in der GRCh als sog. Unionsbürgerrechte ausgestaltet sind,<sup>105</sup> ist bei der wertenden Entwicklung eine solche Beschränkung in gleicher Weise denkbar, da die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten sowohl das Eigentumsgrundrecht als auch die Berufsfreiheit oftmals als Bürgerrechte ausgestalten.<sup>106</sup> Im Übrigen werden auch private juristische Personen in den meisten mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen als Grundrechtsberechtigte angesehen, sodass es konsequent ist, wenn der EuGH den Grundrechtsschutz auf Unionsebene auch den juristischen Personen zukommen lässt.<sup>107</sup>

Darüber hinaus nimmt der EuGH dogmatische Figuren auf, die (nur) in einzelnen mitgliedstaatlichen Grundrechtsordnungen zu finden sind.<sup>108</sup> Dieses Vorgehen ist dann sinnvoll, wenn genau jene dogmatischen Ansätze einen hilfreichen und in das Unionsrecht passenden Ansatz bieten.

*Beispiel:* Der EuGH gebraucht das aus dem deutschen Recht bekannte dreistufige Prüfungsschema für Abwehrrechte (Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung), um hierdurch einen (un)gerechtfertigten Eingriff in einen durch Unionsgrundrechte geschützten Freiheitsbereich festzustellen.<sup>109</sup> Die Einzelheiten der drei Institute bzw. Prüfungsebenen sind hingegen noch weitgehend offen, da sie sich aus den Gewährleistungen der unionalen Grundrechte sowie insb. aus Art. 52 Abs. 1 GRCh ergeben.<sup>110</sup> Eine Angleichung fand aber – insb. nach Kritik aus Deutschland – im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung statt, wo der EuGH sich nunmehr um eine entsprechend ausdifferenzierte und substantiierte Verhältnismäßigkeitsprüfung bemüht.<sup>111</sup>

Optimismus, sich dadurch eine langwierige Ausarbeitung einer ausdifferenzierten Dogmatik auf Unionsebene durch Rückgriff auf die nationalen Vorarbeiten zu ersparen, ist aber allenfalls in eingeschränktem Maße angezeigt. Denn zunächst unterliegt eine wertende Rechtsvergleichung hinsichtlich gemeinsamer dogmatischer Strukturen in den mitgliedstaatlichen Grundrechtsverbürgungen einem großen Aufwand mit zahlreichen Schwierigkeiten.<sup>112</sup> Lassen sich dennoch solche Grundrechts-

<sup>101</sup> Jarass/Kment, EU-Grundrechte, 2. Aufl. 2019, § 2 Rn. 28.

<sup>102</sup> Kühling, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 657 (686).

<sup>103</sup> Jarass/Kment, EU-Grundrechte, 2. Aufl. 2019, § 4 Rn. 28.

<sup>104</sup> Kühling, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 657 (686).

<sup>105</sup> Jarass/Kment, EU-Grundrechte, 2. Aufl. 2019, § 4 Rn. 28.

<sup>106</sup> Penski/Elsner, DÖV 2001, 265 (267).

<sup>107</sup> Kühling, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 657 (687).

<sup>108</sup> Vgl. Kahl, AöR 144 (2019), 159 (181).

<sup>109</sup> Kahl, AöR 144 (2019), 159 (181). Vgl. dazu etwa EuGH, Urt. v. 22.1.2013 – C-283/11 (Sky Österreich), Rn. 41 ff.; EuGH, Urt. v. 8.4.2014 – C-293/12, C-594/12 (Digital Rights), Rn. 24 ff.

<sup>110</sup> Krebber, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, GRCh Art. 27 Rn. 5.

<sup>111</sup> Kahl, AöR 144 (2019), 159 (182 f.).

<sup>112</sup> Allgemein zur Ermittlung der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen Ehlers, in: Ehlers/Germelmann, Euro-

bereiche identifizieren, für die aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen eine dogmatische Lösung auf Unionsebene gehievt werden kann, ist dies nur unter der ergänzenden Bedingung des EuGH möglich, dass sich die Übertragung „in die Struktur und die Ziele“<sup>113</sup> des EU-Grundrechtsschutzes einfügt (s.o.). Vornehmlich werden sich aber keine Übertragungsmöglichkeiten finden, da die nationalen Grundrechte zum Teil sehr unterschiedlichen Grundrechtskulturen entspringen und deshalb in erheblichen Bereichen gerade keine homogenen Ausprägungen des Grundrechtsschutzes aufweisen.<sup>114</sup> Obwohl es sich bei der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung nicht um unisono bestehende Gemeinsamkeiten handeln muss,<sup>115</sup> sind auch derartige Bereiche partieller Übereinstimmung selten und fügen sich sodann kaum in das unionale Grundrechtssystem sinnvoll ein.<sup>116</sup>

*Beispiel:* Zuweilen werden auf mitgliedstaatlicher Grundrechtsebene bereits auf Schutzbereichsebene Verengungen des Grundrechtstatbestands vorgenommen, anstatt im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung für rationale, einzelfallorientierte Einschränkungen zu sorgen.<sup>117</sup> Auch das BVerfG hat vereinzelt eine derartige Vorgehensweise eingeschlagen, etwa im Fall des „Sprayers von Zürich“, dessen Kunstfreiheitsgarantie die eigenmächtige Inanspruchnahme fremden Eigentums nach Ansicht des BVerfG nicht erfasse.<sup>118</sup> Diesen die Verhältnismäßigkeitsprüfung sowie umfassenden primafacie-Grundrechtsschutz („in dubio pro libertate“) entwertenden Ansatz hat der EuGH nicht zur unionalen Grundrechtsdogmatik erkoren, sodass es ein nationaler Vorschlag verbleibt.<sup>119</sup>

Ebenfalls ist die Übertragungsmöglichkeit dogmatischer Figuren aus einzelnen Grundrechtsordnungen limitiert, da sich diese in ihrer Entwicklung und Struktur von den Anforderungen der GRCh miteinander erheblich unterscheiden. Exemplarisch hierfür sind jene Rechte in der relativ neuen GRCh, die moderne Entwicklungen im Grundrechtbereich aufnehmen und deshalb in den Mitgliedstaaten kaum oder gar nicht bekannt sind.<sup>120</sup> Hier ist zudem zu beachten, dass diese Kodifizierungen nicht immer zugleich ein Grundrecht verbürgen und daher eine Übertragung dogmatischer Lösungen für Grundrechte oftmals nicht adäquat wäre.<sup>121</sup>

*Beispiel 1:* Zum Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Unternehmen (Art. 27 GRCh) gibt es – mit Ausnahme der belgischen Verfassung – keine Entsprechung

päische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl. 2023, § 14 Rn. 6.

<sup>113</sup> EuGH, Urt. v. 17.12.1970 – Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Rn. 4.

<sup>114</sup> *Classen*, EuR 2022, 279 (281 ff.); *Kühling*, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 657 (672); *Schroeder*, EuZW 2011, 462 (466).

<sup>115</sup> *Lenaerts*, EuR 2012, 3 (14 f.).

<sup>116</sup> *Classen*, EuR 2022, 279 (281 ff.).

<sup>117</sup> *Kahl*, AöR 144 (2019), 159 (181 f.).

<sup>118</sup> BVerfG NJW 1984, 1293.

<sup>119</sup> *Kahl*, AöR 144 (2019), 159 (182).

<sup>120</sup> Zur Aufnahme moderner Grundrechtsentwicklungen in die GRCh *Kugelman*, in: Niedobitek, Europarecht, Grundlagen und Politiken der Union, 2. Aufl. 2020, § 4 Rn. 3. Zu beachten ist, dass diese Rechte nicht immer ein Grundrecht verbürgen.

<sup>121</sup> Zur Unterscheidung von Grundrechten und Grundsätzen in der GRCh *Rebhahn/Schörghofer*, in: Grabenwarter, Europäischer Grundrechtsschutz, 2. Aufl. 2022, § 21 Rn. 36 ff.; *Bungenberg*, in: Grabenwarter, Europäischer Grundrechtsschutz, 2. Aufl. 2022, § 22 Rn. 2.

in den mitgliedstaatlichen Verfassungen.<sup>122</sup> Es wird auch nicht als echtes (Grund)Recht eingestuft.<sup>123</sup>

*Beispiel 2:* Die Drei-Stufen-Theorie des BVerfG als Resultat oben erwähnter Normspezifika (Art. 12 Abs. 1 GG) ist eine nationale Eigenheit der berufsfreiheitlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung und kann daher nicht unreflektiert auf die unionsgrundrechtliche Ebene (Art. 15 GRCh) überstülpt werden. Die Eingriffsschwere kann aber ohne Erwähnung der Drei-Stufen-Theorie in der Verhältnismäßigkeitsprüfung berücksichtigt werden.<sup>124</sup>

Die auf der nationalen Grundrechtsebene basierende Übertragungsmöglichkeit ist mithin limitiert, sodass die (Fort)Entwicklung der unionalen Grundrechtsdogmatik erforderlich bleibt, will man der wachsenden Bedeutung unionsgrundrechtlicher Problemstellungen mit kohärenten und vorhersehbaren Lösungskriterien gerecht werden.<sup>125</sup>

#### bb) Europäische Menschenrechtskonvention

Seit dem Jahr 1974 hat sich der EuGH einer weiteren Rechtserkenntnisquelle bedient, um die Unionsgrundrechte herzuleiten:

„Auch die internationalen Verträge über den Schutz der Menschenrechte, an deren Abschluß die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind, können Hinweise geben, die im Rahmen des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen sind.“<sup>126</sup>

Insb. hinsichtlich der EMRK präziserte der EuGH in den folgenden Jahrzehnten diese Rechtsprechung und hat dabei ihre „besondere Bedeutung“<sup>127</sup> mehrfach hervorgehoben.<sup>128</sup> Im Gegensatz zu den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen bietet die EMRK den Vorteil, einen einheitlichen Normtext zur Verfügung zu stellen und damit die Schwierigkeiten bei der Feststellung gemeinsamer Verfassungstraditionen zu vermeiden.<sup>129</sup> Auch ist die konventionsrechtliche Dogmatik durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vorangeschritten, was für eine pragmatische Übernahme spricht.<sup>130</sup> Dennoch darf nicht übersehen werden, dass auch die EMRK keine eigene Rechtsquelle des Unionsrechts ist<sup>131</sup> und damit keinen unmittelbaren Bestandteil der EU-Grundrechte bildet.<sup>132</sup> Das gilt daher – genauso wie bereits für die nationalen Grundrechte – auch für die Dogmatik. Allerdings ist in gewissem Umfang auch hier eine Inkorporation der Dogmatik angezeigt. So sieht Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh vor, dass die Unionsgrundrechte die „gleiche Bedeutung

<sup>122</sup> Hüpers/Reese, in: Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, GRCh Art. 27 Rn. 6.

<sup>123</sup> Jarass, in: Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl. 2021, GRCh Art. 27 Rn. 3.

<sup>124</sup> Cremer, in: Grabenwarter, Europäischer Grundrechtsschutz, 2. Aufl. 2022, § 3 Rn. 4: „[...] darf die deutsche Grundrechtsdogmatik der Charta nicht einfach übergestülpt werden [...]“. Zur Berücksichtigung der Eingriffsschwere Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, GRCh Art. 15 Rn. 16.

<sup>125</sup> Kühling, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 657 (673).

<sup>126</sup> EuGH, Urt. v. 14.5.1974 – 4/73 (Nold), Rn. 13.

<sup>127</sup> EuGH, Urt. v. 18.6.1991 – C-260/89 (ERT), Rn. 41.

<sup>128</sup> Walter, in: Ehlers/Germelmann, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl. 2023, § 1 Rn. 31.

<sup>129</sup> Ehlers, in: Ehlers/Germelmann, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl. 2023, § 14 Rn. 6.

<sup>130</sup> Kühling, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 657 (673).

<sup>131</sup> Walter, in: Ehlers/Germelmann, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl. 2023, § 1 Rn. 31.

<sup>132</sup> Jarass, EuR 2013, 29 (40 f.).

und Tragweite“ wie entsprechende EMRK-Grundrechte besitzen.<sup>133</sup> Das Ziel, dadurch eine Kohärenz zwischen den Verbürgungen der GRCh und der EMRK zu erreichen,<sup>134</sup> würde konterkariert werden, ließe man Verwerfungen durch dogmatische Differenzen zu. Insb. dann, wenn dabei der durch Art. 52 Abs. 3 S. 1, 2 GRCh gewährleistete Mindeststandard<sup>135</sup> verfehlt werden würde, ist das Gebot einer kongruenten Dogmatik evident. Für die ungeschriebenen Unionsgrundrechte gilt dies ebenfalls, denn die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten sowie die gemeinsamen Werte, welche sich in den dogmatischen Erkenntniskriterien niederschlagen können, sind durch die EU zu respektieren.<sup>136</sup> Für die GRCh verweist auf diesen Aspekt eigens Abs. 5 S. 1 der GRCh-Präambel. Sowohl die geschriebenen als auch die ungeschriebenen Unionsgrundrechte sind damit einer Übertragung dogmatischer Erkenntnisse auch vonseiten der EMRK zugänglich.

*Beispiel:* Wie bereits erwähnt, hat der EuGH die zu Art. 9 EMRK entwickelte „margin of appreciation-Doktrin“ des EGMR auf Art. 10 Abs. 1 GRCh übertragen und damit einen aus der EMRK herrührenden und durch den EGMR praktizierten Ansatz in das autonome Unionsrecht eingeführt.<sup>137</sup>

Die Übertragungsmöglichkeit bzw. die Sinnhaftigkeit einer dogmatischen Kongruenz ist gleichfalls nicht erschöpfend. Die Ausführungen des EuGH, wonach sich die Grundrechtsübertragung aus den mitgliedstaatlichen Verfassungsüberlieferungen „in die Struktur und die Ziele“<sup>138</sup> der Union einfügen müsse, dürfte für die Übertragung aus anderen Grundrechtsebenen nämlich analog gelten. Bei einer etwaigen Übertragung muss daher auf die Systemkohärenz geachtet werden. Relevant kann dies insb. vor dem Hintergrund der grundrechtlichen Funktionsunterschiede werden, da die EU im Gegensatz zu den Mitgliedern des Europarats eine hohe Integrationsdichte anstrebt und entsprechend einen weitreichenden Grundrechtsschutz erfordert.<sup>139</sup> Die EMRK ist hingegen auf einen Minimalkonsens ausgelegt.<sup>140</sup> Dementsprechend ergibt sich durch die unionale Systematik (Integrationsdichte) und ihre Ziele (vgl. etwa Art. 3 Abs. 1 EUV) die Vorgabe, dogmatische Lösungen nur dann im Bereich korrespondierender Grundrechte zu übertragen, wenn dadurch ein effektiver Grundrechtsschutz auf Unionsebene gewährleistet wird. Anderenfalls sind auch in diesem Bereich eigene dogmatische Kriterien zu entwickeln. Dies ist ohnehin in nicht unerheblichem Ausmaß erforderlich. Angesichts der „Lückenhaftigkeit der Konvention“<sup>141</sup> ist es unabdingbar, dass die GRCh einen weitergehenden Schutz realisiert. So fehlt es etwa der EMRK an einem eigenständigen Grundrecht der Berufsfreiheit.<sup>142</sup> Geht der Schutz durch die EU daher über jenen der EMRK hinaus – sei es bei korrespondierenden Grundrechten oder weil es keine entsprechenden Grundrechte in der EMRK gibt –, werden zwangsläufig neue Fragestellungen hervorgerufen, die eine unionseigene Konturierung der Grundrechte erfordert. Diesem Bedürfnis kann dann nur mit unionseigenen dogmatischen Lösungen fundiert

<sup>133</sup> Streinz/Michl, in: Streinz, EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, GRCh Art. 52 Rn. 24.

<sup>134</sup> Terhechte, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, GRCh Art. 52 Rn. 15.

<sup>135</sup> Schwerdtfeger, in: Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, GRCh Art. 52 Rn. 66; in Bezug auf Art. 6 GRCh und Art. 5 EMRK: EuGH, Urt. v. 15.3.2017 – C-528/15 (Policie CR), Rn. 37.

<sup>136</sup> Kühling, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 657 (673); für die GRCh verweist auf diesen Aspekt auch Abs. 5 S. 1 der GRCh-Präambel.

<sup>137</sup> EuGH, Urt. v. 17.12.2020 – C-336/19 (Centraal Israëlitisch Consistorie van België ua/Vlaamse Regering), Rn. 67 ff.

<sup>138</sup> EuGH, Urt. v. 17.12.1970 – 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Rn. 4.

<sup>139</sup> Kühling, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 657 (673).

<sup>140</sup> Kühling, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 657 (673).

<sup>141</sup> Jarass, in: Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl. 2021, GRCh Art. 52 Rn. 62.

<sup>142</sup> Ruffert, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 19 Rn. 4.

begegnet werden. Somit ist auch die Übertragung der EMRK-Dogmatik einerseits möglich, andererseits bleibt in weitreichenden Bereichen die Entwicklung einer eigenständigen unionalen Grundrechtsdogmatik notwendig.

### cc) Grundfreiheiten

Letztlich könnte in Erwägung gezogen werden, die Dogmatik der Grundfreiheiten auf die Unionsgrundrechte zu übertragen, denn schließlich verfügen die Grundfreiheiten über eine weitaus höhere Konturierung und eine gemeinsame, ausdifferenziertere Dogmatik.<sup>143</sup> Diesem Vorhaben stehen jedoch von vornherein die Funktions- und Strukturunterschiede entgegen. Die Grundfreiheiten dienen der Errichtung des Binnenmarktes (Art. 26 Abs. 2 AEUV)<sup>144</sup> und sind daher zunächst als objektive Prinzipien ausgestaltet.<sup>145</sup> Die Rechtsprechung des EuGH war es, die den Grundfreiheiten auch eine subjektiv-rechtliche Dimension zusprach.<sup>146</sup> Die EU-Grundrechte schützen hingegen unabhängig von einem wirtschaftlichen Kontext die Freiheit und Gleichheit.<sup>147</sup> Sie sind dabei zuvörderst individuelle Rechte und entfalten erst darauf aufbauend eine objektive Prinzipienordnung.<sup>148</sup> Auch gelten die Grundfreiheiten nur für grenzüberschreitende Sachverhalte und richten sich primär an die Mitgliedstaaten, wohingegen die Unionsgrundrechte vornehmlich die EU binden.<sup>149</sup> Über die funktionellen und strukturellen Divergenzen hinaus gibt es schließlich im Gegensatz zu den obigen Konstellationen auch keinen vergleichbaren normativen Anknüpfungspunkt, der eine Übertragung nahelegt.

Das bedeutet aber nicht, dass man sich an den dogmatischen Figuren der Grundfreiheiten überhaupt nicht orientieren kann, sofern man die Unterschiede gebührend berücksichtigt. Schließlich dienen sowohl die Grundrechte als auch die Grundfreiheiten dem Schutz bestimmter Freiräume.<sup>150</sup> Eine aufeinander abgestimmte Dogmatik ist auch deswegen wünschenswert, um eine kohärente Anwendung vor allem im Bereich einer Überschneidung von Unionsgrundrechten mit den Grundfreiheiten zu erzielen.<sup>151</sup> Eine zwangsläufige und weitreichende Übertragungsoption ist damit jedoch nicht verbunden.

*Beispiel:* Dem Diskriminierungsverbot der Arbeitnehmerfreizügigkeit spricht der EuGH – wie bereits dem Grundsatz der Lohngleichheit nach Art. 157 AEUV – eine unmittelbare Drittwirkung zu.<sup>152</sup> Für die Frage, ob auch das Verbot der Diskriminierung wegen personengebundener Merkmale in Art. 21 GRCh eine derartige Wirkung entfaltet, bezieht sich der EuGH auf seine diesbezügliche Rechtsprechung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit<sup>153</sup> und bewirkt damit gleichlaufende dogmatische Rechtspre-

<sup>143</sup> Kingreen, Jura 2014, 295 (296); Walter, in: Ehlers/Germelmann, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl. 2023, § 1 Rn. 44, 49.

<sup>144</sup> Schroeder, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 14 Rn. 1.

<sup>145</sup> Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 4, Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 202.

<sup>146</sup> EuGH, Urt. v. 5.2.1963 – 26/62 (van Gend & Loos), S. 25, 26; Schroeder, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 14 Rn. 16.

<sup>147</sup> Ehlers, in: Ehlers/Germelmann, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl. 2023, § 7 Rn. 13.

<sup>148</sup> Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 4, Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 202.

<sup>149</sup> Ehlers, in: Ehlers/Germelmann, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl. 2023, § 7 Rn. 13; zur umstrittenen Bindung der Mitgliedstaaten Wollenschläger, in: Hatje/Müller-Graff, Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2022, § 13 Rn. 16.

<sup>150</sup> Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 4, Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 204.

<sup>151</sup> Ehlers, in: Ehlers/Germelmann, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl. 2023, § 7 Rn. 14.

<sup>152</sup> Herdegen, Europarecht, 24. Aufl. 2023, § 16 Rn. 10 ff.

<sup>153</sup> EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – C-414/16 (Egenberger), Rn. 77.

chungsrichtlinien.<sup>154</sup>

#### d) Eigenständige Entwicklung der unionalen Grundrechtsdogmatik

Zwar gibt es – wie gezeigt – Bereiche, in denen dogmatische Erkenntnisse auf die unionale Grundrechtsebene übertragen werden können und dies sogar angebracht ist. Auch eine gleichförmige Dogmatik mit den Grundfreiheiten ist sinnvoll, sofern dabei die Funktionsunterschiede zwischen den Grundrechten und Grundfreiheiten nicht ignoriert werden. Doch oftmals verbleiben Bereiche, in denen dogmatische Erkenntnisse nicht unmittelbar übertragen werden können, etwa weil es in keiner mitgliedstaatlichen Verfassung eine Entsprechung gibt. Die daraus resultierende Notwendigkeit einer eigenständigen Entwicklung und Entfaltung unionaler Grundrechtsdogmatik ist somit ungebrochen. Abhilfe leistet in einem gewissen Umfang die GRCh durch diesbezügliche textliche Fixierungen (insb. Art. 51 ff. GRCh);<sup>155</sup> zahlreiche und auch bedeutsame Fragestellungen sind jedoch weiterhin unbeantwortet. Man denke etwa an die Bindung von Privaten an die EU-Grundrechte, was weder explizit durch die GRCh noch durch die bisherige Rechtsprechung abschließend beantwortet wurde.<sup>156</sup> Ebenfalls bedürfen noch die einzelnen Prüfungsebenen (Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung) einer eingehenden dogmatischen Ausgestaltung<sup>157</sup> oder eben jener Bereich der Unionsgrundrechte, welcher moderne Grundrechtsentwicklungen ohne mitgliedstaatliches bzw. völkerrechtliches Pendant realisiert. Früher oder später wird angesichts der zunehmenden Grundrechtsrelevanz die EU-Rechtsprechung mit diesen Fragen konfrontiert sein. Die unionale Grundrechtsdogmatik wird sich daher fortlaufend weiterentwickeln (müssen) und folglich schrittweise ein umfassenderes und ausdifferenzierteres Repertoire an fundierten Entscheidungskriterien anbieten.

### 3. Zwischenergebnis

Das Unionsrecht ist eine autonome Rechtsordnung und erfordert eine eigenständige und einheitliche Dogmatik. Diese kann nicht durch eine unreflektierte Übernahme bestehender Erkenntnisse auf nationaler oder völkerrechtlicher Ebene realisiert werden. Gleichwohl können unter der Prämisse, dass die Systemkohärenz der Unionsrechtsordnung gewahrt bleibt, dogmatische Erkenntnisse anderer Grundrechtsordnungen eingeführt werden. Diese Möglichkeit ist aber bei weitem nicht erschöpfend.

### IV. Fazit

Die Unionsgrundrechte gewinnen stetig an Bedeutung, wodurch auch das Bedürfnis nach fundierten und kohärenten Entscheidungskriterien wächst. Eine eigenständige Grundrechtsdogmatik auf supranationaler Ebene ist dabei nicht ausgeschlossen, sondern vielmehr durch die Autonomie der Unionsrechtsordnung folgerichtig. Eine Übernahme dogmatischer Lösungsansätze aus anderen Rechtsordnungen ist unter dem Vorbehalt der System- und Zielkohärenz nicht ausgeschlossen. Für zahlreiche

<sup>154</sup> *Classen*, JZ 2019, 1057 (1062).

<sup>155</sup> *Schroeder*, EuZW 2011, 462 (465).

<sup>156</sup> *Wollenschläger*, in: Hatje/Müller-Graff, Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2022, § 13 Rn. 66; *Jarass/Kment*, EU-Grundrechte, 2. Aufl. 2019, § 4 Rn. 23. Für einzelne Grundrechte wurde diese Frage bereits beantwortet; siehe dazu bereits III. 2. b) cc) sowie *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 9. Aufl. 2021, § 17 Rn. 17.

<sup>157</sup> *Terhechte*, Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte, 2011, S. 54 ff.; *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, Kommentar, 6. Aufl. 2022, GRCh Art. 27 Rn. 5.

Fragestellungen kann der bestehende Fundus an dogmatischen Erkenntnissen jedoch nicht auf die Unionsebene übertragen werden, weshalb die Fortentwicklung einer eigenständigen Grundrechtsdogmatik auf Unionsebene eine kontinuierliche Aufgabe mit der Intention, fundierte und kohärente Entscheidungskriterien bereitzustellen, darstellt.

## Das Gremienproblem im Strafrecht

Jonathan Porath, Bonn\*

Das Gremienproblem ist seit der berühmten „Lederspray“-Entscheidung<sup>1</sup> des BGH Gegenstand intensiver juristischer Diskussion. Eine überzeugende Lösung erfordert die Auseinandersetzung mit den Grundsätzen juristischer Kausalitätslehre. Neben den Voraussetzungen der Strafbarkeit der Gremienmitglieder soll in diesem Beitrag auch auf die weniger diskutierte zivilrechtliche Haftung bei Gremienentscheidungen eingegangen werden.

<b>I. Sachverhalt und Problemaufriss .....</b>	<b>1219</b>
<b>II. Strafrechtliche Lösungsansätze .....</b>	<b>1219</b>
1. Versagen der condicio-Formel .....	1219
2. Kumulative oder alternative Kausalität.....	1220
3. Kumulativ-alternative Kausalität.....	1221
4. Puppes Lösung und die daran geübte Kritik .....	1222
5. Zwischenfazit.....	1224
6. Mittäterschaftslösung des BGH.....	1225
7. Mittäterschaftslösung nach Rotsch .....	1226
8. Fazit.....	1228
<b>III. Das Gremienproblem im Zivilrecht .....</b>	<b>1228</b>
1. Außenhaftung.....	1228
2. Innenhaftung .....	1229
3. Fazit.....	1230
<b>IV. Sonderproblem: Die unterschiedliche Stimmgewichtung.....</b>	<b>1231</b>
1. Zum Gremienfall .....	1231
2. Zu sonstigen Sachverhalten.....	1232
3. Fazit.....	1233

\* Der Autor hat vor kurzem seine staatliche Pflichtfachprüfung am OLG Köln abgelegt und studiert im Schwerpunkt an der Universität Bonn. Für die Durchsicht des Artikels und wertvolle weiterführende Hinweise dankt er Prof. Dr. Ingeborg Puppe und Dr. Thomas Grosse-Wilde.

<sup>1</sup> BGHSt 37, 106.

## I. Sachverhalt und Problemaufriss

Der Lederspray-Fall ist ein anschauliches Beispiel für das Gremienproblem. Vereinfacht und um seine sonstigen Probleme<sup>2</sup> bereinigt lautet der Sachverhalt:

Die X-GmbH verkauft Lederspray für Schuhe. A, B und C sind die Geschäftsführer der X-GmbH, sie treffen ihre Entscheidungen mit einfacher Mehrheit. Es häufen sich eindeutige Anzeichen dafür, dass das Lederspray bei Verbrauchern schwere Lungenschäden verursacht. A, B und C berufen eine Sonder-sitzung ein, in der über einen sofortigen Verkaufsstopp entschieden werden soll. Sie wissen um die Gesundheitsschädlichkeit des Ledersprays. Angesichts drohender Umsatzeinbußen entscheiden sie dennoch einstimmig (3-0), das Lederspray weiterhin zu verkaufen. In der Folgezeit entwickeln mehrere Verbraucher Lungenödeme, die zweifellos auf die Verwendung des Sprays zurückgeführt werden können.

Haben sich die Geschäftsführer strafbar gemacht? Müssen sie die entstandenen Schäden ersetzen?

Es scheint zunächst, als könne sich jedes Gremienmitglied mit dem Einwand verteidigen, seine Stimme sei überflüssig gewesen – für den Beschluss hätte schließlich auch ein (2:1) gereicht. Der Geschäftsführer könnte sich also nur deshalb der Verantwortung entziehen, weil neben ihm ein anderer in gleich strafwürdiger Weise gehandelt hat. Das kann nicht richtig sein, zumindest insoweit besteht Einigkeit.<sup>3</sup>

Aber wie begründet man die intuitiv als richtig erkannte Verantwortlichkeit der Geschäftsführer?

## II. Strafrechtliche Lösungsansätze

### 1. Versagen der *condicio*-Formel

Nach der insbesondere in der Rechtsprechung vorherrschenden Meinung bestimmt sich die Kausalität nach der *condicio-sine-qua-non*-Formel.<sup>4</sup> Kausal sei nur das Verhalten, das nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfällt.

In der Literatur wird diese Formel häufig als Zirkelschluss und/oder praktisch nutzlos kritisiert, die Subsumtion setze Kenntnis des Ergebnisses voraus:<sup>5</sup> Nur wer die Kausalzusammenhänge des zu prüfenden Sachverhaltes ohnehin schon kennt, kann Aussagen darüber treffen, was bei Hinwegdenken einzelner Umstände geschehen wäre.

Ungeachtet ihrer zweifelhaften generellen Nützlichkeit kann die *condicio*-Formel jedenfalls das Problem der überbedingten Gremienentscheidung nicht lösen: Das Hinwegdenken einer einzelnen Stimme ändert den Ausgang der Abstimmung nicht. Es verbleibt eine Beschlussmehrheit von (2:1).

---

<sup>2</sup> Der BGH thematisiert in BGHSt 37, 106 (111 ff.) ausführlich die Kausalität des Sprays für die Lungenschäden, siehe zur Zurechnung der Gesundheitsschäden auch *Timpe*, HRRS 2017, 272. Siehe außerdem *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (2 ff.), der die vom BGH vorgenommene Einteilung in Tun und Unterlassen kritisch erörtert.

<sup>3</sup> *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 19; *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 88 f.; *Rotsch*, Individuelle Haftung in Großunternehmen, 1998, S. 119 f.; *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 737 (742); *Kuhlen*, JZ 1994, 1142 (1146); Der BGH formuliert in BGHSt 37, 106 (132): „Daß dies nicht rechtens sein kann, liegt auf der Hand“. *Walter*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor §§ 13 ff. Rn. 83, scheint der Einzige zu sein, der das Ergebnis akzeptiert.

<sup>4</sup> BGHSt 1, 332 (333); 31, 96 (98); 33, 322 (322); 39, 195 (197); 45, 270 (294); 49, 1 (3); aus der Literatur z.B. *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 43; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 13 Rn. 7.

<sup>5</sup> *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 12; *Spilgies*, ZIS 2020, 93 (100); *Puppe*, ZStW 1980, 863 (873); *Kindhäuser*, GA 2012, 134 (136).

Einzig mit der Argumentation, die exakte Stimmkonstellation gehöre zur „konkreten Gestalt“ des Erfolges, lässt sich das Gegenteil vertreten.<sup>6</sup> Dabei wird aber verkannt, dass der Erfolg im Kontext der Kausalitätsbestimmung durch das Strafgesetz definiert wird.<sup>7</sup> Der unter Strafe gestellte Erfolg ist aber nicht der Gremienbeschluss selbst, sondern nur eine ggf. aus diesem folgende Verletzung eines bestimmten Rechtsguts. Zur konkreten Gestalt des Erfolges der hier einschlägigen §§ 223 ff. StGB gehören also nicht die Modalitäten des Gremienbeschlusses, sondern nur die der aus dem Beschluss folgenden Körperverletzung.<sup>8</sup> Die bei den Opfern entstandenen Lungenödeme bleiben aber in ihrer Gestalt unverändert, gleich auf welche Weise der Beschluss zustande kommt.

Bei korrekter Anwendung kann die *condicio*-Formel die Kausalität der Einzelstimmen nicht begründen, in letzter Konsequenz wäre der Gremienbeschluss sogar völlig ohne Ursache. Denn was, wenn nicht die Stimmen, soll ihn verursacht haben?

## 2. Kumulative oder alternative Kausalität

Teilweise wird vertreten, es handle sich beim Gremienproblem um einen Fall kumulativer<sup>9</sup> oder alternativer Kausalität.<sup>10</sup> Kumulative Kausalität liegt vor, wenn der Erfolg nur vom Zusammentreffen des zu untersuchenden Verhaltens mit weiteren Umständen herbeigeführt wird.<sup>11</sup> Das bedeutet, dass jede der kumulierenden Bedingungen eine *notwendige* ist. Es ist aber gerade das Wesen des überbedingten Gremienbeschlusses, dass keine der Stimmen eine notwendige ist.

Alternative Kausalität liegt hingegen vor, wenn mehrere Umstände zusammentreffen, jeder einzelne aber für sich genommen schon genügen würde, um den Erfolg herbeizuführen.<sup>12</sup> Jede der alternierenden Bedingungen ist m.a.W. eine *hinreichende*. Der Beschluss eines Dreiergremiums erfordert jedoch eine Mehrheit von mindestens zwei Stimmen, eine Einzelstimme ist isoliert betrachtet nie hinreichend.

Die Krux des Gremienproblems liegt gerade darin, dass die Einzelstimmen weder notwendige noch hinreichende Bedingungen sind.<sup>13</sup> Schon deshalb ist eine Einordnung in die bekannten Fallgruppen kumulativer oder alternativer Kausalität nicht richtig.<sup>14</sup> Darüber hinaus führt die Behandlung als Fall alternativer Kausalität auch zu fragwürdigen Ergebnissen: Bei alternativer Kausalität sind alle der untersuchten Umstände kausal, wenn man sie zwar kumulativ, nicht aber alternativ

<sup>6</sup> Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 13 Rn. 37; Freund, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 13 Rn. 346; Eidam, *Der Organisationsgedanke im Strafrecht*, 2015, S. 135 f.; im Ergebnis gleich argumentieren auch Spilgies, ZIS 2020, 93 (99 f.) und Schlehofer/H. Putzke/Scheinfeld, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2023, S. 25 f.

<sup>7</sup> Müller, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, S. 10 ff., insb. S. 14; Engisch, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, S. 11 ff.

<sup>8</sup> Siehe auch Puppe, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, im Spiegel der Rechtsprechung*, 5. Aufl. 2023, § 1 Rn. 3, 11.

<sup>9</sup> Vgl. Marxen, *Kompaktkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2003, S. 31; früher auch Roxin, in der 5. Aufl. des *Allgemeinen Teils*, Bd. 1, wird sich jedoch in § 11 Rn. 19 explizit von dieser zuvor vertretenen Ansicht abgewandt. Bei konsequenter Betrachtung müssten auch die in Fn. 6 genannten dies als Fall kumulativer Kausalität verstehen, das wird aber nicht von allen ausgesprochen.

<sup>10</sup> Kindhäuser/Zimmermann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2023, § 10 Rn. 41; Kindhäuser/Hilgendorf, *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 9. Aufl. 2022, Vor § 13 Rn. 95; Kühl, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, Vor § 13 Rn. 11.

<sup>11</sup> Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 13 Rn. 34.

<sup>12</sup> Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 13 Rn. 26.

<sup>13</sup> Röckrath, *NStZ* 2003, 641 (644).

<sup>14</sup> So auch Weißer, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, 1996, S. 112. Zur alternativen Kausalität auch Knauer, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, 2001, S. 96; Schilha, *Die Aufsichtsratsstätigkeit im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung*, 2008, S. 387 f. m.w.N.; Rotsch, *ZIS* 2018, 1 (6).

hinwegdenken kann, ohne dass der Erfolg entfällt.<sup>15</sup> Wendet man diese Formel auf einen mit (2:1) angenommen Beschluss an, ergibt sich, dass selbst die Gegenstimme kausal für den Beschluss war. Das scheint nicht weniger falsch als die fehlende Kausalität einer Ja-Stimme, die dadurch doch korrigiert werden sollte.<sup>16</sup>

### 3. Kumulativ-alternative Kausalität

Naheliegender ist aber die häufiger vertretene Annahme, dass es sich um eine Mischform aus kumulativer und alternativer Kausalität handelt.<sup>17</sup>

Die einzelne Ja-Stimme soll demnach zunächst kumulativ mit den übrigen für eine Mehrheit erforderlichen Stimmen zusammengefasst werden. Dann bestehe zwischen ihr und den übrigen potenziell mehrheitsbegründenden Stimmen alternative Kausalität.<sup>18</sup> Für die hier zugrunde gelegte Konstellation bedeutet das, um z.B. die Kausalität des A zu begründen, Folgendes: Seine Stimme wird zunächst mit einer weiteren Stimme, etwa der des B, kumulativ kausal für die erforderliche Mindestmehrheit. Zwischen seiner Stimme und der des C besteht nun alternative Kausalität, denn beide können auch ohne die andere mit B eine Mehrheit begründen und den Beschluss herbeiführen. Dieses Gedankenspiel lässt sich mit jeder Stimme wiederholen,<sup>19</sup> sodass richtigerweise jede Ja-Stimme kausal ist.

Dennoch bleibt dieser Lösungsweg nicht unwidersprochen:

Unzutreffend ist *Rotschs* Einwand, nach dem das Verbinden von kumulativer und alternativer Kausalität erklärungsbedürftig sei, da beide nicht vorlägen.<sup>20</sup> Es stimmt zwar, dass weder kumulative noch alternative Kausalität vorliegt. Die kumulativ-alternative Kausalität ist aber nicht als bloße Überlagerung kumulativer und alternativer Kausalität zu verstehen, sondern als eine eigenständige, dritte Sonderkonstellation.<sup>21</sup> Sie kombiniert zwar Teilkomponenten der kumulativen und alternativen Kausalität, enthält aber keine der beiden in Gänze. Dass diese Konstellationen nicht vorliegen, schadet daher nicht, sondern bildet gerade die Existenzberechtigung der kumulativ-alternativen Kausalität.

Erwähnenswert ist in diesem Kontext auch *Narjes*, der die kumulativ-alternative Kausalität wegen vermeintlich fehlerhaften Ergebnissen kritisiert. Er gibt ihren Lösungsweg zwar zunächst abstrakt richtig wieder, wendet ihn dann jedoch falsch auf ein Beispiel an.<sup>22</sup> Er orientiert sich dabei an einem

---

<sup>15</sup> *Traeger*, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904, S. 46.

<sup>16</sup> *Traegers* Alternativenformel versagt, sobald mehr als zwei Ursachen in Betracht kommen. Abstrakt dazu *Toepel*, JuS 1994, 1009 (1011); ausführlich und konkret zum Gremienproblem: *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 96.

<sup>17</sup> *Satzger*, Jura 2014, 186 (193); *Schaal*, Strafrechtliche Verantwortung bei Gremienentscheidungen in Unternehmen, 2001, S. 32 f.; *Kudlich*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2021, Vor § 13 Rn. 43; *Neudecker*, Die strafrechtliche Verantwortung der Mitglieder von Kollegialorganen, 1995, S. 225; *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 737 (743); *Röckrath*, NSTZ 2003, 641 (645 f.).

<sup>18</sup> *Neudecker*, Die strafrechtliche Verantwortung der Mitglieder von Kollegialorganen, 1995, S. 225; *Satzger*, Jura 2014, 186 (193); *Schaal*, Strafrechtliche Verantwortung bei Gremienentscheidungen in Unternehmen, 2001, S. 32 f.; *Weißer*, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1996, S. 112.

<sup>19</sup> Streng genommen müsste man das gar nicht, denn schon im Ausgangsfall ist jede Stimme (kumulativ oder alternativ) kausal.

<sup>20</sup> *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (6).

<sup>21</sup> So wohl i.E. auch *Kudlich*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2021, Vor § 13 Rn. 43, der sich dort nur für die Kombination der Grundsätze zur Behandlung beider Konstellationen ausspricht, nicht aber behauptet, dass zugleich beide Konstellationen dem Sachverhalt nach vorlägen.

<sup>22</sup> *Narjes*, ZJS 2019, 97 (101).

Beispiel und Lösungsweg von *Knauer*<sup>23</sup> und begründet, ohne das jedoch explizit auszusprechen, die offensichtlich absurde Kausalität einer (hinzugedachten) Nein-Stimme.<sup>24</sup> Er verkennt dabei, dass *Knauer* dort nur die Grundsätze der rein alternativen Kausalität anwendet und dieses Ergebnis folglich auch nur als Argument gegen diese Lösung versteht.

Gegen die kumulativ-alternative Kausalität folgt daraus hingegen kein Einwand, denn richtig angewendet begründet sie nicht die Kausalität einer Gegenstimme. Wird ein viertes, dagegen stimmendes Gremienmitglied D hinzugedacht, prüft sich die Kausalität seiner Stimme hiernach wie folgt: Seine Stimme müsste, da die Mindestmehrheit nun (3:1) ist, mit zwei weiteren Stimmen kumulativ kausal für den positiven Beschluss sein. Es gibt aber keine denkbare Dreistimmenkonstellation, die D beinhaltet und eine Mehrheit begründen kann. Die Prüfung des Alternativitätsverhältnisses zur vierten Stimme ist daher nicht vorzunehmen. Auch diese Lösung leidet jedoch an Mängeln, die unter 5. dargestellt werden.

#### 4. Puppes Lösung und die daran geübte Kritik

*Puppe* vertritt eine eigene Kausalitätslehre, die auch das Gremienproblem löst.<sup>25</sup> Nach *Puppe* ist jedes Verhalten kausal, das notwendiger Bestandteil einer (von möglicherweise mehreren!) eingetretenen hinreichenden Mindestbedingung ist.<sup>26</sup> Eine Mindestbedingung ist dabei ein Kausalgesetz, das eine meist aus mehreren Komponenten bestehende hinreichende Bedingung für den Erfolg beschreibt und keine überflüssigen Komponenten enthält.<sup>27</sup>

Beispielhaft soll als zutreffendes Gesetz unterstellt werden, dass das Zusammentreffen der Bedingungen U1+U2 den Erfolg E herbeiführt. „X+U1+U2 führt zu E“ mag zwar als Aussage nicht falsch sein, kann aber wegen der Redundanz von X kein gültiges Gesetz im Sinne dieser Bedingungslehre sein.

Im Gremium aus A, B und C gibt es demnach nur drei für das Zustandekommen eines Beschlusses denkbare Mindestbedingungen: (A+B), aber auch (B+C) und (C+A) führen jeweils zum Beschluss.<sup>28</sup> Im Beispielfall sind *alle* der genannten Mindestbedingungen *zugleich* eingetreten, die Stimme jedes Mitglieds ist notwendiger Teil einer eingetretenen Mindestbedingung, tatsächlich sogar jeweils zweier. Folglich ist jede Stimme kausal.<sup>29</sup>

Gerade dieser letzte gedankliche Schritt wird jedoch nicht von allen nachvollzogen. Können die beiden Bedingungen (A+B) und (B+C) zugleich eintreten, wenn es doch in Wirklichkeit nur einen B gibt?

---

<sup>23</sup> *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 96.

<sup>24</sup> *Narjes*, ZJS 2019, 97 (101); *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 96.

<sup>25</sup> *Puppe*, JR 1992, 27 (31).

<sup>26</sup> *Puppe*, JR 1992, 27 (32); *dies.*, GA 2004, 129 (13); *dies.*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor § 13 Rn. 102; zustimmend *Rodriguez Montanes*, in: FS Roxin, 2001, S. 307 (313 f.); vorbehaltlos zustimmend nun auch *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 19. In der Voraufgabe zweifelte *Roxin* noch, ob nicht ein Fall kumulativer Kausalität vorliege. *Sofos*, Mehrfachkausalität bei Tun und Unterlassen, 1999, S. 160; *Narjes*, ZJS 2019, 97 (105).

<sup>27</sup> *Puppe*, ZStW 1980, 863 (876); *dies.*, GA 2004, 129 (137); *dies.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, im Spiegel der Rechtsprechung, 5. Aufl. 2023, § 2 Rn. 7.

<sup>28</sup> Zwischen den Mindestbedingungen besteht ein Alternativverhältnis, sodass *Puppe*, JR 1992, 27 (32) und GA 2004, 129 (137) und *Roxin/Greco*, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 17 dies auf dem Boden dieser Kausalitätslehre als Fall alternativer Kausalität betrachten.

<sup>29</sup> *Puppe*, GA 2004, 129 (138 f.); *dies.*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor § 13, Rn. 108; *Sofos*, Mehrfachkausalität bei Tun und Unterlassen, 1999, S. 160 f.

Daran zweifelt *Kindhäuser*.<sup>30</sup> Sinnbildlich für eine „Fast-Mindestbedingung“ solle man sich ein Puzzle vom Kölner Dom vorstellen, dem nur das letzte Teil fehlt. Zwei verschiedene, aber gleichermaßen passende letzte Teile können es zu einer Mindestbedingung vervollständigen. Welches Teil man auch einsetzt, man erhalte immer nur ein, nicht aber zwei vollständige Bilder des Kölner Doms. Damit die beiden übrigen Teile gleichzeitig notwendiger Bestandteil einer Mindestbedingung sein können, bräuchte man zwei verschiedene, bis auf ein Teil fertig gestellte Puzzles. Praktisch gesprochen soll es also unter mehreren hinreichenden Mindestbedingungen für denselben Erfolg keine Dopplungen der Bestandteile geben dürfen.<sup>31</sup> (A+B) und (B+C) könnten demnach nicht gleichzeitig zutreffende Mindestbedingungen des Beschlusses sein, weil B nicht zugleich in beiden vorkommen darf. *Puppes* Lösung wäre demnach falsch.

Allerdings fehlt es schon am Versuch einer Begründung, warum diese Dopplungen denn unzulässig sein sollten. Das Puzzle-Beispiel veranschaulicht diese These zwar, hebt ihren Charakter aber nicht über den einer bloßen Behauptung hinaus. Warum ist das Puzzle mit einer Mindestbedingung vergleichbar?

Die unterbliebene Begründung lässt sich auch nicht nachholen, denn ein Prinzip, das derartige Dopplungen verbietet, existiert schlicht nicht.<sup>32</sup> Durch die Betrachtung von (A+B) und (B+C) wird keine neue, widersprüchliche Wirklichkeit geschaffen. Es handelt sich nur um zwei getrennte Betrachtungen einer unverändert bestehenden Wirklichkeit. Ein anschauliches Beispiel ist ein mit zwei Litern gefüllter Wassereimer: Die Aussage „Der Eimer enthält 1 Liter Wasser“ ist zutreffend, ebenso die Aussage „Der Eimer enthält 2 Liter Wasser“. Nach *Kindhäuser* wäre das nicht möglich, die gleichzeitige Wahrheit beider Aussagen würde einen mit 3 Litern gefüllten Eimer voraussetzen.

Zugleich kritisiert *Kindhäuser*, man könne den Kausalnachweis einzelner Umstände nicht unter Ausklammerung der Übrigen führen.<sup>33</sup> Übertragen auf den Beispielfall legt er dar: Schon die Betrachtung des Stimmbündels (A+B) sei fehlerhaft, da sie die Streichung des C aus der Kausalerklärung beinhalte.<sup>34</sup>

Auch das ist so nicht richtig. Die Einzelbetrachtung einer Mindestbedingung (A+B) beinhaltet keine Negierung der Kausalität von C, sie trifft nämlich zu C überhaupt keine Aussage. Eine (überflüssige!) Aussage über C darf (A+B) als Mindestbedingung auch gar nicht enthalten.<sup>35</sup>

*Rotsch* teilt diese unzutreffende Kritik, hält *Puppes* Lösungsweg aber auch darüber hinaus für fehlerhaft.<sup>36</sup> Er wirft ihr etwa vor, sie habe eine aus zwei Stimmen bestehende Mindestbedingung mit drei Bestandteilen konstruiert.<sup>37</sup> Seine Argumentation scheint allerdings auf einem Kausalitätsverständnis zu fußen, in dem ein Erfolg immer nur eine einzige hinreichende Mindestbedingung haben kann. Auf dieser Grundlage kann man von vorneherein zu keiner tauglichen Lösung kommen, da sie schon das Vorliegen eines überbedingten Erfolges ausschließt.<sup>38</sup>

<sup>30</sup> *Kindhäuser*, GA 2012, 134 (140); *ders.*, ZIS 2016, 574 (580 f.).

<sup>31</sup> *Kindhäuser*, GA 2012, 134 (140); *ders.*, ZIS 2016, 574 (580 f.).

<sup>32</sup> *Puppe*, GA 2004, 129 (139); *dies.*, ZIS 2015, 426 (427) mit zahlreichen weiteren Nachweisen; *Wright*, in: Goldberg, Perspectives on Causation, S. 285 (292); so auch *Grosse-Wilde*, Erfolgszurechnung in der Strafzumessung, 2017, S. 319.

<sup>33</sup> *Kindhäuser*, GA 2012, 134 (140); so auch *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 121.

<sup>34</sup> Sehr ähnliche Kritik übt auch *C. Putzke*, Rechtsbeugung in Kollegialgerichten, 2012, S. 27.

<sup>35</sup> *Puppe*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, im Spiegel der Rechtsprechung, 5. Aufl. 2023, § 2 Rn. 13; *dies.*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor § 13 Rn. 108; *Wright*, in: Goldberg, Perspectives on Causation, S. 285 (304); *Honoré*, Responsibility and Fault, 1999, S. 110.

<sup>36</sup> So auch *Narjes*, ZJS 2019, 97 (103).

<sup>37</sup> *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (7).

<sup>38</sup> *Puppe*, ZIS 2018, 57 (59).

Die an *Puppe* diesbezüglich geübte Kritik zeugt in erster Linie von Verwirrung. Ihre Kausalitätslehre scheint zunächst schwer nachvollziehbar zu sein,<sup>39</sup> ist aber in sich schlüssig und löst das Gremienproblem überzeugend.

## 5. Zwischenfazit

Die bisher erörterten Lösungsansätze unterscheiden sich von den noch folgenden dadurch, dass sie das Problem auf Ebene der individuellen Kausalität lösen. Es bleiben noch zwei wesentliche Lösungsansätze zu diskutieren, die die Lösung aber in einer mittäterschaftlichen Zusammenfassung der Ja-Stimmen gem. § 25 Abs. 2 StGB suchen. Es lohnt sich daher, eine Zwischenbilanz zu ziehen.

Die eigentliche *condicio*-Formel ist jedenfalls für überbedingte Erfolge untauglich. Ihre Modifikation zur alternativen Kausalität scheitert daran, dass eine Einzelstimme nicht für den Beschluss genügt. Die kumulative Kausalität und die mit dieser deckungsgleiche Lösung über die konkrete Gestalt des Erfolges fußen auf einem Missverständnis vom Begriff des Erfolges.

Tragfähig sind nur die kumulativ-alternative Kausalität und *Puppes* Lösung. Dass gerade diese beiden Lösungen übrigbleiben, ist jedoch kein Zufall. Bei genauer Betrachtung ihrer Arbeitsschritte stellt man nämlich fest, dass es sich um *ein und dieselbe* Lösung handelt:

Nach kumulativ-alternativer Kausalität wurde zunächst eine Stimme A mit so vielen weiteren zusammengenommen, wie für eine Mehrheit erforderlich. Das wurde hier beispielhaft mit (A+B) getan.

Danach wurde die Stimme des A mit der des C ausgetauscht und geprüft, ob nun eine Mindestmehrheit besteht, die C beinhaltet, nämlich (C+B). Mit anderen Worten wurde erst eine hinreichende Mindestbedingung aus A und B gebildet, dann wurde geprüft, ob sich eine solche auch mit C als (notwendiger) Bestandteil bilden lässt. Da alle Stimmen notwendiger Bestandteil einer dieser zwei hinreichenden Mindestbedingungen sind, sind alle kausal.

Nach *Puppes* Lösung wurden zunächst *alle* eingetretenen und hinreichenden Mindestbedingungen gebildet und festgestellt, dass jede Stimme notwendiger Bestandteil *zweier* davon ist. Das wurde hier (und von *Puppe*)<sup>40</sup> jedoch nur der Anschaulichkeit halber getan,<sup>41</sup> denn es genügt ja bereits, wenn die Einzelstimme Bestandteil *einer* hinreichenden Mindestbedingung ist.

Im Ergebnis ist die „kumulativ-alternative“ Kausalität nichts anderes als die praktische Anwendung von *Puppes* Kausalitätslehre auf das Gremienproblem. Es handelt sich in Bezug auf das Gremienproblem um die gleiche Lösung – daher überrascht es zunächst, dass sie meist separat dargestellt werden.<sup>42</sup>

Der Unterschied liegt jedoch darin, dass die kumulativ-alternative Kausalität nur als Ausnahmeregel konzipiert ist, im Grundsatz aber an der *condicio*-Formel festhält. Darin liegt ein entscheidender Fehler, denn die Ausnahme reißt Lücken in die *condicio*-Formel, die sich kaum wieder schließen lassen. Trotz der sinnvoll scheinenden Arbeitsschritte ist die kumulativ-alternative Kausalität nichts anderes als ein punktueller Verzicht auf die notwendige Bedingung – ausnahmsweise soll es hier schon genügen, dass der Umstand Bestandteil einer hinreichenden Bedingung ist. Aber wann greift diese Ausnahme?

<sup>39</sup> Greco, ZIS 2011, 674 (686): „So elegant, wie diese Lehre ist, so schwierig ist sie auch“; Aufgabe dieser Kritik jedoch in Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 19.

<sup>40</sup> Puppe, ZIS 2018, 57 (58) übernimmt ihr Beispiel von Rotsch, ZIS 2018, 1 (6 f.).

<sup>41</sup> Und wäre in Fällen mit mehr als drei Gremienmitgliedern auch völlig unpraktikabel, denn die Anzahl der denkbaren Mindestmehrheiten wird mit steigender Anzahl von Gremienmitglieder schnell unüberschaubar.

<sup>42</sup> Z.B. Narjes, ZJS 2019, 97 (101 f.); Rotsch, ZIS 2018, 1 (6).

Diese beiden Erfordernisse stehen in direktem Widerspruch zueinander, der sich nur auflösen lässt, indem eine allgemeine Regel darüber aufgestellt wird, wann denn nun was gilt. Das Gremienproblem soll jedenfalls ein Anwendungsfall sein, darüber hinaus hat es aber kein Vertreter dieser Lehre bisher unternommen, eine solche Regel zu formulieren.<sup>43</sup>

Was übrigbleibt ist ein Kausalitätsverständnis, in dem manchmal die notwendige Bedingung, manchmal aber auch schon jeder Bestandteil einer hinreichenden Bedingung kausal ist. Die kumulativ-alternative Kausalität stellt nur einen weiteren einen Annex zur *condicio*-Formel dar, der wohl immer dann zur Anwendung kommt, wenn dem Betrachter deren Ergebnisse missfallen.

*Puppes* Lehre vom notwendigen Bestandteil einer hinreichenden Mindestbedingung ist im Gegensatz dazu ein umfassendes, in sich schlüssiges Gesamtkonzept zur Kausalitätsbestimmung. Es leidet von vorneherein nicht an den Fehlern, die derartige Ausnahmen erst erforderlich machen. Es ist die einzig überzeugende Kausalitätslösung.

## 6. Mittäterschaftslösung des BGH

Das Problem der Einzelkausalität lässt sich umgehen, wenn man den Mitgliedern die Stimmen der anderen über § 25 Abs. 2 StGB mittäterschaftlich zurechnet.<sup>44</sup> Zusammengenommen als Bündel ist die Gesamtheit der Stimmen zweifellos kausal für den Beschluss. Genau diesen Weg geht mit einiger Zustimmung auch der BGH in seiner Ledersprayentscheidung,<sup>45</sup> ohne dies jedoch wirklich zu begründen.<sup>46</sup> Diese Lösung ist nur dann tragfähig, wenn die Voraussetzungen des § 25 Abs. 2 StGB vorliegen, nämlich gemeinsamer Tatentschluss und gemeinsame Tatausführung.<sup>47</sup>

Bei genauerer Prüfung der gemeinsamen Ausführung drängt sich jedoch der Verdacht eines Zirkelschlusses auf: Setzt diese nicht gerade einen kausalen Beitrag jedes Mittäters voraus?<sup>48</sup> Aber gerade dieser Kausalnachweis ist es ja, der auf diesem Wege umgangen werden soll. Es muss an dieser Stelle daher kurz darauf eingegangen werden, ob § 25 Abs. 2 StGB nun einen Verursachungsbeitrag des Einzelnen voraussetzt, oder, im Gegenteil, gerade über das Fehlen eines solchen hinweghelfen kann.<sup>49</sup> Der Kern dieses Problems liegt darin, dass sich dem Gesetz weder in die eine noch in die andere Richtung ein nennenswertes Argument entnehmen lässt.<sup>50</sup> Für die Behauptung einer „kausalitätserset-

<sup>43</sup> Dieselbe Kritik zu *Traegers* Alternativenformel äußert *Puppe*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor § 13 Rn. 92 und GA 2010, 553 (554). Sie trifft auf die kumulativ-alternative Kausalität nicht weniger zu.

<sup>44</sup> *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 137.

<sup>45</sup> BGHSt 37, 106 (129); zustimmend *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 737 (743); *Otto*, Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, 1993, S. 11 f.; *Hilgendorf*, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft“, 1993, S. 125 f.; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 219.

<sup>46</sup> Die Begründung in BGHSt 37, 106 (132) beschränkt sich auf die Feststellung, dass andernfalls das Ergebnis nicht hinnehmbar sei.

<sup>47</sup> Vgl. *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 25 Rn. 48; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 44 Rn. 2; *Murmann*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2021, § 25 Rn. 36 ff.

<sup>48</sup> Bejahend *Puppe*, JR 1992, 27 (32); *Sofos*, Mehrfachkausalität bei Tun und Unterlassen, 1999, S. 156 f.; *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, Vor § 13 Rn. 97; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2023, § 10 Rn. 1; *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 25 Rn. 125; *Röh*, Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht, 1995, S. 46 f.; *Hoyer*, GA 1996, 160 (172 f.); *Samson*, StV 1996, 93 (93). *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 189 und Täterschaft und Tatherrschaft, 11. Aufl. 2022, S. 317 fordert stattdessen einen „wesentlichen“ Beitrag. *Rotsch*, in: FS *Puppe*, 2011, S. 887 (898), stellt zutreffend fest, dass auch das aber mindestens die Kausalität beinhalten muss.

<sup>49</sup> So *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 180; *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 375; *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 57.

<sup>50</sup> Auch *Rotsch*, in: FS *Puppe*, 2011, S. 887 (897) bekennt, dass es für keine der beiden Seiten zwingende Argumente gibt. *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 151, entwickelt ein Wortlautargument gegen das Kausalitätserfordernis. Der Wortlaut lässt sich jedoch auch in die entgegengesetzte Richtung deu-

zende Funktion“<sup>51</sup> der Mittäterschaft spricht, dass sie insbesondere in Fällen der sog. additiven oder alternativen Mittäterschaft<sup>52</sup> zu gerechten Ergebnissen führt – ein zufriedenstellendes Ergebnis allein ersetzt aber noch kein Argument.<sup>53</sup>

Die Ansicht, dass die Mittäterschaft einen kausalen Beitrag voraussetzt, wurzelt in der Annahme, dass die Kausalität zugleich Grundvoraussetzung und äußerste Grenze der täterschaftlichen Verantwortung ist.<sup>54</sup> Auch die Verfechter dieser Ansicht liefern allerdings keine weitere Begründung für diese Grundannahme. Ich halte sie dennoch für einen wichtigen Grundpfeiler des fortschrittlichen und aufgeklärten Strafrechts,<sup>55</sup> an den nicht allein deshalb die Säge angelegt werden sollte, weil es zur Vermeidung eines ungerechten Ergebnisses von Nutzen scheint.<sup>56</sup> Die Kausalität sollte deshalb als unentbehrliche Voraussetzung der Mittäterschaft betrachtet werden. Eine Lösung des Gremienproblems über die Mittäterschaft wäre auf dieser Grundlage daher tatsächlich zirkelschlüssig.<sup>57</sup>

Darüber hinaus liegt aber auch der gemeinsame Tatentschluss nicht vor, denn dieser muss der ihm gegenständlichen Handlung denklogisch vorausgehen.<sup>58</sup> Die Abstimmung kann daher nicht zugleich Entschluss und Ausführung sein – es fehlt also am gemeinsamen Tatplan.<sup>59</sup> Ein solcher läge allenfalls dann vor, wenn der Abstimmung eine von den Beteiligten als abschließend verstandene Absprache des Stimmverhaltens vorangeht, die Beschlussfassung selbst also zur bloßen (tatausführenden) Formalität wird. Ein typischerweise im Vorfeld stattfindender Abgleich von Positionen oder inhaltlicher Austausch zum Beratungsgegenstand genügt dafür hingegen nicht. An einer den Anforderungen des Tatplans genügenden Absprache wird es in der Praxis daher regelmäßig fehlen. Die Lösung des BGH scheitert schon am Tatbestand des § 25 Abs. 2 StGB.

## 7. Mittäterschaftslösung nach Rotsch

Einen interessanten Rettungsversuch unternimmt *Rotsch*, indem er das Geschehen des Lederspray-Falls aufteilt.<sup>60</sup> In der Abstimmung sei zunächst die Begründung eines gemeinsamen Tatentschlusses zu sehen. Dieser habe aber nicht die Abstimmung selbst zum Gegenstand, sondern beinhalte die Verabredung, es gemeinsam zu unterlassen, die Umsetzung des Beschlusses zu verhindern. Erst das sei die gemeinsame Ausführung.

---

ten, sodass er letztendlich unergiebig ist. Dazu ausführlich *C. Putzke*, Rechtsbeugung in Kollegialgerichten, 2012, S. 22.

<sup>51</sup> So *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 180; ähnlich auch *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 375; *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 57.

<sup>52</sup> Siehe dazu ausführlich und m.w.N. *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 214 ff.

<sup>53</sup> So auch *Schild*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 25 Rn. 126.

<sup>54</sup> Siehe schon Fn. 48, insbesondere *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 25 Rn. 125, der Kausalität zutreffend als Mindestvoraussetzung jeder strafrechtlichen Zurechnung beschreibt.

<sup>55</sup> *Rotsch*, in: FS Puppe, 2011, S. 887 (897), beschreibt m.w.N. die kausale Verursachung als ein „in über 2000 Jahren mühsamen und intensiven Nachdenkens gewonnenes haftungsrestringierendes Erfordernis fortschrittlichen und aufgeklärten Strafrechts“, erachtet dies selbst aber als unzureichend, um eine kausalitätsersetzende Funktion des § 25 Abs. 2 StGB von der Hand zu weisen.

<sup>56</sup> Konsequenterweise sind daher auch die Konstruktionen der additiven und alternativen Mittäterschaft abzulehnen. Die nur durch Zufall nicht ursächlich gewordenen Komplizen des Verursachers sind also nur wegen Versuchs zu bestrafen – de lege lata lässt sich an diesem Ergebnis nichts ändern. So argumentiert auch *Schild*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 25 Rn. 126.

<sup>57</sup> Folgt man der Gegenansicht, sind die Mittäterschaftslösungen zumindest im Grundsatz tragfähig. Siehe jedoch zum Problem des fehlenden Tatplans sogleich unter VII.

<sup>58</sup> *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (9 f.).

<sup>59</sup> Sieht man in der Abstimmung die Begründung des Tatplans, fehlt stattdessen die nachfolgende Ausführung.

<sup>60</sup> *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (8 ff.).

Das wirkt auf dem ersten Blick geschickt, denn mit diesem Unterlassen lässt sich ein Tatverhalten konstruieren, dem der Tatentschluss zeitlich vorausgeht. Bei genauerem Hinsehen schafft es aber auch diese Konstruktion nicht, die Schwächen der Mittäterschaftslösung zu überwinden.

Völlig zu Recht wird dabei schon die Grundannahme bezweifelt:<sup>61</sup> Die Gremienmitglieder gehen doch davon aus, einen wirksamen Beschluss gefasst zu haben. Damit ist die Sache aus ihrer Sicht erledigt. Warum sollten sie also zusätzlich verabreden müssen, ihre Entscheidung nicht umzukehren? Die Annahme einer solchen Verabredung ist ebenso verlockend wie konstruiert. Sie entspricht schlicht nicht der psychischen Realität der Gremienmitglieder.

Davon abgesehen setzt die Strafbarkeit des Unterlassens zudem voraus, dass der Täter eine ihm mögliche und zur Erfolgsabwehr erforderliche Handlung unterlässt.<sup>62</sup> Aber was kann das Gremium nach dem Beschluss noch tun, um zu verhindern, dass dieser Folgen entfaltet? Es müsste wohl einen neuen Beschluss fassen, der den vorherigen umkehrt. Zu dieser ernüchternden Einsicht kommt auch *Rotsch*.<sup>63</sup>

Damit die Gremienmitglieder sich aber wechselseitig das Unterlassen dieser erneuten Beschlussfassung gem. § 25 Abs. 2 StGB zurechnen lassen müssen, bedarf es einer gemeinsamen Tatausführung. Jedes Mitglied muss also einen (quasi-)kausalen Unterlassensbeitrag dazu geleistet haben, dass der Umkehrbeschluss nicht zustande kam. Damit hat man das Gremienproblem aber nur umgedreht:<sup>64</sup> Denn eine einzige unterbliebene Stimme hätte eine Umkehrmehrheit genauso wenig begründen können, wie eine abgegebene Gegenstimme die Ursprungsmehrheit hätte verhindern können.

Auch diese Lösung kann eine Mittäterschaft allenfalls dann begründen, wenn man den einzelnen Tatbeiträgen keine (Quasi-)Kausalität abfordert.<sup>65</sup> Auf dieses Erfordernis sollte aber nicht verzichtet werden; das wurde unter 5. schon dargelegt.

*Rotsch* geht darüber hinaus davon aus, dass sich auch eine Alleintäterschaft der Gremienmitglieder begründen lässt: Als Geschäftsführer treffe sie eine Überwachergarantenstellung für das gefährliche Produkt.<sup>66</sup> Neben dem nur gemeinschaftlich möglichen Umkehrbeschluss sei jedenfalls das Einschalten staatlicher Behörden eine jedem einzelnen Geschäftsführer mögliche und erfolversprechende Rettungshandlung.<sup>67</sup> So lässt sich eine Unterlassungsstrafbarkeit des Geschäftsführers begründen.

Dagegen lässt sich prinzipiell nichts einwenden. Auf diese (unbestritten vorliegende) Unterlassungsstrafbarkeit kommt es nach der hier vertretenen Kausalitätslehre jedoch nicht an: Sie ist gegenüber der oben begründeten Begehungsstrafbarkeit subsidiär.<sup>68</sup> Das halte ich auch im Ergebnis für überzeugender. Es leuchtet nicht ein, dass einem Geschäftsführer, der immerhin selbst die Hand gegen den Rückruf gehoben hat, nur ein (regelmäßig weniger schwerwiegender)<sup>69</sup> Unterlassungsvorwurf gemacht wird, der noch dazu mit der in § 13 Abs. 2 StGB vorgesehenen Milderungsmöglichkeit einhergeht. Zugegebenermaßen handelt es sich dabei jedoch allenfalls um einen Schönheitsfehler – ein Gericht wird in einem derartigen Fall von der Milderungsmöglichkeit schlicht keinen Gebrauch machen.

---

<sup>61</sup> *Puppe*, ZIS 2018, 57 (59).

<sup>62</sup> *Gaede*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 11; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 27 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 49 Rn. 8 f.; *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 13 Rn. 9 f.

<sup>63</sup> *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (11).

<sup>64</sup> *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (11).

<sup>65</sup> Davon geht *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (13), explizit aus, in sich ist seine Lösung daher schlüssig.

<sup>66</sup> *Rotsch*, in: *Rotsch*, Criminal Compliance, Handbuch, 2015, § 4 Rn. 13.

<sup>67</sup> *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 24 Rn. 177 ff.

<sup>68</sup> *Gaede*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 7.

<sup>69</sup> BT-Drs. V/4095, S. 8; m.w.N. zudem BGHSt 36, 227 (228 f.).

## 8. Fazit

Die Mittäterschaftslösungen können die Frage der Einzelkausalität bei überbedingten Erfolgen nicht umgehen. Früher oder später sieht man sich auch in der mittäterschaftlichen Prüfung mit dem Gremienproblem konfrontiert. Es muss also auf Kausalitätsebene gelöst werden.

Das Scheitern der *condicio*-Formel an überbedingten Erfolgen hat eine Vielzahl teils sehr fragwürdiger Lösungsansätze produziert. Überbedingte Erfolge sind aber bei weitem keine außergewöhnlichen Vorkommnisse, sondern geradezu alltäglich.<sup>70</sup> Es ist daher kaum entschuldbar, dass eine noch immer verbreitete Kausalitätslehre auf die dadurch aufgeworfenen Fragen keine Antworten liefern kann. Eine Regel, von der man schon zur Bewältigung völlig gewöhnlicher Sachverhalte Ausnahmen machen muss, sollte nicht modifiziert, sondern verworfen werden. *Puppes* Kausalitätslehre wäre ein passender Ersatz.

## III. Das Gremienproblem im Zivilrecht

Die Strafbarkeit der Gremienmitglieder lässt sich überzeugend begründen. Zu klären bleibt, unter welchen Umständen sie zivilrechtlich für die entstandenen Schäden haften.

Auch hier liegt der Kern des Problems in der Kausalitätsfeststellung,<sup>71</sup> dementsprechend bieten sich im Zivilrecht weitestgehend dieselben Lösungen an.<sup>72</sup> Konsequenterweise muss es aufgrund der unter II. ausgeführten Überlegungen auch im Zivilrecht genügen, dass das einzelne Votum notwendiger Bestandteil einer hinreichenden Mindestbedingung ist. Bei Anwendung dieser Lehre erübrigt sich das Problem. Im Nachfolgenden soll dies für die Konstellationen der zivilrechtlichen Innen- und Außenhaftung dargelegt werden und auf einige Besonderheiten des Zivil- und Gesellschaftsrecht eingegangen werden.

### 1. Außenhaftung

Die Außenhaftung der Gremienmitglieder bezeichnet ihre Haftung gegenüber den infolge des Beschlusses geschädigten Dritten.

Mangels spezialgesetzlicher Haftungstatbestände richtet sich die Außenhaftung nach den allgemeinen deliktsrechtlichen Normen, insbesondere § 823 Abs. 1, 2 BGB und § 830 Abs. 1 BGB.

Schwierigkeiten bereitet i.R.v. § 823 Abs. 1 BGB nur die Prüfung der (haftungsbegründenden) Kausalität zwischen Stimmabgabe und Rechtsgutsverletzung.<sup>73</sup> Mit der hier vertretenen Lehre vom notwendigen Bestandteil einer hinreichenden Bedingung erübrigt sich dieses Problem.<sup>74</sup>

Über § 823 Abs. 2 S. 1 BGB ist das Hineinwirken der strafrechtlichen Problemlösung ins Zivilrecht zudem unvermeidbar, denn eine Vielzahl der Normen des StGB, darunter insbesondere die §§ 223 ff.

---

<sup>70</sup> *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 19, erwähnt etwa einen sechsbeinigen Tisch oder das römische Pantheon – beide brächen wohl nicht zusammen, wenn man nur ein Bein oder eine Säule entfernt. Trotzdem würde wohl niemand daran zweifeln, dass der Tisch *wegen* seiner Beine steht. Siehe zur stark unterschätzten praktischen Relevanz kausaler Überdetermination auch *Grosse-Wilde*, in: Aichele/Renzikowski/Rostalski, Normentheorie, Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik, 2022, S. 165 ff.

<sup>71</sup> *Fleischer*, BB 2004, 2645 (2646).

<sup>72</sup> Übersichtlich dazu m.w.N. *Fleischer*, BB 2004, 2645 (2646 f.); *ders.*, in: MüKo-GmbHG, Bd. 2, 4. Aufl. 2023, § 43 Rn. 267.

<sup>73</sup> *Fleischer*, BB 2004, 2645 (2646).

<sup>74</sup> So auch *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 830 Rn. 79 mit Verweis auf den sog. NESS-Test (Necessary element of a sufficient set), das anglo-amerikanische Pendant zu *Puppes* Lehre.

StGB, sind Schutzgesetze i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB.<sup>75</sup> Die oben begründete Strafbarkeit der Gremienmitglieder führt daher unmittelbar zur zivilrechtlichen Außenhaftung.<sup>76</sup>

§ 830 Abs. 1 S. 1 BGB ordnet bei deliktischer Mittäterschaft die Haftung jedes Mittäters an. Auch im Deliktsrecht wird daher von einigen eine Mittäterschaftslösung befürwortet.<sup>77</sup> Das setzt nach wie vor voraus, dass man der Mittäterschaft eine Kausalitätsersetzende Funktion beimisst.<sup>78</sup> Die Einheit der Rechtsordnung gebietet, sich dem auch im Zivilrecht konsequent entgegenzustellen. Darüber hinaus fehlt es, wie oben schon festgestellt, mangels vorheriger Absprache des Stimmverhaltens an einem gemeinsamen Tatplan.<sup>79</sup>

Mit § 830 Abs. 1 S. 2 BGB enthält das Deliktsrecht eine Norm, die dem Geschädigten auch dann einen Anspruch gewährt, wenn unklar ist, welcher von mehreren in Betracht kommenden Schädigern den Schaden verursacht hat.<sup>80</sup> Der Geschädigte erlangt einen Schadensersatzanspruch gegen jeden der potenziellen Schädiger, ohne die Kausalität ihres Einzelverhaltens beweisen zu müssen.<sup>81</sup> Das scheint zunächst auch im Gremienfall eine Kausalitätsprüfung entbehrlich zu machen.

§ 830 Abs. 1 S. 2 BGB setzt jedoch voraus, dass das Verhalten jedes potenziellen Schädigers für sich genommen gesamtkausalitätsgeeignet ist: Jeder der Ursachenbeiträge muss ex ante geeignet gewesen sein, den gesamten Schaden allein herbeizuführen.<sup>82</sup> Der Einzeleintrag muss mit anderen Worten eine hinreichende Bedingung sein, § 830 Abs. 1 S. 2 BGB erfasst nur Fälle sog. *echter Überbestimmtheit*.<sup>83</sup> Auch auf diesem Wege lässt sich das Gremienproblem nicht umgehen, es muss auf Kausalitätsebene gelöst werden.

## 2. Innenhaftung

Die Innenhaftung bezeichnet die Haftung der Gremienmitglieder gegenüber dem Träger des Gremiums, hier also der Gesellschaft. Besondere Bedeutung kommt hierbei den § 43 GmbHG und § 93 AktG zu. Sie normieren die Verhaltenspflichten der Geschäftsführer und Vorstände und enthalten in Abs. 2 jeweils eine eigene Anspruchsgrundlage:<sup>84</sup> Die Mitglieder der Führungsgremien sind der Gesellschaft

<sup>75</sup> Siehe etwa den umfassenden Katalog von *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 596.

<sup>76</sup> *Ransiek*, ZGR 1992, 203 (224 f.), zweifelt zwar zumindest bei fahrlässigem Verhalten der Geschäftsführer an der Gerechtigkeit dieser Gleichläufigkeit von Zivil- und Strafrecht – die zivilrechtliche Haftung sei oft weit gravierender als die strafrechtlichen Konsequenzen – hält das Ergebnis de lege lata aber für unumstößlich.

<sup>77</sup> *Fleischer*, BB 2004, 2645 (2647) m.w.N.; so auch *Foerste*, in: *Foerste/Graf v. Westphalen*, Produkthaftungshandbuch, 3. Aufl. 2012, § 25 Rn. 251, § 43 Rn. 1.

<sup>78</sup> *Fleischer*, BB 2004, 2645 (2647).

<sup>79</sup> Einen solchen könnte man allenfalls mit *Rotschs* Verabredung zum Unterlassen der Umkehr konstruieren. Siehe zur Kritik an dieser Konstruktion schon II. 7.

<sup>80</sup> *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 830 Rn. 46.

<sup>81</sup> *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 830 Rn. 54, 57.

<sup>82</sup> St. Rspr., vgl. nur BGH NJW 1994, 932 (934); BGH NJW 1989, 2943 (2944); BGH NJW 1971, 506 (508). Siehe außerdem *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 830 Rn. 73.

<sup>83</sup> Ob diese (echte) alternative Kausalität ein direkter Anwendungsfall von § 830 Abs. 1 S. 2 BGB ist (so *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 830 Rn. 68) oder ob die Kausalität der Alternativtäter in analoger Heranziehung des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB zu begründen ist (so *Lange*, in: *Lange/Schiemann*, Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, § 3 XII 1; *Röckrath*, NStZ 2003, 641 [644]; *Quentin*, Kausalität und deliktische Haftungsbegründung, 1994, S. 178 ff.), spielt im Ergebnis keine Rolle. Ausgangspunkt der analogen Anwendung ist die Annahme, dass § 830 Abs. 1 S. 2 BGB nur die sog. Urheberzweifel erfasse, nicht aber alternative Kausalität (siehe zur Abgrenzung ausführlich *Quentin*, Kausalität und deliktische Haftungsbegründung, 1994, S. 178 ff.).

<sup>84</sup> *Fleischer*, in: MüKo-GmbHG, Bd. 2, 4. Aufl. 2023, § 43 Rn. 1; *Spindler*, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 162.

zum Ersatz der aus schuldhafter Pflichtverletzung kausal entstandenen Schäden verpflichtet.<sup>85</sup> Denkbar ist insbesondere, dass die gegenüber geschädigten Dritten ersatzpflichtige Gesellschaft die Gremienmitglieder in Regress nimmt.

Es stellt sich auch hier das bekannte Kausalitätsproblem: Nur wenn die pflichtwidrig abgegebene Einzelstimme kausal für die Beschlussfolgen ist, beruht der Schaden tatsächlich auf der Pflichtverletzung.<sup>86</sup> Die Haftung eines Gremienmitglieds setzt die Kausalität seiner Stimme voraus.

Im Gegensatz zum Straf- und Deliktsrecht scheint sich hier jedoch eine Lösung über die Wertungen der gesellschaftsrechtlichen Innenhaftung anzubieten: Die pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer und Vorstände haften gem. § 43 Abs. 2 GmbHG bzw. § 93 Abs. 2 AktG solidarisch als Gesamtschuldner.<sup>87</sup> Diese Wertung liefe leer, wenn sich der Einzelne gegenüber der Gesellschaft auf ein Mitverschulden der übrigen Gremienmitglieder berufen könnte.<sup>88</sup> Fleischer folgert daraus, dass er sich auch beim überbedingten Beschluss nicht darauf berufen kann, dass sein pflichtgemäßes Verhalten zur Verhinderung des Schadens nicht erforderlich gewesen wäre. Auf die Einzelkausalität käme es daher nicht an.<sup>89</sup>

Das Argument hat etwas für sich, denn ähnlich wie beim gesperrten Mitverschuldenseinwand scheint der Geschäftsführer auch hier zu versuchen, einen Vorteil aus dem pflichtwidrigen Verhalten seiner Kollegen abzuleiten.

Es sprechen dennoch zwei gewichtige Argumente gegen diese Schlussfolgerung:

Der Mitverschuldenseinwand des Geschäftsführers ist ein Verweis auf die *Mitursächlichkeit* seiner Kollegen, der schon begrifflich nur in grundsätzlicher *Anerkennung* eines eigenen Verursachungsbeitrags erfolgen kann. Der vorliegende Einwand ist aber ein anderer: Der Geschäftsführer verweist hier unter *Abstreitung* eines eigenen Verursachungsbeitrags auf die *Alleinursächlichkeit* der anderen. Es ist ein qualitativ völlig anderer Einwand, über dessen Zulässigkeit der gesperrte Mitverschuldenseinwand keine Schlussfolgerung zulässt.

Darüber hinaus wäre ein solches Vorgehen selbst bei unterstellter Vergleichbarkeit der Einwände fehlerhaft: Die Solidarhaftung begründet eine Haftungsgemeinschaft aller pflichtwidrig handelnden Verursacher. Aber gerade das ist hier ja noch zu klären – gehört der Geschäftsführer überhaupt zur Gemeinschaft der Verursacher? Es ist ein methodischer Fehler, die Zugehörigkeit zur Haftungsgemeinschaft mit einer erst innerhalb dieser geltenden Wertung zu begründen. Eine Prüfung der Einzelkausalität ist deshalb auch in der Innenhaftung nicht entbehrlich.

### 3. Fazit

Auch im Zivilrecht gibt es Versuche, die Kausalitätsfrage über gesellschaftsrechtliche Wertungen oder die deliktische Mittäterschaft zu umgehen. Beide Wege leiden an deutlichen Mängeln. Darüber hinaus bedarf es dieser Konstruktionen auch gar nicht, denn die Kausalität lässt sich mit den unter II. gewonnenen Grundsätzen problemlos begründen.

---

<sup>85</sup> Fleischer, in: MüKo-GmbHG, Bd. 2, 4. Aufl. 2023, § 43 Rn. 214; Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 162.

<sup>86</sup> Fleischer, BB 2004, 2645 (2646).

<sup>87</sup> Fleischer, BB 2004, 2645 (2647); ders., in: MüKo-GmbHG, Bd. 2, 4. Aufl. 2023, § 43 Rn. 268; Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 163.

<sup>88</sup> BGH NJW 1983, 1856; Fleischer, in: MüKo-GmbHG, Bd. 2, 4. Aufl. 2023, § 43 Rn. 260; Spindler, in: MüKo-AktG, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 163.

<sup>89</sup> Fleischer, in: MüKo-GmbHG, Bd. 2, 4. Aufl. 2023, § 43 Rn. 268; ders., BB 2004, 2465 (2467); so auch Paefgen, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, Großkommentar GmbHG Band 2, 3. Aufl. 2020, § 43 Rn. 196.

Die Lehre vom notwendigen Bestandteil einer hinreichenden Mindestbedingung kann das Gremienproblem sowohl im Strafrecht als auch im Gesellschafts- und Deliktsrecht überzeugend lösen.

#### IV. Sonderproblem: Die unterschiedliche Stimmgewichtung

Ein bei aller Literatur zum Gremienproblem erstaunlich wenig behandeltes Problem stellt sich sowohl im Zivil- als auch im Strafrecht, wenn, anders als im Ausgangsfall, nicht gleichberechtigt abgestimmt wird. Den Stimmen der A, B und C wurde jeweils der Wert (1) zugeschrieben. Aber wie sieht es etwa auf Gesellschafterversammlungen aus, bei denen die Stimmen nach nur selten gleichmäßig verteilten Anteilen gewichtet werden?

*Puppe* und *Wright*<sup>90</sup> diskutieren in einem gemeinsamen Artikel einen Fall, in dem die Stimme des X (2) zählt und die Stimme des Y nur (1).<sup>91</sup> Sie sind sich uneinig darüber, ob man nun die Stimme des X aufspalten darf, um eine Mindestbedingung aus (2) zu bilden, die die Stimme des Y enthält. Nur so lässt sich eine Kausalität des Y begründen.

##### 1. Zum Gremienfall

Abstrakt geht es also um die Frage, ob eine von einer Einzelperson gesetzte hinreichende Bedingung aufgespalten werden darf, um die Kausalität anderer, nicht hinreichender Bedingungen zu begründen. Das ist eine interessante Frage, für die eine Gremienentscheidung aber nur ein bedingt taugliches Beispiel ist.

Sie stellt sich nämlich nur dann, wenn die Beschlussfassungsregel eine Aufteilung der Stimme überhaupt zulässt.<sup>92</sup> Muss die Stimme hingegen einheitlich abgegeben werden, lässt sich eine solche Mindestbedingung gar nicht bilden: Die aus einer halben Stimme des X und der Stimme des Y bestehende Mindestbedingung scheint nur bei oberflächlicher Betrachtung eine solche zu sein. Wenn die Gesetze der Beschlussfassung eine einheitliche Stimmabgabe vorschreiben, enthält jede Aussage über einen betrachteten Bruchteil einer Stimme implizit auch eine Aussage über den nicht betrachteten Bruchteil. Eine „Mindest“-Bedingung aus einer halben Ja-Stimme des X und einer Ja-Stimme des Y enthält als zwingende Konsequenz auch eine unausgesprochene Aussage über die nicht betrachtete Halbstimme des X – und damit eine überflüssige Aussage! Sie kann die Kausalität des Y schon deshalb nicht begründen.

Was *Wright* zu dieser Argumentation mit der Beschlussfassungsregel sagen würde, ist nicht ganz eindeutig. Einerseits argumentiert er, dass die Kausalität sich nur nach den Naturgesetzen richte. Menschengemachte, institutionelle Regeln seien in ihrer Geltung von ihrer Anerkennung durch den Einzelnen abhängig. Anders als die unumstößlichen Naturgesetze seien sie deshalb keine Kausalitätsgesetze und für die Kausalitätsbestimmung nicht unmittelbar relevant, sondern nur über ihre Beachtung und Anerkennung als Handlungsgründe für einzelne Menschen in bestimmten Situationen. Es

---

<sup>90</sup> *Wright* vertritt eine im englischsprachigen Raum als „NESS-Test“ (Necessary Element of a Sufficient Set) bekannte, mit *Pupes* Lehre deckungsgleiche Kausalitätslehre.

<sup>91</sup> *Wright/Puppe*, *Chicago Kent Law Review* 2016, 461 (484 f.) und *Wright*, *ZfStw* 11/2022, 610 (619) mit Kommentar von *Puppe*.

<sup>92</sup> Eine uneinheitliche Ausübung der einem Gesellschafter aus seinem Geschäftsanteil zustehenden Stimmrechte wird von Rechtsprechung und Literatur zum deutschen Gesellschaftsrecht weitgehend für unzulässig gehalten, siehe etwa BGH NJW 1988, 1844 (1845); BGH, Urt. v. 17.9.1964 – II ZR 136/62; *Drescher*, in: *MüKo-GmbHG*, Bd. 2, 4. Aufl. 2023, § 47 Rn. 41; *Römermann*, in: *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, Kommentar*, Bd. 2, 4. Aufl. 2023, § 47 Rn. 461 ff.

handele sich dabei um eine Form der sog. mentalen Verursachung.<sup>93</sup> Die Beschlussfassungsregel dürfte in seiner Kausalitätsprüfung daher keine Berücksichtigung finden.

Dass er sich in diesem Fall für die Aufspaltung der Stimme des X ausspricht, scheint deshalb nicht ganz konsequent: Eine Aufspaltung der Stimme des X in zwei Teile entspricht in keiner Weise dem korrespondierenden Deliberationsprozess und Handlungsentschluss des X, einheitlich abzustimmen. Dementsprechend steht der Lösungsweg einer Aufspaltung des Stimmenblocks des X *Wright* eigentlich nicht offen, weil dieser Aufspaltung kein Substrat in der Psyche des X entspricht. Der Anschein der Teilbarkeit rührt nur daher, dass die Beschlussfassungsregel diesem einheitlichen Vorgang ein quantifizierbares Stimmgewicht zuschreibt. Es handelt sich dabei jedoch um eine bloße Fiktion, die *Wright* eigentlich gar nicht berücksichtigen dürfte.

## 2. Zu sonstigen Sachverhalten

Von diesen Gremienfällen abgesehen ist aber eine Vielzahl von Fällen denkbar, in denen sich die Frage nach der Aufteilbarkeit hinreichender Bedingungen stellen kann. Kausale Überbedingung kann sich aus einem Überschuss jeder quantifizierbaren Einheit ergeben: Mehr Gift als tödlich, mehr Wasser als für die Überschwemmung erforderlich, mehr Lärmquellen als zum Aufschrecken einer Tierherde erforderlich.<sup>94</sup>

Das Problem liegt darin, dass jeder quantitativ auch noch so geringe Beitrag schon dadurch kausal wird, dass ein hinreichendes Quantum aus anderer Hand gesetzt wurde. Verstirbt ein Opfer infolge einer Überdosis Heroin, so führt die Verabreichung der tödlichen Dosis X durch einen Einzelnen auch zur Kausalität aller anderen, die auch nur kleinsten denkbaren Bruchteil von X beigesteuert haben.<sup>95</sup> Naturwissenschaftlich betrachtet ist es keineswegs zwingend, dass stets das eine hinreichende Quantum das geringere Quantum „überholt“ und so von der Ursächlichkeit ausschließt (sog. abgebrochene/überholende Kausalität). Wenn sich etwa zwei Wassermengen vereinigen, von denen die eine bereits hinreichend ist, einen Damm zum Bersten zu bringen, verhindert das nicht die Mitursächlichkeit der hinzufließenden zweiten Wassermenge – die Mengen lassen sich auch gar nicht mehr trennen.<sup>96</sup>

Grundsätzlich geht es hier also nur um die Art und Weise einer sowohl von *Wright* als auch *Puppe* als notwendig erkannten normativen Korrektur dieser Ergebnisse. Während *Puppe* ein Aufspaltungsverbot für aus einer einzigen Hand stammende hinreichende Bedingungen schon auf Kausalitätsebene vertritt, befürwortet *Wright* einen Ausschluss „trivialer Tatbeiträge“ in einer nachgeordneten Zurechnungsebene. *Wright* schreibt vor allem zum Deliktsrecht – und für das Zivilrecht ist die Trivialität auch prinzipiell kein ungeeignetes Kriterium. Ihre Leistung beschränkt sich aber darauf, überhaupt eine Wertungsebene zu eröffnen. Eine nennenswerte Präzisierung der dahinterstehenden Gerechtigkeitserwägung leistet sie hingegen nicht. Ein Tatbeitrag wird sich letztlich immer dann als trivial darstellen, wenn die Zurechnung des Erfolges unbillig erscheint. Für das Strafrecht wäre die

---

<sup>93</sup> *Wright*, ZfStw 11/2022, 610 (618 f.) mit Kommentar von *Puppe*. *Wright* ist der Auffassung, dass mentale Prozesse letztendlich auf physikalische Prozesse rückführbar seien – ein Sonderproblem, das hier nicht näher diskutiert werden kann.

<sup>94</sup> Für eine anschauliche Sammlung solcher, meist US-amerikanischer Sachverhalte siehe *Grosse-Wilde*, in: Aichele/Renzikowski/Rostalski, Normentheorie, Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik, 2022, S. 166 f.

<sup>95</sup> Mit den üblichen Kriterien objektiver Zurechnung lassen sich solche Fälle nicht in den Griff kriegen: Bei verbotenen Substanzen gibt es kein erlaubtes Risiko, so gering die Menge auch sein mag, siehe *Grosse-Wilde*, in: Aichele/Renzikowski/Rostalski, Normentheorie, Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik, 2022, S. 173 f.

<sup>96</sup> Siehe dazu *Grosse-Wilde*, in: Aichele/Renzikowski/Rostalski, Normentheorie, Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik, 2022, S. 167.

„Trivialität“ deshalb ein gefährlich schwammiges Kriterium. Ob der Täter wegen Vollendung oder Versuchs zu bestrafen ist bzw. wegen eines Fahrlässigkeitsdelikts zu bestrafen oder ganz freizusprechen ist, sollte nicht durch einen richterlichen Wertungsakt entschieden werden.

Ich halte *Puppes* Aufspaltungsverbot schon deshalb für überzeugender. Gerade im Strafrecht bedarf es auch bei normativen Kriterien klarer Grenzen. Genau das leistet das Aufspaltungsverbot. Es lassen sich wohl auch hier Sachverhalte bilden, die zu hinterfragbaren Ergebnissen führen: Soll die Strafbarkeit des 0,8 der tödlichen Dosis X verabreichenden Täters wirklich davon abhängen, ob jemand anders neben ihm nun 1 X oder 0,9 X verabreicht hat? Im ersten Fall wäre sein Verhalten nicht kausal, im zweiten hingegen schon.

Mit gleicher Berechtigung lässt sich aber auch hinterfragen, ob denn ein Kind an seinem 14. Geburtstag plötzlich so viel schulfähiger ist als am Vortag. Die Frage ist berechtigt, ändert aber nichts an der grundlegenden Notwendigkeit einer eindeutigen Regelung – diesen „Schmerz der Grenze“ müssen Juristen aushalten.

### 3. Fazit

Bei ungleichem Stimmgewicht stellt sich die Frage nach einer normativen Korrektur des Ergebnisses nur dann, wenn die Beschlussfassungsregel eine Aufspaltung der Stimmen überhaupt zulässt. Sofern das der Fall ist, bietet sich *Wrights* Ausscheidung „trivialer“ Stimmanteile im Zivilrecht zwar an, sollte aber zumindest im Strafrecht vermieden werden. Die im Zivilrecht wünschenswerte und im Strafrecht sogar notwendige Klarheit lässt sich nur durch *Puppes* Aufspaltungsverbot erreichen. Es ist deshalb der überzeugendere Weg einer normativen Korrektur.

# Das Inquisitionsverfahren als zeitgenössische Errungenschaft – Teil 1\*

Stud. iur. Louisa Voigt, Münster\*\*

<b>I. Einleitung .....</b>	<b>1234</b>
<b>II. Entstehungsgeschichte des Inquisitionsverfahrens .....</b>	<b>1235</b>
1. Ursprünge im kirchlichen Recht.....	1235
2. Herausbildung im weltlichen Recht Italiens.....	1237
3. Verankerung des Inquisitionsverfahrens in Deutschland durch die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. im Jahre 1532.....	1237
a) Ausgangsbedingungen und Entstehungsgeschichte .....	1238
b) Inhalt und Anwendungsbereich.....	1240
c) Bedeutung und Fortwirkung.....	1240
<b>III. Charakteristika des Inquisitionsverfahrens .....</b>	<b>1241</b>
1. Officialprinzip .....	1242
2. Instruktionsmaxime und Prinzip der materiellen Wahrheit .....	1243
3. General- und Spezialinquisition.....	1244
4. Verteidigung .....	1246
5. Urteil .....	1247

## I. Einleitung

Der Begriff „Inquisitionsverfahren“ ruft unmittelbar negative Assoziationen hervor und wird als eines der dunkelsten Kapitel der Rechtsgeschichte wahrgenommen. Das Inquisitionsverfahren scheint unweigerlich mit Vorstellungen von Folter, schrecklichen Hinrichtungsarten, Hexenprozessen und verfahrensrechtlicher Willkür verbunden zu sein.<sup>1</sup> Zwar stellte insbesondere die Folter lange Zeit einen wesentlichen und praktisch bedeutsamen Bestandteil des Inquisitionsverfahrens dar, jedoch war sie nicht zwingend mit ihm verbunden.<sup>2</sup>

Zunächst handelt es sich beim Inquisitionsverfahren um nichts anderes als eine bestimmte Art

\* Teil 2 folgt in Ausgabe 1/2024.

\*\* Louisa Voigt ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Universität Münster und als Stud. Hilfskraft in einer Wirtschaftskanzlei in Münster beschäftigt. Der Beitrag ist im Rahmen einer Seminararbeit in dem Seminar „Strafprozessrecht“ von Prof. Dr. Michael Heghmanns und Prof. Dr. Jörg Arnold entstanden. Besonderer Dank gilt Prof. Dr. Michael Heghmanns und Julius Schewe für hilfreiche Anmerkungen und die hervorragende Betreuung.

<sup>1</sup> So auch Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 16; Koch, Denunciatio, Zur Geschichte eines strafprozessualen Rechtsinstituts, 2006, S. 38; ders., in: FS Rüping, 2008, S. 393; Sellert, in: FS Scupin, 1973, S. 161.

<sup>2</sup> Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 16.

des Strafverfahrens.<sup>3</sup> Der Begriff lässt sich von dem lateinischen Wort „inquisitio“ (Untersuchung, Erforschung<sup>4</sup>) ableiten und bezeichnet ein von Amts wegen betriebenes Strafverfahren, das auf die Erforschung der materiellen Wahrheit abzielt.<sup>5</sup> Mithin zeichnete es sich durch die Pflicht der Obrigkeit aus, das gesamte Strafverfahren von Amts wegen durchzuführen (Offizialprinzip) und das Verbrechen durch die amtliche Erforschung der materiellen Wahrheit aufzuklären (Instruktionsmaxime). Diese „zwei Elemente machen also in ihrer Verbindung miteinander das Wesen des Inquisitionsprozesses aus“.<sup>6</sup>

Das Inquisitionsverfahren hat seine Ursprünge im kirchlichen Recht während des 13. Jahrhunderts<sup>7</sup> und wurde über einen sehr langen Zeitraum als dominierendes Strafverfahren bis zu seiner Ablösung durch den reformierten Strafprozess im 19. Jahrhundert<sup>8</sup> praktiziert. Das Verständnis des Inquisitionsverfahrens als elementarer Bestandteil der Geschichte des Strafprozessrechts ist für das Verständnis des heutigen Strafverfahrens unerlässlich.

## II. Entstehungsgeschichte des Inquisitionsverfahrens

Das Inquisitionsverfahren hat sich im Laufe der Jahrhunderte in einem sehr komplexen und vielschichtigen Entwicklungsprozess neben dem ursprünglich geltenden Anklageverfahren des germanischen Rechts entwickelt und dieses letztendlich abgelöst.<sup>9</sup> Es hat seine Ursprünge im kirchlichen Recht, bildete sich im Verlauf des 13. Jahrhunderts im weltlichen Recht Italiens heraus und verbreitete sich von dort aus in Europa. In Deutschland wurde das Inquisitionsverfahren vor allem durch die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. aus dem Jahre 1532 verankert.<sup>10</sup>

### 1. Ursprünge im kirchlichen Recht

Die Ursprünge des Inquisitionsverfahrens liegen im kirchlichen Recht zur Zeit des Papstes Innozenz III. (Pontifikat 1198–1216) und der von diesem betriebenen Kirchenreform zu Beginn des 13. Jahrhunderts.<sup>11</sup> Das kirchliche Strafrecht war ein Disziplinarrecht, das zur Ahndung von Amtsverfehlungen Geistlicher angewandt wurde. Als Strafen waren die Enthebung vom Amt, Bußauflagen und die Einweisung in eine Klosterhaft vorgesehen. Bei schwersten Delikten (z.B. Mord) konnte der klerikale Status vollständig entzogen werden.<sup>12</sup>

In dem bis dato üblichen Anklageverfahren war grundsätzlich eine private Anklage (*accusatio*) des Geschädigten für die Einleitung eines Strafprozesses notwendig.<sup>13</sup> Dies führte jedoch dazu, dass bei hochstehenden Klerikern aufgrund ihrer Machtposition und der Kollegialität zwischen den Geistlichen häufig niemand Anklage erhob und somit das kirchliche Strafrecht nur unzulängliche Möglich-

---

<sup>3</sup> Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 16.

<sup>4</sup> Eigene Übersetzung.

<sup>5</sup> Koch, in: FS Rüping, 2008, S. 393 (394).

<sup>6</sup> Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 70.

<sup>7</sup> Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 17; Koch, Denunciatio, Zur Geschichte eines strafprozessualen Rechtsinstituts, 2006, S. 37.

<sup>8</sup> Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 20.

<sup>9</sup> Küper, Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967, S. 107.

<sup>10</sup> Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 17.

<sup>11</sup> Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 47; Koch, Denunciatio, Zur Geschichte eines strafprozessualen Rechtsinstituts, 2006, S. 37; Oehler, in: GS Kaufmann, 1986, S. 847 (849).

<sup>12</sup> Trusen, ZRG KA 74 (1988), 168 (229 f.).

<sup>13</sup> Rüping/Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011, Rn. 33.

keiten bot, Amtsverfehlungen dieses Personenkreises zu verfolgen.<sup>14</sup> Darüber hinaus drohten dem Kläger selbst Sanktionen, wenn er den Beklagten nicht überführen konnte. Somit konnte auch bei schweren Verbrechen selten ein Kläger gefunden werden, der sich den Risiken des Anklageprozesses aussetzen wollte.<sup>15</sup>

Wurde also aufgrund der hohen Hindernisse, die das Akkusationsverfahren mit sich brachte, keine private Anklage erhoben, konnte von Amts wegen (*ex officio*) ein Infamationsverfahren geführt werden, sofern ein weit verbreitetes Gerücht (*mala fama* oder *infamatio*) über ein Vergehen eines Geistlichen bei ehrenwerten Personen entstanden war. Nach Bekanntwerden der *mala fama* wurde dann *ex officio* die Existenz und Glaubwürdigkeit des verbreiteten Gerüchts untersucht. Sofern von Amts wegen ein weit verbreitetes Gerücht festgestellt werden konnte, eröffnete das Institut des Reinigungseides dem Beschuldigten die Möglichkeit, sich von den Vorwürfen zu befreien, indem er mit einer abhängig von der Schwere des Vorwurfs vom Richter festzusetzenden Anzahl von Eideshelfern die Unwahrheit der Vorwürfe und seine Unschuld beschwor.<sup>16</sup>

Papst Innozenz III. erkannte jedoch, dass der schnelle Gebrauch des Reinigungseides die Beschuldigten dazu verführte, häufig trotz Richtigkeit der Vorwürfe einen Eid zu schwören. Daher sah er sich gezwungen, den Reinigungseid einzuschränken, und verkündete am 26. Februar 1206 in seiner berühmten Dekretale<sup>17</sup> *Qualiter et Quando* das Inquisitionsverfahren.<sup>18</sup> Zugleich veränderte Innozenz III. das Infamationsverfahren dahingehend, dass nach Feststellung der *mala fama* im Wege der *inquisitio famae* der Beschuldigte nicht mehr direkt einen Reinigungseid ablegen durfte. Stattdessen sollte im Anschluss an die *inquisitio famae* von Amts wegen die materielle Wahrheit durch eine *inquisitio veritatis* (Untersuchung der Wahrheit<sup>19</sup>) erforscht werden. Damit war der Reinigungseid nur noch möglich, wenn kein voller materieller Beweis erbracht werden konnte, aber ein begründeter Verdacht bestehen blieb.<sup>20</sup> Mithin gliederte sich das kirchliche Inquisitionsverfahren von nun an in zwei Verfahrensabschnitte, die *inquisitio famae* und die *inquisitio veritatis*. Der Reinigungseid behielt lediglich eine subsidiäre Funktion.

Im Jahr 1212 präziserte Papst Innozenz III. das Inquisitionsverfahren weiter.<sup>21</sup> Die Einsetzung einer Inquisition setzte nun das Vorliegen einer *infamia*, d.h. eines öffentlich verbreiteten Gerüchts voraus und durfte nur noch hinsichtlich der Tatsachen, die dem Beschuldigten vorgeworfen wurden, eingesetzt werden. Ferner waren dem Beschuldigten diejenigen Punkte (*capitula*) mitzuteilen, durch

---

<sup>14</sup> Biener, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, Neudruck 1965 der Ausgabe 1827, S. 40 f.; *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011, Rn. 33; *Koch*, Denunciatio, Zur Geschichte eines strafprozessualen Rechtsinstituts, 2006, S. 40; *Krey*, in: Cordes u.a., Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 2005, Bd. 2, Sp. 1236 (1243).

<sup>15</sup> Biener, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, Neudruck 1965 der Ausgabe 1827, S. 41; *Jerouschek*, ZStW 104 (1992), 328 (335).

<sup>16</sup> Biener, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, Neudruck 1965 der Ausgabe 1827, S. 21; *Trusen*, ZRG KA 74 (1988), 168 (184); *ders.*, in: Segl, Die Anfänge der Inquisition im Mittelalter, 1993, S. 39 (40 f.).

<sup>17</sup> Eine Dekretale ist eine schriftliche Anordnung des Papstes und konnte zum Zwecke der Beantwortung spezifischer kirchenrechtlicher Einzelfragen oder der Einführung neuer Regelungen auf dem Gebiet des Kirchenrechts erlassen werden. Dekretalen waren somit ein wichtiges Instrument päpstlicher Rechtsetzung und hatten normative Bedeutung für die kirchenrechtliche Rechtspraxis; vgl. *Schlinker*, Rechtsgeschichte, 2021, § 16 Rn. 4.

<sup>18</sup> *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 48 f.; *Trusen*, in: Segl, Die Anfänge der Inquisition im Mittelalter, 1993, S. 39 (44 f.).

<sup>19</sup> Eigene Übersetzung.

<sup>20</sup> *Schlinker*, Rechtsgeschichte, 2021, § 23 Rn. 11; *Trusen*, ZRG KA 74 (1988), 168 (208); *ders.*, in: Segl, Die Anfänge der Inquisition im Mittelalter, 1993, S. 39 (46).

<sup>21</sup> *Trusen*, ZRG KA 74 (1988), 168 (209).

die das Gerücht entstanden war und über die inquiriert werden sollte. Außerdem war er über Namen und Aussagen der ihn belastenden Zeugen zu informieren, gegen die er sich auch verteidigen durfte.<sup>22</sup>

Im Jahre 1215 wurde der Inquisitionsprozess schließlich auf dem vierten Laterankonzil durch Papst Innozenz III. im Kirchenrecht verankert.<sup>23</sup>

## 2. Herausbildung im weltlichen Recht Italiens

Im Verlauf des 13. Jahrhunderts gelangte der kanonische Inquisitionsprozess in das weltliche Recht Italiens und Siziliens und wurde dort durch die italienische Rechtswissenschaft aufgenommen und fortgebildet.<sup>24</sup>

Eine entscheidende Rolle spielte dabei der deutsche Kaiser (und zugleich König von Sizilien) Friedrich II. (1194–1250), der durch den Erlass der Konstitutionen von Melfi im Jahr 1231 die inquisitorische Strafverfolgung im Kriminalrecht Siziliens ermöglichte.<sup>25</sup> Die Konstitutionen von Melfi gelten als erste Regelung des inquisitorischen Officialverfahrens im weltlichen Recht und verankerten neben dem Akkusationsverfahren das in besonderen Fällen von Amts wegen durchzuführende Inquisitionsverfahren, welches Friedrich II. zur Verfolgung politischer Gegner dienen sollte.<sup>26</sup> Friedrich II. ließ sich dabei von dem Juristen Roffredus Epiphanius beraten, der das Inquisitionsverfahren als im römischen Recht begründet und daher in der weltlichen Gerichtsbarkeit als anwendbar angesehen hat.<sup>27</sup> Diese Auffassung stellte er in einem großen Werk<sup>28</sup> zusammen und stützte sie darauf, dass das Corpus iuris civilis<sup>29</sup> dem Kriminalrichter erlaubte, in gewissen Fällen ohne Ankläger von Amts wegen zu untersuchen und zu bestrafen. Zudem enthielt das C.I.C. die Anordnung, nach der Wahrheit der Sache zu forschen („in rei veritatem inquirere“).<sup>30</sup> Die Auffassung des Roffredus Epiphanius wurde in der Folgezeit von einigen anderen Legisten und Kanonisten übernommen und bildete die Grundlage für die Etablierung des Inquisitionsprozesses im weltlichen Bereich.<sup>31</sup>

## 3. Verankerung des Inquisitionsverfahrens in Deutschland durch die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. im Jahre 1532

In Deutschland löste das Inquisitionsverfahren seit dem Hochmittelalter das tradierte, bis in die ger-

---

<sup>22</sup> Biener, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, Neudruck 1965 der Ausgabe 1827, S. 49 f.

<sup>23</sup> Jerouschek, ZStW 104 (1992), 328 (334); Trusen, ZRG KA 74 (1988), 168 (214); v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, Neudruck 1971 der Ausgabe 1925, S. 87.

<sup>24</sup> Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 49 f.; Schmitt, Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess, 1992, S. 119; v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, Neudruck 1971 der Ausgabe 1925, S. 89.

<sup>25</sup> Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 50; Rüping/Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011, Rn. 43; Krey, in: Cordes u.a., Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 2005, Bd. 2, Sp. 1236 (1244).

<sup>26</sup> Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 50.

<sup>27</sup> Trusen, in: Segl, Die Anfänge der Inquisition im Mittelalter, 1993, S. 39 (48).

<sup>28</sup> Die Schrift wurde wahrscheinlich 1237 mit dem Titel „Libellus super iure pontificio“ verfasst. Hier wird Bezug auf den Druck von 1591 genommen, vgl. Trusen, ZRG KA 79 (1988), 168 (220 ff.).

<sup>29</sup> Das Corpus iuris civilis (C.I.C.) ist eine umfassende Rechtsaufzeichnung durch Kaiser Justinian aus den Jahren 528–529 n. Chr. und enthält eine Zusammenfassung des römischen Rechts aus mehreren Jahrhunderten; zudem gilt es als hauptsächlicher Vermittler des römischen Rechts, vgl. Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl. 2018, Rn. 175 ff.

<sup>30</sup> Biener, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, Neudruck 1965 der Ausgabe 1827, S. 11, 14; Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 50.

<sup>31</sup> Trusen, in: Segl, Die Anfänge der Inquisition im Mittelalter, 1993, S. 39 (48).

manische Zeit zurückreichende Strafverfahren ab. Verankert wurde es vor allem durch die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. aus dem Jahre 1532,<sup>32</sup> der *Constitutio Criminalis Carolina*.<sup>33</sup>

### a) Ausgangsbedingungen und Entstehungsgeschichte

Das Heilige Römische Reich Deutscher Nation<sup>34</sup> war kein klassischer Nationalstaat, sondern setzte sich aus verschiedenen, weitgehend selbstständigen Territorien zusammen, die durch sog. Partikulargesetze eigenes Recht setzen konnten; die zahlreichen Rechtssysteme variierten von Region zu Region.<sup>35</sup> Dementsprechend existierte auch auf dem Gebiet der Strafrechtspflege eine Vielzahl uneinheitlicher Regelungen, was eine einheitliche und zentrale Verbrechensbekämpfung unmöglich machte.<sup>36</sup> Zudem war im Spätmittelalter ein deutlicher Anstieg der Massenkriminalität zu beobachten, deren Bekämpfung durch das Fehlen einer einheitlichen Strafverfolgung behindert wurde.<sup>37</sup> Zugleich konnte die Obrigkeit, ohne an jegliche Regeln gebunden zu sein, gegen die „landschädlichen Leute“ vorgehen und nach reinen Zweckmäßigkeitserwägungen handeln.<sup>38</sup> Infolge der Rechtszersplitterung bildeten sich im Strafprozessrecht unterschiedliche Anwendungspraktiken heraus, die dazu führten, dass die Strafrechtspflege von richterlicher Willkür beherrscht wurde und zunehmend außer Kontrolle geriet.<sup>39</sup> Außerdem wurde der deutsche Strafprozess von dem Grundsatz „Wo kein Kläger ist, ist auch kein Richter“ beherrscht. Im Bereich des Beweisrechts sah er den Reinigungseid, Zweikampf und Gottesurteile als formale Beweismittel vor, wodurch sich die Strafverfolgung in Verbindung mit dem Kriminalitätsanstieg als oft wirkungslos erwies.<sup>40</sup>

Angesichts dieser Missstände entwickelten sich Ende des 15. Jahrhunderts und Anfang des 16. Jahrhunderts Bestrebungen nach Rechtseinheit und einer Reform der Strafrechtspflege.<sup>41</sup> Nachdem sich 1496/1497 das im Jahre 1495 neu errichtete Reichskammergericht an den Reichstag zu Lindau gewandt und die Verurteilung von Unschuldigen durch die Obrigkeiten beklagt hatte („Leute unverschuldet on Recht vnd redlich Ursach zum tode verurteilen und richten lassen“<sup>42</sup>), wurde auf dem Freiburger Reichstag von 1498 der Beschluss gefasst, „ein gemein reformation und ordnung in dem Reich für zu nehmen, wie man in criminalibus procedieren solle“<sup>43</sup> und somit der Anstoß für die Reform des Strafverfahrens von Reichs wegen gegeben.<sup>44</sup> Dieses Eckdatum sei, so *Rüping/Jerouschek*, „die Geburts-

---

<sup>32</sup> *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 17; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 45 Rn. 42.

<sup>33</sup> Nachfolgend auch „Carolina“ oder „CCC“ genannt. Alle nachfolgenden Zitate und Verweise aus der Carolina stammen aus der Textausgabe von *Radbruch*, in: Kaufmann, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 5. Aufl. 1980.

<sup>34</sup> Das Heilige Römische Reich Deutscher Nation entstand 962 und endete am 6.8.1806 mit der Niederlegung der Kaiserkrone durch Kaiser Franz II; vgl. *Groh*, in: Weber, Rechtswörterbuch, 30. Ed. 2023.

<sup>35</sup> *Bechtel*, ZJS 2017, 641; *Heghmanns*, Strafverfahren, 2014, Rn. 16.

<sup>36</sup> *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, 1989, S. 191.

<sup>37</sup> *Ambos*, Jura 2008, 586 (589); *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, 1989, S. 191.

<sup>38</sup> *Eb. Schmidt*, ZRG GA 83 (1966), 239 f.

<sup>39</sup> *Hirte*, JA 2009, 606 (610); *Peters*, Strafprozeß, 4. Aufl. 1985, S. 60.

<sup>40</sup> *Laufs*, Rechtsentwicklungen in Deutschland, 6. Aufl. 2006, S. 136; *F.-C. Schroeder*, in: F.-C. Schroeder, Die Carolina, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532, 1986, S. 305 (310).

<sup>41</sup> *Eb. Schmidt*, ZRG GA 83 (1966), 239 (241).

<sup>42</sup> Zitiert nach *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011, Rn. 94.

<sup>43</sup> Zitiert nach *Vogt*, ZRG GA 68 (1951), 234 (236).

<sup>44</sup> *Jerouschek*, in: Hilgendorf/Weitzel, Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, 2007, S. 79 (91); *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011, Rn. 94; *Eb. Schmidt*, ZRG GA 83 (1966), 239 (243); *Vogt*, ZRG GA 68 (1951), 234 (236).

stunde der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532“.<sup>45</sup>

Mit der Wormser Reformation von 1498 wurden im Strafprozessrecht erstmalig Regeln aufgestellt. Diese Gesetzessammlung normierte den Akkusations- und den Inquisitionsprozess und unterschied im Rahmen der Einführung ausführlicher Bestimmungen über die Beweisführung zwischen Indizien, die die Anwendung der Folter rechtfertigten, und Beweisen, die zur Verurteilung notwendig waren. Darüber hinaus enthielt die Wormser Reformation weitergehende Vorschriften zu den Voraussetzungen, der Art und dem Ausmaß der Folteranwendung.<sup>46</sup> Insgesamt sollte die Wormser Reformation als „erste Frucht der Reformbestrebungen“ dem grenzenlosen richterlichen Ermessen und der willkürlichen Strafverfolgung entgegenwirken.<sup>47</sup>

Auf die Wormser Reformation folgten die Maximilianischen Halsgerichtsordnungen. Diese umfassten die Tiroler Malefizordnung von 1499 und die Radolfzeller Halsgerichtsordnung von 1506.<sup>48</sup> Die Maximilianischen Halsgerichtsordnungen enthielten keine Regelungen zum endlichen Rechtstag und verzichteten allgemein auf detaillierte Bestimmungen über das Inquisitionsverfahren. Ferner beinhalteten die Halsgerichtsordnungen keine Vorschriften zur Folteranwendung sowie keine Beschreibung der Voraussetzungen, bei deren Vorliegen ein Beschuldigter festgenommen werden durfte. Stattdessen blieb es bei einem ungebundenen Ermessen der Gerichtsobrigkeiten.<sup>49</sup> Daraus wird deutlich, dass damals die in dem uferlosen Ermessen der amtlichen Organe bestehende Problematik des Inquisitionsverfahrens noch nicht hinreichend erkannt wurde und somit die Maximilianischen Halsgerichtsordnungen als „Abbild des form- und gestaltlosen Inquisitionsprozesses, wie er sich seit dem 13. Jahrhundert entwickelt hat“ anzusehen sind.<sup>50</sup>

Im Jahr 1507 wurde schließlich die *Constitutio Criminalis Bambergensis*<sup>51</sup> als Werk des bambergerischen Hofrichters Freiherr Johann von Schwarzenberg (1465–1528) erlassen.<sup>52</sup> Schwarzenberg bediente sich aufgrund fehlender Kenntnisse der lateinischen Sprache bei der Schaffung der CCB der Hilfe juristischer Berater.<sup>53</sup> Die *Bambergensis* hat den inquisitorischen Prozess als Prozessform anerkannt und die Verankerung des Inquisitionsverfahrens in Deutschland erheblich beeinflusst.<sup>54</sup> Zudem war sie zwar ein Landesgesetz, das ursprünglich lediglich in dem Fürstbistum Bamberg Geltung beanspruchte, jedoch in der Folgezeit auch in vielen Teilen Deutschlands als Vorlage verwendet wurde, wie z.B. in den brandenburgischen Fürstentümern Ansbach und Bayreuth im Rahmen der Brandenburgischen Halsgerichtsordnung (*Constitutio Criminalis Brandenburgica*) von 1516. Darüber hinaus wurde 1521 ein Ausschuss eingesetzt, der sich mit der auf dem Freiburger Reichstag im Jahre 1498 beschlossenen Strafrechtsreform zu befassen hatte und schließlich am 21.4.1521 dem Wormser

<sup>45</sup> So eingehend *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011, Rn. 94.

<sup>46</sup> *Kleinheyder*, in: Landau/F.-C. Schroeder, Strafrecht, Strafprozess und Rezeption, 1984, S. 7 (15); *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, §§ 106 f.; *ders.*, ZRG GA 83 (1966), 239 (242).

<sup>47</sup> *Eb. Schmidt*, ZRG GA 83 (1966), 239 (242).

<sup>48</sup> *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 82.

<sup>49</sup> *Kleinheyder*, in: Landau/F.-C. Schroeder, Strafrecht, Strafprozess und Rezeption, 1984, S. 7 (15); *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 83; *ders.*, Die Maximilianischen Halsgerichtsordnungen für Tirol (1499) und Radolfzell (1506) als Zeugnisse mittelalterlicher Strafrechtspflege, 1949, S. 74; *Eb. Schmidt*, ZRG GA 83 (1966), 239 (243).

<sup>50</sup> Ebenso *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, §§ 83 f.

<sup>51</sup> Nachfolgend auch CCB oder *Bambergensis* genannt.

<sup>52</sup> *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, 1989, S. 197.

<sup>53</sup> *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 45; *Laufs*, Rechtsentwicklungen in Deutschland, 6. Aufl. 2006, S. 137.

<sup>54</sup> *Biener*, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, Neudruck 1965 der Ausgabe 1827, S. 149.

Reichstag einen Entwurf vorlegte, der im Wesentlichen mit den Regelungen der CCB übereinstimmte.<sup>55</sup> Insgesamt diene die CCB als entscheidende Vorlage für die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. aus dem Jahre 1532, die *Constitutio Criminalis Carolina*, und gilt daher sogar als die „Mutter der Carolina“ (*mater carolinae*).<sup>56</sup> Mithin war die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. das schlussendliche Ergebnis einer Reform der Strafrechtspflege, die 1498 auf dem Freiburger Reichstag eingeleitet wurde.<sup>57</sup>

## b) Inhalt und Anwendungsbereich

Die CCC gliederte sich in zwei Teile und enthielt Bestimmungen sowohl zum materiellen Strafrecht als auch zum Strafprozessrecht. Die Vorschriften zum Strafverfahren finden sich in den Art. 1 bis 103 sowie 181 bis 219, während die Regelungen zum materiellen Strafrecht in den Art. 104 bis 180 verankert sind.<sup>58</sup> Einleitend nennt die Carolina in einer Vorrede die einzelnen Territorien, die seinerzeit dem Machtbereich Kaiser Karls V. angehörten, und legt die Notwendigkeit des Gesetzes dar. Zudem bemängelt die Vorrede die bisherige Besetzung der peinlichen Gerichte mit ungelerten, unerfahrenen und ungeübten Richtern sowie die vielerorts wider Recht und Vernunft gehandhabte Rechtsprechung, die Folterung und Tötung Unschuldiger.<sup>59</sup> Deswegen habe der Kaiser eine Zusammenfassung gegeben, wie und in welcher Gestalt künftig in Strafsachen verfahren werden solle.<sup>60</sup>

Der Anwendungsbereich der Carolina erstreckte sich auf peinliche Strafsachen, also auf Straftaten, die Leib, Leben und Ehre betrafen und mit Schmerzen (Pein) verursachenden, körperlichen Strafen geahndet wurden.<sup>61</sup>

## c) Bedeutung und Fortwirkung

Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. verhalf dem Inquisitionsprozess in Deutschland zum Durchbruch und ermöglichte seine endgültige Durchsetzung in der weltlichen Gerichtsbarkeit.<sup>62</sup> Zwar hatte sich der Inquisitionsprozess schon vor Erlass der Carolina in Deutschland etabliert, jedoch mangelte es an festen Regeln, sodass der formlose Inquisitionsprozess erst durch die Carolina seine

---

<sup>55</sup> Lieberwirth, in: Cordes u.a., Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 2005, Bd. 1, Sp. 885; Sellert/Rüping, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, 1989, S. 198; Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 114; Schoetensack, Der Strafprozess der Carolina, 1904, S. 4; v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, Neudruck 1971 der Ausgabe 1925, S. 172.

<sup>56</sup> Jerouschek, in: Hilgendorf/Weitzel, Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, 2007, S. 79 (93); Lieberwirth, in: Cordes u.a., Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 2005, Bd. 1, Sp. 886; Weber, ZRG GA 77 (1960), 288 (290).

<sup>57</sup> Eb. Schmidt, Die Maximilianischen Halsgerichtsordnungen für Tirol (1499) und Radolfzell (1506) als Zeugnisse mittelalterlicher Strafrechtspflege, 1949, S. 63.

<sup>58</sup> Peters, Strafprozeß, 4. Aufl. 1985, S. 61.

<sup>59</sup> Eigene neudeutsche Übersetzung; vgl. die Vorrede der CCC: „imm Römischen Reich teutscher Nation, altem gebrauch vnnd herkommen nach, die meynsten peinlich gericht mit personen, die vnser Keyserliche recht nit gelert, erfarn, oder übung haben, besetzt werden, Vnnd daß aus dem selben an viel orten offer mals wider recht vnd gute vernunft gehandelt vnnd [...] die vnschuldigen gepeinigt vnd getödt [...] werden“, zitiert nach Radbruch, in: Kaufmann, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 5. Aufl. 1980, S. 29.

<sup>60</sup> Eigene neudeutsche Übersetzung; vgl. die Vorrede der CCC: „[...] wie vnd welcher gestalt inn peinlichen sachen, vnd rechtfertigungen, dem rechten vnd billicheynt am gemeßten gehandelt werden mag [...]“, zitiert nach Radbruch, in: Kaufmann, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 5. Aufl. 1980, S. 30.

<sup>61</sup> Kleinheyer, in: Landau/F.-C. Schroeder, Strafrecht, Strafprozess und Rezeption, 1984, S. 7 (9); Peters, Strafprozeß, 4. Aufl. 1985, S. 62.

<sup>62</sup> Heghmanns, Strafverfahren, 2014, Rn. 16; Peters, Strafprozeß, 4. Aufl. 1985, S. 62.

notwendige Ordnung erlangte.<sup>63</sup> Die CCC hatte – so die berühmte Wendung von *Eb. Schmidt* – „in den wild und formlos gewachsenen Inquisitionsprozeß Form und Gestalt, Regelung und Ordnung zu bringen gesucht“.<sup>64</sup> Grundsätzlich verfolgte sie das Ziel, inmitten der zersplitterten Rechtssysteme des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation eine einheitliche Linie für die Strafrechtspflege zu schaffen. Sie erhob keinen Anspruch auf inhaltliche Vollständigkeit, sondern wollte lediglich gemeinsame Standards für das Strafverfahrensrecht und das materielle Strafrecht festlegen.<sup>65</sup>

Nachdem im Jahr 1530 auf dem Augsburger Reichstag die Carolina einschließlich ihres grundsätzlichen Vorrangs vor den Landesrechten beschlossen wurde, erhoben sich einige partikularische Widerstände, die die Geltungskraft der Carolina kritisierten und an der Beibehaltung der Landesgesetze festhalten wollten. Daraufhin wurde in die Vorrede der CCC die sog. „salvatorische Klausel“ (*clausula salvatoria*) aufgenommen, die es den Ständen des Reiches gestattete, „an ihren wohlhergebrachten, rechtmäßigen und billigen Gebräuchen“<sup>66</sup> festzuhalten und somit den Landesrechten den Vorrang ließ.<sup>67</sup> Trotz der salvatorischen Klausel fand die Carolina jedoch Anerkennung und weite Verbreitung in Deutschland und beeinflusste die nachfolgende Landesgesetzgebung.<sup>68</sup> Beispielsweise haben die *Constitutio Criminalis Philippina* von 1535, die Chur-Kölner Reformation von 1538 sowie das Württembergische Landrecht von 1555 die Carolina nahezu wörtlich übernommen.<sup>69</sup> Somit diente die Peinliche Gerichtsordnung von 1532 als wichtige Inspirationsquelle und Musterordnung für die weitere Gesetzgebung.<sup>70</sup> Schließlich bildete sie auch eine wichtige Grundlage für die sich seit dem 16. Jahrhundert in Deutschland entwickelnde Strafrechtswissenschaft, die auf der Carolina aufbaute und den Inquisitionsprozess weiter fortbildete.<sup>71</sup>

### III. Charakteristika des Inquisitionsverfahrens

Zu den wesentlichen Charakteristika des Inquisitionsverfahrens gehören die Inquisition sowie das starre Beweisrecht. Innerhalb der Inquisition waren die Tätigkeiten des Anklägers, Ermittlers, Verteidigers und weitgehend auch des Urteilenden in der Person des Richters vereint.<sup>72</sup>

---

<sup>63</sup> Peters, *Strafprozeß*, 4. Aufl. 1985, S. 63.

<sup>64</sup> *Eb. Schmidt*, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl. 1965, § 187.

<sup>65</sup> Biener, *Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte*, Neudruck 1965 der Ausgabe 1827, S. 153; *Eb. Schmidt*, ZRG GA 83 (1966), 239 (253); Weber, ZRG GA 77 (1960), 288 (292).

<sup>66</sup> Vgl. die Vorrede der CCC: „Doch wollen wir durch diese gnedige erinnerung Churfürsten Fürsten und Stenden, an jren alten wohlhergebrachten rechtmessigen vnnnd billichen gebreuchen nichts benommen haben.“, zitiert nach *Radbruch*, in: Kaufmann, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina)*, 5. Aufl. 1980, S. 30.

<sup>67</sup> Ignor, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846*, 2002, S. 42; *Eb. Schmidt*, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl. 1965, § 115; *ders.*, ZRG GA 83 (1966), 239 (248 f., 253).

<sup>68</sup> Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 1, 2. Aufl. 1962, S. 415; Rüping/Jerouschek, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 6. Aufl. 2011, Rn. 111.

<sup>69</sup> *Eb. Schmidt*, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl. 1965, § 124; Weber, ZRG GA 77 (1960), 288 (303).

<sup>70</sup> Eisenhardt, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 7. Aufl. 2018, Rn. 454; Ignor, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846*, 2002, S. 87.

<sup>71</sup> Sellert, in: FS Scupin, 1973, S. 161 (171).

<sup>72</sup> Heghmanns, *Strafverfahren*, 2014, Rn. 16; Ignor, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846*, 2002, S. 155; Küper, *Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*, 1967, S. 111 m.w.N.

## 1. Offizialprinzip

Zudem ist das Offizialprinzip eines der Wesensmerkmale des Inquisitionsverfahrens.<sup>73</sup> Nach der Offizialmaxime wurde das Inquisitionsverfahren von Amts wegen (*ex officio*) durch die obrigkeitlichen Organe eingeleitet, wenn ihnen der Verdacht einer Straftat vorlag.<sup>74</sup> Die volle Verantwortung für die Durchführung des Verfahrens und der Untersuchungen lag damit bei den Gerichten.<sup>75</sup> Nach Art. 6 und 8 CCC konnte die Obrigkeit das Strafverfahren bei Vorliegen eines verbreiteten Gerüchts, eines hinreichend begründeten sonstigen Verdachts<sup>76</sup> oder bei Offenkundigkeit<sup>77</sup> einleiten, womit grundsätzlich sehr geringe Anforderungen an die Verfahrenseinleitung von Amts wegen gestellt wurden.<sup>78</sup> Es wurde auch keine öffentliche Anklage erhoben, die den genauen Gegenstand der Ermittlungen festlegte. Allein der Richter leitete die Ermittlungen bei Vorliegen eines Verdachts einer Straftat ein und er war infolgedessen nicht an die Klärung eines bestimmten Vorwurfs gebunden.<sup>79</sup>

Zum einen unterscheidet sich das von Amts wegen eingeleitete Inquisitionsverfahren erheblich von dem älteren Verfahren des germanischen Rechts. Die Strafverfolgung setzte dort zwingend eine private Klage voraus, wobei nicht zwischen der Klage im zivilrechtlichen und der Anklage im strafrechtlichen Sinne unterschieden wurde.<sup>80</sup> Mithin gestaltete sich das Strafverfahren des germanischen Rechts vorrangig als eine Angelegenheit zwischen dem Verletzten und dem Straftäter, bei welcher es einen Sühneausgleich zwischen den Parteien zu schaffen galt.<sup>81</sup> Darüber hinaus verfolgte das germanische Verfahren das Ziel, die Schuld- oder Unschuld des der Tat Verdächtigen durch bestimmte formale Beweismittel (Eid mit oder ohne Eideshelfer, Gottesurteile, Zweikampf) festzustellen.<sup>82</sup>

Zum anderen ist das Inquisitionsverfahren von dem neuzeitlichen Akkusationsverfahren, das sich ebenfalls auf der Carolina beruhend bis ins 18. Jahrhundert erhalten hat, abzugrenzen. Zunächst unterscheiden sich die beiden Verfahrensarten lediglich in der Art ihrer Verfahrenseinleitung. Während das Inquisitionsverfahren von Amts wegen eingeleitet wurde, erfolgte die Einleitung des Akkusationsverfahrens aufgrund einer privaten Klage des Verletzten.<sup>83</sup> Abgesehen davon galten jedoch für das Inquisitions- und das Akkusationsverfahren die gleichen Bestimmungen, sodass der Obrigkeit auch bei privater Prozesseinleitung die Verantwortung für die Durchführung und Leitung des gesamten

---

<sup>73</sup> *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 70.

<sup>74</sup> *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 17.

<sup>75</sup> *Piel*, in: FS T. Fischer, 2018, S. 1193 (1197); *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 70; *ders.*, in: FS Siber, 1940, S. 13.

<sup>76</sup> Eigene neudeutsche Übersetzung, vgl. Art. 6 CCC: „Item so jemandt eyner übelthat durch gemeynen leumut, berüchtiget, oder andere glaubwürdige anzeygung verdacht vnd argkwnig, vnnd derhalb durch die oberkeyt vonn ampts halben angenommen würde [...]“, zitiert nach *Radbruch*, in: Kaufmann, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 5. Aufl. 1980, S. 33 f.

<sup>77</sup> Eigene neudeutsche Übersetzung, vgl. Art. 8 CCC: „Item so die missethat eyner todtsstraff halben kündtlich [...]“, zitiert nach *Radbruch*, in: Kaufmann, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 5. Aufl. 1980, S. 34.

<sup>78</sup> *Geppert*, Jura 2015, 143 (150).

<sup>79</sup> *Frister/Hortler*, in: Koch/Stuckenberg/Wohlers, Carl Joseph Anton Mittermaier und der reformierte Strafprozess, 2022, S. 111 (112).

<sup>80</sup> *Ambos*, Jura 2008, 586 (588); *Sellert*, in: FS Scupin, 1973, S. 161 (164).

<sup>81</sup> *Küper*, Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967, S. 107; *Piel*, in: FS T. Fischer, 2018, S. 1193 (1194).

<sup>82</sup> *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, 1989, S. 110; *Eb. Schmidt*, in: FS Siber, 1940, S. 4; *ders.*, Die Maximilianischen Halsgerichtsordnungen für Tirol (1499) und Radolfzell (1506) als Zeugnisse mittelalterlicher Strafrechtspflege, 1949, S. 49.

<sup>83</sup> Vgl. Art. 11 CCC: „Item so der kläger die oberkeyt oder richter anruufft [...]“, zitiert nach *Radbruch*, in: Kaufmann, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 5. Aufl. 1980, S. 35.

Verfahrens oblag.<sup>84</sup> Zudem bestand das Ziel beider Verfahrensarten gleichermaßen in der Feststellung der materiellen Wahrheit und der genauen Tatumstände.<sup>85</sup> Hierin liegt der maßgebliche Unterschied zu dem alten Anklageverfahren, dessen Zielsetzung in der bloßen Schuld- oder Unschuld-feststellung des Verdächtigen bestand.<sup>86</sup> Außerdem ging das (neuere) Akkusationsverfahren nach der Einleitung durch die private Klage ebenfalls in das Inquisitionsverfahren über, in dem die weiteren Untersuchungen nach dem Inquisitionsprinzip von Amts wegen durchgeführt wurden und den Kläger nicht wie in dem ursprünglichen Akkusationsverfahren die Pflicht traf, jegliche Beweise für die Schuld des Angeklagten selbst beizubringen. Vielmehr kam es auf die Mitwirkung des Klägers im Prozess nicht weiter an.<sup>87</sup>

In Bezug auf das Rangverhältnis zwischen den beiden Verfahrensarten galt der Akkusationsprozess als ordentliche Verfahrensform (*processus ordinarius*), wohingegen das Inquisitionsverfahren ursprünglich bloß den außerordentlichen Prozess (*processus extraordinarius*) darstellte.<sup>88</sup> Die Praxis spiegelte dieses normative Regel-Ausnahme-Verhältnis indessen nicht wider. Der private Kläger musste nämlich für die drohenden Kosten und nachteiligen Folgen für den Angeklagten Bürgschaft leisten und sich sogar in Gefangenschaft begeben, bis er die geforderten Sicherheitsleistungen erbracht hatte. Darüber hinaus traf ihn die Pflicht, für den Prozessausgang zu haften und den Angeklagten schadlos zu halten, falls dieser nicht überführt werden konnte.<sup>89</sup> Angesichts dieser erheblichen Lasten und Haftungsbestimmungen, die für den Kläger mit der Einleitung des Akkusationsverfahrens verbunden waren, dominierte das Inquisitionsverfahren in der praktischen Anwendung.<sup>90</sup>

## 2. Instruktionsmaxime und Prinzip der materiellen Wahrheit

Die Rolle des Richters als Ermittler war von der Instruktionsmaxime (auch Untersuchungsgrundsatz genannt) und dem Prinzip der materiellen Wahrheit gekennzeichnet. Demnach ist das Gericht verpflichtet, selbst die materiellen Tatsachen und die objektive Wahrheit zu erforschen und im Zuge dessen herauszufinden, ob der Verdächtige zu bestrafen ist.<sup>91</sup> Ziel war also, aufzuklären, ob der anfängliche Verdacht begründet war, ob sich die vorgeworfene Tat wirklich so ereignet hatte und ob der Verdächtige tatsächlich der Täter war.<sup>92</sup> In der CCC ist der Untersuchungsgrundsatz insofern kodifiziert, als der Richter sämtliche Tatumstände zu erforschen hat, wie sie „zur Erfindung der Wahr-

<sup>84</sup> *Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, 2. Aufl. 1962, S. 413; *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 60; *Peters*, Strafprozeß, 4. Aufl. 1985, S. 63; *Eb. Schmidt*, ZRG GA 83 (1966), 239 (246).

<sup>85</sup> *Eb. Schmidt*, in: FS Siber, 1940, S. 4.

<sup>86</sup> *Ambos*, Jura 2008, 586 (588); *Eb. Schmidt*, in: FS Siber, 1940, S. 3 ff.

<sup>87</sup> *Bechtel*, ZJS 2018, 20 (25); *Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl. 2018, Rn. 390; *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 108.

<sup>88</sup> *Ambos*, Jura 2008, 586 (590); *Kleinheyer*, in: Landau/F.-C. Schroeder, Strafrecht, Strafprozess und Rezeption, 1984, S. 7 (21); *Koch*, Denunciatio, Zur Geschichte eines strafprozessualen Rechtsinstituts, 2006, S. 67 f.; *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011, Rn. 104; *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 108; *Zachariae*, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, dargestellt auf der Basis einer consequenten Entwicklung des inquisitorischen und des accusatorischen Prinzips, 1846, S. 78.

<sup>89</sup> Vgl. Art. 12 CCC, zitiert nach *Radbruch*, in: Kaufmann, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 5. Aufl. 1980, S. 35 f.; *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 108; *Eb. Schmidt*, ZRG GA 83 (1966), 239 (245); v. *Hippel*, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, Neudruck 1971 der Ausgabe 1925, S. 209.

<sup>90</sup> *Ambos*, Jura 2008, 586 (590).

<sup>91</sup> *Piel*, in: FS T. Fischer, 2018, S. 1193 (1197); *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 70; *ders.*, in: FS Siber, 1940, S. 10; *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, 1989, S. 110.

<sup>92</sup> *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 60 f.

heit dienstlich sind“.<sup>93</sup> Die Instruktionsmaxime gebietet also dem Gericht, sich selbst aus eigener Initiative über die Umstände der Tat zu unterrichten und unabhängig von den anderen Prozessbeteiligten (Verletzter oder Beschuldigter) alle Beweise herbeizuschaffen.<sup>94</sup>

### 3. General- und Spezialinquisition

Das Ermittlungsverfahren gliederte sich in zwei Formen der Inquisition: die Generalinquisition (*inquisitio generalis*) und die Spezialinquisition (*inquisitio specialis*). Die Generalinquisition diente der Feststellung der Tat und eines der Tat Verdächtigen, wohingegen in der Spezialinquisition der konkrete Täter ermittelt und überführt werden sollte.<sup>95</sup> Durch diese Unterscheidung sollten voreilige Ermittlungen gegen eine bestimmte Person vermieden und die Rechte des Beschuldigten gestärkt werden.<sup>96</sup>

Die Ursprünge der Unterteilung in General- und Spezialinquisition liegen im kanonisch-italienischen Inquisitionsprozess des 13. Jahrhunderts, wo bereits Papst Innozenz IV. im Jahr 1245 zwischen der *inquisitio generalis* und der *inquisitio specialis*, die sich gegen eine bestimmte Person (*contra certam personam*) richtete, unterschied.<sup>97</sup> In der CCC wird eine solche explizite Unterscheidung zwar nicht getroffen, denn nach Maßgabe des Art. 6 CCC begann das Inquisitionsverfahren mit der Verhaftung des Verdächtigen. Die Carolina gibt jedoch keine Auskunft darüber, wie der zur Verhaftung berechtigte Verdacht zustande kommen sollte.<sup>98</sup> Die Unterteilung in General- und Spezialinquisition des peinlichen Verfahrens wurde vielmehr erst im Laufe der Fortbildung der Carolina während der Epoche des Gemeinen Rechts<sup>99</sup> durch den Rechtsgelehrten *Benedikt Carpzov* (1595–1666) entwickelt.<sup>100</sup> *Benedikt Carpzov* gilt als „Begründer der deutschen Strafrechtswissenschaft“,<sup>101</sup> der insbesondere durch sein im Jahre 1635 erschienenes Werk „*Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*“<sup>102</sup> berühmt wurde. Das Ermittlungsverfahren setzte danach mit der Generalinquisition

<sup>93</sup> Vgl. Art. 8 CCC: „[...] so zu erfindung der warheyt dinstlich ist [...]“, zitiert nach *Radbruch*, in: Kaufmann, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 5. Aufl. 1980, S. 34.

<sup>94</sup> *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 17; *Krey*, in: Cordes u.a., Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 2005, Bd. 2, Sp. 1236 (1246); *Eb. Schmidt*, in: FS Siber, 1940, S. 9.

<sup>95</sup> *Ambos*, Jura 2008, 586 (591); *Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, 2. Aufl. 1962, S. 430; *Hall*, Die Lehre vom Corpus Delicti, Eine dogmatische Quellenexegese zur Theorie des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses, 1933, S. 2 f.; *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 94.

<sup>96</sup> *Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, 2. Aufl. 1962, S. 430; *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 95; *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 187.

<sup>97</sup> *Biener*, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, Neudruck 1965 der Ausgabe 1827, S. 86; *Hall*, Die Lehre vom Corpus Delicti, Eine dogmatische Quellenexegese zur Theorie des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses, 1933, S. 1; *Trusen*, in: Segl, Die Anfänge der Inquisition im Mittelalter, 1993, S. 39 (49); v. *Hippel*, Der Deutsche Strafprozess, 1941, S. 22.

<sup>98</sup> *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 187.

<sup>99</sup> Die Epoche des Gemeinen Rechts umfasst den Zeitraum seit Mitte des 16. Jahrhunderts bis zur Durchsetzung der Aufklärung gegen Ende des 18. Jahrhunderts.

<sup>100</sup> *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, 1989, S. 264; *Piel*, in: FS T. Fischer, 2018, S. 1193 (1206).

<sup>101</sup> *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 88; *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, 1989, S. 242.

<sup>102</sup> Nach der *Practica nova* diene die Generalinquisition „der generellen Untersuchung, ob wirklich und von wem ein Delikt begangen worden ist, indem allgemeine Informationen darüber gesammelt werden“ (*Carpzov*, *Practica nova*, 1635, Pars III, qu. 107 n. 10 – zitiert nach *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, 1989, S. 315). Demgegenüber werde die Spezialinquisition „durch den Richter gegen eine bestimmte Person vorgenommen, von deren Verbrechen das Gericht schon Kenntnis hat, oder durch die der Richter wegen der Begehungsweise und des Täters eines Verbrechens oder

ein, in der festgestellt werden sollte, ob ein bestimmtes Verbrechen überhaupt begangen wurde (constare de corpore delicti).<sup>103</sup> Die Feststellung der Tat erforderte nach der Lehre vom corpus delicti ursprünglich ein Augenscheinsobjekt, das die Begehung einer Straftat beweisen konnte und je nach Deliktsart variierte. Vor diesem Hintergrund war beispielsweise bei Tötungsdelikten der Fund einer Leiche oder bei Brandstiftungsdelikten eine erkennbare Brandstätte notwendig.<sup>104</sup> Problematisch war jedoch, dass eine Tat nicht bei allen Delikten durch ein Augenscheinsobjekt bewiesen werden konnte, wie z.B. im Falle der Beleidigung oder des Ehebruchs. In manchen Fällen konnte auch deshalb kein Augenscheinsobjekt gefunden werden, weil z.B. die Leiche verschwunden war. Daher wurde die Lehre vom corpus delicti dahingehend modifiziert, dass bei Delikten, bei denen kein Augenscheinsobjekt als Verbrechenserfolg vorlag (delicta facti transeuntis), der Beweis der Tat durch Zeugen oder andere Beweismittel möglich war.<sup>105</sup> Zudem konnte der Verdächtige bereits in der Generalinquisition als Zeuge uneidlich vernommen werden.<sup>106</sup>

Konnte in der Generalinquisition die Erkenntnis gewonnen werden, dass eine bestimmte Tat begangen wurde, kam es zur Spezialinquisition. In bestimmten Fällen konnte die Generalinquisition auch ganz wegfallen oder abgekürzt werden, wenn keine Zweifel an dem Verbrechen und der Person des Täters bestanden.<sup>107</sup> Die Spezialinquisition begann regelmäßig mit der Verhaftung des Verdächtigen und hatte seine Konfrontation mit dem Tatvorwurf sowie die Feststellung seiner Täterschaft zum Gegenstand.<sup>108</sup> Der Verdächtige wurde nach Einleitung der Spezialinquisition auch als „Inquisit“ bezeichnet, der sich im Rahmen der besonderen Untersuchung einem artikulierten Verhör durch den Richter („Inquisitor“) unterziehen musste.<sup>109</sup> Beim artikulierten Verhör wurden dem Inquisiten einzelne, vorher schriftlich niedergelegte Fragen, die sog. Frageartikel, gestellt.<sup>110</sup> Die Antworten des Vernommenen sowie dessen Verhaltensweisen (z.B. Erröten, Stottern, Zögern) waren ebenfalls schriftlich festzuhalten.<sup>111</sup> Außerdem hatte der Beschuldigte kein Schweigerecht, sondern eine Aussagepflicht, weshalb ihm die Anwendung der Folter drohte, wenn er die Beantwortung der Frageartikel verweigerte.<sup>112</sup> Insgesamt brachte die Spezialinquisition erhebliche Belastungen für den Inquisiten mit sich, da der Beschuldigte neben der Drohung der Folter „als Untersuchungsobjekt nun mit sei-

---

gegen eine bestimmte Person, gegen die sich in der Generalinquisition Verdachtsmomente ergeben haben, in besonderem ermittelt“ (Carpzov, *Practica nova*, 1635, Pars III, qu. 107 n. 11 – zitiert nach Sellert/Rüping, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, 1989, S. 315 f.).

<sup>103</sup> Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 187.

<sup>104</sup> Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 94.

<sup>105</sup> Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 96; Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 187.

<sup>106</sup> Biener, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, Neudruck 1965 der Ausgabe 1827, S. 182.

<sup>107</sup> Biener, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, Neudruck 1965 der Ausgabe 1827, S. 182.

<sup>108</sup> Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 94; Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 187.

<sup>109</sup> Vgl. Carpzov, *Practica nova*, 1635, Pars III, qu. 113 n. 16, 24, 32, 39, 46, 52, 56, zitiert nach Sellert/Rüping, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, 1989, S. 323 ff.

<sup>110</sup> Biener, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, Neudruck 1965 der Ausgabe 1827, S. 183; Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, 2. Aufl. 1962, S. 431; Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl. 2018, Rn. 471; Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 98.

<sup>111</sup> Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 98.

<sup>112</sup> Vgl. Carpzov, *Practica nova*, 1635, Pars III, qu. 113 n. 56, zitiert nach Sellert/Rüping, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, 1989, S. 325; Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl. 2018, Rn. 471; Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 98; Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 187.

nem ganzen Schicksal von Können, Gewissenhaftigkeit, Gerechtigkeit des Untersuchungsrichters abhängig war“<sup>113</sup>. Zusätzlich zum artikulierten Verhör des Inquisiten wurden im Rahmen der Spezialinquisition auch Zeugen über bestimmte Frageartikel vernommen, die ihre Aussage am Ende der Vernehmung durch einen Eid bekräftigen mussten.<sup>114</sup>

Der einflussreiche deutsche Strafrechtslehrer Johann Brunneemann (1602–1672) schlug in seiner „Anleitung zu vorsichtiger Anstellung des Inquisitionsprozesses“ aus dem Jahre 1697 vor, den Beschuldigten schon vor dem artikulierten Verhör im Rahmen der Spezialinquisition summarisch während der Generalinquisition zu vernehmen, damit sich der Richter durch passende Frageartikel besser auf das artikulierte Verhör vorbereiten konnte.<sup>115</sup> Zudem sollte bei geringen Verbrechen schon auf Grundlage der summarischen Vernehmungen in der Generalinquisition ein Urteil begründet und somit auf die Spezialinquisition gänzlich verzichtet werden können.<sup>116</sup> Die Verlagerung des Schwerpunktes der Ermittlungen auf die Generalinquisition führte letztlich jedoch zur Aufhebung der strikten Trennung zwischen General- und Spezialinquisition.<sup>117</sup> Mit der Einführung eines einheitlichen Ermittlungsverfahrens schaffte die preußische Kriminalordnung von 1805 die Aufgliederung der Verfahrensabschnitte sogar ganz ab.<sup>118</sup>

#### 4. Verteidigung

Zusätzlich übernahm der Richter im Inquisitionsverfahren auch verteidigende Aufgaben. Im Rahmen seiner Tätigkeit als Verteidiger war der Richter verpflichtet, nicht nur alle belastenden, sondern gleichermaßen auch alle entlastenden Umstände zu erforschen.<sup>119</sup> Mithin hatte er die Aufgabe, aktiv die Unschuld des Angeklagten festzustellen und dessen Interessen wahrzunehmen, indem er auch nach entlastenden Beweisen suchte.<sup>120</sup> Vor diesem Hintergrund war der Beschuldigte, der sich für unschuldig hielt, sogar nach Art. 47 CCC berechtigt, selbst Beweismittel oder Indizien zu benennen, denen der Richter nachgehen musste.<sup>121</sup>

---

<sup>113</sup> *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 187.

<sup>114</sup> *Biener*, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, Neudruck 1965 der Ausgabe 1827, S. 182; *Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, 2. Aufl. 1962, S. 431.

<sup>115</sup> *Biener*, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, Neudruck 1965 der Ausgabe 1827, S. 177; *Hall*, Die Lehre vom Corpus Delicti, Eine dogmatische Quellenexegese zur Theorie des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses, 1933, S. 68; *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 97; *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 199.

<sup>116</sup> *Biener*, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, Neudruck 1965 der Ausgabe 1827, S. 185; *Hall*, Die Lehre vom Corpus Delicti, Eine dogmatische Quellenexegese zur Theorie des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses, 1933, S. 69; *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 199.

<sup>117</sup> *Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, 2. Aufl. 1962, S. 432; *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 199.

<sup>118</sup> *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 130, 147; *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 199.

<sup>119</sup> *Elling*, Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland, ein Beitrag zur Geschichte des Strafprozesses, 1911, S. 18.

<sup>120</sup> *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 155.

<sup>121</sup> Vgl. Art. 47 CCC, zitiert nach *Radbruch*, in: Kaufmann, Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 5. Aufl. 1980, S. 53 f.; *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 78 ff.; *Piel*, in: FS T. Fischer, 2018, S. 1193 (1201).

## 5. Urteil

Das Urteil im Inquisitionsverfahren kam in einem Geheimverfahren zustande und wurde lediglich auf Grundlage der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die in den Akten schriftlich festgehalten wurden, gefällt. An der Urteilsfindung waren ursprünglich ausschließlich die Mitglieder des Gerichts beteiligt, das bereits das Ermittlungsverfahren geführt hatte.<sup>122</sup> Im Laufe der Zeit wurde jedoch das Rechtsinstitut der Aktenversendung entwickelt. Aufgrund der Tatsache, dass die Richter und Schöffen des Gerichts häufig keine Rechtsgelehrten waren und keine Kenntnisse des „Keyserlichen rechts“<sup>123</sup> besaßen, bestand die Notwendigkeit, in zweifelhaften oder juristisch schwierigeren Fällen den Rat eines auswärtigen rechtsgelehrten Kollegiums einzuholen.<sup>124</sup> Daher sollten die Richter nach der allgemeinen Regel des Art. 219 CCC in Zweifelsfällen „bei den nächsten hohen Schulen, Stätten, Kommunen oder anderen Rechtsverständigen [...] Rat zu suchen schuldig sein“<sup>125</sup> und demnach die Ermittlungsakten an Oberhöfe, Schöffenstühle oder juristische Fakultäten der Universitäten schicken, um die Entscheidung einer Rechtsfrage zu erbitten.<sup>126</sup> Darüber hinaus sah die Carolina die Aktenversendung in einer Vielzahl von Einzelbestimmungen vor, wie z.B. bei Zweifeln im Hinblick auf die Entscheidung über die Anwendung der Folter oder die Schuld- und Straffrage.<sup>127</sup> Wurden also die Akten an die Rechtsverständigen verschickt, verfassten diese aufgrund des in den Akten schriftlich festgehaltenen Inhalts ein Gutachten zur Beantwortung der Frage, ob sich der Beschuldigte in dem konkreten Fall strafbar gemacht hatte oder ob die Voraussetzungen der Folter vorlagen. Dieses Gutachten wurde von dem Gericht dann nur noch als Entscheidung verkündet.<sup>128</sup> Mithin führte die Aktenversendung dazu, dass der Richter das Urteil über die Schuld des Angeklagten bloß in Fällen einfacher Straftaten selbst fällte, wohingegen in mittleren oder schwierigen Fällen ein auswärtiger Spruchkörper die Aufgabe der Urteilsfindung oder der Entscheidung über die Anwendung der Folter übernahm.<sup>129</sup>

Die öffentliche Verlesung und Vollstreckung des Urteils erfolgte auf dem „endlichen Rechtstag“, der den Abschluss des Inquisitionsverfahrens markierte und einer hohen Formstrenge unterlag.<sup>130</sup> In der Carolina wird der „endliche Rechtstag“ in den Art. 78 bis 103 CCC geregelt und hinsichtlich seines Ablaufs genau und detailliert beschrieben. Gem. Art. 78 CCC wurde der „endliche Rechtstag“ einberufen, wenn der Beklagte ein Geständnis abgelegt hatte oder sonst durch zwei übereinstimmende

---

<sup>122</sup> Ignor, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846*, 2002, S. 19.

<sup>123</sup> Vgl. die Vorrede der CCC, zitiert nach Radbruch, in: Kaufmann, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina)*, 5. Aufl. 1980, S. 29.

<sup>124</sup> Löhr, *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafprozeßrecht*, 1972, S. 26.

<sup>125</sup> Eigene neudeutsche Übersetzung, vgl. Art. 219 CCC: „Wo aber die oberkeyt ex officio vnd von ampts wegen wider eynen mißhendlern, mit peinlicher anklag oder handlung volnfüre, so sollen die Richter, wo jnen zweifeln zufiele, bei den nechsten hohen schulen, Stetten, Communen oder andern rechtuerstendigen, da sie die vnderricht mit dem wenigsten kosten zu erlangen vermeynen, rath zu suchen schuldig sein“, zitiert nach Radbruch, in: Kaufmann, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina)*, 5. Aufl. 1980, S. 130.

<sup>126</sup> Koch, in: FS Rüping, 2008, S. 393 (394 f.).

<sup>127</sup> Dezza, *Geschichte des Strafprozessrechts in der Frühen Neuzeit*, 2017, S. 54; vgl. Art. 7 CCC zu Zweifeln über das Ausreichen der Indizien für die Folter, Art. 81 CCC zu Zweifeln bei der Entscheidung, zitiert nach Radbruch, in: Kaufmann, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina)*, 5. Aufl. 1980, S. 66 f.

<sup>128</sup> Vgl. Löhr, *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafprozeßrecht*, 1972, S. 26.

<sup>129</sup> Ignor, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846*, 2002, S. 155.

<sup>130</sup> Ignor, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846*, 2002, S. 61; Rüping/Jerouschek, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 6. Aufl. 2011, Rn. 110; Eb. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl. 1965, § 87.

Aussagen geeigneter Zeugen überführt war.<sup>131</sup> Während der öffentlichen Gerichtsverhandlung wurden Klage und Klageerwiderung in von der Carolina vorgegebenen Formeln ausgetauscht.<sup>132</sup> Das Urteil wurde bereits vor dem „endlichen Rechtstag“ in einer Unterredung zwischen Richtern und Schöffen schriftlich fixiert (Art. 81 CCC) und auf dem „endlichen Rechtstag“ nur noch öffentlich verkündet.<sup>133</sup> Im Anschluss an die Verlesung des Urteils zerbrach der Richter seinen Richterstab und die Strafe wurde durch den sog. Scharfrichter vollstreckt.<sup>134</sup> Die Überprüfung eines aufgrund eines Inquisitionsverfahrens ergangenen Urteils im Wege der Appellation wurde durch den Augsburger Reichsabschied von 1530 (§ 95) verboten.<sup>135</sup>

*(Der Beitrag wird fortgesetzt.)*

---

<sup>131</sup> Schild, in: Landau/F.-C. Schroeder, *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption*, 1984, S. 119 (122).

<sup>132</sup> Ignor, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846*, 2002, S. 61.

<sup>133</sup> Kleinheyer, in: Landau/F.-C. Schroeder, *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption*, 1984, S. 7 (11).

<sup>134</sup> Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 1, 2. Aufl. 1962, S. 414; Ignor, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846*, 2002, S. 61; Kleinheyer, in: Landau/F.-C. Schroeder, *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption*, 1984, S. 7 (12).

<sup>135</sup> Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 1, 2. Aufl. 1962, S. 432; Oestmann, in: Cordes u.a., *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 2. Aufl. 2005, Bd. 2, Sp. 129.

## Urlaubsrecht unter unionsrechtlichem Einfluss: Verfall und Abgeltung bei Langzeiterkrankung Fallbearbeitung im Arbeitsrecht – Teil 4

Wiss. Mitarbeiterin Jana Hagenmüller, Wiss. Mitarbeiter Dominik Leist, Trier\*

Bei der Bearbeitung arbeitsrechtlicher Klausuren, insbesondere im Schwerpunktbereich, bereitet oftmals der Aufbau des Gutachtens Schwierigkeiten. Neben der gerade im kollektiven Arbeitsrecht zu beherrschenden Vielzahl unterschiedlicher Rechtsquellen müssen auch die Einflüsse des Unionsrechts und des Grundgesetzes berücksichtigt und an der richtigen Stelle geprüft werden. Zu einer guten Vorbereitung auf die Klausur gehört deshalb auch eine spezifische Auseinandersetzung mit der arbeitsrechtlichen Fallbearbeitung. Die Beitragsreihe „Fallbearbeitung im Arbeitsrecht“ soll hierbei unterstützen. Anhand didaktisch aufbereiteter Fälle aus der jüngeren Rechtsprechung sollen Problembewusstsein und Strukturdenken trainiert und die Anwendung des abstrakten Wissens auf einen konkreten Sachverhalt eingeübt werden. Der Fokus der Beiträge liegt also weniger auf der Vermittlung der rechtlichen Grundlagen als vielmehr auf der Erläuterung der Vorgehensweise bei der Lösung des Falls. Die in der Beitragsreihe vorgestellten Fälle werden zusätzlich in einem Podcast besprochen, der unter [iaaeu.de/podcast](http://iaaeu.de/podcast) kostenlos verfügbar ist.<sup>1</sup>

Der vierte Lernbeitrag der Reihe befasst sich mit dem Urlaubsrecht und behandelt konkret die Fragen nach dem Verfall und der Abgeltbarkeit von Urlaubsansprüchen bei Langzeiterkrankung des Arbeitnehmers, deren Beantwortung sich aufgrund des unionsrechtlichen Einflusses auf das nationale Arbeitsrecht innerhalb der letzten Jahre stark gewandelt hat. Im Fokus stehen die gutachterliche Behandlung des nicht unkomplizierten Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsanspruches sowie die zielführende Integration unionsrechtlicher Vorgaben in die Falllösung. Der Beitrag konzentriert sich auf die Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie und deren Einwirkung auf das nationale Recht in einer methodisch besonders anspruchsvollen Konstellation. Die zusätzlich bestehenden Wirkungen der EU-Grundrechtecharta wurden bereits in einer eigenen Podcast-Folge<sup>2</sup> behandelt und sollen hier aus didaktischen Gründen ausgenommen werden.

<b>I. Einführung: Was genau ist ein Urlaubsanspruch?</b> .....	<b>1251</b>
<b>II. Grundkonstellation („Schultz-Hoff“)</b> .....	<b>1251</b>
1. Sachverhalt angelehnt an „Schultz-Hoff“ .....	1251
2. Vorab: Anspruchsgrundlage und Prüfungsstruktur .....	1251
3. Erste Voraussetzung des § 7 Abs. 4 BUrlG – Beendigung des Arbeitsverhältnisses .....	1252

\* Die Autorin Hagenmüller ist Wiss. Mitarbeiterin am Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union (IAAEU). Der Autor Leist ist ebenfalls Wiss. Mitarbeiter am Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union (IAAEU).

<sup>1</sup> Folge 3 – Urlaubsrecht unter unionsrechtlichem Einfluss (I): Verfall und Abgeltung bei Langzeiterkrankung, abrufbar unter [www.iaaeu.de/podcast](http://www.iaaeu.de/podcast).

<sup>2</sup> Folge 4 – Urlaubsrecht unter unionsrechtlichem Einfluss (II): Vererbbarkeit von Urlaubsansprüchen, abrufbar unter [www.iaaeu.de/podcast](http://www.iaaeu.de/podcast).

4. Zweite Voraussetzung des § 7 Abs. 4 BUrlG – Bestehender Urlaub zu diesem Zeitpunkt .....	1252
a) Entstehung und Umfang des Mindesturlaubs .....	1252
aa) Urlaubsentstehung – auch bei durchgehender Arbeitsunfähigkeit? (Problem) .....	1252
bb) Umfang des Mindesturlaubs – Einfluss von dauerhafter Krankheit oder vorzeitiger Beendigung? (Problem).....	1253
b) Erlöschen von Mindesturlaubsansprüchen vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses? (Hauptproblem) .....	1253
aa) Kein Erlöschen durch Erfüllung (§ 362 BGB) .....	1253
bb) Erlöschen des 2004er Urlaubs aufgrund Befristung (§ 7 Abs. 3 BUrlG)?.....	1254
(1) Erlöschen bei wortlautnahem Verständnis des nationalen Rechts (§ 7 Abs. 3 BUrlG) .....	1254
(2) Einschlägige Unionsrechtliche Vorgaben (Art. 7 der RL 2003/88/EG) .....	1254
(3) Die Berücksichtigung der unionsrechtlichen Vorgaben in der Falllösung.....	1255
(a) Korrekte Verortung der Richtlinieneinwirkung.....	1255
(b) Unionsrechtskonforme Auslegung des § 7 Abs. 3 BUrlG (und methodische Grenzen) .....	1255
(c) Unionsrechtskonforme Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion des § 7 Abs. 3 BUrlG (und methodische Grenzen) ....	1256
(4) Folgen für die Falllösung .....	1258
5. Dritte Voraussetzung des § 7 Abs. 4 BUrlG – „wegen der Beendigung fehlende Wahrnehmungsmöglichkeit“ .....	1258
6. Ergebnis .....	1258
7. Zusammenfassung – Anspruch aus § 7 Abs. 4 BUrlG.....	1258
<b>III. Abwandlung: Zeitliche Begrenzung des „Ansammelns“ von Urlaub („KHS“) .....</b>	<b>1259</b>
1. Die KHS-Rechtsprechung im Überblick .....	1259
2. Abwandlung des Ausgangsfalles.....	1259
3. Die Lösung des BAG im Überblick .....	1260
a) Vorgehen.....	1260
b) Berücksichtigung der KHS-Rechtsprechung in der Falllösung .....	1260
c) Zusammenfassung .....	1261
<b>IV. Vertiefung: Anwendbarkeit der unionsrechtlichen Vorgaben und ihrer Implementierung auch auf tariflichen Zusatzurlaub? .....</b>	<b>1261</b>
<b>V. Fazit und Ausblick .....</b>	<b>1262</b>

## I. Einführung: Was genau ist ein Urlaubsanspruch?

Bevor man sich in einer Falllösung mit Sonderkonstellationen wie Verfall und Abgeltung von Urlaubsansprüchen auseinandersetzt, sollte man sich die juristische Grundkonstruktion eines Urlaubsanspruchs in Erinnerung rufen, denn diese bildet den Ausgangspunkt für alle weiteren Überlegungen. Nach § 1 BUrlG hat jeder Arbeitnehmer einen jährlichen Anspruch auf „Erholungsurlaub“, was zunächst eine Freistellung von seiner Arbeitsleistungspflicht zum Zwecke der Erholung meint. Zusätzlich zu dieser Freistellungskomponente muss der Urlaub auch „bezahlt“ sein. Das Bundesurlaubsgesetz sieht also auch eine monetäre Komponente vor: das Urlaubsentgelt.

Ein Knackpunkt des folgenden Falles liegt nun in der Frage, in welchen Konstellationen eine solche monetäre Komponente des Mindesturlaubsanspruchs auch noch nach Ende des Arbeitsverhältnisses verlangt werden kann – also zu einem Zeitpunkt, zu dem eine reguläre Urlaubsgewährung bereits nicht mehr möglich wäre. Diese kann sich unter anderem nach einer längeren Erkrankung des Arbeitnehmers stellen, die in eine dauerhafte Berufsunfähigkeit übergeht.

## II. Grundkonstellation („Schultz-Hoff“)

### 1. Sachverhalt angelehnt an „Schultz-Hoff“

Die „Schultz-Hoff“ Entscheidung des EuGH<sup>3</sup> bildete den Ausgangspunkt für die zahlreichen unionsrechtlich geprägten Entwicklungen des Urlaubsrechts innerhalb des letzten Jahrzehnts. Sie betrifft nicht nur eine nach wie vor aktuelle<sup>4</sup> Problemstellung, sondern auch eine methodisch besonders interessante Konstellation. An sie ist der folgende Ausgangsfall angelehnt:

Arbeitnehmer A war über einen Zeitraum von 30 Jahren bei seinem Arbeitgeber beschäftigt und arbeitete in einer Fünf-Tage-Woche. Im Herbst 2004 erkrankte A schwer. Bei Ausbruch der Erkrankung hatte A noch keinen Urlaubstag des Jahres 2004 genutzt, obwohl ihn sein Arbeitgeber bereits im Frühjahr ausdrücklich auf seine Urlaubsansprüche und deren drohenden Verfall nach Ablauf des Urlaubsjahres hingewiesen hatte. Er war sodann ein Jahr dauerhaft krankgeschrieben, bevor er im Herbst 2005 als erwerbsunfähig eingestuft wurde. Dieses Ereignis bildete wiederum eine auflösende Bedingung für das Arbeitsverhältnis des A, das mithin im Herbst 2005 endete.

Wenig später fragt sich A, ob ihm aus den Jahren 2004 und 2005 nicht noch Urlaubsansprüche zustehen. Er kann sich nicht vorstellen, dass im Falle einer Langzeiterkrankung auch noch die Urlaubsansprüche ersatzlos verfallen dürfen. Daher wendet sich A umgehend an seinen ehemaligen Arbeitgeber und verlangt eine Abgeltung für die Urlaubstage, die er aufgrund seiner Krankheit nicht nutzen konnte.

### 2. Vorab: Anspruchsgrundlage und Prüfungsstruktur

Die zu prüfende Anspruchsgrundlage richtet sich nach dem Begehren des A. Dieser kann nach Ende seines Arbeitsverhältnisses keinen regulären Urlaub mehr beantragen und möchte das auch nicht. Er hält einen ersatzlosen Verlust nicht genutzter Urlaubstage allerdings für ungerecht und fordert daher für denjenigen Urlaub, den er vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses krankheitsbedingt

<sup>3</sup> EuGH, Urt. v. 20.1.2009 – C-350/06 („Schultz-Hoff“).

<sup>4</sup> Vgl. die jüngste Folgeentscheidung EuGH, Urt. v. 22.9.2022 – C-518/20, C-727/20; umgesetzt durch BAG, Urt. v. 20.12.2022 – 9 AZR 245/19; BAG, Urt. v. 31.1.2023 – 9 AZR 107/20.

nicht nutzen konnte, eine monetäre Abgeltung. Für solche Konstellationen findet sich in § 7 Abs. 4 BUrlG eine spezifische Anspruchsgrundlage:

„Kann der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden, so ist er abzugelten.“

Anhand der Tatbestandsvoraussetzungen dieser Norm ergibt sich die Prüfungsstruktur: Zunächst verlangt § 7 Abs. 4 BUrlG, dass das Arbeitsverhältnis beendet wurde. Zu diesem Zeitpunkt müsste weiterhin noch ein Urlaubsanspruch bestanden haben, der gerade wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewährt werden konnte. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, steht A ein Anspruch auf monetäre Abgeltung gem. § 7 Abs. 4 BUrlG zu. Da A hier Abgeltung sowohl für Urlaub aus dem Jahr 2004 als auch aus 2005 verlangt, muss innerhalb dieser Prüfung „zweigleisig gefahren“, also jeweils sauber zwischen den Urlaubsjahren differenziert werden.

### 3. Erste Voraussetzung des § 7 Abs. 4 BUrlG – Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Als erste Voraussetzung müsste das Arbeitsverhältnis des A beendet worden sei, was hier keine Probleme bereitet: Der Eintritt der dauerhaften Erwerbsunfähigkeit des A im Herbst 2005 bildete eine auflösende Bedingung, mit deren Eintritt das Arbeitsverhältnis gem. §§ 21, 15 Abs. 2 TzBfG beendet wurde. In einer Klausur könnten an diesem Prüfungspunkt freilich auch zusätzliche Probleme wie beispielsweise ein streitiger Beendigungszeitpunkt relevant werden.

### 4. Zweite Voraussetzung des § 7 Abs. 4 BUrlG – Bestehender Urlaub zu diesem Zeitpunkt

Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob zum Beendigungszeitpunkt noch Urlaubsansprüche des A bestanden. Wenn solche Ansprüche – wie hier – nicht bereits laut Sachverhalt ausdrücklich vorlagen, bietet sich ein Vorgehen im klassischen zivilrechtlichen Denkschritt an: Zunächst ist zu prüfen, ob ein Urlaubsanspruch entstanden und dann, ob dieser gegebenenfalls schon vor dem maßgeblichen Beendigungszeitpunkt wieder erloschen ist.

#### a) Entstehung und Umfang des Mindesturlaubs

##### aa) Urlaubsentstehung – auch bei durchgehender Arbeitsunfähigkeit? (Problem)

Die Entstehung der jährlichen Mindesturlaubsansprüche ist anhand der Vorgaben des BUrlG zu prüfen. Voraussetzung ist ein bestehendes Arbeitsverhältnis sowie die Erfüllung einer sechsmonatigen Wartezeit, § 4 BUrlG. A war seit knapp 30 Jahren als Arbeitnehmer beim gleichen Arbeitgeber beschäftigt. Die grundsätzlichen Voraussetzungen des Mindesturlaubsanspruches waren daher sowohl 2004 als auch 2005 erfüllt.

Für das Jahr 2005 besteht allerdings die Besonderheit, dass A hier von Jahresbeginn bis zu seinem Ausscheiden im Herbst dauerhaft arbeitsunfähig war, was auf den ersten Blick gegen die Entstehung eines Mindesturlaubsanspruches in diesem Jahr zu sprechen scheint. An dieser Stelle ist jedoch zu erkennen, dass die Entstehung des jährlichen Mindesturlaubs nach der gesetzlichen Konzeption gerade nicht von einer tatsächlichen Erbringung der Arbeitsleistung abhängt.<sup>5</sup> Auch für das

<sup>5</sup> St. Rspr. seit BAG, Urt. v. 13.5.1982 – 6 AZR 360/80; vertiefend *Gallner*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, BUrlG § 1 Rn. 6; *Lampe*, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.6.2023, BUrlG § 1 Rn. 9.

Jahr 2005 entstanden also Mindesturlaubsansprüche.

Diese gesetzliche Konzeption ist für die Konstellation einer Langzeiterkrankung nicht unproblematisch, kann sie doch auch bei durchgehender Arbeitsunfähigkeit zur Entstehung mehrjähriger Mindesturlaubsansprüche führen. Das deutsche Recht sieht die Lösung für dieses Problem aber nicht bereits auf Ebene der Entstehung des Mindesturlaubs, sondern erst auf Ebene ihres (später zu prüfenden) möglichen Erlöschens.

#### bb) Umfang des Mindesturlaubs – Einfluss von dauerhafter Krankheit oder vorzeitiger Beendigung? (Problem)

Ist das „ob“ der Entstehung geklärt, bleibt der Umfang der jeweiligen Mindesturlaubsansprüche zu bestimmen. Die Mindestdauer des Urlaubs ergibt sich aus § 3 Abs. 1 BUrlG und beträgt jährlich 24 Werktage. Zu beachten ist aber, dass sich diese Norm auf eine Sechs-Tage-Woche bezieht<sup>6</sup>, wie unter anderem § 3 Abs. 2 BUrlG verdeutlicht. Für eine Fünf-Tage-Woche, wie sie für A vorgesehen war, ist eine Umrechnung im gleichen Tagesverhältnis notwendig, was einen Mindesturlaub von 20 Werktagen ergibt.<sup>7</sup>

Für das Jahr 2004 ist ein Anspruch auf 20 Tage gesetzlichen Mindesturlaub unproblematisch entstanden. Für das Folgejahr 2005 bestehen mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Herbst des Jahres und der bis dahin durchgehenden Arbeitsunfähigkeit des A allerdings gleich zwei Besonderheiten. Die durchgehende Arbeitsunfähigkeit des A im Jahr 2005 wirkt sich auch an dieser Stelle nicht aus, denn auch die Mindestdauer des Urlaubs steht nicht in Abhängigkeit zur tatsächlichen Erbringung der Arbeitsleistung. Im Hinblick auf die vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Jahr 2005 ist für den dortigen Anspruchsumfang aber an die Kürzungsregelung des § 5 Abs. 1 lit. c BUrlG zu denken. Da der Beendigungszeitpunkt in den Herbst und somit in die zweite Jahreshälfte fällt, ergibt sich bei näherer Betrachtung allerdings auch hieraus keine Anspruchskürzung. Auch für das Jahr 2005 ist also ein Anspruch auf 20 Tage gesetzlichen Mindesturlaub entstanden.

#### b) Erlöschen von Mindesturlaubsansprüchen vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses? (Hauptproblem)

Steht also fest, dass sowohl im Jahr 2004 als auch im Jahr 2005 Mindesturlaubsansprüche in Höhe von jeweils 20 Tagen entstanden sind, ist die Frage anzuschließen, ob diese vor dem für den Abgeltungsanspruch maßgeblichen Ende des Arbeitsverhältnisses gegebenenfalls bereits wieder erloschen waren.

##### aa) Kein Erlöschen durch Erfüllung (§ 362 BGB)

Ein – ganz oder teilweises – Erlöschen durch Erfüllung<sup>8</sup> (§ 362 BGB) kann hierbei knapp verneint werden, denn A hatte laut Sachverhalt in keinem der maßgeblichen Jahre bereits Urlaub genossen.

---

<sup>6</sup> Lampe, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.6.2023, BUrlG § 3 Rn. 5.

<sup>7</sup> Vertiefend Gallner, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, BUrlG § 3 Rn. 8.

<sup>8</sup> Erfüllung tritt beim gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch ein, wenn der AG eine Freistellungserklärung abgegeben hat und der AN infolgedessen tatsächlich von seiner Arbeitspflicht befreit wird, vgl. Gallner, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, BUrlG § 1 Rn. 25 m.w.N.

## bb) Erlöschen des 2004er Urlaubs aufgrund Befristung (§ 7 Abs. 3 BUrlG)?

### (1) Erlöschen bei wortlautnahem Verständnis des nationalen Rechts (§ 7 Abs. 3 BUrlG)

Eine Besonderheit des Mindesturlaubsanspruchs liegt jedoch darin, dass dieser grundsätzlich auf das laufende Kalenderjahr befristet ist, was bereits in § 1 BUrlG („in jedem Kalenderjahr“) angedeutet und in § 7 Abs. 3 BUrlG konkret ausgestaltet wird.

Zumindest der 2004 entstandene Urlaub könnte daher gem. § 7 Abs. 3 BUrlG bereits vorzeitig erloschen sein. Die Regelung verlangt in S. 1, dass der Urlaub im laufenden Kalenderjahr „gewährt und genommen“ werden „muss“. Eine Übertragung ins Folgejahr bildet demgegenüber die Ausnahme<sup>9</sup> und ist gem. S. 2 nur aus bestimmten Gründen und gem. S. 3 nur in die ersten drei Monate des Folgejahres möglich.

Der im Jahr 2004 entstandene Mindesturlaubsanspruch wurde A nicht wie in § 7 Abs. 3 S. 1 BUrlG vorgesehen innerhalb des laufenden Jahres gewährt. Zwar dürfte in der Krankheit des A ein „besonderer persönlicher Grund“ i.S.d. § 7 Abs. 3 S. 2 BUrlG liegen, der eine ausnahmsweise Übertragung des 2004er-Urlaubsanspruchs ermöglicht. Allerdings wäre auch diese Übertragungsmöglichkeit gem. § 7 Abs. 3 S. 3 BUrlG auf die ersten drei Monate des Folgejahres beschränkt.

Jedenfalls bei wortlautnaher Anwendung des § 7 Abs. 3 BUrlG wäre der Mindesturlaubsanspruch des A aus 2004 also spätestens Ende März 2005 verfallen. Als möglicher Gegenstand einer Umwandlung in einen Abgeltungsanspruch nach § 7 Abs. 4 BUrlG verbliebe dann nur noch der für das Jahr 2005 entstandene Mindesturlaubsanspruch, für den sich die Problematik eines Verfalls nach § 7 Abs. 3 BUrlG zeitlich noch nicht stellt.

### (2) Einschlägige Unionsrechtliche Vorgaben (Art. 7 der RL 2003/88/EG)

Das Hauptproblem des Falles liegt nun darin, dass der Mindestjahresurlaub zugunsten von Arbeitnehmern auch unionsrechtlich determiniert ist, weshalb sich die Falllösung nicht auf eine alleinige Betrachtung des nationalen Rechts beschränken kann. Für die Berücksichtigung unionsrechtlicher Einflüsse im Gutachten bietet es sich an, zunächst den Inhalt der einschlägigen Vorgaben zu bestimmen, um dann hierauf aufbauend deren Einwirkungspotenziale auf das nationale Recht zu prüfen.

Einschlägig ist hier Art. 7 der RL 2003/88/EG, welcher verlangt, dass die Mitgliedstaaten „die erforderlichen Maßnahmen treffen, damit jeder Arbeitnehmer einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und Gewährung erhält, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind“.

Was genau diese Regelung für die Konstellation einer Langzeiterkrankung verlangt, bedarf der Auslegung. Wie aus der Europarechtsvorlesung bekannt, ist für die letztverbindliche Auslegung unionsrechtlicher Bestimmungen der EuGH zuständig. Dieser hat sich in der Rechtssache „Schultz-Hoff“ im Zuge eines Vorabentscheidungsverfahrens<sup>10</sup> mit einer Langzeiterkrankungskonstellation beschäftigt. Hierbei hat der Gerichtshof festgestellt, dass eine nationale Rechtslage, nach der der jährliche Mindesturlaub auch dann erlischt, wenn der Arbeitnehmer ihn aufgrund einer fortdauernden Langzeiterkrankung nicht ausüben konnte, nicht mit den Vorgaben des Art. 7 der RL 2003/88/EG vereinbar ist.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Zum Regel-Ausnahme-Verhältnis: *Lampe*, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.6.2023, BUrlG § 7 Rn. 18.

<sup>10</sup> Vorlage an den EuGH durch das LAG Düsseldorf, Vorlagebeschl. v. 2.8.2006 – 12 Sa 486/06.

<sup>11</sup> Vgl. im Detail EuGH, Urt. v. 20.1.2009 – C-350/06 („Schultz-Hoff“); besprochen von *Sperber*, ZJS 2009, 429 ff.

Nach diesem „Schultz-Hoff“-Grundsatz würde Art. 7 der Richtlinie einem Verfall von Urlaubsansprüchen also auch im Falle einer mehrjährig fortdauernden Erkrankung entgegenstehen, was zu einer erheblichen Ansammlung von Urlaubsansprüchen führen könnte. Der Vollständigkeit halber sei bereits hier darauf hingewiesen, dass der EuGH diese zunächst sehr weite Interpretation der Richtlinie in der Folgeentscheidung „KHS“<sup>12</sup> für Fälle mehrjähriger Übertragungen wiederum eingeschränkt hat (vgl. hierzu die Ausführungen unter III.). Da die dortigen Einschränkungen in der hiesigen Konstellation aber nicht einschlägig sind, bleibt es für die Lösung des Ausgangsfalles aber bei den „Schultz-Hoff“-Vorgaben.

Für die Falllösung stellt sich zusammengefasst also die Schwierigkeit, dass jedenfalls bei wortlautnahem Verständnis des deutschen § 7 Abs. 3 BUrlG der Mindestjahresurlaub des A aus 2004 Ende März 2005 verfallen wäre, während Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie aber das Fortbestehen des Anspruchs oder zumindest eine monetäre Urlaubsabgeltung verlangt.

### (3) Die Berücksichtigung der unionsrechtlichen Vorgaben in der Falllösung

#### (a) Korrekte Verortung der Richtlinieneinwirkung

Sind die Anforderungen des Unionsrechts geklärt, muss nun deren konkrete Einwirkung auf die nationale Rechtsanwendung bestimmt werden. Gedankliche Grundlage hierfür ist zunächst das Grundwissen um die Wirkungsweise von EU-Richtlinien: Diese richten sich im Sinne von ins nationale Recht umzusetzenden Zielvorgaben primär an die EU-Mitgliedstaaten selbst.<sup>13</sup> Einzelnen Richtlinien-normen können zwar im Verhältnis zwischen Bürger und Staat (Vertikalverhältnis) ausnahmsweise auch unmittelbare Wirkung zukommen.<sup>14</sup> Zwischen Privatpersonen (Horizontalverhältnis) ist dies allerdings nicht anerkannt.<sup>15</sup> Unmittelbar zwischen A und dessen früherem Arbeitgeber kann Art. 7 der RL 2003/88/EG hier also keine Anwendung finden.

Die Einwirkung der Richtlinievorgaben auf die Falllösung ergibt sich vielmehr auf einem wohl-bekanntem „Umweg“: Nach der langjährigen Rechtsprechung<sup>16</sup> des EuGH ist das nationale Recht nach Ende der Umsetzungsfrist einer Richtlinie grundsätzlich im Sinne einer Richtlinienkonformität zu interpretieren.<sup>17</sup>

#### (b) Unionsrechtskonforme Auslegung des § 7 Abs. 3 BUrlG (und methodische Grenzen)

Beim Versuch einer richtlinienkonformen Interpretation trifft man allerdings schnell auf das Problem, dass der Normwortlaut des § 7 Abs. 3 BUrlG den Vorgaben der Richtlinie recht eindeutig zu widersprechen scheint. Dies wirft die Frage auf, ob eine richtlinienkonforme Auslegung des § 7 Abs. 3 BUrlG

---

<sup>12</sup> EuGH, Urt. v. 22.11.2011 – C-214/10 („KHS AG“).

<sup>13</sup> W. Schroeder, in: Streinz, Kommentar zum EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 288 Rn. 53; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 48. Lfg., Stand: August 2012, AEUV Art. 288 Rn. 104; Herdegen, Europarecht, 24. Aufl. 2023, § 8 Rn. 67.

<sup>14</sup> Herdegen, Europarecht, 24. Aufl. 2023, § 8 Rn. 76ff.; W. Schroeder, in: Streinz, Kommentar zum EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 288 Rn. 91ff.

<sup>15</sup> Ausf. W. Schroeder, in: Streinz, Kommentar zum EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 288 Rn. 101f.; Schlachter, EuZA 2015, 1 (4); zu Ausweitungstendenzen vgl. Herdegen, Europarecht, 24. Aufl. 2023, § 8 Rn. 80, 84 ff.; krit. hierzu Wank, RdA 2020, 1 (12).

<sup>16</sup> EuGH, Urt. v. 10.4.1984 – Rs. 14/83 („von Colson und Kamann“); fortgeführt in EuGH, Urt. v. 15.12.1993 – C-334/92; zustimmend für das nationale Recht bereits BVerfG, Urt. v. 8.4.1987 – 2 BvR 687/85.

<sup>17</sup> Vertiefend Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 48. Lfg., Stand: August 2012, AEUV Art. 288 Rn. 133; W. Schroeder, in: Streinz, Kommentar zum EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 288 Rn. 110 ff.

methodisch überhaupt möglich ist.

Um diese wiederum beantworten zu können, muss bekannt sein, woher sich die für eine richtlinienkonformen Interpretation geltenden methodischen Grenzen bestimmen. Für eine gelungene Lösung dieses Prüfungspunktes ist es also unumgänglich, eine zentrale Wechselwirkung im Rahmen der unionsrechtskonformen Auslegung verstanden zu haben: Das Unionsrecht verlangt zwar, alle methodisch erlaubten Mittel im Sinne einer unionsrechtskonformen Interpretation einzusetzen – welches diese erlaubten Mittel sind, bestimmt sich allerdings nach der nationalen Methodik.<sup>18</sup> Entscheidender Maßstab für die Frage, ob ein richtlinienkonformes Verständnis des § 7 Abs. 3 BUrlG erreichbar ist, ist also die deutsche Methodenlehre.

Verortet man nach der h.M. in der deutschen Methodenlehre den Wortsinn als Auslegungsgrenze<sup>19</sup>, so muss im nächsten Schritt geprüft werden, ob ein Weiterbestehen des 2004 entstandenen Urlaubsanspruchs des A noch unter diesen Wortsinn des § 7 Abs. 3 BUrlG subsumierbar ist. Hierzu sind verschiedene Sichtweisen vertretbar: Für eine Auslegungsoffenheit der Regelung auch in Richtung eines ausnahmsweisen Weiterbestehens von Urlaubsansprüchen könnte das Fehlen einer expliziten Verfallsanordnung angeführt werden. Hiergegen spricht aber, dass der Regelungsgehalt im Gesamtzusammenhang der Formulierung gleichwohl eindeutig erscheint, was sich insbesondere aus der Verwendung des Verbs „muss“ ergibt. Die besseren Gründe sprechen also dafür, § 7 Abs. 3 BUrlG als Norm anzusehen, die jedenfalls im Wege der Auslegung (im engeren Sinne) nicht im Sinne der Richtlinienvorgaben interpretiert werden kann.<sup>20</sup>

#### (c) Unionsrechtskonforme Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion des § 7 Abs. 3 BUrlG (und methodische Grenzen)

Auch wenn man die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung (im engeren Sinne) ablehnt, sind die Anforderungen des durch den EuGH geprägten „Gebotes der unionsrechtskonformen Auslegung“ noch nicht erschöpft, denn der EuGH verwendet einen weiten Auslegungsbegriff und meint hiermit nicht nur den Einsatz der klassischen Auslegungsmethoden, sondern – sofern im nationalen Recht anerkannt – auch die Methode der teleologischen Reduktion.<sup>21</sup>

*Hinweis:* Der Aufbau der Klausur richtet sich jedoch nach der deutschen Methodenlehre, welche bisher auch begrifflich weitgehend an der Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung – und damit der Einordnung der unionsrechtskonformen teleologischen Reduktion als Rechtsfortbildungsmethode – festhält.<sup>22</sup> Da sich mittlerweile allerdings auch im deutschen Rechtsgebrauch Tendenzen hin zu einem weiteren Auslegungsbegriff feststellen lassen<sup>23</sup>, der dem Verständnis des EuGH nahekommmt, dürfte die unionsrechtskonforme teleologische Reduktion je nach hierzu vertretener Sichtweise auch unter dieser Überschrift behandelt werden. Eine abstrakte Diskussion dieser

<sup>18</sup> Michael/Payandeh, NJW 2015, 2392 (2395); Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 48. Lfg., Stand: August 2012, AEUV Art. 288 Rn. 134; W. Schroeder, in: Streinz, Kommentar zum EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 288 Rn. 113.

<sup>19</sup> Schlachter, EuZA 2015, 1 (12); Wank, Juristische Methodenlehre, 2020, § 15 Rn. 12 m.w.N.

<sup>20</sup> Offener hierfür BAG, Urt. v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, Rn. 66.

<sup>21</sup> Vgl. BAG, Urt. v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, Rn. 65; so bereits Schlachter, RdA 2005, 115 (119 f.); dies., EuZA 2015, 1 (7); Michael/Payandeh, NJW 2015, 2392 (2395); R. Zimmermann, RabelsZ 2019, 241 (268).

<sup>22</sup> Vertiefend zum Problem R. Zimmermann, RabelsZ 2019, 241 (267) m.w.N.

<sup>23</sup> Vgl. die Ausführungen des BAG, Urt. v. 7.8.2012 – 9 AZR 353/10 m.w.N.

Verortungsfrage empfiehlt sich im Rahmen der Falllösung nicht – die vertretene Ansicht kann durch die gewählte Gliederungsweise<sup>24</sup> hinreichend deutlich gemacht werden.

Inhaltlich dürfte die teleologische Reduktion aus dem Studium als Methode zur ausnahmsweisen Beschränkung des Anwendungsbereiches einer Norm bekannt sein, welche in Fallkonstellationen zum Einsatz kommt, die zwar vom Wortlaut der Norm, nicht aber vom durch den Normgeber verfolgten Regelungszweck erfasst sind.<sup>25</sup>

Für den Klausurerfolg unabdingbar ist es, die Zulässigkeit<sup>26</sup> einer solchen ausnahmsweisen Korrektur des Anwendungsbereiches einer Norm im Blick zu haben: Der Rechtsanwender darf durch eine teleologische Reduktion keine bewusste gesetzgeberische Entscheidung abändern, was sich insbesondere aus der richterlichen Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) und dem Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) ergibt.<sup>27</sup> Voraussetzung ist daher eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes.<sup>28</sup>

Bei einer „klassischen“ teleologischen Reduktion lässt sich diese regelmäßig unmittelbar auf die Feststellung stützen, dass der Gesetzgeber selbst einen engeren Regelungszweck verfolgte, wodurch der „zu weit gefasste“ Wortlaut nicht als bewusste Entscheidung, sondern als Versehen des Gesetzgebers erscheint.

Bei einer unionsrechtskonformen teleologischen Reduktion tritt demgegenüber die Besonderheit hinzu, dass sich der Korrekturbedarf hinsichtlich des nationalen Rechts jedenfalls im Ausgangspunkt aus unionsrechtlichen Vorgaben (Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie) ergibt. Dies schließt das Berufen auf eine engere Zwecksetzung des deutschen Gesetzgebers, die den Wortlaut (des § 7 Abs. 3 BUrlG) als „versehentlich zu weit gefasst“ erscheinen lässt, aber nicht aus: Der „Clou“ liegt vielmehr in der Annahme, dass das Regelungsziel des deutschen Gesetzgebers gerade in der Richtlinienkonformität der geschaffenen Rechtslage liegen könnte. Inwiefern hiervon im Bereich der Richtlinienumsetzung generell oder zumindest regelmäßig ausgegangen werden kann<sup>29</sup>, ist zwar umstritten.<sup>30</sup> In der vorliegenden Konstellation lässt sich der notwendige gesetzgeberische Wille nach der Rechtsprechung des BAG aber jedenfalls unter Verweis auf die mit der letzten Anpassung des § 7 BUrlG verfolgte Zwecksetzung belegen.<sup>31</sup> Nimmt man hiervon ausgehend eine planwidrige Fehlformulierung des Wortlauts des § 7 Abs. 3 BUrlG an, so kann der Anwendungsbereich der Regelung für die

<sup>24</sup> Sieht man die teleologische Reduktion – wie hier – nach nationalem Recht als Rechtsfortbildungsmethode, ist zunächst die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung zu prüfen und bei Ablehnung einer solchen unter der Folgeüberschrift „Unionsrechtskonforme Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion“ fortzufahren. Verortet man die teleologische Reduktion hingegen noch als Mittel der Auslegung, ist hiermit auch ein weiteres Verständnis der Überschrift „(b) Unionsrechtskonforme Auslegung“ verbunden. Unter dieser Überschrift kann dann zunächst eine „Auslegung im engeren Sinne“ diskutiert und bei deren Ablehnung die teleologische Reduktion als „Auslegung im weiteren Sinne“ behandelt werden.

<sup>25</sup> Vertiefend zur teleologischen Reduktion *Kuhn*, JuS 2016, 104.

<sup>26</sup> Ausführlich hierzu *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 15 Rn. 22 ff.; *Michael/Payandeh*, NJW 2015, 2392 (2395 ff.).

<sup>27</sup> Vgl. die Ausführungen des BAG, Urt. v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, Rn. 71; parallel BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 31; krit. zu Letzterem *Grosche/Höft*, NJW 2009, 2416 (2417).

<sup>28</sup> BAG Urt. v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, Rn. 71; zum Kriterium auch *Sperber*, ZJS 2009, 429 (430); *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 9 Rn. 123, 128.

<sup>29</sup> Ausf. zum Problem *Schlachter*, EuZA 2015, 1 (12 f.).

<sup>30</sup> Das BAG, Urt. v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, Rn. 65, bezeichnet den gesetzgeberischen Willen zur ordnungsgemäßen Umsetzung von Richtlinien explizit als „regelmäßig anzunehmend“, was früheren Aussagen des EuGH, Urt. v. 5.10.2004 – C-397/01 („Pfeiffer“), Rn. 112, entspricht; in diese Richtung auch *Schlachter*, EuZA 2015, 1 (12 f.); strenger aber die wohl h.M., vgl. *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 9 Rn. 127 ff. m.w.N.

<sup>31</sup> BAG, Urt. v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, Rn. 73; krit. *Sperber*, ZJS 2009, 429 (430 f.).

Konstellation einer fortdauernden Langzeiterkrankung im Wege einer unionsrechtskonformen teleologischen Reduktion korrigiert werden.

#### (4) Folgen für die Falllösung

Zurück zur Ausgangsfrage blickend führt dies dazu, dass der 2004 entstandene Mindesturlaub des A nicht vorzeitig aufgrund § 7 Abs. 3 BUrlG verfallen ist. Zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses des A im Herbst 2005 bestand also nicht nur dessen Mindesturlaub aus 2005 (für den ein Verfall nach § 7 Abs. 3 BUrlG ohnehin nicht in Betracht kam), sondern (aufgrund der teleologischen Reduktion des § 7 Abs. 3 BUrlG) auch noch derjenige aus 2004.

#### 5. Dritte Voraussetzung des § 7 Abs. 4 BUrlG – „wegen der Beendigung fehlende Wahrnehmungsmöglichkeit“

Folgt man dieser Lösung, bestanden zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses also noch sowohl die gesetzlichen Mindesturlaubsansprüche aus 2004 als auch die aus 2005. Als letzte Voraussetzung des § 7 Abs. 4 BUrlG ist dann zu prüfen, ob diese auch „wegen der Beendigung“ nicht gewährt und genommen werden konnten.

Versteht man das Merkmal eng, könnte hiergegen angeführt werden, dass eine reguläre Urlaubsgewährung bereits aufgrund der dauerhaften Erwerbsunfähigkeit nicht mehr möglich war. Vom Wortlaut wäre es allerdings ebenso gedeckt, das Merkmal „wegen der Beendigung“ auch dann zu bejahen, wenn die Beendigung auf einem Grund beruht, der eine Urlaubsgewährung bereits selbst ausschließt. Für diese Interpretation spricht auch Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie, der in der Auslegung des EuGH verlangt, dass in Konstellationen, in denen ein Mindesturlaubsanspruch krankheitsbedingt nicht realisiert werden konnte, zumindest eine Vergütung in Geld gezahlt werden muss.<sup>32</sup> Das Merkmal „wegen der Beendigung“ ist also jedenfalls im Wege einer unionsrechtskonformen Auslegung zu bejahen.

#### 6. Ergebnis

Das Arbeitsverhältnis des A wurde beendet, wobei A zu diesem Zeitpunkt noch seine vollen Mindesturlaubsansprüche aus 2004 und 2005 zustanden. Diese konnten zudem „wegen der Beendigung“ nicht mehr gewährt werden. Mithin sind alle Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 BUrlG erfüllt. Die Mindesturlaubsansprüche des A aus 2004 sowie aus 2005 haben sich daher mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses gem. § 7 Abs. 4 BUrlG in Urlaubsabgeltungsansprüche umgewandelt. A kann die begehrte Abgeltung aus § 7 Abs. 4 BUrlG verlangen.

#### 7. Zusammenfassung – Anspruch aus § 7 Abs. 4 BUrlG

- I. „Beendigung“ des Arbeitsverhältnisses
- II. Bestehen von Urlaubsansprüchen bei Beendigung
  1. Urlaubsansprüche entstanden (+)
  2. Urlaubsansprüche erloschen?
    - a) Erfüllung gem. § 362 BGB (-)
    - b) Verfall aufgrund Befristung nach BUrlG? [2004er Urlaub]

<sup>32</sup> EuGH, Urt. v. 20.1.2009 – C-350/06 („Schultz-Hoff“), Rn. 56 ff.

- P: § 7 Abs. 3 BUrlG vs. Unionsrechtsvorgaben
- Unionsrechtskonforme Auslegung möglich? (str.)
- (Falls Auslegung abgelehnt): Unionsrechtskonforme Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion (+)

III. „wegen der Beendigung“ fehlende Wahrnehmungsmöglichkeit

1. Auslegungsoffenheit nach Wortlaut
2. (Im Zweifel) unionsrechtskonforme Auslegung

### III. Abwandlung: Zeitliche Begrenzung des „Ansammelns“ von Urlaub („KHS“)

#### 1. Die KHS-Rechtsprechung im Überblick

Wie bereits im Rahmen der Lösung des Ausgangsfalles angedeutet, gilt der in der Schultz-Hoff-Entscheidung<sup>33</sup> geprägte Grundsatz, dass Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie einen Verfall des jährlichen Mindesturlaubs dann verbietet, wenn der Arbeitnehmer diesen nicht ausüben konnte, weil er von einem Zeitpunkt innerhalb des Bezugsjahres bis zum Ende seines Arbeitsverhältnisses fortdauernd krankgeschrieben war, nicht uneingeschränkt.

Vielmehr hat der EuGH in der Folgeentscheidung „KHS“<sup>34</sup> die Mindesturlaubsvorgaben der Richtlinie konkretisiert und insbesondere enger mit dem Erholungszweck des Urlaubs verknüpft, der mit zunehmender Übertragung des Urlaubs infolge Krankheit in den Hintergrund trete. Auch für die Konstellation einer bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses fortdauernden Langzeiterkrankung hat der EuGH einen Verfall des gesetzlichen Mindesturlaubs sodann unter der Bedingung für unionsrechtskonform gehalten, dass der vorherige Übertragungszeitraum bereits „deutlich länger als der Bezugszeitraum“ war.<sup>35</sup> Dieses abstrakte Erfordernis wurde dann jedenfalls nach einer 15-monatigen Übertragung als erfüllt angesehen.<sup>36</sup>

*Achtung:* Der EuGH hat keine allgemeine 15-Monatsgrenze aufgestellt, sondern lediglich die ihm vorgelegte Konstellation eines Verfalles nach 15 Monaten für richtlinienkonform gehalten. Das einzige abstrakt aufgestellte Erfordernis war, dass „der Übertragungszeitraum deutlich länger als der Bezugszeitraum“ ausfiel, sodass auch eine gutachterliche Prüfung sich an diesem Erfordernis orientieren muss. Auch in einer Konstellation mit lediglich 14-monatiger Übertragung könnte anhand des Merkmals also beispielsweise diskutiert werden, ob sie bereits unter die KHS-Ausnahme fällt.

#### 2. Abwandlung des Ausgangsfalles

Im Ausgangsfall wirkte sich die mit der KHS-Rechtsprechung konkretisierte Verfallsmöglichkeit nicht aus, denn A begehrte dort Abgeltung für den erst im Vorjahr entstandenen Urlaub, sodass dessen bisherige Übertragung nicht „deutlich länger“, sondern sogar kürzer ausfiel als der einjährige Bezugszeitraum.

Komplizierter gestaltet sich die Lösung folgender Abwandlung:

<sup>33</sup> EuGH, Urt. v. 20.1.2009 – C-350/06 („Schultz-Hoff“).

<sup>34</sup> EuGH, Urt. v. 22.11.2011 – C-214/10 („KHS AG“), Rn. 30 ff.; erläuternd Höpfner, RdA 2013, 16 (18).

<sup>35</sup> EuGH, Urt. v. 22.11.2011 – C-214/10 („KHS AG“), Rn. 38 ff.

<sup>36</sup> EuGH, Urt. v. 22.11.2011 – C-214/10 („KHS AG“), Rn. 40, 44.

Bei sonst gleicher Situation wie im Ausgangsfall bleibt A von Herbst 2004 an zwei Jahre dauerhaft krankgeschrieben. Erst im Herbst 2006 endet sein Arbeitsverhältnis.

Kann A hiernach noch Abgeltung für bereits im Jahr 2004 entstandene Mindesturlaubsansprüche verlangen?

### 3. Die Lösung des BAG im Überblick

#### a) Vorgehen

Auch in dieser Konstellation ist die Prüfung anhand der Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 BUrlG zu strukturieren und das Merkmal „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ zu bejahen. Am Prüfungspunkt „Bestehender Urlaubsanspruch bei Beendigung“ ist zunächst erneut inzident das Entstehen des Mindesturlaubsanspruchs zu prüfen, bevor sich wie im Ausgangsfall die Frage nach einem vorzeitigen Erlöschen des 2004er Mindesturlaubs stellt. Mangels Erfüllung des Urlaubsanspruches kommt als Verfallsgrund auch hier nur die Befristung § 7 Abs. 3 BUrlG in Betracht.

#### b) Berücksichtigung der KHS-Rechtsprechung in der Falllösung

In der Abwandlung gestaltet sich das Aufeinandertreffen der nationalen Regelung mit den Richtlinienvorgaben nun nochmals deutlich komplizierter als im Ausgangsfall:

Nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 3 BUrlG würde der 2004er Mindesturlaub bekanntlich bereits nach dreimonatiger Übertragung (d.h. zum 1.4.2005) verfallen. Die Arbeitszeitrichtlinie stünde einem bereits 2005 eintretenden Verfall zwar weiterhin entgegen, würde nach der KHS-Konkretisierung des EuGH einen Verfall aber jedenfalls nach vorheriger 15-monatiger Übertragung (d.h. zum 1.4.2006) erlauben.

Während im Ausgangsfall die reine Nichtanwendung des § 7 Abs. 3 BUrlG im Wege einer teleologischen Reduktion also noch unmittelbar zur von der Richtlinie geforderten Rechtslage führte, erscheint die Implementierung der Richtlinienvorgaben ins nationale Recht nun deutlich komplexer: Eine „durchgehende“ teleologische Reduktion des § 7 Abs. 3 BUrlG würde über die Richtlinienvorgaben hinausgehen.<sup>37</sup> Eine Implementierung der (jedenfalls) nach 15 Monaten bestehenden Verfallsmöglichkeit ins deutsche Recht hingegen scheint – zumindest auf den ersten Blick – nicht nur eine Nichtanwendung des § 7 Abs. 3 BUrlG, sondern eine (methodisch kaum vertretbare) Abänderung der dortigen Verfallsfrist zu erfordern.<sup>38</sup>

Das BAG fand allerdings einen denkwürdigen Weg, die durch den EuGH eröffnete Verfallsmöglichkeit passgenau ins nationale Recht zu implementieren: Während § 7 Abs. 3 BUrlG in der „ersten Übertragungsrunde“ wie im Ausgangsfall teleologisch reduziert wird, soll die Norm auf die im Folgejahr anstehende „zweite Übertragungsrunde“ wieder regulär ihrem Wortlaut nach angewendet werden, womit die Lösung im Ergebnis exakt bei einem Verfall nach 15 Monaten Übertragung landet.<sup>39</sup>

Angewandt auf die Abwandlung bedeutet dies: Die Urlaubsansprüche aus 2004, die nach § 7 Abs. 3 BUrlG eigentlich spätestens nach drei Monaten des Folgejahres 2005 verfallen würden, werden

<sup>37</sup> Dies wäre unionsrechtlich erlaubt, würde aber im Rahmen der nationalen Methodik die Begründung einer richtlinienkonformen teleologischen Reduktion mindestens erschweren.

<sup>38</sup> Zur methodischen Zulässigkeit dieser Vorgehensweise Höpfner, RdA 2013, 16, 23 ff.

<sup>39</sup> BAG, Urt. v. 7.8.2012 – 9 AZR 353/10, Rn. 28 ff.

– genau wie im Ausgangsfall – zunächst aufgrund einer unionsrechtskonformen teleologischen Reduktion des § 7 Abs. 3 BUrlG in das volle Jahr 2005 übertragen. Stellt sich Ende 2005 dann die Frage nach einem Verfall aufgrund Befristung erneut, ist die Situation eine Andere: Wendete man § 7 Abs. 3 BUrlG in dieser „zweiten Übertragungsrunde“ seinem Wortlaut nach an, würde der 2004 entstandene (und bereits ins Jahr 2005 übertragene) Urlaub nun zunächst nach der Ausnahmeregel des § 7 Abs. 3 S. 2 BUrlG erneut ins Folgejahr übertragen, im Jahr 2006 dann aber gemäß der Drei-Monats-Regel des § 7 Abs. 3 S. 3 BUrlG spätestens nach dem 31. März verfallen.

Der Clou dieser Lösung besteht darin, dass der 2004er Urlaub zu diesem Zeitpunkt zusammengekommen bereits exakt 15 Monate in die Folgejahre übertragen wurde. Denn genau für diesen Übertragungszeitraum hatte der EuGH in der KHS-Entscheidung bekanntlich seine für einen Verfall des Mindesturlaubs trotz Langzeiterkrankung aufgestellte Voraussetzung, dass der Übertragungszeitraum „deutlich länger als der Bezugszeitraum“ sein müsse, für erfüllt gehalten. Auch die Arbeitszeitrichtlinie steht einem Verfall des 2004 entstandenen Mindesturlaubs des A zum 1.4.2006 also nicht entgegen. Zum Zeitpunkt der Ende 2005 erfolgenden „zweiten Übertragung“ des 2004er-Urlaubs bestehen daher keine unionsrechtlichen Gründe mehr, den § 7 Abs. 3 BUrlG nicht regulär anzuwenden.<sup>40</sup>

### c) Zusammenfassung

Zusammengefasst wird § 7 Abs. 3 BUrlG nach der Lösung des BAG also bei der ersten Übertragung (zum Ende des Bezugsjahres 2004) unionsrechtskonform teleologisch reduziert, im Folgejahr (Ende 2005) wird die Regelung dann aber regulär auf den bereits einmal übertragenen Mindesturlaub angewandt. Auf diesem Weg verfällt der 2004 entstandene Urlaub Ende März 2006, also genau nach der Übertragungszeit von 15 Monaten, nach der auch der EuGH einen Verfall für richtlinienkonform gehalten hat.

In der Abwandlung war der Mindesturlaubsanspruch des A aus 2004 daher zum Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses im Herbst 2006 bereits verfallen und konnte sich mithin nicht mehr gem. § 7 Abs. 4 BUrlG in einen Abgeltungsanspruch umwandeln.

## IV. Vertiefung: Anwendbarkeit der unionsrechtlichen Vorgaben und ihrer Implementierung auch auf tariflichen Zusatzurlaub?

Die bisherigen Ausführungen zur unionsrechtskonformen Auslegung bzw. unionsrechtskonformen Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion bezogen sich ausschließlich auf den gesetzlichen Mindesturlaub, denn nur dieser ist von den Vorgaben des Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie erfasst.<sup>41</sup> Nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen hingegen darüber hinausgehende tarifliche Zusatzurlaubsansprüche.<sup>42</sup> Die Tarifvertragsparteien können daher im Hinblick auf solche Ansprüche auch eigenständige Regelungen treffen, die von der richtlinienkonformen teleologischen Reduktion des § 7 Abs. 3 BUrlG abweichen.<sup>43</sup> Stehen in einem Sachverhalt zusätzlich zum gesetzlichen Mindesturlaub auch tarifliche Zusatzurlaubsansprüche in Rede, ist es daher zentral, stets auch sauber zwischen den verschiedenen Anspruchsarten zu differenzieren.

Dies beginnt bereits am Prüfungspunkt „Anspruch entstanden“, wo bezüglich des tariflichen

<sup>40</sup> BAG, Urt. v. 7.8.2012 – 9 AZR 353/10, Rn. 40 f.

<sup>41</sup> EuGH, Urt. v. 19.11.2019 – C-609/17, C-610/17 („TSN“), Rn. 50; Höpfner, RdA 2013, 65 (71).

<sup>42</sup> Gallner, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, BUrlG § 7 Rn. 52; Höpfner, RdA 2013, 65 (71).

<sup>43</sup> Ausf. BAG, Urt. v. 12.4.2011 – 9 AZR 80/10, Rn. 21.

Zusatzurlaubes beispielsweise die Wirksamkeit oder die Anwendbarkeit des Tarifvertrages zu klären sein kann. Am Prüfungspunkt „Anspruch erloschen“ ist dann zunächst zu klären, ob sich der Verfall des tariflichen Zusatzurlaubs nach den für den gesetzlichen Mindesturlaub geltenden Regeln bestimmen oder einem eigenen Regelungsregime unterfallen soll.<sup>44</sup> Hierbei handelt es sich um eine Frage der Auslegung des Tarifvertrages, was unbedingt deutlich gemacht werden sollte. Entscheidendes Kriterium ist der Wille der Tarifvertragsparteien.<sup>45</sup>

Das BAG geht im Rahmen einer solchen Tarifvertragsauslegung grundsätzlich von einem angestrebten Gleichlauf mit den für den gesetzlichen Mindesturlaub geltenden Bestimmungen aus.<sup>46</sup> Für die Feststellung eines von diesen Bestimmungen abweichenden Regelungswillens der Tarifparteien müssen hingegen „deutliche Anhaltspunkte“<sup>47</sup> vorliegen, die sich nach der jüngeren Rechtsprechung des BAG auch jeweils konkret auf den in Rede stehenden Regelungsgegenstand (z.B. den Verfall) beziehen müssen.<sup>48</sup> Dass die Tarifparteien hinsichtlich des Verfalles von Zusatzurlaub von der gesetzlichen Konzeption abweichen wollen, kann sich insbesondere daraus ergeben, dass sie hinsichtlich der Verfallsregelung zwischen gesetzlichem Mindesturlaub und tariflichem Zusatzurlaub unterscheiden oder eigene vom BUrlG abweichende Regelungen zu Übertragung und Verfall von Urlaubsansprüchen<sup>49</sup> treffen.<sup>50</sup>

## V. Fazit und Ausblick

Die Thematik des Verfalls und der Abgeltung von Urlaubsansprüchen bei Langzeiterkrankten eignet sich – wie mehrere verwandte Konstellationen – für eine Klausur im Schwerpunktbereich Arbeitsrecht. Die zu prüfenden Voraussetzungen des Abgeltungsanspruchs sind § 7 Abs. 4 BUrlG eindeutig zu entnehmen, sodass der grundlegende Aufbau keine Schwierigkeiten bereiten sollte. Die Hürden einer solchen Klausur liegen vor allem darin, die unionsrechtlichen Vorgaben zu kennen und ihre Einwirkung auf das nationale Recht sauber aufs Papier zu bringen. Dies erfordert zum einen das Wissen um zentrale Interpretationen unionsrechtlicher Vorgaben durch den EuGH, zum anderen die methodischen Fähigkeiten zu deren Berücksichtigung bei der Anwendung des nationalen Rechts.

Wichtig ist zunächst, die zentralen Weichenstellungen des EuGH zum Urlaubsrecht in ihren Grundzügen zu kennen. Gegenstand dieses Beitrags waren die Entscheidungen „Schultz-Hoff“ und „KHS“, die jeweils die Problematik des Aufeinandertreffens von Urlaubsansprüchen und Langzeiterkrankungen betrafen und den Ausgangspunkt der unionsrechtlich geprägten Entwicklung des deutschen Urlaubsrechts bildeten. Hieran anknüpfend hat der EuGH den unionsrechtlichen Vorgaben in jüngerer Zeit auch zentrale Mitwirkungsobliegenheiten<sup>51</sup> des Arbeitgebers bei der Urlaubsgewährung entnommen,

---

<sup>44</sup> Gallner, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, BUrlG § 7 Rn. 52; Lampe, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.6.2023, BUrlG § 1 Rn. 2 f.

<sup>45</sup> Vgl. BAG, Urt. v. 12.4.2011 – 9 AZR 80/10, Rn. 20.

<sup>46</sup> BAG, Urt. v. 12.4.2011 – 9 AZR 80/10, Rn. 20; Höpfner, RdA 2013, 65 (73).

<sup>47</sup> BAG, Urt. v. 14.2.2017 – 9 AZR 386/16, Rn. 15; BAG, Urt. v. 20.12.2022 – 9 AZR 245/19, Rn. 48.

<sup>48</sup> BAG, Urt. v. 20.12.2022 – 9 AZR 245/19, Rn. 48.

<sup>49</sup> Dies gilt sogar dann, wenn abweichende Befristungsregelungen auf sämtliche Urlaubsansprüche bezogen werden. Die abweichende Regelung wäre in diesem Fall zwar gem. §§ 13 Abs. 1 S. 1, 1 BUrlG i.V.m. § 134 BGB nichtig, würde hinsichtlich des tariflichen Zusatzurlaubs aber gem. § 139 BGB wirksam bleiben, vgl. BAG, Urt. v. 12.4.2011 – 9 AZR 80/10, Rn. 27.

<sup>50</sup> BAG, Urt. v. 12.4.2011 – 9 AZR 80/10, Rn. 22 ff.; zu weiteren Fallgestaltungen BAG, Urt. v. 14.2.2017 – 9 AZR 386/16, Rn. 15.

<sup>51</sup> EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – C-684/16 („Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften“), umgesetzt durch BAG, Urt. v. 19.2.2019 – 9 AZR 541/15; ausführlich hierzu Daum, RdA 2020, 179.

deren Verletzung sowohl einem Verfall<sup>52</sup>, als auch einer Verjährung<sup>53</sup> des Mindesturlaubsanspruchs entgegenstehe. Auch diese Entwicklung machte klausurrelevante Anpassungen der nationalen Rechtsprechung notwendig.<sup>54</sup> Erinnert sei zudem daran, dass der EuGH die Möglichkeit einer Urlaubsabgeltung bereits seit einigen Jahren auch zugunsten der Erben verstorbener Arbeitnehmer verlangt.<sup>55</sup> Hinsichtlich dieser zugegebenermaßen zahlreichen Entwicklungen geht es in der Klausurvorbereitung aber nicht um Details, sondern um die Grundzüge der durch den EuGH vorgenommenen Auslegung der unionsrechtlichen Vorgaben.

Die zweite Schwierigkeit liegt dann darin, einschlägige unionsrechtliche Vorgaben im Rahmen der Klausurlösung auch methodisch korrekt zu berücksichtigen. Hierfür unabdingbar sind grundlegende Kenntnisse über die Wirkung von EU-Richtlinien und die Funktionsweise einer hierauf aufbauenden unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts. In einer Konstellation wie der hier behandelten Langzeiterkrankung tritt hinzu, dass aufgrund des recht klaren Wortlautes des § 7 Abs. 3 BUrlG auch die Grenzen der nationalen Auslegungs- bzw. Rechtsfortbildungsmethoden bedacht werden müssen, was die Konstellation methodisch besonders anspruchsvoll macht.

Ob und wie tief in einer Falllösung auf die methodischen Voraussetzungen oder Grenzen der Berücksichtigung unionsrechtlicher Vorgaben eingegangen werden sollte, ist eine Frage der Schwerpunktsetzung: Bei Merkmalen, die problemlos richtlinienkonform interpretiert werden können, genügt eine knappe Darstellung der vorzunehmenden richtlinienkonformen Auslegung (wie hier bei „wegen der Beendigung“ i.S.d. § 7 Abs. 4 BUrlG). Bereitet die Wortlautgrenze hingegen (ausnahmsweise) Probleme und stellt sich daher die Frage nach der Notwendigkeit einer unionsrechtskonformen teleologischen Reduktion, so sollte auch auf die hiermit verbundenen methodischen Problemfelder eingegangen werden.

Eine abrundende Zusatzfrage zur Notendifferenzierung könnte sich insbesondere um die Behandlung tarifvertraglicher Zusatzurlaubsansprüche<sup>56</sup> drehen, denn diese werden vom Anwendungsbereich der Richtlinie nicht erfasst. Ob sich ihr Verfall ebenfalls nach den für den gesetzlichen Mindesturlaub geltenden Besonderheiten richtet oder sie einem eigenen Regelungsregime unterfallen sollen, ist eine Frage der Tarifvertragsauslegung. Die Frage nach einem Gleichlauf spezieller Urlaubsansprüche mit den für den gesetzlichen Mindesturlaub geltenden Besonderheiten könnte sich alternativ auch für Zusatzurlaubsansprüche aus Gesetz (z.B. § 208 Abs. 1 SGB IX) stellen.<sup>57</sup>

---

<sup>52</sup> EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – C-684/16 („Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften“), Rn. 81, umgesetzt durch BAG, Urt. v. 19.2.2019 – 9 AZR 541/15. Dies gilt nach jüngster Rechtsprechung sogar dann, wenn die Problemkreise „Mitwirkungsobliegenheiten“ und „Langzeiterkrankung“ zusammentreffen und für die Langzeiterkrankung eigentlich die in unter III. besprochene „KHS“-Verfallsmöglichkeit greifen würde: EuGH, Urt. v. 22.9.2022 – C-518/20, C-727/20; umgesetzt durch BAG, Urt. 20.12.2022 – 9 AZR 245/19; einschränkend für besonders früh im Urlaubsjahr eingetretene Arbeitsunfähigkeiten nun aber BAG, Urt. v. 31.1.2023 – 9 AZR 107/20.

<sup>53</sup> EuGH, Urt. v. 22.9.2022 – C-120/21; umgesetzt durch BAG, Urt. v. 20.12.2022 – 9 AZR 266/20.

<sup>54</sup> Die Lösung des BAG zur Umsetzung dieser Vorgaben bei der nationalen Rechtsanwendung besteht in der Herleitung entsprechender Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitsgebers aus § 7 Abs. 1 BUrlG in Verbindung mit der Annahme, dass erst die Erfüllung dieser Obliegenheiten zur Befristung des Anspruches aus § 7 Abs. 3 BUrlG (BAG, Urt. v. 19.2.2019 – 9 AZR 541/15, Rn. 26 ff.; BAG, Urt. v. 20.12.2022 – 9 AZR 245/19, Rn. 44) bzw. zum Beginn der Verjährung (BAG, Urt. v. 20.12.2022 – 9 AZR 266/20, Rn. 38 ff.) führe, was beides im Wege einer unionsrechtskonformen Auslegung geschieht.

<sup>55</sup> EuGH, Urt. v. 12.6.2014 – C-118/13 („Bollacke“); EuGH, Urt. v. 6.8.2018, C-569/16, C-570/16 („Bauer & Willmeroth“), vgl. hierzu die Folge 4 – Urlaubsrecht unter unionsrechtlichem Einfluss (II): Vererbbarkeit von Urlaubsansprüchen, abrufbar unter [www.iaaeu.de/podcast](http://www.iaaeu.de/podcast) m.w.N.

<sup>56</sup> Hierzu BAG, Urt. v. 12.4.2011 – 9 AZR 80/10, Rn. 20 ff.; BAG, Urt. v. 14.2.2017 – 9 AZR 386/16, Rn. 14 ff.; BAG, Urt. v. 20.12.2022 – 9 AZR 245/19, Rn. 46 ff.

<sup>57</sup> Für eine unionsrechtskonforme Rechtsfortbildung bzw. Auslegung auch hier BAG, Urt. v. 7.8.2012 – 9 AZR 353/10.

## Grundkurshausarbeit zur Partnervermittlung: „Wo die Liebe hinbellt!“\*

PD Dr. Thomas Pierson, Frankfurt am Main,  
Verwaltungsrichterin Janna Samira Stein-Cadenbach, Bayreuth\*\*

*Der Fall ist inspiriert durch zwei neuere BGH-Entscheidungen zum Widerruf von Partnervermittlungsverträgen und zur analogen Anwendung des § 656 BGB auf Online-Partnervermittlungen.<sup>1</sup> Gerade für Anfänger herausfordernd mag der Umgang mit dieser Norm sein, der nach dem Aussterben des klassischen Heiratsvermittlers nur durch die Rechtsprechung ein Anwendungsbereich verschafft wird, obwohl die Regelung faktisch obsolet ist, ihre Verfassungsmäßigkeit seit langem bezweifelt wird und der ihr zugrundeliegende historische gesellschaftspolitische Normzweck kaum noch nachvollziehbar ist.<sup>2</sup> Die inhaltliche Schwierigkeit besteht darin, die von den Entscheidungen abweichende Fallkonstellation richtig zu erfassen und die juristischen Wertungen auf diese zu übertragen. Methodisch waren neben der Analogieprüfung viele Sachverhaltsinformationen zu verwerten und auf begrenztem Platz ein eher komplexes und technisches Prüfungsprogramm in einem sinnvollen Aufbau abzuarbeiten.*

### Sachverhalt

Valentine (V) begibt sich aus Liebeskummer für einige Monate in die Welt des Onlinedatings – vergeblich. Bei einem Besuch von Shakespeares „Verlorene Liebesmüh“ gelangt V zu der Erkenntnis, professioneller Hilfe einer seriösen Partnervermittlung aus der realen Welt zu bedürfen. Nach einigen Recherchen stößt V auf den gewerblichen Partnervermittler Reginald Herzsprung (H), der in Werbebroschüren damit wirbt, selbst die tragisch liebenden TokTik-Stars Abaelardus und Heloise miteinander verkuppelt zu haben. In mehreren schlaflosen Nächten steigert sich V in die Überzeugung hinein, dass bei einem so kompetenten und erfolgreichen Vermittler wie H ein Erfolg geradezu ein Selbstläufer sei und vereinbart mit ihm einen Besuch bei V, um den Beratungsbedarf zu ermitteln.

Im Beratungsgespräch am 11.10.2022 befragt H V zu finanziellen Verhältnissen, generellem Lebensstil und beruflichem Werdegang sowie bisherigen Partnersuchbemühungen. Weil V noch jung ist und nach Einschätzung des H keine erkennbaren Hindernisse dafür bestehen, dass V einen Herzensmenschen finden kann, rät er von der Buchung eines kosten- und zeitintensiven persönlichen „Eins-zu-Eins-Beratungspakets“ ab. Stattdessen empfiehlt er V seine von ihm und seinen Programmierern entwickelte Software, und erläutert V deren Bedienung und Funktionen, mit denen nach Eingabe durch Partnersuchende selbst ein automatisierter Partnerwuschabgleich vorgenommen wird. Der

---

\* Der hier gekürzte Sachverhalt wurde im GK ZR I an der LMU München als Ferienhausarbeit ausgegeben.

\*\* Der Autor Dr. Pierson ist Privatdozent an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main und am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte (Prof. Dr. Thorsten Keiser), Gießen tätig. Die Autorin Stein-Cadenbach ist Verwaltungsrichterin in Bayreuth.

<sup>1</sup> BGH NJW 2021, 2885; BGH NJW-RR 2021, 1141.

<sup>2</sup> Ähnlich Meyer, ZfPW 2019, 488; umfassend dazu und Verfassungswidrigkeit annehmend Haberl, Rechtliche Aspekte des Online-Datings, Insbesondere der Vergütungsanspruch der Partnerschaftsvermittler im Internet, 2018, S. 156–185; einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 f. AEUV prüfend Peters, Die Partnerschaftsvermittlung im deutschen und schweizerischen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der Online-Partnervermittlung: ein perspektivischer Vergleich mit Handlungsoptionen für das deutsche Privatrecht, 2019, S. 76–81.

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

dafür programmierte Algorithmus sei zuverlässiger als jeder menschliche Profilabgleich. Vor allem würde dies vermeiden, dass er oder seine Mitarbeiter jemals Einblick in die konkret formulierten Partnerwünsche erhielten. So sei jede Möglichkeit des „Waschens schmutziger Wäsche“ mit intimen Details, sexuellen Vorlieben etc. ausgeschlossen. Da er dies der Mehrzahl seiner potentiellen Kunden empfehle, habe er nicht nach konkreten Partnerwunschkategorien gefragt. V ist von dem Vorgehen überzeugt und unterschreibt, im Glauben, so die große Liebe zu finden, das übliche Vertragsformular für das „Digital-Spezial-Paket“ des H, in dem es unter anderem heißt:

### III. Leistungen des Partnervermittlers

1. Umfangreiche Beratung im Rahmen eines persönlichen Gesprächs mit Hintergrundcheck des Auftraggebers; Erläuterung des Partnersuchalgorithmus und Einweisung in die Eingabemaske der Vermittlungssoftware. Anfertigung eines Personalbogens und eines Partnerwunschbogens durch den Auftraggeber (vorbereitende Leistung). Eine Kenntnisnahme des Partnervermittlers von den persönlichen Angaben im Partnerwunschbogen im Zusammenhang mit der Identität des Auftraggebers ist ausgeschlossen.

2. Die eingegebenen Daten werden von dem Softwarealgorithmus des Partnervermittlers automatisiert bewertet und mit dem Kundenbestand abgeglichen, um eine möglichst weitgehende Übereinstimmung der Partnerwünsche zu gewährleisten (vorbereitende Leistung).

3. Auf der Grundlage dieses Abgleichs werden spätestens innerhalb von 3 Wochen nach Vertragsabschluss 120 Partnervorschläge (Partnerdepot) automatisiert zusammengestellt (Hauptleistung, auf die 80% des Honorars entfallen). Während der Vertragslaufzeit erhält der Auftraggeber Zugriff auf ein persönliches Benutzerkonto, in das unmittelbar nach Erstellung des Depots und in jedem weiteren vollen Kalendermonat am Monatsersten jeweils zehn Partnervorschläge eingestellt werden, die für den gesamten verbleibenden Vertragszeitraum einsehbar bleiben; das Depot wird während dieses Zeitraums fortlaufend automatisch aktualisiert; der Partnervermittler stellt eine Service-Hotline bereit, über die der Auftraggeber täglich von 8–22 Uhr technische Unterstützung erhalten kann (20% des Honorars).

IV. Das Benutzerkonto wird nach Eingang des vereinbarten Honorars oder Teilhonorars freigeschaltet.

V. Die Vertragslaufzeit beträgt zwölf Monate. Das Kündigungsrecht ist ausgeschlossen.

Für das „Digital-Spezial-Paket“ verlangt H 3.900 €. Sie einigen sich auf V's Wunsch darauf, dass von dem Gesamthonorar 900 € sofort und der Rest in vierteljährlichen Raten von 750 € jeweils nach Ablauf des Vertragsquartals zu erbringen sind. Zudem unterzeichnet V eine gesonderte Erklärung, in der es heißt:

„Ich wünsche, dass H mit der Leistungserbringung aus dem Partnervermittlungsvertrag sofort beginnt. Mir ist bewusst, dass ich mein Widerrufsrecht verliere, wenn der Vertrag seitens des Partnervermittlers vollständig erfüllt ist.“

Zusätzlich füllt V einen „Auskunftsbogen zum Hintergrundcheck“ aus, der die aktuelle Einkommenssituation, beruflichen Werdegang und allgemeinen Lebensstil abfragt, außerdem weitere Formulare, die H erlauben, Auskünfte über das Vorliegen von Schulden und Vorstrafen etc. einzuholen. Durch das persönliche Gespräch und den Hintergrundcheck versucht H sicherzustellen, dass seine Kundschaft nur auf ernsthafte Interessenten stößt und vor Heiratsschwindlern und Stalkern geschützt ist.

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

Danach wird V von H mit fiktiven Beispielen ausführlich erläutert, wie realistisch und passend formulierte Vorstellungen zu bilden und einzugeben sind. Anschließend füllt V allein die Eingabemaske am mitgebrachten Laptop des H aus. Mit dem Speichern der Eingaben werden die Daten automatisch verschlüsselt und eine voll anonymisierte Kopie des Partnerwunschbogens erstellt.

In freudiger Erwartung bevorstehender Liebeshändel begleitet V den H zur U-Bahn. Auf dem Rückweg begegnet V der jungen Rottweilerhündin Rosi (R) mit ihrer Begleitperson Jona (J) beim Gassigehen. R hat den Rückruf noch nicht gelernt und springt schwanzwedelnd an V hoch. V wollte schon immer einen eigenen Hund haben und ist von den Zuneigungsbekundungen begeistert. V und J kommen ins Gespräch und vereinbaren, dass V hin und wieder auf R aufpassen wird, damit sich J in Ruhe auf das Referendarexamen vorbereiten kann. Zwei Tage später überweist V 900 € an H, woraufhin noch am selben Tag das Benutzerkonto freigeschaltet wird. Die ersten Partnervorschläge überzeugen V nicht besonders. Enttäuscht widmet V sich lieber den kurzweiligen Hundesitter-Stunden. Dabei kommen sich V und J allmählich näher und verlieben sich. Die traute Zwei- bzw. Dreisamkeit wird jedoch empfindlich gestört, als Anfang Februar 2023 ein Schreiben des H eintrifft. Mit Verwunderung habe er feststellen müssen, dass V die „längst fällige“ Rate nicht gezahlt habe und übersende daher beiliegende Rechnung mit der Bitte um umgehende Zahlung. J ist verletzt, während V ob der unerwartet mit J verlebten Glücksmomente die Partnervermittlung völlig vergessen hatte.

J ist der Auffassung, der Vertrag müsse „null und nichtig“ sein und V solle das gezahlte Geld zurückverlangen. Schließlich sei V von H ausgenutzt worden: Zutreffend führt J aus, dass die durchschnittliche Vergütung eines Partnervermittlers nur 2.000 € betrage. V ist schlicht enttäuscht. Nachdem H so überzeugend seine Methode angepriesen hatte, hatte sich V bei Vertragsschluss vorgestellt, mithilfe der Partnervorschläge auf jeden Fall die Liebe des Lebens finden zu können. Nach der Einsicht der ersten Partnervorschläge hat V aber erkannt, dass dazu mehr gehört, als die Buchung eines „Digital-Spezial-Pakets“. Zudem hatte V gedacht, ohne professionelle Unterstützung ohnehin keine Chance auf ein baldiges Liebesglück zu haben. V und J formulieren einen Brief, in dem sie schreiben, dass V sich nicht an die Vereinbarung gebunden fühle, weil V von falschen Voraussetzungen ausgegangen sei. Außerdem widerrufe V das Vertragsverhältnis. Nur „höchst hilfsweise“ – eine Formulierung, die J im Anwaltspraktikum aufgeschnappt hat – erkläre V außerdem die Kündigung. Die gezahlten 900 € verlange V zurück. Anschließend schickt V den Brief an H, der diesem am 8.2.2023 zugeht.

H hält sein Honorar für angemessen. Es könne nicht einfach ein Durchschnittssatz herangezogen werden, da sich der Leistungsumfang der Partnervermittlungen stark unterscheide. Er führt zutreffend aus, dass je nach Einzelfall Honorare zwischen 250 und 10.000 € vereinbart werden. Einen Erfolg habe er niemals versprochen, das sei in Herzensangelegenheiten ja gar nicht denkbar. Ein Widerruf komme schon nicht in Betracht, weil er seine Leistung schon erbracht habe. Er sei weiterhin bereit, das Vertragsverhältnis fortzuführen, schließlich wisse man nie, wie lange so ein junges Glück anhalte.

### Fallfrage

Wie ist die Rechtslage?

### Bearbeitervermerk

Es ist davon auszugehen, dass alle gesetzlichen Vorschriften zur Belehrung und Information von Verbrauchern bei Vertragsschluss erfüllt wurden. §§ 327–327s BGB sowie sonstige Normen, soweit sie sich speziell auf digitale Inhalte oder digitale Produkte beziehen, sind nicht anzuwenden.

## Lösungsvorschlag

<b>Teil 1: Anspruch V gegen H auf Zahlung von 900 € .....</b>	<b>1268</b>
<b>A. Anspruch aus § 355 Abs. 3 S. 1 BGB .....</b>	<b>1268</b>
<b>I. Anspruch entstanden .....</b>	<b>1269</b>
1. Vertrag zwischen V und H .....	1269
a) Einigung .....	1269
b) Inhalt der Einigung .....	1269
2. Wirksamer Widerruf .....	1269
a) Widerrufsrecht gem. § 312g Abs. 1 Alt. 1 BGB .....	1269
b) Anwendbarkeit des § 312g BGB .....	1270
aa) Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag, § 312g Abs. 1 BGB .....	1270
bb) Keine Ausnahme nach § 312g Abs. 2, 3 BGB .....	1270
c) Widerrufserklärung, § 355 Abs. 1 S. 2, 3 BGB .....	1270
d) Kein vorzeitiges Erlöschen gem. § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB .....	1270
aa) Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen gegen Zahlung eines Preises durch den Verbraucher, § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB .....	1270
bb) Vorliegen der außerhalb der Vertragsdurchführung liegenden Voraussetzungen .....	1270
cc) Vollständiges Erbringen der Dienstleistung, § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB .....	1271
(1) Maß der Leistungserbringung nach allgemeinen Grundsätzen .....	1271
(2) Maß der Leistungserbringung nach Ziff. III des Vertrages .....	1272
(3) Einbeziehung der Klammerzusätze in Ziff. III Nr. 3 .....	1272
(a) Positive Einbeziehungsvoraussetzungen .....	1272
(b) Kein Einbeziehungshindernis nach § 305c Abs. 1 BGB .....	1272
(4) Unwirksamkeit der Klammerzusätze in Ziff. III Nr. 3 des Vertrages nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 .....	1273
(a) Eröffnung der Inhaltskontrolle, § 307 Abs. 3 S. 1 BGB .....	1273
(b) Unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB .....	1273
(5) Nichtigkeit gem. § 134 BGB i.V.m. § 361 Abs. 2 S. 1 BGB .....	1274
dd) Zwischenergebnis .....	1274
e) Widerrufserklärung innerhalb der Widerrufsfrist .....	1274
<b>II. Ergebnis .....</b>	<b>1275</b>
<b>B. Anspruch aus § 628 Abs. 1 S. 3 BGB .....</b>	<b>1275</b>
<b>I. Anspruch entstanden .....</b>	<b>1275</b>

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

1. Wirksamer Dienstvertrag, § 611 Abs. 1 BGB.....	1275
a) Keine Nichtigkeit wegen Wuchers gem. § 138 Abs. 2 BGB.....	1275
b) Keine Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB .....	1275
c) Keine Nichtigkeit des Vertrages ex tunc gem. § 142 Abs. 1 BGB infolge Anfechtung der Willenserklärung von V.....	1275
2. Kündigungsrecht aus § 627 Abs. 1 BGB.....	1276
a) Dienstvertrag, der kein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 622 BGB ist.....	1276
b) Kein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen .....	1276
c) Verpflichtung zur Leistung von Diensten höherer Art .....	1277
d) Übertragung auf Grund besonderen Vertrauens.....	1277
e) Kein Ausschluss des Kündigungsrechts.....	1278
3. Wirksame Kündigungserklärung.....	1278
4. Vergütung für eine spätere Zeit im Voraus entrichtet .....	1279
<b>II. Zwischen- und Gesamtergebnis für Teil 1 .....</b>	<b>1280</b>
<b>Teil 2: Anspruch H gegen V auf Zahlung von 750 € .....</b>	<b>1280</b>
<b>A. Anspruch H gegen V auf Zahlung von 750 € aus Dienstvertrag, § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. § 628 Abs. 1 S. 1 BGB .....</b>	<b>1280</b>
<b>I. Anspruch entstanden .....</b>	<b>1280</b>
<b>II. Anspruch erloschen.....</b>	<b>1281</b>
<b>III. Anspruch durchsetzbar .....</b>	<b>1281</b>
1. Fälligkeit .....	1281
2. Kein Durchsetzungshindernis aus § 656 Abs. 1 S. 1 BGB .....	1281
a) Planwidrige Regelungslücke .....	1281
b) Vergleichbare Interessenlage.....	1282
aa) Ermittlung der für § 656 Abs. 1 BGB maßgeblichen Interessenlage.....	1282
bb) Vergleichbarkeit mit dem vorliegenden Vertragstyp.....	1282
c) Zwischenergebnis.....	1283
<b>B. Ergebnis zu Teil 2 .....</b>	<b>1284</b>

### Teil 1: Anspruch V gegen H auf Zahlung von 900 €

#### A. Anspruch aus § 355 Abs. 3 S. 1 BGB

V könnte gegen H ein Anspruch auf (Rück-)Zahlung von 900 € aus § 355 Abs. 3 S. 1 BGB zustehen.

## I. Anspruch entstanden

Dies setzt voraus, dass V und H einen Vertrag geschlossen haben, dieser wirksam widerrufen wurde und H für die Abwicklung des Vertrages bereits Leistungen empfangen hat.

### 1. Vertrag zwischen V und H

#### a) Einigung

V unterschreibt das von H mitgebrachte Vertragsformular. Diese Handlung erfüllt den objektiven Tatbestand einer Willenserklärung (Erklärungshandlung, Rechtsbindungswille, Rechtsfolgenbezeichnung) und V hatte auch Handlungswillen und Erklärungsbewusstsein (str., ob erforderlich), so dass der subjektive Tatbestand ebenfalls erfüllt ist. Ob V bei Abgabe der Erklärung einem Willensmangel unterlag, ist ausweislich der Anfechtungsmöglichkeiten (§§ 119 ff. BGB) irrelevant.

Auch H müsste eine inhaltlich übereinstimmende Willenserklärung abgegeben haben. Diese könnte bereits konkludent (§§ 133, 157 BGB) in der Überreichung des Vertragsformulars an V zur Unterschrift vorliegen. Dann hätte H einen Antrag i.S.d. § 145 BGB und V mit der Unterschrift eine Annahmeerklärung (vgl. § 149 BGB) abgegeben. Spätestens darin, dass V und H sich anschließend über die Zahlungsmodalitäten einigen und H mit der Leistungserbringung beginnt (Vorbereitung des Hintergrundchecks, Einführung und Beratung), liegt eine konkludente Willenserklärung des H (dann Antrag durch V). Beide Willenserklärungen sind unter Anwesenden analog § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zugegangen.

#### b) Inhalt der Einigung

Fraglich ist, auf welchen Vertragsinhalt und damit auch, welchen Vertragstyp V und H sich geeinigt haben. Dies ist durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Bei dem Vertrag könnte es sich um einen Werkvertrag i.S.v. § 631 BGB handeln. Hierfür müsste H verpflichtet sein, durch Arbeit oder Dienstleistung einen Erfolg herbeizuführen (vgl. § 631 Abs. 2 BGB). H schuldet nach der Vertragserklärung jedoch nur Dienstleistungen wie Beratung, Erstellung des Partnerdepots und Einstellung von Partnervorschlägen in das Benutzerkonto usw. Auch im vorvertraglichen Bereich sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass H gegenüber V einen Vermittlungserfolg konkret in Aussicht gestellt hat, so dass dies auch nicht konkludent in die Willenserklärungen von H und V mit einbezogen wurde. Da H aus dem Vertrag nur seine Tätigkeit inklusive Bereithaltung von Benutzerkonto und Service-Hotline schuldet, während V zur Zahlung eines Honorars verpflichtet ist, handelt es sich um einen Dienstvertrag nach § 611 Abs. 1 BGB.<sup>3</sup>

### 2. Wirksamer Widerruf

V könnte den Vertrag widerrufen haben. Voraussetzung hierfür ist, dass V ein Widerrufsrecht zustand, das wirksam ausgeübt wurde.

#### a) Widerrufsrecht gem. § 312g Abs. 1 Alt. 1 BGB

V könnte ein Widerrufsrecht aus § 312g Abs. 1 Alt. 1 BGB zustehen.

---

<sup>3</sup> Zur älteren Diskussion der vertragstypologischen Einordnung der Partnerschaftsvermittlung und dem Verhältnis zu § 656 BGB vertiefend *Peters*, Der Partnerschaftsvermittlungsvertrag, 1986, S. 85–125.

**b) Anwendbarkeit des § 312g BGB**

Die Anwendbarkeit des § 312g BGB ist in § 312 Abs. 1 BGB geregelt, die dort genannten Voraussetzungen liegen vor: Der Vertrag zwischen V und H entspricht der Legaldefinition des § 310 Abs. 2 BGB für den Verbrauchervertrag. V ist eine natürliche Person, die den Vertrag nicht zum Zweck einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit abschließt, und damit nach § 13 BGB Verbraucher, H handelt hingegen in Ausübung einer solchen Tätigkeit und ist damit Unternehmer nach § 14 Abs. 1 BGB. V hat sich im Vertrag zur Zahlung eines Preises verpflichtet, nämlich zur Zahlung einer Vergütung i.H.v. 3.900 €. Eine der Ausnahmen oder Einschränkungen nach § 312 Abs. 2–8 BGB liegt nicht vor.

**aa) Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag, § 312b Abs. 1 BGB**

Es handelt sich auch um einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag nach § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB i.V.m. Abs. 2 e contrario, da der Vertrag bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit beider in der Wohnung von V geschlossen wurde, die kein Geschäftsraum des H (vgl. § 312b Abs. 2 BGB) ist.

**bb) Keine Ausnahme nach § 312g Abs. 2, 3 BGB**

Eine Ausnahme nach § 312g Abs. 2, 3 BGB ist nicht ersichtlich.

**c) Widerrufserklärung, § 355 Abs. 1 S. 2, 3 BGB**

V müsste eine Erklärung abgegeben haben, aus welcher der Entschluss, den Vertrag zu widerrufen, eindeutig hervorgeht. Die Erklärung ist eindeutig, da sie sogar – obwohl nicht erforderlich – das Wort „widerrufe“ enthält. Sie ist entsprechend § 355 Abs. 1 S. 2 BGB auch gegenüber dem Unternehmer H erfolgt: V hat die Erklärung mit dem Losschicken des Briefes abgegeben, diese ist dem H am 8.2.2023 zugegangen. Eine bestimmte Form ist für den Widerruf nicht vorgesehen, obwohl § 355 Abs. 1 S. 5 BGB für die Fristwahrung die rechtzeitige Absendung genügen lässt. Die jedenfalls vorliegende Textform nach § 126b BGB ist ausreichend.

**d) Kein vorzeitiges Erlöschen gem. § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB**

Das Widerrufsrecht dürfte nicht durch vollständige Erbringung der Dienstleistung gem. § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB erloschen sein.

**aa) Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen gegen Zahlung eines Preises durch den Verbraucher, § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB**

Ein Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen liegt vor und V als Verbraucher wurde zur Zahlung eines Preises von 3.900 € verpflichtet.

**bb) Vorliegen der außerhalb der Vertragsdurchführung liegenden Voraussetzungen**

Die Voraussetzungen der § 356 Abs. 4 Nr. 2 lit. a–c BGB liegen vor: In der Unterzeichnung der dem Vertragsschluss nachfolgenden Erklärung liegt vor Beginn der Vertragsdurchführung eine ausdrückliche Zustimmung, dass H mit der Erbringung der Dienstleistung vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt (lit. a), hat V die Zustimmung auf dem dauerhaften Datenträger Papier übermittelt (lit. b) und die Kenntnis der Rechtsfolgen bezüglich des Widerrufsrechts bestätigt (lit. c).

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

Die Zustimmung könnte jedoch unwirksam sein, wenn und weil sie von H, ohne den Inhalt ernsthaft zur Disposition zu stellen, vorformuliert wurde.<sup>4</sup> Für die geschäftsähnliche Handlung der Zustimmung nach § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB<sup>5</sup> gelten die §§ 305 ff. BGB analog<sup>6</sup>, eine Bereichsausnahme analog § 310 Abs. 4 S. 1 BGB liegt nicht vor.

Zwar ist davon auszugehen, dass eine Zustimmung, die in den AGB des Verwenders vorformuliert ist und bei Vertragsschluss automatisch mitunterschrieben wird, unwirksam ist.<sup>7</sup> Die Regelung bezweckt offensichtlich, dass der Verbraucher der Leistungserbringung bewusst und in Kenntnis seiner Rechte zustimmt. Die Zustimmung darf vom Unternehmer gleichwohl vorbereitet werden, dem Verbraucher muss jedoch eine freie Wahl bleiben, ob der Unternehmer vor Ablauf der Widerrufsfrist mit der Leistungserbringung beginnt.<sup>8</sup> Vorliegend handelt es sich zwar um eine vorformulierte, jedoch nicht in den AGB des Formularvertrages enthaltene, sondern gesonderte Erklärung, die V erst nach Vertragsschluss unterschrieb. Anhaltspunkte dafür, dass V diesbezüglich nicht die freie Wahl gelassen wurde, bestehen nicht.

### cc) Vollständiges Erbringen der Dienstleistung, § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB

Fraglich ist jedoch, ob H seine Dienstleistung bereits i.S.d. § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB vollständig erbracht hat. Hierfür müssen mindestens alle Pflichten des Unternehmers erfüllt sein, die für die Erbringung der Hauptleistung erforderlich sind.<sup>9</sup>

#### (1) Maß der Leistungserbringung nach allgemeinen Grundsätzen

Hauptleistungspflichten sind die Pflichten, auf die es nach dem Willen der Vertragspartner in so hohem Grad ankommt, dass diese unter allen Umständen erbracht werden müssen, um den Vertrag ordnungsgemäß abzuwickeln, weil diese Leistungspflichten den grundlegenden Charakter des Vertrages ausmachen.<sup>10</sup> Für die Frage, welche Leistungen Hauptleistungen sein sollen, ist der Wille der Parteien maßgeblich. Da der sachliche Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB nach § 310 Abs. 4 S. 1 BGB eröffnet ist und H den Vertrag vorformuliert mitgebracht und nicht im Einzelfall ausgehandelt (§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB) hat, liegen AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB vor. Daher ist bei der Ermittlung des Vertragsinhalts der Auslegungsmaßstab der §§ 133, 157 BGB auf den objektiv-typischen Verständnishorizont eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden zu modifizieren.<sup>11</sup>

Den vorliegenden Vertrag macht aus, dass der Kunde vom Partnervermittler Partnervorschläge erhält, die ihm die Kontaktaufnahme zu potentiellen Partnern ermöglichen. Danach handelte es sich jedenfalls bei der Erstellung des Partnerdepots und der Bereitstellung von insgesamt 120 Partnervorschlägen um Hauptleistungspflichten. Diese Leistungspflichten aus Ziff. III Nr. 3. des Vertrages stehen nicht nur im Synallagma mit der Gegenleistungspflicht des Kunden, sie sind der eigentliche Grund für den Vertragsabschluss des Kunden und machen den wesentlichen Vertragscharakter aus.

<sup>4</sup> Das legt der Sachverhalt nahe, da V die Erklärung nur „unterzeichnet“.

<sup>5</sup> Müller-Christmann, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 356 Rn. 28.

<sup>6</sup> Mäsch, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 305 Rn. 13 f.

<sup>7</sup> Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 356 Rn. 9; zustimmend Fritsche, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 356 Rn. 43; Müller-Christmann, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 356 Rn. 27.

<sup>8</sup> Daher eine Zustimmung bei Ankreuzmöglichkeit in den AGB möglich haltend bei freier Wahl des Verbrauchers LG Nürnberg-Fürth BeckRS 2015, 18414, Ziff. II lit. b.

<sup>9</sup> BGH NJW 2021, 2885 (2885 Rn. 21); vgl. zum unionsrechtlichen Hintergrund EuGH NJW 2020, 3771 = LMK 2021, 437057 m. Anm. Ring.

<sup>10</sup> Sinngemäß BGH NJW 2021, 2285 (2286 Rn. 22).

<sup>11</sup> Bonin, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2023, § 305c Rn. 88.

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

Folglich wären die Hauptleistungspflichten nur teilweise erbracht, da H bis Februar 2023 zwar das ursprüngliche Partnerdepot voll erstellt, von den geschuldeten 120 Partnervorschlägen jedoch erst 50 in das Benutzerkonto eingestellt hat.

## (2) Maß der Leistungserbringung nach Ziff. III des Vertrages

Fraglich ist jedoch, ob sich aus den in Klammern stehenden Angaben, die die Gewichtung und Einordnung der Leistungspflichten festlegen, etwas anderes ergibt. Nach Ziff. III Nr. 3. soll es sich bei der Erstellung des Partnerdepots zu Beginn der Vertragslaufzeit um die Hauptleistungspflicht aus dem Vertrag handeln, auf die 80% des Honorars entfallen, während die übrigen 20 % die Aktualisierung des Partnerdepots, die Einstellung der Partnervorschläge in das Benutzerkonto und die Bereitstellung einer Service-Hotline vergüten sollen. Danach hätte H die Hauptleistung bereits vollständig erbracht, da das Partnerdepot bereits im Oktober 2022 erstellt wurde. Jedoch müssten diese Bestimmungen wirksam vereinbart sein.

## (3) Einbeziehung der Klammerzusätze in Ziff. III Nr. 3

### (a) Positive Einbeziehungsvoraussetzungen

Besondere Einbeziehungsvoraussetzungen bestehen nicht. Wenn es sich um AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handelt, ist zu berücksichtigen, dass die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB auf Formularverträge nicht anwendbar sind, weil bei ihnen die AGB unmittelbarer Bestandteil der Willenserklärung des Vertragspartners sind,<sup>12</sup> sondern die allgemeinen Einigungsvoraussetzungen gelten, welche hier vorliegen.

### (b) Kein Einbeziehungshindernis nach § 305c Abs. 1 BGB

Möglicherweise sind die Klammerzusätze überraschend und schon deshalb gem. § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil geworden. Zunächst müssten die Klammerzusätze objektiv ungewöhnlich sein, was mangels besonderer Einzelfallumstände anhand des Erwartungshorizonts eines typischen Durchschnittskunden zu ermitteln ist.<sup>13</sup> Vorliegend werden durch die Klammerzusätze die Begriffe von Haupt- und Nebenleistung definiert. Bei der Erstellung des Partnerdepots handelt es sich um eine rein interne Datenverarbeitung im Betrieb des H, während der Kunde erst von der Mitteilung ihrer Ergebnisse profitiert. Ihm kommt es nur darauf an, dass er die nach einem tauglichen Verfahren erstellten Vorschläge erhält und dadurch zu potentiellen Partnern Kontakt aufnehmen kann. Aus Sicht des Durchschnittskunden ist es daher ungewöhnlich, dass ein für ihn unsichtbares, „vorbereitendes Leistungsinternum“ die Hauptleistung sein soll.

Der Vertragspartner des Verwenders durfte darüber hinaus nicht mit den Klammerzusätzen rechnen brauchen. Der Klausel muss also ein gewisser Überraschungs- oder Übertölpelungseffekt innewohnen.<sup>14</sup> Durch die Verschiebung der Gewichtung der einzelnen Leistungsbestandteile wird in das synallagmatische Verhältnis der Leistungen zueinander eingegriffen. Zwar wird die Gesamtheit der gegenseitigen Leistungspflichten nicht verändert, wohl aber das Verhältnis der Leistungsbestandteile zueinander. Durch eine wesentliche Höherbewertung eines Leistungsanteils verschiebt sich das Preisgefüge. Schon dies dürfte für den Durchschnittskunden überraschend sein.

---

<sup>12</sup> Nach a.A. ist § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht anwendbar und Nr. 2 sowie das Einverständnis nach Abs. 2 a.E. stets erfüllt, so dass sie auch nicht im Einzelfall geprüft werden müssen.

<sup>13</sup> Vgl. H. Schmidt, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 305c Rn.14.

<sup>14</sup> BGH NJW-RR 2017, 501 (502 Rn. 10).

Folgen zeigt eine solche Verschiebung erst im Falle einer Leistungsstörung oder der Geltendmachung von Gestaltungsrechten. Die Definition der Leistungsbestandteile wirkt sich auf das vorzeitige Erlöschen des Widerrufsrechts nach § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB aus, außerdem auf die Höhe eines etwaigen Wertersatzes nach § 357a Abs. 2 BGB. Die Verkürzung der gesetzlichen Rechte im Falle der Widerrufsmöglichkeit und in Fällen der Leistungsstörung ist schon auf Grund der Verortung, vor allem aber inhaltlich überraschend. Ein Kunde muss nicht damit rechnen, dass kleine Klammerzusätze in der Leistungsbeschreibung Regelungen enthalten, die vorrangig nicht der Festlegung des Umfangs der Leistungspflichten dienen, sondern ihre Wirkung in der Beschneidung seiner Rechte entfalten. Die Klammerzusätze sind daher nach § 305c Abs. 1 BGB nicht Bestandteil des Vertrages geworden.<sup>15</sup> Der Vertrag bleibt im Übrigen gem. § 306 Abs. 1 BGB wirksam, Anhaltspunkte für einen Fall des Abs. 3 liegen nicht vor.

(4) Unwirksamkeit der Klammerzusätze in Ziff. III Nr. 3 des Vertrages nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Abs. 2 Nr. 1

(a) Eröffnung der Inhaltskontrolle, § 307 Abs. 3 S. 1 BGB

Eine Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, 2 BGB findet nach Abs. 3 S. 1 nur bei solchen Bestimmungen statt, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen enthalten. In Ziff. III des Vertrages werden die Leistungspflichten des Partnervermittlers festgelegt. Auch die fraglichen Klammerzusätze beziehen sich jeweils auf die dort angegebenen Leistungsbeschreibungen. Solche enthalten jedoch keine von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen, da im Gesetz nicht geregelt ist, auf welche (Haupt-)Leistungen sich die Parteien konkret einigen. Daher ist für Leistungsbeschreibungen die Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nicht eröffnet, es würde auch jeglicher normative Kontrollmaßstab für eine Angemessenheitsprüfung fehlen.<sup>16</sup> Dies gilt jedoch nur für die Vereinbarung des unmittelbaren Leistungsgegenstandes, während Bestimmungen, welche die Leistungspflicht des Verwenders modifizieren, der Inhaltskontrolle unterliegen.<sup>17</sup> Die Klammerzusätze regeln nicht unmittelbar die Leistungspflichten des H, sondern modifizieren durch Festlegung von anteiligen Werten den Leistungsbegriff selbst. Dieser unterliegt der Inhaltskontrolle.<sup>18</sup>

(b) Unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Die Klammerzusätze müssten von einer gesetzlichen Regelung abweichen und mit deren wesentlichen Grundgedanken unvereinbar sein. Vorliegend modifizieren die Klammerzusätze mittels der Definition des Leistungsbegriffs die gesetzlichen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien. Durch die Deklaration der Erstellung des Partnerdepots zur Hauptleistungspflicht werden die Voraussetzungen für das Erlöschen des Widerrufsrechts nach § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB zum Nachteil des Kunden verändert. Soweit der Verwendungsgegner sich dennoch durch Widerruf, Rücktritt oder Kündigung nach §§ 626 f. BGB vom Vertrag lösen kann, werden diese Lösungsrechte entwertet, da durch die Festlegung der Leistungsanteile der Kunde wegen des Wertersatzes (§§ 357a Abs. 2, 346 Abs. 2 BGB) oder der anteiligen Vergütungspflicht (§ 628 Abs. 1 S. 1 BGB) den Großteil des vereinbarten Honorars

<sup>15</sup> BGH NJW 2021, 2885 spricht diesen Aspekt in einem ähnlichen Fall nicht an.

<sup>16</sup> Ganz h.M., exemplarisch BGH NJW 2019, 1446 (1448 Rn. 29); *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Kommentar zum AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 18.

<sup>17</sup> BGH NJW 2018, 534 (535 Rn. 15) m.w.N.; *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Kommentar zum AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307; *Wurmnest*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 307 Rn. 13.

<sup>18</sup> Vgl. BGH NJW 2021, 2285 (2286 Rn. 25).

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

dennoch zahlen muss. Die Klammerzusätze sind mit dem Grundgedanken der Gewährung der genannten Lösungsrechte unvereinbar und benachteiligen Vertragspartner des H unangemessen. Für Abweichungen vom Verbraucherschutzrecht ist die Unangemessenheit offensichtlich, da dieses einen Mindestschutz für Verbraucher gewährleisten soll, von dem zum Nachteil des Kunden nicht abgewichen werden darf (vgl. § 361 Abs. 2 BGB). Aber auch soweit Rücktrittsrechte, deren Grund in der Sphäre des Verwenders liegen, und die fristlosen Kündigungsmöglichkeiten in §§ 626 f. BGB betroffen sind, wird die gesetzgeberische Wertung der Lösungschancen so stark ausgehöhlt, dass die Regelung unangemessen ist. Daran ändert nichts, dass die Klammerzusätze dies nur mittelbar über die Definition des Leistungsbegriffs bewirken (§ 306a BGB).

#### (5) Nichtigkeit gem. § 134 BGB i.V.m. § 361 Abs. 2 S. 1 BGB

Die Klammerzusätze sind zudem nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen § 361 Abs. 2 S. 1 BGB nichtig. Bei § 361 Abs. 2 S. 1 BGB handelt es sich nach Art. 2 EGBGB um ein Gesetz und auch um ein Verbot, da die Regelung jegliche für den Verbraucher nachteilige Abweichung von dem in den §§ 355–360 BGB gewährleisteten Mindestschutz untersagt. Auch hier kommt es nicht darauf an, ob die Abweichung unmittelbar oder mittelbar herbeigeführt wird, wie etwa durch Definitionen, die zur Abänderung der Hauptleistungspflicht des Verwenders führen.<sup>19</sup> Aus § 361 Abs. 2 S. 2 BGB geht dies ebenfalls klarstellend hervor.

Demnach liegt in den Klammerzusätzen eine rechtsgeschäftlich vereinbarte und für den Verbraucher nachteilige Abweichung von den §§ 355 Abs. 1 S. 1, 356 Abs. 4 Nr. 2, 357a Abs. 2 BGB vor und somit ein Verstoß gegen § 361 Abs. 2 S. 1 BGB. Die Vereinbarung ist insoweit gem. § 134 BGB nichtig. Dies führt jedoch nicht zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages gem. § 139 BGB, sondern nur zur Teilnichtigkeit, der Nichtigkeit der Klammerzusätze. Denn nach dem hypothetischen objektiv vernünftigen Willen von H und V ist anzunehmen, dass sie den Vertrag auch ohne diese abgeschlossen hätten, insbesondere weil mangels entgegenstehender Anhaltspunkte davon auszugehen ist, dass sie eine gesetzeskonforme Vertragsgestaltung anstrebten, ihn also nicht von den im Detail verbraucher-schutzwidrigen Regelungen abhängig machen wollten.<sup>20</sup>

#### dd) Zwischenergebnis

Die Klammerzusätze sind unwirksam (§§ 305c Abs. 1, 307 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Abs. 2 Nr. 1; § 134 BGB i.V.m. § 361 Abs. 2 S. 1 BGB), so dass diese für die Beurteilung, ob H seine Dienstleistung vollständig erbracht hat, nicht maßgeblich sind. Das Widerrufsrecht ist nicht nach § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB vorzeitig erloschen.

#### e) Widerrufserklärung innerhalb der Widerrufsfrist

V müsste den Vertrag fristgerecht widerrufen haben, § 355 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Widerrufsfrist begann gem. § 355 Abs. 2 S. 2 BGB mit Vertragsschluss, da V von H ordnungsgemäß unterrichtet wurde (§ 356 Abs. 3 S. 1 BGB). Damit begann die Frist gem. § 187 Abs. 1 Alt. 1 BGB am 12.10.2022. Die Dauer der Frist beträgt gem. § 355 Abs. 2 S. 1 BGB 14 Tage und endete damit nach § 188 Abs. 1 BGB mit Ablauf des 25.10.2022. V hat den Widerruf jedoch erst im Februar 2023 und damit nicht fristgerecht erklärt und abgesendet (§ 355 Abs. 1 S. 5 BGB).

<sup>19</sup> Rosenkranz, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2023, § 361 Rn. 19, 19.5.

<sup>20</sup> Genauer zur Herleitung der Merkmale *Wendland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 139 Rn. 16 m.w.N.

## II. Ergebnis

Ein Anspruch von V gegen H aus § 355 Abs. 3 S. 1 BGB ist mangels wirksamen Widerrufs nicht entstanden.

### B. Anspruch aus § 628 Abs. 1 S. 3 BGB

V könnte gegen H ein Anspruch auf (Rück-)Zahlung von 900 € aus § 628 Abs. 1 S. 3 BGB zustehen.

#### I. Anspruch entstanden

Dies setzt voraus, dass V und H einen wirksamen Dienstvertrag geschlossen haben, dieser nach Beginn der Dienstleistung gem. § 626 BGB oder § 627 BGB wirksam gekündigt wurde und dass V die Vergütung für eine spätere Zeit als den Kündigungszeitpunkt im Voraus entrichtet hat.

##### 1. Wirksamer Dienstvertrag, § 611 Abs. 1 BGB

###### a) Keine Nichtigkeit wegen Wuchers gem. § 138 Abs. 2 BGB

Die Einigung könnte wegen Wuchers gem. § 138 Abs. 2 BGB nichtig sein. Fraglich ist schon, ob der objektive Tatbestand des auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung erfüllt ist. Hierfür gibt es keinen festen Wert, ein auffälliges Missverhältnis liegt jedoch in der Regel vor, wenn der objektive Wert von Leistung und Gegenleistung um 100 % oder mehr voneinander abweichen, wobei auch eine Überhöhung knapp darunter im konkreten Einzelfall ausreichen kann.<sup>21</sup> Schon hierfür fehlen Anhaltspunkte im Sachverhalt, da von einer durchschnittlichen Vergütung i.H.v. 2.000 € wegen der divergierenden Leistungsprogramme nicht auf den objektiven Wert der hier vereinbarten Leistungen geschlossen werden kann.<sup>22</sup> Jedenfalls fehlen Anhaltspunkte für das Vorliegen des subjektiven Tatbestands im Sinne einer Zwangslage bzw. einer der in § 138 Abs. 2 BGB genannten Schwächen bei V oder ihrer Ausbeutung durch H. Eine Nichtigkeit wegen Wuchers gem. § 138 Abs. 2 BGB liegt nicht vor.

###### b) Keine Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB

Eine Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit der Partnervermittlung als Vertragsinhalt nach § 138 Abs. 1 BGB liegt jedenfalls heutzutage fern und wird nicht mehr ernsthaft diskutiert.<sup>23</sup>

###### c) Keine Nichtigkeit des Vertrages ex tunc gem. § 142 Abs. 1 BGB infolge Anfechtung der Willenserklärung von V

V schreibt, sich nicht an die Vereinbarung gebunden zu fühlen, weil V von falschen Voraussetzungen

---

<sup>21</sup> BGH NJW-RR 2017, 1261 (1262); *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 138 Rn. 47, 49.

<sup>22</sup> Zur fehlenden Homogenität des Leistungsangebots und nichtbestehenden Durchschnittspreisen *Peters*, Die Partnerschaftsvermittlung im deutschen und schweizerischen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der Online-Partnervermittlung: ein perspektivischer Vergleich mit Handlungsoptionen für das deutsche Privatrecht, 2019, S. 104 f.

<sup>23</sup> Siehe nur BGH NJW-RR 2017, 1261 (1262) dazu, dass es keine allgemeinen Maßstäbe für die Sittenwidrigkeit von Partnervermittlungsverträgen gibt.

ausgegangen sei. Dies ist nach §§ 133, 157 BGB auszulegen und lässt erkennen, dass V den Vertrag wegen eines Willensmangels nicht gelten lassen möchte. Dagegen spricht nicht, dass V den Vertrag möglicherweise für bereits nichtig hält, da auch nichtige Verträge angefochten werden können. Damit liegt eine Anfechtungserklärung gem. § 143 Abs. 1 BGB vor, die H als Vertragspartner und damit gem. § 143 Abs. 2 BGB richtigen Anfechtungsgegner mit dem Brief nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zugegangen ist.

Anhaltspunkte für einen Inhalts- oder Erklärungsirrtum nach § 119 Abs. 1 BGB liegen nicht vor. Fraglich ist, ob darin, dass V sich einen Vermittlungserfolg oder jedenfalls die Möglichkeit, allein durch die Partnervorschläge des H auf jeden Fall die Liebe des Lebens finden zu können, vorgestellt hat, ein Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB vorliegt. Es könnte sich dabei um einen Irrtum über die Eigenschaft einer Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen wird, handeln. Sachen i.S.d. §§ 119 Abs. 2 Alt. 2 BGB sind nicht nur Sachen i.S.d. § 90 BGB, sondern alle möglichen Geschäftsgegenstände, also auch die vereinbarte Dienstleistung.<sup>24</sup> Es ist allerdings nicht erkennbar, über welche konkrete Eigenschaft sich V geirrt haben könnte oder dass V davon ausging, dass H nicht nur eine Dienstleistung, sondern einen konkreten Vermittlungserfolg schulde. Unabhängig von der Einordnung des Eigenschaftsirrtums,<sup>25</sup> liegt ein unbeachtlicher Motivirrtum vor. Was V erklärt hat und erklären wollte, stimmt überein. Soweit V durch Vorstellungen, Erwartungen oder Hoffnungen hinsichtlich durch die Vertragsdurchführung ermöglichte Kontakte zur Abgabe der Erklärung veranlasst wurde, handelt es sich nur um innere Beweggründe, die nicht zur Anfechtung berechtigen.<sup>26</sup> Auch eine Täuschung seitens H in Bezug auf die Tauglichkeit oder Erfolgswahrscheinlichkeit seiner Partnervermittlungsleistungen ist nicht ersichtlich, so dass V die Willenserklärung auch nicht nach § 123 Abs. 1 Var. 1 BGB anfechten kann. Der Dienstvertrag ist daher nicht gem. § 142 Abs. 1 BGB ex tunc nichtig, sondern wirksam.

## 2. Kündigungsrecht aus § 627 Abs. 1 BGB

Anhaltspunkte für ein Recht zur fristlosen Kündigung aus § 626 Abs. 1 BGB liegen nicht vor, in Betracht kommt aber ein Kündigungsrecht aus § 627 Abs. 1 BGB.

### a) Dienstvertrag, der kein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 622 BGB ist

Bei dem Dienstvertrag zwischen V und H dürfte es sich nicht um ein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 622 BGB handeln. Hiermit sind Arbeitsverhältnisse nach § 611a Abs. 1 BGB gemeint.<sup>27</sup> H handelt jedoch als Unternehmer, er kann seine Tätigkeit frei gestalten und handelt im Verhältnis zu V nicht weisungsgebunden.

### b) Kein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen

Es dürfte sich nicht um ein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen handeln, also keine ständigen oder langfristigen Aufgaben über einen längeren Zeitraum übertragen werden. Vorliegend wurde eine Vertragslaufzeit von zwölf Monaten vereinbart, was im konkreten Einzelfall genügen

---

<sup>24</sup> *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 142 m.w.N.

<sup>25</sup> Die wohl h.M. geht von einem ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtum aus, *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 110–119 m.w.N.

<sup>26</sup> *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 119 Rn. 37.

<sup>27</sup> *Gotthardt*, in: BeckOK ArbR, Stand: 1.6.2023, BGB § 622 Rn. 6.

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

kann.<sup>28</sup> Die Auslegung ergibt jedoch, dass es bei der Ausnahme darum geht, das Vertrauen eines Dienstverpflichteten zu schützen, der damit rechnen durfte, einen nicht unerheblichen Teil seiner sachlichen und persönlichen Mittel für eine gewisse Dauer einzusetzen und dafür eine für seine wirtschaftliche Existenz oder Planung nicht unerhebliche Vergütung zu erhalten.<sup>29</sup> Wenn es sich wie vorliegend zwar um einen Vertrag mit einer mehrmonatigen Laufzeit, aber um eine Dienstleistung handelt, die vielen Interessenten ohne eine gewisse persönliche Bindung angeboten und dann vom Dienstleister abgewickelt wird, liegt die Voraussetzung nicht vor.

Bei dem zwischen V und H vereinbarten Honorar handelt sich auch nicht um feste Bezüge. Durch das Anknüpfen an langfristige, nicht unerhebliche Tätigkeiten muss es auch darum gehen, dass dem Dienstverpflichteten auf längere Sicht für sein wirtschaftliches Dasein nicht unerhebliche Beträge zufließen.<sup>30</sup> Dies ist hier schon wegen der Höhe der Vergütung von 3.900 € für ein ganzes Jahr eher fernliegend. Ausschlaggebend ist jedoch, dass es sich bei dem vereinbarten „Digital-Spezial-Paket“ um ein fest vorgegebenes Leistungsprogramm mit einer einmaligen Vergütung handelt. H und V haben sich nur auf Wunsch von V darauf geeinigt, dass das Honorar nicht insgesamt sofort fällig wird, sondern zunächst nur eine Anzahlung und der Rest in vierteljährlichen Raten gezahlt werden soll. Die ausnahmsweise Vereinbarung einer Ratenzahlung führt nicht dazu, dass es sich um feste Bezüge i.S.v. § 627 Abs. 1 BGB handelt.

### c) Verpflichtung zur Leistung von Diensten höherer Art

Der Vertrag muss die Leistung von Diensten höherer Art zum Gegenstand haben. Das können solche sein, die besondere Fachkenntnisse oder Fertigkeiten voraussetzen oder den persönlichen Lebensbereich betreffen.<sup>31</sup> V entscheidet sich für einen seriösen Partnervermittler, der seine Dienstleistung mittels einer Software abwickeln soll, die von ihm persönlich mitentwickelt wurde und für die er V intensiv persönlich berät. Auch wenn intime Details gerade nicht bekannt werden, so erhält H doch durch das Beratungsgespräch sehr private Einblicke in finanzielle Verhältnisse, Lebensstil und beruflichen Werdegang von V. Die Dienstleistung soll gerade im besonders privaten Bereich der Partnersuche genutzt werden. Aus diesem Grund sind die Dienste des H als Dienstleistungen höherer Art zu qualifizieren.<sup>32</sup>

### d) Übertragung auf Grund besonderen Vertrauens

Die vereinbarten Dienste müssten auf Grund besonderen Vertrauens übertragen werden, wobei es nach dem Wortlaut des Gesetzes („zu werden pflegen“) nicht auf das Vorliegen eines Vertrauens-

---

<sup>28</sup> BGH NJW 2021, 1392 (1394 Rn. 25). Vereinzelt wird ein dauerndes Dienstverhältnis schon abgelehnt, weil die Partnervermittlung auf ein kurzfristiges Ziel, im Idealfall den Erfolg mit dem ersten Partnervorschlag, ausgerichtet sei, so *Krenzer*, Die gewerbliche Partnervermittlung: unter besonderer Berücksichtigung des Verbraucherschutzes, 1996, S. 175 f.

<sup>29</sup> *Plum/Horcher*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 627 Rn. 4 f.; *Henssler*, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 627 Rn. 19.

<sup>30</sup> BGH NJW 2016, 1578 (1580 Rn. 27); BGH NJW 2021, 1392 (1395 Rn. 27); zur Problemstellung bei Online-Partnervermittlungen *Rockstroh/Gründner*, NJW 2016, 3393 (3394).

<sup>31</sup> *Plum/Horcher*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 627 Rn. 7.

<sup>32</sup> Zur grundsätzlichen Einordnung BGH NJW 2010, 150 (151 Rn. 19); zum älteren Streit darum *Priebe*, Eheanbahnungs- und Partnerschaftsvermittlungsverträge, insbesondere im Hinblick auf die Auflösung derartiger Verträge und deren Folgen, 1987, ab S. 112; früher wurde argumentiert, dass ein gesellschaftlich missbilligtes Geschäft kein höherer Dienst sein könne.

verhältnisses im Einzelfall, sondern auf die typisierte Lage ankommt.<sup>33</sup> Davon ist auszugehen, wenn die Dienstleistung den persönlichen Lebensbereich des Dienstberechtigten betrifft und der Dienstverpflichtete Einblick in die Berufs-, Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Vertragspartners erlangt und er daher besonders diskret sein muss.<sup>34</sup> Gesteigert wird der Vertrauensbezug durch die H erteilte Erlaubnis, Auskünfte über das Vorliegen von Schulden und Vorstrafen einzuholen, während V im Gegenzug darauf vertrauen darf, durch die Vorschläge des H nicht an unseriöse Personen zu gelangen.

### e) Kein Ausschluss des Kündigungsrechts

Das Kündigungsrecht dürfte nicht durch Ziff. V des Vertrages ausgeschlossen sein. Das Kündigungsrecht aus § 627 Abs. 1 BGB ist dispositiv, kann also grundsätzlich abbedungen werden.<sup>35</sup> Zweifelhaft erscheint jedoch, ob dies in AGB bzw. einem Formularvertrag mit einem Verbraucher erfolgen kann. Der Grundgedanke des § 627 Abs. 1 BGB ist es, einen angemessenen Interessenausgleich zu schaffen, indem es bei Diensten mit typischerweise besonderer Vertrauensstellung dem Dienstberechtigten jederzeit eine sofortige Lösung vom Vertrag ermöglicht, ohne dass objektive Gründe hierfür vorliegen müssen, nicht jedoch bei besonderer Schutzwürdigkeit des Dienstverpflichteten. Ein genereller Ausschluss des Kündigungsrechts in AGB ist jedenfalls mit dem Grundgedanken des § 627 Abs. 1 BGB unvereinbar, falls nicht ein angemessener Interessenausgleich stattfindet.<sup>36</sup> Der Ausschluss des Kündigungsrechts in Ziff. V des Vertrages ist daher nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 unwirksam. Die Unwirksamkeit ergibt sich weiter daraus, dass in Ziff. V des Vertrages undifferenziert jegliches Kündigungsrecht ausgeschlossen wird. Die Klausel mag als individualvertragliche Klausel möglicherweise noch so ausgelegt werden können, dass der Ausschluss nicht das im Voraus absolut unabdingbare<sup>37</sup> Kündigungsrecht aus § 626 Abs. 1 BGB erfasst. Wegen § 305c Abs. 2 BGB darf hiervon bei AGB jedoch nicht ausgegangen werden.<sup>38</sup>

Gem. § 306 Abs. 1 und 2 BGB bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam und verbleiben V die gesetzlichen Kündigungsrechte, mithin auch das Kündigungsrecht aus § 627 Abs. 1 BGB.

### 3. Wirksame Kündigungserklärung

V hat H in dem Brief die „Kündigung“ erklärt, was auch als Kündigung im rechtlichen Sinn auszulegen ist. Eine Form wie in § 623 BGB oder Frist wie in § 626 Abs. 2 BGB ist im Gesetz nicht vorgesehen. Fraglich ist jedoch, ob die Kündigung „höchst hilfsweise“ erfolgen durfte. Es könnte sich um eine Bedingung i.S.d. § 158 BGB handeln. Kündigungen sind als Gestaltungsrechte, die in die Rechte anderer eingreifen, bedingungsfeindlich, weil dem Gegenüber eine Unsicherheit über die Rechtslage nicht zumutbar ist.<sup>39</sup>

<sup>33</sup> BGH NJW 2011, 3575 (3575 Rn. 9).

<sup>34</sup> BGH NJW 2011, 3575 (3575 Rn. 9) m.w.N.

<sup>35</sup> *Temming*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 627 Rn. 6 m.w.N.

<sup>36</sup> Zur grundsätzlichen Unwirksamkeit einer Abbedingung in AGB BGH NJW 2021, 1392 (1396 Rn. 35), in Rn. 36 aber andeutend, dass Abbedingung des Kündigungsrechts unter Kompensation nicht völlig undenkbar ist; ähnlich *Temming*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 627 Rn. 8.

<sup>37</sup> BGH NJW 2021, 1392 (1396 Rn. 35); *Plum/Horcher*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 626 Rn. 2.

<sup>38</sup> Bei der konkreten Fallprüfung ist die kundenfeindlichste Auslegung wegen der möglichen Nichtigkeitsfolge die kundenfreundlichste Auslegung.

<sup>39</sup> Statt vieler: *Armbrüster*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, Vor. § 158 Rn. 18.

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

Die Erklärung könnte nach §§ 133, 157 BGB dahin auszulegen sein, dass sie nur gelten soll, falls die zuvor geltend gemachten Unwirksamkeits- oder Beendigungsgründe nicht durchgreifen. Dann handelte es sich nicht um eine echte Bedingung im Sinne eines künftigen ungewissen Ereignisses, da der Sachverhalt bereits feststeht, obwohl sich V über die Rechtslage nicht gewiss ist. Teilweise wird vertreten, dass auch solche nur subjektiv ungewissen Ereignisse wie Bedingungen zu behandeln sind, weil die Ungewissheit zu einer ähnlich unzumutbaren Unsicherheit führen würde.<sup>40</sup> Teilweise wird davon ausgegangen, dass es sich bei der hilfsweisen Kündigung um eine zulässige auflösende (§ 158 Abs. 2 BGB) Rechtsbedingung handelt.<sup>41</sup> Welcher Ansatz vorzugswürdig erscheint, muss nicht entschieden werden. Unabhängig von der dogmatischen Einordnung ist darauf abzustellen, ob eine hilfsweise Kündigung für den Fall, dass das Vertragsverhältnis nicht schon auf Grund anderer Tatbestände nichtig oder beendet ist, zu einer unzumutbaren Ungewissheit beim Kündigungsgegner führt.<sup>42</sup> Zunächst ist festzustellen, dass ein Anknüpfen an die gegenwärtig bestehende Rechtslage zwischen den Parteien mangels Zukunftsabhängigkeit grundsätzlich nicht unzumutbar ist. Soweit man die subjektive Ungewissheit der Parteien mit einer objektiven Ungewissheit gleichsetzen möchte, führt dies vorliegend nicht zur Unzumutbarkeit für den Kündigungsgegner. Denn soweit jener sich unsicher ist, ob der Vertrag von vornherein nichtig war oder ob der Vertrag widerrufen wurde, kann er sein Verhalten nicht mit der nötigen Sicherheit hinsichtlich der bestehenden Ansprüche planen. Vielmehr muss die Rechtslage – notfalls gerichtlich – geklärt werden. Der Moment, in dem dies erfolgt, klärt die Frage, ob die Kündigung greifen soll. Die Abhängigkeit der Kündigung von dem Bestehen oder Nichtbestehen des Vertrages aus anderen Gründen ist für den Erklärungsempfänger daher gegenüber dem Berufen auf diese Tatbestände selbst mit keiner zusätzlichen Ungewissheit verbunden.

#### 4. Vergütung für eine spätere Zeit im Voraus entrichtet

Das Abstellen des Gesetzeswortlauts auf eine zeitliche Komponente könnte darauf hindeuten, dass bei einem Pauschalhonorar für eine Vertragslaufzeit von zwölf Monaten maßgeblich ist, wie viele der vereinbarten 365 Tage bis zum Zeitpunkt der Beendigung bereits verstrichen sind. Hat der Dienstberechtigte entgegen § 614 S. 1 BGB die Vergütung oder einen Teil davon im Voraus entrichtet, so würde er nach § 628 Abs. 1 S. 3 BGB einen Teil zurückverlangen können, soweit dieser den sich so ergebenden Bruchteil des vereinbarten Pauschalhonorars übersteigt.

Bei einer systematischen Auslegung des § 628 Abs. 1 BGB ergibt sich aber, dass es zu einem Gleichlauf der Ergebnisse, die sich aus § 628 Abs. 1 S. 1, 2 BGB, und solcher, die sich aus S. 3 ergeben, kommen muss. Die Norm regelt das Schicksal der Vergütungspflicht für den Fall einer fristlosen Kündigung. Nachdem der Dienstverpflichtete seinen Anspruch grundsätzlich erst geltend machen kann, wenn er seine Dienstleistung erbracht hat (§ 614 BGB), ermöglicht ihm § 628 Abs. 1 S. 1 BGB, im Falle einer vorzeitigen Kündigung einen Teilvergütungsanspruch entsprechend des bisher erbrachten Teils geltend zu machen. S. 2 schaffte einen Interessenausgleich, falls der Beendigungsgrund in der Sphäre des Dienstverpflichteten liegt, so dass die Folgen der Kündigung nicht zu Lasten des Vertragspartners gehen. Es kann aber keinen Unterschied machen, ob der Dienstberechtigte entgegen § 614 BGB bereits die Vergütung gezahlt hat, oder nicht. Der Dienstverpflichtete kann also gem. § 628 Abs. 1 S. 1 BGB im Falle der Beendigung nach § 627 Abs. 1 BGB einen entsprechenden Teil der Vergütung

<sup>40</sup> Nachweise bei *Bork*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, Vor. §§ 158 ff., Rn. 29.

<sup>41</sup> BAG NZA 2013, 1197 (1201 Rn. 44).

<sup>42</sup> Ähnlich *Westermann*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 158 Rn. 28–31.

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

verlangen. Soweit der Dienstberechtigte mehr als das nach Abs. 1 S. 1 Geschuldete im Voraus entrichtet hat, kann er diesen Betrag nach Maßgabe des § 628 Abs. 1 S. 3 BGB zurückverlangen.<sup>43</sup>

Es kommt also darauf an, ob V einen höheren Anteil an Vergütung im Voraus entrichtet hat, als H an geschuldeten Leistungen erbracht hat. H und V haben vereinbart, dass V ein Pauschalhonorar von 3.900 € für die Dienstleistungen des H zahlen soll, wobei die von H zu übermittelnden 120 Partneranschläge auf zwölf Teilleistungen à zehn Vorschläge verteilt werden sollen. Daraus ergibt sich, dass auf jedes Vorschlagspaket ein Vergütungsanteil von einem Zwölftel entfällt, also 325 €. <sup>44</sup> Das Dienstverhältnis wurde mit Zugang der Kündigung am 8.2.2023 beendet. Zu diesem Zeitpunkt hat H bereits fünf Vorschlagspakete eingestellt, nämlich einmal noch im laufenden Oktober und dann zum jeweils Monatsersten bis Februar. Damit entspricht der bisherige Teil der geleisteten Vergütung fünf Zwölftel, das sind 1.625 €. V hat im Voraus jedoch erst 900 € gezahlt, so dass kein zurückzufordernder Überschussbetrag verbleibt. Damit ist der Anspruch aus § 628 Abs. 1 S. 3 BGB nicht entstanden.<sup>45</sup>

## II. Zwischen- und Gesamtergebnis für Teil 1

V hat keinen Anspruch gegen H auf Zahlung von 900 € aus § 628 Abs. 1 S. 3 BGB oder einer anderen Anspruchsgrundlage.

### Teil 2: Anspruch H gegen V auf Zahlung von 750 €

#### A. Anspruch H gegen V auf Zahlung von 750 € aus Dienstvertrag, § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. § 628 Abs. 1 S. 1 BGB

##### I. Anspruch entstanden

Mit dem Abschluss des wirksamen Dienstvertrages hat sich V grundsätzlich zur Zahlung eines Honorars i.H.v. 3.900 € verpflichtet.<sup>46</sup> Allerdings geht die wohl h.M. davon aus, dass der Anspruch auf Vergütung für Dienstleistungen nicht vor Erbringung der vollen Dienstleistung entsteht, Teilleistungen

---

<sup>43</sup> Plum/Horcher, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 628 Rn. 8; Henssler, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 628 Rn. 43; siehe auch Günther, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2023, § 628 Rn. 95.

<sup>44</sup> Zur Behandlung konkreter Teilleistung ebenso Günther, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2023, § 628 Rn. 42; bei Pauschalhonoraren ebenfalls auf den erbrachten Teil der Leistung und nicht auf den Zeitablauf abstellend Riesenhuber, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 628 Rn. 9.

<sup>45</sup> Häufig wird bei Dienstleistungsverträgen, auch Partnervermittlungsverträgen, von einer Teilung pro rata temporis ausgegangen. Besteht die Leistungspflicht aus einer allgemeinen laufenden Dienstleistung, etwa dem Bemühen um geeignete Partneranschläge, so trifft dies zu. Ist aber wie hier eine bestimmte Anzahl von Vorschlägen vereinbart, sind diese für die Berechnung maßgeblich. Weiter könnte man überlegen, die vorbereitenden Leistungen des H aus der Aufteilung herauszunehmen und nur den Restbetrag durch 120 zu teilen. Allerdings sind keine speziellen Vorlaufkosten als konkrete Aufwendungen ersichtlich und den vorbereitenden Leistungen wurde kein bestimmter Entgeltteil gegenübergestellt. Zudem dürften diese Aufwendungen ausschließlich zur Erfüllung des Vertrages mit V verwendbar sein (BGH NJW 1991, 2763 [2764]), jedoch wird V zugleich Teil des Partnerpools des H. Insofern nähern sich die vorbereitenden Leistungen sog. Allgemenkosten an, den Partnerpool ständig zu pflegen, aktualisieren und zu erweitern.

<sup>46</sup> Ob auf den vorliegenden Vertrag § 656 Abs. 1 S. 1 BGB anwendbar ist, muss für die Prüfung der Anspruchsentstehung nicht geklärt werden, da die Regelung trotz des Wortlauts nicht die Anspruchsentstehung, sondern nur die Durchsetzbarkeit der Forderung hindern würde, h.M., BGH NJW 1964, 546; Fischer, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 656 Rn. 1; Althammer, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 656 Rn. 1; a.A. Meier, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2023, § 656 Rn. 20, sich jedoch zu Unrecht auf die dort zitierten Rechtsprechungs- und Literaturfundstellen stützend.

genügen nicht.<sup>47</sup> Jedoch bestimmt § 628 Abs. 1 S. 1 BGB, dass der Dienstverpflichtete im Fall einer außerordentlichen Kündigung nach § 627 BGB einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil seiner Vergütung verlangen kann. Der Rechtsgrund für die Vergütung dürfte dennoch der Dienstvertrag bleiben, dessen Abwicklung nach fristloser Kündigung § 628 BGB regelt. Daher ist der Anspruch des H gegen V aus dem Dienstvertrag i.H.v. 1.625 € entstanden.

## II. Anspruch erloschen

Durch die Zahlung von V an H im Oktober 2022 ist der Anspruch i.H.v. 900 € gem. § 362 Abs. 1 BGB erloschen. Dem steht nicht entgegen, dass der Anspruch erst durch die Kündigung in der festgestellten Höhe endgültig entstanden ist. Insofern ist einhellig anerkannt, dass für den Fall, dass die Parteien einen Vorschuss des Dienstberechtigten vereinbaren, dieser eine Tilgungsleistung auf den späteren Anspruch des Dienstleiters aus dem Vertrag darstellt. Nichts anderes kann gelten, wenn statt des vollen Honoraranspruchs nach Erbringung der vollen Dienstleistung gem. § 628 Abs. 1 S. 1 BGB ein Abwicklungsverhältnis entsteht, indem der Honoraranspruch anteilig besteht. Der Anspruch besteht daher nur noch i.H.v. 725 €.

## III. Anspruch durchsetzbar

### 1. Fälligkeit

Die Fälligkeit des Zahlungsanspruchs aus § 628 Abs. 1 S. 1 BGB dürfte sich wie der ursprüngliche Anspruch nach § 614 BGB richten, wobei die Voraussetzungen für die Fälligkeit dann stets vorliegen. Allerdings ist eine von § 614 BGB abweichende Vereinbarung der Parteien auch im Abwicklungsverhältnis weiter zu berücksichtigen. Danach ist im Februar 2023 erst ein Vertragsquartal abgelaufen, so dass der Anspruch des H maximal i.H.v. weiteren 750 € fällig ist. Dies genügt, da der Anspruch ohnehin nur noch i.H.v. 725 € besteht.

### 2. Kein Durchsetzungshindernis aus § 656 Abs. 1 S. 1 BGB

Die Durchsetzbarkeit dürfte nicht durch die Regelung in § 656 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen sein. Eine unmittelbare Anwendung des § 656 Abs. 1 S. 1 BGB scheidet aus, da die Norm nach ihrem Wortlaut nur die Heiratsvermittlung erfasst. Fraglich ist, ob § 656 Abs. 1 S. 1 BGB auf den vorliegenden Partnervermittlungsvertrag analog anzuwenden ist. Dies würde eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraussetzen.

#### a) Planwidrige Regelungslücke

Eine Regelungslücke liegt vor, da das Gesetz zur Durchsetzbarkeit von Forderungen aus Partnervermittlungsverträgen keine Regelung enthält. Diese Regelungslücke müsste auch planwidrig, d.h. gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht unvollständig sein.<sup>48</sup> Da es sich bei § 656 Abs. 1 S. 1 BGB um eine Ausnahmegesetzvorschrift für eine bestimmte Forderungsart handelt, kann von einem Fehlen

---

<sup>47</sup> BGH NJW 2006, 2485 (2486 Rn. 7) m.w.N.; *Latzel*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 611 Rn. 340, 342, 344; *Joussen*, in: BeckOK ArbR, Stand: 1.6.2023, BGB § 614 Rn. 3a; a.A. *Maties*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2023, § 614 Rn. 5.

<sup>48</sup> Z.B. BGH GRUR 2002, 238 (241).

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

einer entsprechenden Regelung für eine andere Vertragsart nicht ohne Weiteres auf ein Übersehen des Regelungsbedarfs durch den Gesetzgeber geschlossen werden. Hier liegen jedoch Umstände vor, aus denen sich dies klar ergibt: Der Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts konnte angesichts der damaligen – auch strafrechtlichen – Rechtslage und gesellschaftlichen Auffassungen nicht vorhersehen, dass in Zukunft außereheliche Partnerschaften durch Vermittler sogar angebahnt würden. Da der Gesetzgeber schon Ansprüchen aus dem Bereich der Ehevermittlung kritisch gegenüberstand, ist davon auszugehen, dass er eine vergleichbare oder darüber hinausgehende Regelung erst Recht für außereheliche Partnervermittlungen getroffen hätte.<sup>49</sup> Eine planwidrige Regelungslücke liegt daher vor.

## b) Vergleichbare Interessenlage

### aa) Ermittlung der für § 656 Abs. 1 BGB maßgeblichen Interessenlage

Das für die Regelung in § 656 Abs. 1 BGB – heutzutage – gewichtigste Interesse liegt nach h.M. in dem schützenswerten Diskretionsbedürfnis des Kunden, da zu erwarten ist, dass Prozesse um den Ehemaklerlohn die geschlossenen Ehen und die Intimsphäre der Ehegatten beeinträchtigen könnten.<sup>50</sup> Im Falle einer Klage auf den Maklerlohn wäre eine Beweisaufnahme oft mit erheblichen Peinlichkeiten verbunden; die Regelung dient damit dem Schutz der Menschenwürde und der freien Persönlichkeitsentfaltung.<sup>51</sup>

### bb) Vergleichbarkeit mit dem vorliegenden Vertragstyp

Die Interessenlage müsste vergleichbar sein. Dafür müssten die Erwägungen, die gegen eine Klagbarkeit von Vergütungsansprüchen aus dem Ehemaklervertrag sprechen, auch der Klagbarkeit von Ansprüchen aus dem vorliegenden Vertrag entgegengehalten werden können. Dies wäre der Fall, wenn im Falle eines Prozesses ein ähnliches Risiko bestünde, dass die Intimsphäre des Dienstberechtigten empfindlich betroffen wäre und erhebliche Peinlichkeiten oder gar Unzumutbarkeiten zu erwarten wären.<sup>52</sup> Es soll nicht darauf ankommen, ob die Vergütung für den Vermittlungserfolg („Partnermaklervertrag“) oder für bloße Vermittlungsbemühungen geschuldet sein soll; falls ein Vermittlungserfolg ausbleibt, sind erst recht peinliche Auseinandersetzungen über den Grund – Schlechtleistung des Vermittlers oder Persönlichkeit des Kunden – zu erwarten.<sup>53</sup> Eine analoge Anwendung auf erfolgsunabhängige Dienstverträge kommt daher grundsätzlich in Betracht.

Für eine ähnliche Interessenlage spricht, dass die Bedeutung nichtehelicher Lebensgemeinschaften ein vergleichbares Gewicht wie eine Ehe haben kann und dies heute von der Gesellschaft grundsätzlich anerkannt ist. Der gesellschaftliche Wandel führt zu fließenden Übergängen zwischen nichtehelicher und ehelicher Beziehungsanbahnung. Heute dürfte es üblicher sein, einen außerehelichen Partner anstatt eines Ehepartners zu suchen, manchmal vielleicht mit der Hoffnung, dass die Beziehung in der Zukunft in eine Eheschließung münden könnte. Viele Ehen werden erst nach Jahren der außerehelichen Beziehung, der Gründung eines gemeinsamen Haushalts oder erst nach der Geburt von Kindern geschlossen. Weiter schützt das Grundgesetz die freie Persönlichkeitsentfaltung auch,

<sup>49</sup> Ausführlicher BGH NJW 1990, 2550 (2551) m.w.N.

<sup>50</sup> BGH NJW 1986, 927 (928); kritisch mit Hinweis auf die Fallpraxis Meyer, ZfPW 2019, 488 (497).

<sup>51</sup> Näher BGH NJW 1990, 2550 (2551) mit Rechtsprechungsnachweisen.

<sup>52</sup> Zur Herleitung des Vergleichsmaßstabs BGH NJW 1990, 2550 (2551).

<sup>53</sup> BGH NJW 1986, 927 (928); in diese Richtung schon BGH NJW 1983, 2817 f.

Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“

falls eine außereheliche Partnerschaft angestrebt wird.<sup>54</sup> Damit lassen sich Ehe- und Partnervermittlung nicht mehr kategorisch trennen, eine analoge Anwendung kommt in Betracht.<sup>55</sup>

Entscheidend ist jedoch nicht allein die Einordnung als Partnervermittlungs(dienst)vertrag, sondern, ob wegen des vereinbarten Leistungsumfangs und der Art der anvisierten Vertragsabwicklung in einem Prozess um die Vergütung potentiell in vergleichbarer Weise in die Intimsphäre des Kunden eingegriffen würde, wie dies bei einem Streit um einen Ehemaklerlohn der Fall wäre.<sup>56</sup> Dafür spricht, dass H zur Ermittlung der geeigneten Partnervermittlungsleistung V unter anderem in Bezug auf finanzielle Verhältnisse, generellen Lebensstil, beruflichen Werdegang und bisherige Partnersuchbemühungen befragte. Auch durch den von V ermöglichten Hintergrundcheck konnte H Informationen erhalten, die wegen ihrer besonderen Schutzbedürftigkeit dem Zugriff durch jedermann entzogen sind.

Die Schutzwürdigkeit dieser Daten sagt noch nichts darüber aus, inwiefern zu erwarten wäre, dass bei einem Prozess um die Vergütung die Intimsphäre von V betroffen wäre. Für die Erstellung des Partnerdepots durch Abgleich der Daten der zu vermittelnden Personen werden Angaben der Kunden herangezogen, die von H oder seinen Mitarbeitern nicht eingesehen und daher auch nicht überprüft werden können. Eine individuelle Auswertung des Partnerpools findet nicht statt, die Schlüssigkeit oder Tauglichkeit der vom Algorithmus erstellten Partnervorschläge wird nicht überprüft. Es findet ein rein elektronischer Abgleich statt. Aus diesem Grund ist H als Dienstleister für die Richtigkeit der Angaben und die Tauglichkeit der Vorschläge nicht verantwortlich.<sup>57</sup> Daher ist eine Beweisaufnahme darüber, inwiefern die von H in das Benutzerkonto eingestellten Partnervorschläge überhaupt tauglich sind und H damit seine Leistungspflichten vollständig erfüllt hat, nicht zu erwarten. Soweit es überhaupt auf die im Vorgespräch oder durch den Hintergrundcheck zur Kenntnis gelangten Informationen ankommen kann, gehen diese nicht wesentlich über das hinaus, was etwa auch bei einem Streit über die Vergütung aus einer Arbeitsvermittlung, Lebensstilberatung oder einem Persönlichkeits-Coaching Prozessstoff sein könnte. Eine vergleichbare Interessenlage ist nicht gegeben, eine analoge Anwendung des § 656 Abs. 1 S. 1 BGB auf den Vergütungsanspruch des H ist daher abzulehnen.<sup>58</sup>

### c) Zwischenergebnis

Ein Durchsetzungshindernis nach § 656 Abs. 1 S. 1 BGB (analog) besteht nicht.

---

<sup>54</sup> BGH NJW 1990, 2250 (2551).

<sup>55</sup> So etwa BGH NJW 1990, 2550 (2551); BGH NJW-RR 2004, 778 (779) mit ablehnender Anm. *Finger*, FamRZ 2005, 181. Zur Gegenansicht vertiefend *Haberl*, Rechtliche Aspekte des Online-Datings, Insbesondere der Vergütungsanspruch der Partnerschaftsvermittler im Internet, 2018, S. 186–212.

<sup>56</sup> BGH NJW-RR 2021, 1141 (1142 Rn. 18).

<sup>57</sup> Mit vergleichbaren Argumenten lehnt BGH NJW-RR 2021, 1141 (1142 Rn. 18–20) die analoge Anwendung des § 656 Abs. 1 S. 1 BGB auf Verträge mit Online-Partnerbörsen ohne individuelle und persönliche Betreuung ab. A.A. insoweit *Looschelders*, JA 2022, 249 (251).

<sup>58</sup> A.A. vertretbar, insbesondere auch mit Blick darauf, dass der von H eingesetzte Algorithmus untauglich oder fehlerhaft oder die Datenverarbeitung fehlerhaft erfolgt sein könnte, und ein Kunde, um vortragen zu können, warum aus seiner Sicht H seinen Leistungspflichten nicht vollständig nachgekommen ist, möglicherweise den Inhalt der von ihm eingespeisten Daten, die ihm zur Verfügung gestellten Partnervorschläge und die Gründe für deren Untauglichkeit darlegen müsste. Zu denkbaren Fällen der Schlechtleistung *Haberl*, Rechtliche Aspekte des Online-Datings, Insbesondere der Vergütungsanspruch der Partnerschaftsvermittler im Internet, 2018, S. 229–236, siehe auch *Peters*, NJW 2023, 559 (561 ff.); aus anderer Perspektive kritisch als „Pervertierung des Verbraucherschutzgedankens“, dem Auftraggeber mit Hinweis auf § 656 BGB den Einwand der Schlechtleistung abzuschneiden *Wichert*, ZMR 2007, 241 (245).

*Pierson/Stein-Cadenbach: „Wo die Liebe hinbellt!“*

## **B. Ergebnis zu Teil 2**

H hat einen fälligen und auch im Übrigen durchsetzbaren Anspruch gegen V auf Zahlung von 725 € aus Dienstvertrag, § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. § 628 Abs. 1 S. 1 BGB.

## Examensübungsklausur: „Glücklose Geschäfte“

Dr. Marcus Rehtmeyer, LL.B., Potsdam\*

*„Nebengebiete“ bilden selten einen Schwerpunkt in den Klausuren der staatlichen Pflichtfachprüfung, dienen aber regelmäßig als Einkleidung. Einige der vielfältigen Möglichkeiten ihrer Verzahnung mit dem übrigen bürgerlichen Recht können jedoch den Schwierigkeitsgrad einer Klausur steigern. Diese Klausurbearbeitung berücksichtigt das Zivilprozessrecht.*

### Sachverhalt 1

A wollte seiner Tochter T ein ihm gehörendes, bebautes Grundstück schenken und sich ein lebenslanges Wohnrecht vorbehalten. Mit der Beratung und der Anfertigung der notwendigen Verträge betraute A den Rechtsanwalt R, der den A bei Beauftragung darüber informierte, dass spätestens zum Vertragsabschluss ein Notar beizuziehen sei und dass hierdurch weitere Kosten entstehen könnten. A und R schlossen keine Honorarvereinbarung, über die Kostenfolgen informierte R den A.

Wenige Tage darauf kündigte A gegenüber R den Vertrag mit der Begründung, zunächst den Wert des Grundstücks schätzen lassen zu wollen und es sich gegebenenfalls noch einmal anders zu überlegen. R bestätigte A die Kündigung formlos und übersandte ihm einen mit „Skizze“ überschriebenen ersten Entwurf eines Vertrages sowie eine Rechnung über 10.000 € für die von ihm bis zur Kündigung geleistete Arbeit.

A weist jede Zahlungspflicht zurück. Zwar entspreche die Summe von 10.000 € der durch das Gesetz vorgesehenen Kostenfolge, der von R entworfene Vertrag sei aber – was stimmt – steuerlich überaus ungünstig und in dieser Form wirtschaftlich untragbar. Er, A, sei nun genötigt, den unbrauchbaren Vertragsentwurf des R durch einen anderen Rechtsanwalt oder Notar neu anfertigen zu lassen. Außerdem bezweifelt A, dass R den Vertragsentwurf bereits vor Eingang der Kündigungserklärung gefertigt hat, kann aber seine Zweifel stützende Beweise nicht vorlegen.

### Fallfrage 1

Hat R gegen A einen Anspruch auf Zahlung von 10.000 €? Aufwendungs- und Schadensersatzansprüche sind nicht zu prüfen.

### Sachverhalt 2

Zur Senkung der Heizkosten wollte A einen Kaminofen in seinem Einfamilienhaus einbauen lassen. Hierzu nahm er bei seinem Bekannten B einen Kredit i.H.v. 10.000 € auf. Da A der Erwerb fertigen Feuerholzes zu teuer erschien, erwarb er zu einem Preis von 5.000 € eine Profi-Motorsäge direkt beim Hersteller H. Nach Lieferung der Säge an A vereinbarten A und B, dass die Säge B gehören, zum Gebrauch durch A aber bei diesem bleiben sollte. Hierdurch sollte B wegen des Darlehens wenigstens

---

\* Der Beitrag schließt an ZJS 2023, 978 an. Der Verf. ist Richter (auf Probe), z.Z. beim Landgericht Potsdam, und war akademischer Mitarbeiter u.a. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam. Dort wurde nachstehende Klausur für den Examensklausurenkurs 2020/2021 vorbereitet.

häufig abgesichert sein. A benutzte die Säge wegen einer plötzlichen Erkrankung nicht.

Infolge der Umbauarbeiten erneut in Geldnot geraten, ließ sich A bei C weitere 5.000 €. C, der von der finanziellen Not des A bereits gehört hatte, ließ sich von A eine notarielle Urkunde aushändigen, in der sich A unter Bezeichnung des künftigen Anspruchs des C der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwarf. C wusste nicht, dass A eine Motorsäge besaß, die ihm aber womöglich gar nicht gehörte.

Als A auf mehrfache Aufforderung nach Fälligkeit des Darlehens die ausgezahlten Valuta nicht zurückzahlte, betrieb C gegen A die Zwangsvollstreckung. Er beauftragte einen Gerichtsvollzieher, bei A verwertbares Vermögen festzustellen. A sah das Tätigwerden des Gerichtsvollziehers gelassen und informierte, als dieser die Motorsäge als einzigen verwertbaren Wertgegenstand mitnahm, nicht einmal B. So geschah es, dass D in der wenig später ordnungsgemäß durchgeführten Versteigerung den Zuschlag für die Säge zu 5.500 € erhielt; vom Versteigerungserlös behielt der Gerichtsvollzieher ordnungsgemäß Gebühren i.H.v. 500 € ein.

Erst jetzt erfährt B, dass A die Motorsäge nicht mehr in seinem Besitz hat. Um wenigstens die Hälfte des dem A geliehenen Geldes zurückzuerlangen, begehrt er von D Herausgabe der Motorsäge, hilfsweise Wertersatz. D, der von alledem nichts wusste, verweigert jede Leistung und verweist B an C.

## Fallfrage 2

Hat B gegen D oder C die geltend gemachten Ansprüche?

Fall 1 ist an ein Urteil des BGH angelehnt, das auch in gängigen Ausbildungszeitschriften behandelt worden ist.<sup>1</sup> Er zwingt – wegen der Beschränkung auf alle anderen als Schadens- oder Aufwendungsersatzansprüche – zur Prüfung eines im Pflichtfachbereich selten geprüften (§ 611 Abs. 1 Fall 2 BGB) und eines ungewöhnlichen Tatbestands (§ 628 Abs. 1 S. 1 BGB). Ziel ist eine strukturierte Prüfung. Fall 2 nimmt ein in der Ersten Juristischen Prüfung wie im Zweiten Juristischen Staatsexamen immer wieder vorkommendes, solide Kenntnisse des Zwangsvollstreckungsrechts voraussetzendes Problem auf. Dabei darf der Streit bezüglich der Voraussetzungen und Wirkungen der Verstrickung einer schuldnerfremden Sache vorausgesetzt werden.

## Lösungsvorschlag

<b>Lösung Fall 1</b> .....	<b>1288</b>
<b>I. Anspruch des R gegen A gem. § 611 Abs. 1 Var. 2 BGB</b> .....	<b>1288</b>
1. Dienstvertrag .....	1288
2. Fälligkeit .....	1288
<b>II. Ergebnis</b> .....	<b>1289</b>
<b>III. Anspruch des R gegen A gem. § 628 Abs. 1 S. 1 BGB</b> .....	<b>1289</b>
1. Dienstvertrag .....	1289
2. Kündigung .....	1289

<sup>1</sup> BGH NJW 2019, 1870 = RÜ 2019, 353.

a) §§ 620 Abs. 2, 621 Nr. 5 BGB .....	1290
b) § 626 BGB .....	1290
c) § 627 BGB .....	1290
3. Kündigung nach Beginn der Dienstleistung .....	1290
4. Kein Ausschluss .....	1290
a) Kein Interesse des A .....	1290
b) Veranlassung des A durch Verhalten des R .....	1291
<b>IV. Ergebnis .....</b>	<b>1291</b>
<b>Lösung Fall 2 .....</b>	<b>1291</b>
<b>A. Ansprüche des B gegen D .....</b>	<b>1291</b>
<b>I. Anspruch auf Herausgabe gem. § 985 BGB .....</b>	<b>1291</b>
1. Besitz .....	1292
2. Eigentum .....	1292
3. Zwischenergebnis .....	1294
<b>II. Weitere Anspruchsgrundlagen .....</b>	<b>1294</b>
1. §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB .....	1294
2. §§ 869 S. 1, 861 Abs. 1 BGB .....	1294
3. § 1007 Abs. 1, 2 S. 1 BGB .....	1294
4. Deliktsrecht .....	1294
5. Bereicherungsrecht .....	1294
<b>III. Ergebnis .....</b>	<b>1295</b>
<b>B. Ansprüche des B gegen C .....</b>	<b>1295</b>
<b>I. Schadensersatzansprüche .....</b>	<b>1295</b>
1. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB .....	1295
2. § 717 Abs. 2 ZPO analog .....	1295
3. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 678 BGB .....	1295
4. §§ 989, 990 BGB .....	1296
5. Deliktsrecht .....	1296
<b>II. Zwischenergebnis .....</b>	<b>1296</b>
<b>III. Erlösherausgabeansprüche .....</b>	<b>1296</b>
1. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 BGB .....	1296
2. § 985 BGB .....	1296
3. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB .....	1296
4. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB .....	1296
<b>IV. Ergebnis .....</b>	<b>1297</b>

## Lösung Fall 1

### I. Anspruch des R gegen A gem. § 611 Abs. 1 Var. 2 BGB

R könnte gegenüber A einen Anspruch auf vollständige oder teilweise Zahlung des vereinbarten Lohnes gem. § 611 Abs. 1 Var. 2 BGB haben.

#### 1. Dienstvertrag

Voraussetzung hierfür ist ein zwischen R und A wirksam geschlossener Dienstvertrag.

Ein Vertrag setzt zwei in Bezug aufeinander abgegebene, empfangenbedürftige Willenserklärungen, Antrag und Annahme, voraus, §§ 145, 147 BGB.<sup>2</sup>

Ein Dienstvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass der Dienstberechtigte gegen den Dienstverpflichteten Anspruch auf Vornahme eines „Dienste[s] jeder Art“ (§ 611 Abs. 2 BGB) hat. Vom Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB) und den diesem ähnlichen Vertragstypen unterscheidet sich der Dienstvertrag durch einen Tätigkeits- statt eines Erfolgsbezugs; vom Arbeitsvertrag durch die fehlende Verpflichtung „zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit“ (§ 611a Abs. 1 S. 1 BGB).<sup>3</sup>

Der Anwaltsvertrag ist typischerweise ein sog. Geschäftsbesorgungsdienstvertrag (§§ 611 Abs. 1, 675 Abs. 1 BGB); als „Dienst“ ist eine Geschäftsbesorgung geschuldet. Unter einer Geschäftsbesorgung versteht man jede „selbstständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art, die nicht in einer bloßen Leistung an einen anderen, sondern in der Wahrnehmung seiner Vermögensinteressen besteht“.<sup>4</sup> „Nur ausnahmsweise kann der Anwaltsvertrag als Werkvertrag einzuordnen sein, wenn nämlich ein durch anwaltliche Arbeit herbeizuführender Erfolg den Gegenstand der Verpflichtung des Rechtsanwalts bildet.“<sup>5</sup>

R und A kamen überein, dass R für A einen Vertragsentwurf anfertigen soll. Hierin liegt zwar ein Erfolg. Den von A erstrebten Rechtserfolg – die steuerlich günstige Übereignung des Grundstücks an T – konnte R allein durch Erstellung des Vertragsentwurfs aber nicht bewirken. Abzustellen ist daher auf die sich in dem Entwurf verwirklichte Beratungstätigkeit.<sup>6</sup>

R und A schlossen folglich einen Geschäftsbesorgungsdienstvertrag i.S.d. §§ 611 Abs. 1, 675 Abs. 1 BGB, auf den nach seinem Schwerpunkt Dienstvertragsrecht Anwendung findet.

*Hinweis:* Hier war nach Nennung der Voraussetzung (Definition) ein Abgrenzungssystem zu entwickeln, in das relevante Sachverhaltsinformation einzustellen waren (Subsumtion).

#### 2. Fälligkeit

R ist vorleistungspflichtig und müsste die geschuldete Beratungstätigkeit bereits vollständig erbracht haben, § 614 S. 1 BGB. Doch beendete R nach der Kündigung durch A seine Tätigkeit und übersandte den Vertragsentwurf lediglich als Beleg seiner (vorgeblichen) Tätigkeit an A. Dieser stellt allenfalls eine Teilleistung dar. Diese ist aber für A ohne Wert, denn A muss den Entwurf vollständig durch einen

<sup>2</sup> Ellenberger, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 145 Rn. 1, § 147 Rn. 1.

<sup>3</sup> Zur Abgrenzung Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, Vor § 611 Rn. 11 ff.

<sup>4</sup> M.w.N. Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 675 Rn. 4.

<sup>5</sup> BGH NJW 2019, 1870 (1871 Rn. 7).

<sup>6</sup> So – ohne nähere Begründung – i.E. auch BGH NJW 2019, 1870 (1871 Rn. 7).

Dritten über- und umarbeiten lassen. Der Vergütungsanspruch des R ist folglich nicht fällig.

Dem steht nicht entgegen, dass A durch die Kündigung die Nichterbringung der geschuldeten Dienste durch R erst herbeiführte. Dies begründet keine Vorverlagerung der Fälligkeit,<sup>7</sup> sondern führt allenfalls zur Anwendung von Spezialtatbeständen (etwa § 628 Abs. 1 S. 1 BGB) oder zur Entstehung von Schadens- oder Aufwendungsersatzansprüchen.

## II. Ergebnis

R hat gegen A keinen Anspruch auf Zahlung von 10.000 € oder eines angemessenen Teilbetrages gem. § 611 Abs. 1 Var. 2 BGB.

*Hinweis:* Dieser recht offensichtlich nicht gegebene Anspruch hätte auch nicht oder zumindest nicht so ausführlich behandelt werden können. Dann hätte aber die Abgrenzung der in Betracht kommenden Vertragstypen inzident vorgenommen werden müssen. Ein Abschichten wie hier dürfte – zumindest in der Ersten Juristischen Prüfung – zulässig, wenn nicht empfehlenswert sein. Es zeugt davon, dass der Fall vor Beginn der Niederschrift tatsächlich durch(ge)dacht worden ist, die Lösung also nicht erst im Schreiben entsteht.

## III. Anspruch des R gegen A gem. § 628 Abs. 1 S. 1 BGB

Ein solcher Anspruch des R gegenüber A könnte sich aber aus § 628 Abs. 1 S. 1 BGB ergeben.

### 1. Dienstvertrag

R und A haben ein Geschäftsbesorgungsdienstverhältnis i.S.d. §§ 611 Abs. 1, 675 Abs. 1 BGB begründet.

### 2. Kündigung

A muss dieses Rechtsverhältnis gegenüber R wirksam gekündigt haben.

*Hinweis:* Dauerschuldverhältnisse wie ein Dienstvertrag werden gewöhnlich durch Kündigung mit Wirkung für die Zukunft beendet. Eine allgemeine Regelung zur Kündigung ist § 314 BGB; diese wird in der Regel durch speziellere Regelungen (hier die §§ 620 ff. BGB) verdrängt. Die Kandidaten sollten erkennen lassen, verstanden zu haben, dass der Gesetzgeber bei Gestaltung der Kündigungsregeln einen Interessenausgleich zwischen Kündigendem und Gekündigtem zu erreichen versuchte und daher das jeweilige Kündigungsrecht von gewissen Voraussetzungen abhängig machte. Eine ordentliche Kündigung bedarf keines Kündigungsgrundes, denn sie ist Ausdruck der Privatautonomie; der Schutz des Gekündigten wird hier mittels einer Kündigungsfrist gewährt (siehe §§ 621 f. BGB). Die fristlose Kündigung setzt grundsätzlich einen wichtigen Grund voraus; dieses Erfordernis ersetzt das ausnahmsweise verzichtbare Frist- als Schutzelement des Gekündigten (siehe § 626 BGB). § 627 BGB wiederum beschreibt den Sonderfall einer fristlosen Kündigung ohne wichtigen Grund; die Berechtigung hierzu folgt aus den Eigenarten der Dienstverhältnisse, die dieser Norm unterfallen, und die in der Regel durch eine weitgehende Gleichrangigkeit der Parteien gekennzeichnet ist.

---

<sup>7</sup> Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 614 Rn. 4.

**a) §§ 620 Abs. 2, 621 Nr. 5 BGB**

Eine ordentliche Kündigung gem. §§ 620 Abs. 2, 621 Nr. 5 BGB erscheint möglich, begründete aber keinen Teilvergütungsanspruch des R.

**b) § 626 BGB**

Zur außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund gem. § 626 BGB fehlte es dem A an einem hinreichenden Kündigungsgrund. Dieser setzte das objektive Vorliegen von „Tatsachen“ voraus, „deren Gewicht unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf“ einer etwaigen Kündigungsfrist oder Erreichen des etwa vereinbarten Zeitpunkts unzumutbar machten.<sup>8</sup> Zwar könnte sich A auf die grobe Fehlerhaftigkeit des Vertragsentwurfs berufen; dies hat er jedoch – auch nachträglich – nicht getan.<sup>9</sup> Ferner ist zweifelhaft, ob ein mit „Skizze“ überschriebener und damit erkennbar als (erster) Entwurf gezeichneter Missgriff bereits ein wichtiger Grund im oben genannten Sinne sein kann.

**c) § 627 BGB**

Es kommt eine Kündigung gem. § 627 BGB in Betracht.

Ein Rechtsanwalt nimmt für gewöhnlich Dienstleistungen in Gestalt von „Diensten höherer Art“ wahr, die typischerweise aufgrund einer besonderen Vertrauensstellung übertragen werden. Umstände, die Gegenteiliges vermuten ließen, sind nicht erkennbar.<sup>10</sup> Es bedurfte daher zur wirksamen Kündigung durch A nicht des (auch nur objektiven) Vorliegens eines wichtigen Grundes i.S.v. § 626 BGB. A erklärte die Kündigung; die Erklärung ging R zu und wurde damit wirksam, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB.

**3. Kündigung nach Beginn der Diensterbringung**

Die Kündigung des Anwaltsvertrages durch A müsste auch nach Beginn der Erbringung der Beratungsdienstleistung durch R erfolgt sein. Nach allgemeinen Regeln liegt die Vortrags- als Darlegungslast, der bei genügendem Bestreiten durch den Gegner für gewöhnlich die Beweislast folgt, bei demjenigen, der eine für ihn günstige Tatsache behauptet. Der von A angenommene Umstand, dass R den Vertragsentwurf erst nach Erhalt der Kündigungserklärung anfertigte, ist A günstig. Ihn trifft also die Darlegungs- und Beweislast. Beweise, die seine Zweifel stützten, kann er nach dem Sachverhalt nicht beibringen.

**4. Kein Ausschluss**

Der Anspruch des R gegen A könnte aber gem. § 628 Abs. 1 S. 2 Var. 2 BGB ausgeschlossen sein. Dazu müsste R die Kündigung seitens A durch eigenes „vertragswidriges Verhalten“ veranlasst haben und seine bisherige Teilleistung müsste infolge der Kündigung für A ohne Interesse sein.

**a) Kein Interesse des A**

Wegen der steuerlich ungünstigen Gestaltung durch R ist der Vertragsentwurf für A ohne Interesse.

---

<sup>8</sup> M.w.N. *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 626 Rn. 6, 8.

<sup>9</sup> Zur Beweislastverteilung vgl. BGH NJW 2019, 1870 (1872 Rn. 22 f.).

<sup>10</sup> So BGH NJW 2019, 1870 (1871 Rn. 9).

## b) Veranlassung des A durch Verhalten des R

In dieser Vertragsgestaltung müsste ein vertragswidriges Verhalten des R zum Ausdruck kommen, das A zur Kündigung „veranlasst“ hat.

Durch den Vertrag verpflichtete sich R zur vollständigen und gewissenhaften Sachverhalts- und Interessenaufklärung und fachkundigen Beratung des A sowie zur Niederlegung der Beratungsergebnisse in einem – soweit rechtlich umsetzbar – den Vorstellungen des A entsprechenden Vertragsentwurf. Indem R den Vertrag – auch nur in einem ersten Entwurf – steuerlich ungünstig gestaltete, verletzte er diese Pflicht.

Fraglich ist aber, ob diese Pflichtverletzung A zur Kündigung veranlasst hat.

Dafür spricht, dass bei einer fristlosen Kündigung gem. § 626 BGB ein Kündigungsgrund auch nachträglich zur Begründung der Kündigung beigezogen werden kann. Der Kündigungsgrund muss lediglich bereits im Zeitpunkt der Kündigung objektiv vorliegen.<sup>11</sup> Dieses „Nachschieben“ der Pflichtverletzung des R könnte auch hier statthaft sein.

Dagegen spricht, dass § 627 BGB eine andere Schutzrichtung als § 626 BGB hat. Anders als § 626 BGB folgt die Möglichkeit einer Kündigung gem. § 627 BGB nicht aus einem im Zweifel beliebigen, hinreichend schwerwiegenden Kündigungsgrund. Sie liegt vielmehr in der Eigenart des Dienstverhältnisses begründet, das nicht nur „Dienste höherer Art“ zum Gegenstand hat, sondern Dienste, die ein erhöhtes Maß an wechselseitigem Vertrauen zwischen Dienstberechtigtem und -verpflichtetem verlangen. Dieses Vertrauen verhindert ein beliebiges Abstandnehmen vom Vertrag auf beiden Seiten. Ein nachträgliches Berufen auf einen Anlass, von dem man zum Zeitpunkt der Kündigung noch keine Kenntnis hatte, wäre diesem abträglich. Ferner verlangt § 628 Abs. 1 S. 2 BGB eine „Veranlassung“ der Kündigung durch das vertragswidrige Verhalten des Gekündigten. „Veranlassung“ bezeichnet – grammatisch – allerdings nur (wenigstens) kausal verknüpfte Geschehensabläufe; dem widerspricht ein „Nachschieben“ von Kündigungsgründen nach erfolgter Kündigung.<sup>12</sup> Eine spätere Berufung des A auf die steuerlich ungünstige Gestaltung des ersten Vertragsentwurfs ist hier ohne Belang, da schon die erste Kündigungserklärung das Vertragsverhältnis beendete.<sup>13</sup>

Der Ausschlussgrund des § 628 Abs. 1 S. 2 Var. 2 BGB ist nicht gegeben.

## IV. Ergebnis

R hat gegen A einen Anspruch auf Zahlung von 10.000 € bzw. eines seiner bisherigen Leistung entsprechenden Teilbetrags gem. § 628 Abs. 1 S. 1 BGB.

## Lösung Fall 2

### A. Ansprüche des B gegen D

#### I. Anspruch auf Herausgabe gem. § 985 BGB

B könnte gegen D einen Anspruch auf Herausgabe der Motorsäge gem. § 985 BGB haben.

---

<sup>11</sup> M.w.N. BGH NJW 2019, 1870 (1872 Rn. 16 f.).

<sup>12</sup> I.E. BGH NJW 2019, 1870 (1871 Rn. 11 ff.).

<sup>13</sup> So auch BGH NJW 2019, 1870 (1872 Rn. 20).

## 1. Besitz

D ist als Inhaber der unmittelbaren Sachherrschaft Besitzer der Motorsäge, § 854 Abs. 1 BGB.

## 2. Eigentum

B müsste Eigentümer der Motorsäge sein.

Ursprünglich war Hersteller H Eigentümer der Motorsäge.

Es ist davon auszugehen, dass A mit Ablieferung der Motorsäge Eigentum erworben hat, § 929 S. 1 BGB.

A könnte das Eigentum an der Säge an B verloren haben, § 929 S. 1 BGB.<sup>14</sup> A und B kamen kurze Zeit nach Erwerb der Motorsäge durch A überein, dass B Eigentümer des Geräts werden solle. Hierin lag eine dingliche Einigung i.S.d. § 929 S. 1 BGB.

A müsste B die Motorsäge übergeben haben. Zur Übergabe bedarf es des Verlustes jeglicher Sachherrschaft beim Veräußerer unter vollständigem Besitzerwerb durch den Erwerber auf Veranlassung des Veräußerers.<sup>15</sup> Nach dem Willen von A und B sollte A aber im unmittelbaren Besitz der Sache bleiben. Zur Ersetzung der Übergabe i.S.d. § 929 S. 1 BGB müssten A und B ein Besitzmittlungsverhältnis i.S.d. § 868 vereinbart haben, § 930 BGB. Dies setzt voraus, dass der Besitzmittler aufgrund eines entsprechenden Rechtsverhältnisses dem mittelbaren Besitzer gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt ist und Fremdbesitzerwillen hat.<sup>16</sup> Bei der Abrede von A und B handelt es sich um einen konkludent geschlossenen Sicherungsvertrag. Dieser verpflichtete A, B zur Besicherung von dessen künftiger Darlehensforderung das Eigentum an der Motorsäge zu verschaffen. Durch diesen Vertrag wurde A auch berechtigt, bis zum etwaigen Eintritt des Sicherungsfalls Besitzer der Motorsäge zu bleiben (ähnlich dem Leihvertrag, §§ 598 ff. BGB). A und B vereinbarten ein Besitzmittlungsverhältnis i.S.d. § 868 BGB und ersetzten hierdurch die Übergabe, § 930 BGB.

Zur Zeit der Vereinbarung des Besitzmittlungsverhältnisses waren sich A und B mangels entgegenstehender Sachverhaltsangaben auch einig.

A war als Eigentümer gem. § 903 S. 1 BGB zur Verfügung über die Motorsäge befugt und in seiner Verfügungsbefugnis nicht beschränkt.

Mithin erwarb B von A das Eigentum gem. §§ 929 S. 1, 930, 868 BGB.

Allerdings könnte B das Eigentum durch Erwerb des D mit Ablieferung im Wege der Zwangsvollstreckung verloren haben, § 817 Abs. 2 ZPO.<sup>17</sup>

Voraussetzung hierfür ist eine wirksame Pfändung und Pfandverwertung.

*Hinweis:* Im Folgenden sollte ein Grundverständnis des Zwangsvollstreckungsrechts zu erkennen sein: Orientiert an der Struktur des Gesetzes ist zwischen Pfändungs- und Verwertungstatbestand zu unterscheiden; zur Strukturierung sollten folgende Fragen beantwortet sein: Wegen welcher Art Forderung lässt der Vollstreckungsgläubiger das zuständige Vollstreckungsorgan die Zwangsvollstreckung betreiben (Geld- oder sonstige Forderung [Herausgabe – Abgabe einer Willenserklärung – Handlung – Duldung – Unterlassung])? In welchen Vermögensbestandteil (Forderungen/sonstige Rechte – Mobilien – Immobilien) des Vollstreckungsschuldners wird vollstreckt?

<sup>14</sup> Vgl. zum Aufbau der §§ 929 ff. BGB auch *Rehtmeyer*, ZJS 2023, 978 (982).

<sup>15</sup> Vgl. *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 51 Rn. 12.

<sup>16</sup> Vgl. *Berger*, in: *Jauernig*, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 868 Rn. 3 ff.

<sup>17</sup> Zur Wirkung der Ablieferung vgl. *Kornol/Wahlmann*, Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl. 2022, § 3 Rn. 102.

Es müssten die allgemeinen Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen vorgelegen haben.

C hat wegen der Rückzahlungsforderung aus dem Darlehensvertrag i.V.m. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB kein formell rechtskräftiges und damit vollstreckbares Endurteil (siehe §§ 704, 705 S. 1 ZPO) gegen A erstritten. Jedoch hat sich A in einer notariellen Urkunde unter Bezeichnung des Rückzahlungsanspruchs des C der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Die Urkunde genügte den §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797 ZPO.

Es ist davon auszugehen, dass der Notar C eine § 797 Abs. 2 S. 1 ZPO entsprechende vollstreckbare Ausfertigung (Klausel) der vor ihm errichteten Urkunde erteilt hat. Ebenso ist davon auszugehen, dass die durch § 750 Abs. 1 S. 1 ZPO vorausgesetzte und § 798 ZPO entsprechende Zustellung erfolgt ist. Schließlich stellte C auch einen Antrag auf Durchführung der Zwangsvollstreckung, § 753 Abs. 1 ZPO.

Weiter müssten die in §§ 803 ff. ZPO genannten Voraussetzungen der Vollstreckung wegen einer Geldforderung in das bewegliche Vermögen vorgelegen haben. Für die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in das bewegliche Vermögen ist der Gerichtsvollzieher zuständig, §§ 753 Abs. 1, 808 Abs. 1 ZPO.

Das Gerät war nicht nach §§ 811 ff. ZPO unpfändbar, insb. diente es nicht zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit des A (§ 811 Abs. 1 Nr. 1 lit. a ZPO). Eine § 803 Abs. 1 S. 2 ZPO widersprechende Überpfändung ist nicht ersichtlich. Schließlich befand sich die Motorsäge im Gewahrsam des A (siehe § 808 Abs. 1 ZPO).

Mit Inbesitznahme der Motorsäge hat der Gerichtsvollzieher den Pfandgegenstand verstrickt und für C ein Pfändungspfandrecht begründet, § 804 Abs. 1 ZPO.

*Hinweis:* Es sollte auch schon zur Ersten Juristischen Prüfung bekannt sein, dass es nach h.M. unbeachtlich ist, dass das Gerät A als Vollstreckungsschuldner nicht (mehr) gehörte. Die Schuldnerfremdheit des Vollstreckungsgegenstands wirkt sich erst im Rahmen der Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers aus. Die Darstellung des nachfolgenden Streits kann daher unterbleiben oder an anderer Stelle im Gutachten erfolgen; sie sollte jedenfalls knappgehalten werden. Weiter ist die rein privatrechtliche Theorie<sup>18</sup> entbehrlich; sie wird bereits seit Jahrzehnten nicht mehr vertreten:

Eine Ansicht (wohl m.M.)<sup>19</sup> erkennt im Pfändungspfandrecht ein vom Pfandrecht der §§ 1204 ff. BGB gelöstes, allein prozessuales Institut, das – ohne Beachtung jeder materiell-rechtlichen Voraussetzung (Bestand einer zu sichernden Forderung, Unbeachtlichkeit der Schuldnerfremdheit der Pfandsache, Unbeachtlichkeit etwaig fehlender wesentlicher Vollstreckungsvoraussetzungen) – allein durch eine wirksame Verstrickung entsteht.

Die a.A. (wohl h.M.)<sup>20</sup> behandelt das Pfändungs- wie ein gewöhnliches materiell-rechtliches Pfandrecht. Voraussetzung seiner Entstehung ist daher das Bestehen der zu sichernden Forderung, die Verpfändung ausschließlich schuldneigener Pfandsachen und die Einhaltung der wesentlichen Vollstreckungsvoraussetzungen. Aber auch hier genügt die wirksame Verstrickung, ist doch der Gerichtsvollzieher nicht zur Prüfung dieser materiell-rechtlichen Voraussetzungen berufen. Dies ist Konsequenz des streng formalisierten Zwangsvollstreckungsverfahrens.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> M.w.N. Gruber, in: MüKo-ZPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 804 Rn. 4.

<sup>19</sup> Nachweise unter anderem bei Gruber, in: MüKo-ZPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 804 Rn. 5.

<sup>20</sup> Siehe unter anderem und m.w.N. Gruber, in: MüKo-ZPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 804 Rn. 11 ff.

<sup>21</sup> Vgl. Herget, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 34. Aufl. 2022, § 808 Rn. 3.

Die Verwertung einer gepfändeten beweglichen Sache erfolgt im Wege der Zwangsversteigerung, §§ 814 ff. ZPO. Zuständig ist der Gerichtsvollzieher.

Mangels entgegenstehender Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass die wesentlichen Verwertungsvoraussetzungen vorlagen, der Grundsatz der Öffentlichkeit der Versteigerung (§ 814 Abs. 1 1. HS ZPO) gewahrt und die Verfahrensvorschriften der §§ 816 ff. ZPO eingehalten wurden.

In materieller Hinsicht genügt für eine wirksame Verwertung nach oben genannter Ansicht eine wirksame Verstrickung, die der Gerichtsvollzieher durch die wirksame Pfändung der Motorsäge bewirkte.

Die Versteigerung der Motorsäge durch den Gerichtsvollzieher war wirksam; D erwarb mit Ablieferung der Motorsäge nach Maßgabe des § 817 Abs. 2 ZPO das Eigentum hieran.

### 3. Zwischenergebnis

Damit ist B nicht mehr Eigentümer des Geräts; er hat gegen D keinen Anspruch aus § 985 BGB.

## II. Weitere Anspruchsgrundlagen

### 1. §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB

Ein Anspruch aus unechter GoA (angemaßte Eigengeschäftsführung) gem. §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB scheidet, da der Eigentumserwerb des Ersteigerers D kein dem B zugewiesenes und damit fremdes Geschäft ist.

### 2. §§ 869 S. 1, 861 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch aus §§ 869 S. 1, 861 Abs. 1 BGB bedürfte des fehlerhaften Besitzes des A oder des fehlerhaften Besitzerwerbs durch D. Beides liegt nicht vor.

### 3. § 1007 Abs. 1, 2 S. 1 BGB

Ein Anspruch aus § 1007 Abs. 1 BGB bedürfte der Bösgläubigkeit des D zur Zeit des Besitzerwerbs; D war aber gutgläubig. Ein Anspruch aus § 1007 Abs. 2 S. 1 BGB scheidet am fehlenden Abhandeln bei B, jedenfalls aber am wirksamen Eigentumserwerb durch D.

### 4. Deliktsrecht

Sowohl § 823 Abs. 1 Var. 5 BGB (keine Verletzungshandlung des D, sondern Erwerb kraft Hoheitsakts) als auch § 826 BGB (kein vorsätzlicher Missbrauch einer formalen Rechtsstellung erkennbar) kommen nicht als Anspruchsgrundlagen in Betracht.

### 5. Bereicherungsrecht

Ein Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB scheidet daran, dass der Erwerbsakt keine „Verfügung“ (ein auf die Begründung, Übertragung, Aufhebung oder inhaltliche Änderung eines Rechts gerichtetes

rechtsgeschäftliches Handeln)<sup>22</sup> des Gerichtsvollziehers ist.<sup>23</sup> Für einen Anspruch aus § 816 Abs. 2 BGB fehlt es an der Nichtberechtigtenstellung des D, der mit Zuschlag gem. § 817 Abs. 1 S. 1 Var. 2 ZPO einen Erfüllungsanspruch erlangte. Dieser Erfüllungsanspruch des D sperrt als rechtlicher Grund einen Anspruch des B gegen D aus einfacher Nichtleistungskondition gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB.

### III. Ergebnis

B hat gegen D keine Ansprüche.

### B. Ansprüche des B gegen C

#### I. Schadensersatzansprüche

##### 1. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB

B könnte gegen C einen Schadensersatzanspruch gem. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB haben.

Zwischen B und C müsste ein Schuldverhältnis bestehen. Ein solches entsteht regelmäßig durch Vertragsschluss, § 311 Abs. 1 BGB, der nicht zu erkennen ist. Ein Schuldverhältnis könnte aber dadurch entstanden sein, dass C die B gehörende Motorsäge bei A pfänden ließ. Dies ist umstritten, wird aber von der h.M.<sup>24</sup> angenommen.

C müsste eine sich aus dieser gesetzlichen Sonderverbindung ergebende Pflicht verletzt haben. Der Vollstreckungsgläubiger hat sich vor Veranlassung der Vollstreckung zu vergewissern, dass das von ihm beauftragte Vollstreckungsorgan ausschließlich in dem Schuldner gehörende Sachen vollstrecken wird (Miteigentum genügt). Dies tat C nicht.

Allerdings müsste C die Pflichtverletzung zu vertreten haben, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Ein Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, § 276 Abs. 1 BGB. Weder für einen Vorsatz- noch einen Fahrlässigkeitsvorwurf sind dem Sachverhalt hinreichende Angaben zu entnehmen.

B hat gegen C keinen Schadensersatzanspruch gem. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB inne.

##### 2. § 717 Abs. 2 ZPO analog

Dasselbe gilt für einen Anspruch analog § 717 Abs. 2 ZPO; es besteht schon kein Raum für eine analoge Anwendung dieser Norm, deren Sinn lediglich darin besteht, Risiken zu verteilen.<sup>25</sup>

##### 3. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 678 BGB

Mangels Kenntnis der Schuldnerfremdheit scheidet auch ein Anspruch des B gegen C auf Schadensersatz aus unechter GoA (angemaßter Eigengeschäftsführung) gem. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 678 BGB.

---

<sup>22</sup> Zum Begriff siehe *Stadler*, in: *Jauernig*, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 816 Rn. 2.

<sup>23</sup> So bereits das Reichsgericht, RGZ 156, 395 (399).

<sup>24</sup> Vgl. *Seibel*, in: *Zöller*, Kommentar zur ZPO, 34. Aufl. 2022, Vor § 704 Rn. 12a; dort auch zur m.M., die eine Verdringung der Verbindung zu einem echten Pflichtenkanon ablehnt.

<sup>25</sup> *Herget*, in: *Zöller*, Kommentar zur ZPO, 34. Aufl. 2022, § 717 Rn. 5.

#### 4. §§ 989, 990 BGB

Ob die Normen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Weiteren Anwendung finden, ist umstritten. Einem Anspruch des B gegen C auf Schadensersatz gem. §§ 989, 990 BGB steht jedenfalls das mangelnde Verschulden des C entgegen.

#### 5. Deliktsrecht

Daran scheidet auch ein Anspruch des B gegen C auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 Var. 5 BGB bzw. § 826 BGB.

### II. Zwischenergebnis

B hat gegen C keinen Schadensersatzanspruch.

### III. Erlösherausgabeansprüche

#### 1. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 BGB

Ein Anspruch des B gegen C auf Herausgabe des durch die Verwertung erlangten Erlöses i.H.v. 5.000 € aus unechter GoA (angemaßter Eigengeschäftsführung) gem. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 BGB scheidet; die bloße Veranlassung der Zwangsvollstreckung stellt keine Geschäftsführung dar.<sup>26</sup> Jedenfalls steht die zulässige Veranlassung von Vollstreckungsmaßnahmen Gläubigern wie C zu, nicht aber dem Schuldner B. Es mangelt damit jedenfalls an der Fremdheit des „Geschäfts“.

#### 2. § 985 BGB

Ein Erlösherausgabeanspruch des B gegen C gem. § 985 BGB scheidet daran, dass B zwar im Augenblick der Versteigerung kraft dinglicher Surrogation analog § 1247 BGB<sup>27</sup> Eigentum am Verwertungserlös erlangte, dieses aber durch Auskehr an C hoheitlich übertragen wurde.

#### 3. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB

Ein Anspruch des B gegen C aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB scheidet bereits daran, dass die Veranlassung einer ordnungsgemäßen Versteigerung keine „Verfügung“ im oben genannten Sinn ist, sondern das Auslösen hoheitlichen Handelns darstellt.<sup>28</sup>

#### 4. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB

Allerdings könnte B gegen C einen Anspruch gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB haben.

C müsste „etwas“ erlangt haben. Dies ist jeder vermögenswerte Vorteil.<sup>29</sup> C erhielt kraft Hoheitsakts den Versteigerungserlös abzüglich der Verfahrenskosten i.H.v. 500 €.

---

<sup>26</sup> Vgl. die Definition der Geschäftsbesorgung, unter anderem bei *Sprau*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 677 Rn. 2 m.w.N.

<sup>27</sup> Zum Begriff *J. Schmidt*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, § 1247 Rn. 1 ff.

<sup>28</sup> Zum Begriff siehe *Stadler*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 816 Rn. 2.

<sup>29</sup> Unter anderem *Stadler*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 812 Rn. 8 f.

Dies müsste „in sonstiger Weise“, also insb. nicht durch Leistung des A oder eines Dritten geschehen sein.

Leistung ist die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.<sup>30</sup> A selbst hat C keinen Vermögensvorteil zugewendet. Jedoch könnte die Aushändigung des Versteigerungserlöses durch den Gerichtsvollzieher aus Sicht des Empfängers C als Leistung des A anzusehen sein. Dagegen spricht, dass der Gerichtsvollzieher nur auf Antrag des C tätig wurde (§ 753 Abs. 1 ZPO); der Gerichtsvollzieher ist im Übrigen als staatliches Vollzugsorgan keiner Partei zuzurechnen.

Damit leistete niemand an C, der folglich in sonstiger Weise bereichert worden sein könnte. In Betracht kommt eine Eingriffskondition, die einen Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts voraussetzt.<sup>31</sup> Mit rechtmäßiger Pfändung und Versteigerung wurde B Eigentümer des Versteigerungserlöses abzüglich der Verfahrenskosten, § 1247 S. 2 BGB analog<sup>32</sup> Durch Auskehr des Erlöses an C hat B diese Rechtsposition verloren.

Als Rechtsgrund für diesen Eingriff kommt das zugunsten von C entstandene Pfändungspfandrecht an der Motorsäge in Betracht. In Ansehung des oben genannten Streits entstand ein solches entweder gar nicht (so die h.M.), oder es berechtigte den C jedenfalls nicht dazu, materielle Befriedigung zu suchen (so die m.M.). Jedenfalls fehlt es an einem rechtlichen Grund.

Es könnte erwogen werden, B und C analog §§ 1 Abs. 1 S. 1, 187 ff. InsO lediglich quotaal zu befriedigen, B also nur 2/3 der 5.000 € zuzusprechen.

Dafür spricht, dass B und C beide Gläubiger des A aus gesonderten Darlehensverträgen (§§ 488 ff. BGB) waren und sich ihre Forderungen zwar der Höhe, nicht aber des Rechtsgrundes wegen unterschieden. Zwischen beiden bestand zu keinem Zeitpunkt ein materielles Stufenverhältnis. Wohl aber war B durch das Sicherungseigentum an der Motorsäge dinglich, C durch die sofort vollstreckbare Urkunde prozessual „abgesichert“. Auch kennt das Bereicherungsrecht selbst keine Vorschriften zum Ausgleich mehrerer Gläubiger untereinander. Schließlich erscheint das verbleibende Vermögen des A offenkundig dürftig, sodass eine Inanspruchnahme des A nur geringe Befriedigungsaussichten bietet.

Dagegen aber spricht, dass § 166 InsO selbst von durch Absonderungsrechte bevorzugten Gläubigern ausgeht. Eine Kürzung des Anspruchs des B mittels Analogie zu §§ 1 Abs. 1 S. 1, 187 ff. InsO scheidet damit aus.

*Hinweis:* Ebenso wie die §§ 1 Abs. 1 S. 1, 187 ff. InsO analog heranzuziehen könnte erwogen werden, Überlegungen aus dem Problembereich des „Wettlaufs der Sicherer“ anzubringen, etwa im Wege eines Gegenanspruchs. Auch dies dürfte hier jedoch nicht durchgreifen.

#### IV. Ergebnis

B hat gegen C einen Anspruch auf 5.000 € gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB.

<sup>30</sup> Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 812 Rn. 3.

<sup>31</sup> M.w.N. Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, §812 Rn. 50 ff.

<sup>32</sup> So auch schon das Reichsgericht, RGZ 156, 395 (399).

## Anfängerklausur – Baurecht: Problematische Massage

Prof. Dr. Klaus Joachim Grigoleit, Ass. iur. Moritz Klanten, Dortmund\*

Der vorliegende Fall ist an ein Urteil des VG Köln<sup>1</sup> angelehnt. Er befasst sich mit der Prüfung einer Nutzungsuntersagung und greift einige typische Problemstellungen auf. Vom Schwierigkeitsgrad entspricht er einer baurechtlichen Anfängerklausur, die innerhalb einer Bearbeitungszeit von 90 Minuten gelöst werden kann.

### Sachverhalt

F betreibt freiberuflich eine Praxis für Physiotherapie in einem großen Gebäude in der Stadt Y. In der für diese Nutzung erteilten Baugenehmigung heißt es bezüglich der angebotenen Dienstleistungen: „Physiotherapie, insbes. Massage“. Da die Praxis nur schleppend läuft, entschließt sich F, seinen Mitarbeiterstab umzustrukturieren und das Dienstleistungsangebot zu erweitern. Fortan bietet er in seinen Räumlichkeiten neben physiotherapeutischen Massagen auch erotische Ganzkörpermassagen mit sexueller Stimulation an. Dieses „neue“ Massageangebot weist keinerlei kurativen, also heilenden, physiotherapeutischen Bezug auf.

Seither „boomt“ das Geschäft. Als die zuständige Behörde der Stadt Y hiervon erfährt, teilt sie F mit, dass durch die neuerdings zusätzlich angebotenen erotischen Massagen eine zumindest teilweise Umnutzung vorliege, welche nicht mehr von der ursprünglichen Baugenehmigung gedeckt sei. Die Nutzung der Praxis für derartige sexuelle Massagen sei formell illegal, er benötige für diesen bordellartigen Gewerbebetrieb eine neue Genehmigung. Angesichts der schwierigen Rechtslage könne nach einem entsprechenden Antrag im Genehmigungsverfahren geklärt werden, ob diese erteilt wird. F will sich aber durch solche „Lappalien“ nicht aufhalten lassen und weigert sich, einen Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung zu stellen. Die Behörde spricht daraufhin unter Einhaltung aller Verfahrens- und Formvorschriften eine Nutzungsuntersagung aus. F wird aufgegeben, in den von ihm als Physiotherapiepraxis genutzten Räumen den „Erotik-Betrieb“ einzustellen.

F will dies nicht hinnehmen. Die Nutzungsuntersagung sei materiell nicht rechtmäßig. Erstens sei die Nutzungsuntersagung nicht hinreichend bestimmt. Auch die bisher angebotenen „normalen“, physiotherapeutischen Massagen hätten sinnliche und damit im weitesten Sinne erotische Elemente. Durch die Verwendung des Begriffs „Erotik-Betrieb“ sei nicht eindeutig, was nun untersagt sei. Zweitens fehle es an der formellen Baurechtswidrigkeit. Die ihm erteilte Baugenehmigung umfasse schließlich auch Massagen – welches Körperteil nun konkret massiert werde, könne doch wahrlich keinen Unterschied machen. Drittens habe die Behörde ihr Ermessen fehlerhaft ausgeübt, die Verfügung sei insgesamt unverhältnismäßig. Die Behörde stütze sich nur auf die formelle Illegalität – also das Fehlen einer entsprechenden Baugenehmigung –, für eine Nutzungsuntersagung müsse aber immer auch die materielle Illegalität gegeben sein, ansonsten sei sie unverhältnismäßig.

---

\* Der Autor *Grigoleit* ist Leiter des Fachgebiets Raumplanungs- und Umweltrecht der Fakultät Raumplanung an der TU Dortmund. Der Autor *Klanten* ist Wiss. Mitarbeiter ebenda.

<sup>1</sup> VG Köln, Urt. v. 7.1.2014 – 2 K 3358/13 = BeckRS 2014, 46581; nachfolgend OVG Münster, Beschl. v. 1.7.2014 – 7 A 181/14 = BeckRS 2014, 53485.

**Fallfrage**

Ist die gegenüber F ausgesprochene Nutzungsuntersagung rechtmäßig?

**Bearbeitungsvermerk**

Hinsichtlich der BauO sind die abgedruckten Vorschriften zugrunde zu legen. Gehen Sie davon aus, dass Ausnahmen nach den §§ 61–63, 78, 79 BauO nicht einschlägig sind. Die Vorschriften des ProstG sowie des ProstSchG sind nicht zu prüfen. Das Landesverwaltungsverfahrensgesetz entspricht dem Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes.

**§ 2 BauO**

Bauliche Anlagen sind mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen.

**§ 60 BauO**

Die Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung bedürfen der Baugenehmigung, soweit in den §§ 61 bis 63, 78 und 79 nichts anderes bestimmt ist.

**§ 82 BauO**

<sup>1</sup>Werden Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert, kann die Bauaufsichtsbehörde die teilweise oder vollständige Beseitigung der Anlagen anordnen, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. <sup>2</sup>Werden Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften genutzt, kann diese Nutzung untersagt werden.

**Lösungsvorschlag**

<b>I. Ermächtigungsgrundlage</b> .....	<b>1300</b>
<b>II. Formelle Rechtmäßigkeit</b> .....	<b>1300</b>
<b>III. Materielle Rechtmäßigkeit</b> .....	<b>1300</b>
1. Hinreichende Bestimmtheit .....	1300
2. Tatbestandsvoraussetzungen .....	1301
a) Formelle Illegalität .....	1301
b) Materielle Illegalität .....	1302
c) Zwischenergebnis .....	1303
3. Tauglicher Adressat .....	1303
4. Ermessen .....	1303
a) Legitimer Zweck .....	1303
b) Geeignetheit .....	1304
c) Erforderlichkeit .....	1304
d) Angemessenheit .....	1304
5. Zwischenergebnis .....	1305
<b>IV. Ergebnis</b> .....	<b>1305</b>

Die gegenüber F ausgesprochene Nutzungsuntersagung könnte rechtmäßig sein. Hierzu müsste sie auf einer geeigneten Ermächtigungsgrundlage beruhen (I.), von der formell (II.) und materiell (III.) rechtmäßig Gebrauch gemacht worden ist.

### I. Ermächtigungsgrundlage

Zunächst müsste die Nutzungsuntersagung auf einer geeigneten Ermächtigungsgrundlage beruhen. Nach § 82 S. 2 BauO können Nutzungen untersagt werden, wenn Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften genutzt werden. § 82 S. 2 BauO kommt damit als Ermächtigungsgrundlage in Betracht.

### II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Nutzungsuntersagung müsste auch formell rechtmäßig sein. Die Vorschriften über die Zuständigkeit, das Verfahren und die Form müssten eingehalten worden sein. Ausweislich des Sachverhalts sprach die zuständige Behörde der Stadt Y die Nutzungsuntersagung unter Einhaltung aller Verfahrens- und Formvorschriften aus. Die Nutzungsuntersagung ist damit formell rechtmäßig.

### III. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Nutzungsuntersagung müsste auch materiell rechtmäßig sein. Dazu müsste die Nutzungsuntersagung zunächst hinreichend bestimmt sein (1.). Zudem müssten die Tatbestandsvoraussetzungen vorgelegen haben (2.), die Verfügung an einen tauglichen Adressaten gerichtet (3.) und das Ermessen fehlerfrei ausgeübt (4.) worden sein.

#### 1. Hinreichende Bestimmtheit

Die Verfügung müsste zunächst hinreichend bestimmt sein (vgl. § 37 Abs. 1 VwVfG). Hierfür muss der Inhalt der Ordnungsverfügung für den Adressaten vollständig, klar und eindeutig sein, sodass er sein Verhalten danach ausrichten kann. Maßgeblich ist der objektive Erklärungswert des Mitgeteilten, wie er sich für den Betroffenen darstellt und nach Treu und Glauben verstanden werden muss. Zur Interpretation können auch sonstige bekannte oder ohne weiteres erkennbare Umstände herangezogen werden.<sup>2</sup>

Vorliegend wird F aufgegeben, in den von ihm als Physiotherapiepraxis genutzten Räumen den „Erotik-Betrieb“ einzustellen. Aus dem Begriffsteil „Betrieb“ wird dabei deutlich, dass es um die Untersagung einer gewerblichen Tätigkeit geht. Durch den Zusammenhang mit dem Wort „Erotik“ wird erkennbar, dass erotische bzw. sexuelle Dienstleistungen untersagt werden sollen.<sup>3</sup> Die zuständige Behörde hat F zudem zuvor darauf hingewiesen, dass sie in dem neuen Dienstleistungsspektrum eine genehmigungsbedürftige Änderung sieht, also die im Rahmen herkömmlicher physiotherapeutischer Behandlungen durchgeführten Massagen noch als von der ursprünglichen Genehmigung umfasst ansieht. Aus der ausgesprochenen Nutzungsuntersagung und den Umständen des Falls wird damit eindeutig erkennbar, dass zwar die Durchführung der „neuen“ sexuellen und bordellartigen Dienstleistungen untersagt werden, die bisherigen physiotherapeutischen Massagen aber weiterhin

---

<sup>2</sup> Siehe zur gesamten Definition VG Köln, Urt. v. 7.1.2014 – 2 K 3358/13 = BeckRS 2014, 46581.

<sup>3</sup> VG Köln, Urt. v. 7.1.2014 – 2 K 3358/13 = BeckRS 2014, 46581.

möglich sein sollen.<sup>4</sup> Diese Erkennbarkeit wird auch dadurch unterstrichen, dass dem Einwand des F, auch „normale“ Massagen könnten erotische Elemente haben, schon eine Unterscheidung zwischen den bisher angebotenen „normalen“, also im Schwerpunkt physiotherapeutischen Massagen, und den „neuen“ erotischen Massagen zugrunde liegt. Dem Adressaten der Verfügung war also klar, welches Verhalten untersagt werden soll.

Vor diesem Hintergrund greift der Einwand der fehlenden Bestimmtheit nicht durch. Die Nutzungsuntersagung ist hinreichend bestimmt.

## 2. Tatbestandsvoraussetzungen

Die Tatbestandsvoraussetzungen müssten vorgelegen haben. Nach § 82 S. 2 BauO kann die Nutzung von Anlagen untersagt werden, wenn diese im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften genutzt werden. Es ist zwischen formeller und materieller Illegalität zu unterscheiden.

### a) Formelle Illegalität

Es könnte formellen Illegalität gegeben sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Errichtung, Änderung oder Nutzung einer bauordnungsrechtlich relevanten Anlage genehmigungsbedürftig ist, eine wirksame (nicht notwendigerweise rechtmäßige) Baugenehmigung jedoch nicht vorliegt.<sup>5</sup>

Nach § 60 BauO bedarf es bei Nutzungsänderungen der Baugenehmigung (Ausnahmen nach §§ 61 bis 63, 78 und 79 BauO liegen im vorliegenden Fall nicht vor). Zu den bauordnungsrechtlich relevanten Anlagen gehören bauliche Anlagen i.S.d. § 2 BauO. Hierbei handelt es sich um mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen. Das Gebäude, in dem sich die Praxis des F befindet, lässt sich bei lebensnaher Sachverhaltsinterpretation hierunter subsumieren. Dieses Gebäude wird für den Betrieb der Physiotherapiepraxis genutzt. Eine Nutzung einer bauordnungsrechtlich relevanten Anlage ist damit gegeben.

Fraglich erscheint, ob für die Nutzung eine wirksame (nicht notwendigerweise rechtmäßige) Baugenehmigung vorliegt. F wurde eine Baugenehmigung zur Nutzung der Räumlichkeiten als Physiotherapiepraxis erteilt, zu den angebotenen Dienstleistungen heißt es dort: „Physiotherapie, insbes. Massage“. Auch das neue Dienstleistungsangebot könnte hiervon noch umfasst sein. Damit würde es an der formellen Illegalität fehlen. Klärungsbedürftig ist damit, ob eine (genehmigungsbedürftige) Nutzungsänderung vorliegt.

Eine Nutzungsänderung ist nach der Rechtsprechung dann gegeben, wenn sich die neue Nutzung von der bisherigen (und genehmigten) dergestalt unterscheidet, dass sie anderen oder weitergehenden Anforderungen bauordnungs- oder bauplanungsrechtlicher Art unterworfen ist oder unterworfen werden kann, d.h. schon dann, wenn die Möglichkeit besteht, dass die Zulässigkeit des geänderten Vorhabens nach den Bauvorschriften anders beurteilt werden kann.<sup>6</sup> Mit anderen Worten liegt eine Nutzungsänderung demnach vor, sobald die der genehmigten Nutzung innewohnende Variationsbreite überschritten wird und der neuen Nutzung unter städtebaulichen Gesichtspunkten eine andere Qualität zukommt.<sup>7</sup>

Für die Ermittlung des Regelungsgehalts der (erteilten) Baugenehmigung kommt es auf deren objektiven Erklärungsgehalt an, wobei hinsichtlich der Art der Nutzung eine typisierende Betrachtung

---

<sup>4</sup> Vgl. VG Köln, Urt. v. 7.1.2014 – 2 K 3358/13 = BeckRS 2014, 46581.

<sup>5</sup> So Lindner, JuS 2014, 118 (119).

<sup>6</sup> So OVG Münster, Beschl. v. 13.11.1995 – 11 B 2161/95 = BeckRS 1996, 20112.

<sup>7</sup> So VGH Kassel, Beschl. v. 14.10.2002 – 4 TG 2028/02 = NVwZ-RR 2003, 720 (721).

tungsweise maßgeblich ist.<sup>8</sup> Vorliegend heißt es in der Baugenehmigung bezüglich der umfassten Dienstleistungen: „Physiotherapie, insbes. Massage“. Entscheidend kommt es also darauf an, ob die angebotenen Leistungen unter die genehmigte Nutzung fallen. Im allgemeinen Sprachgebrauch versteht man unter Physiotherapie die „Behandlung bestimmter Krankheiten mit Wärme, Wasser, Strom usw. sowie Krankengymnastik und Massagen“<sup>9</sup>. Demnach ist für die Physiotherapie die Behandlung von pathologischen Zuständen kennzeichnend. Auch die diesbezügliche Rechtsprechung des BVerwG weist in diese Richtung. Hiernach zielen physiotherapeutische Maßnahmen auf Prävention, kurative Medizin, Rehabilitation und das Kurwesen. Sie soll Hilfen zur Entwicklung, zum Erhalt oder zur Wiederherstellung aller Funktionen im somatischen und physischen Bereich geben und bei nichtrückbildungsfähigen Körperbehinderungen Ersatzfunktionen schulen.<sup>10</sup> Dieses Begriffsverständnis zugrunde gelegt kann aus dem Inhalt der erteilten Baugenehmigung („Physiotherapie, insbes. Massage“) folglich nach objektiver Betrachtung kein Erklärungsgehalt abgeleitet werden, der erotische oder sexuelle Dienstleistungen umfassen würde. Es wird hingegen deutlich, dass sich die Genehmigung auf physiotherapeutische Tätigkeiten und die in diesem Rahmen („insbes.“) durchgeführten Massagen bezieht, also auf Handlungen, die durch ihre medizinische Natur gekennzeichnet sind.

Die Baugenehmigung bezieht sich demnach auf physiotherapeutische (heilende) Massagen. Die in der Praxis von F angebotenen erotischen Ganzkörpermassagen einschließlich sexueller Stimulation weisen jedoch keinerlei kurativen physiotherapeutischen Bezug auf, sie sind vielmehr als sexuelle Handlungen einzuordnen.<sup>11</sup> Das vormalig auf physiotherapeutische Leistungen beschränkte Dienstleistungsangebot der Praxis wird damit durch das Angebot der „neuen“ Massagen um bordellartige Dienstleistungen erweitert. Mit dieser Erweiterung können Begleitumstände einhergehen, durch die das geänderte Vorhaben nach den Bauvorschriften anders zu beurteilen wäre. Insbesondere bordellartige Betriebe können mit einer für sie typischen milieubedingten Unruhe einhergehen. Die Belange des § 1 Abs. 5 und 6 BauGB können hierdurch anders als bisher berührt werden.<sup>12</sup> Zudem könnte eine solche Änderung nicht mehr unter dem Begriff der freiberuflichen Nutzung fallen, sondern als gewerbliche Tätigkeit<sup>13</sup> zu werten sein (vgl. § 13 BauNVO).

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass der Charakter der bisherigen Nutzung als Physiotherapiepraxis verändert wird. Die Änderung ist dabei geeignet, zu neuen, die Genehmigungsfrage erneut aufwerfenden, bodenrechtlichen Spannungen zu führen. Damit ist die neue Nutzung der Räumlichkeiten nicht mehr von der Variationsbreite der ursprünglichen Genehmigung umfasst. Hierfür ist vielmehr eine erneute Genehmigung erforderlich. Diese wurde im vorliegenden Fall nicht erteilt.

Formelle Illegalität liegt damit vor.

## b) Materielle Illegalität

Es könnte auch materielle Illegalität gegeben sein. Hierunter fällt jeder Verstoß gegen die jeweils

---

<sup>8</sup> VG Köln, Urt. v. 7.1.2014 – 2 K 3358/13 = BeckRS 2014, 46581.

<sup>9</sup> Dudenredaktion, Duden – Deutsches Universalwörterbuch, Physiotherapie, 9. Aufl. 2019.

<sup>10</sup> Unter Bezug auf BVerwG, Urt. v. 26. 8. 2009 – 3 C 19/08 = NVwZ-RR 2010, 111 (112) siehe *Bährle/Kazemi/Goebel*, in: Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2020, § 15 Rn. 166.

<sup>11</sup> Vgl. zur Einordnung einer Massage als sexuelle Handlung ausführlich VG Berlin, Beschl. v. 17.11.2022 – VG 4 L 460/22 = BeckRS 2022, 34913, Rn. 6 ff.

<sup>12</sup> Vgl. hierzu insgesamt VG Köln, Urt. v. 7.1.2014 – 2 K 3358/13 = BeckRS 2014, 46581.

<sup>13</sup> Zur Einordnung als Gewerbebetrieb vgl. *Stock*, in: Ernst u.a., BauGB, Kommentar, 146. Lfg., April 2022, BauNVO § 4 Rn. 120.

anwendbaren materiellen öffentlich-rechtlichen Vorschriften.<sup>14</sup> Mangels Sachverhaltsangaben sind keine Anhaltspunkte für materielle Illegalität erkennbar, die Behörde hat diesbezüglich lediglich auf eine schwierige Rechtslage verwiesen.

### c) Zwischenergebnis

Mit der Erweiterung des angebotenen Leistungsspektrums liegt eine Nutzungsänderung vor, die von der Baugenehmigung nicht mehr umfasst ist. Eine entsprechende Baugenehmigung wurde nicht erteilt. Die Anlage wird demnach im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften genutzt.

*Hinweis:* Ob und inwieweit für den Erlass einer Nutzungsuntersagung sowohl die formelle als auch die materielle Illegalität vorliegen müssen, ist – anders als nach einigen „klassischen“ Aufbauschemata – nach der hier vertretenen Auffassung keine Frage des Tatbestandes, sondern der Ermessensausübung. Die Problematik wird dementsprechend dort behandelt. Ein anderer Aufbau ist vertretbar.

### 3. Tauglicher Adressat

Die Nutzungsuntersagung müsste auch an einen tauglichen Adressaten gerichtet sein. F ist der Betreiber der Physiotherapiepraxis und verantwortlich für die Erweiterung des Dienstleistungsangebots. Als Verhaltensstörer ist er damit nach allgemeinen polizeirechtlichen Grundsätzen tauglicher Adressat der Ordnungsverfügung.

### 4. Ermessen

§ 82 S. 2 BauO räumt der Behörde ein Ermessen ein („kann diese Nutzung untersagt werden“). Dieses müsste fehlerfrei ausgeübt worden sein. Das Ermessen kann sich dabei zum einen darauf beziehen, ob die Verwaltung eingreift (Entschließungsermessen), zum anderen die Wahl der für den konkreten Fall möglichen und zulässigen Maßnahme betreffen (Auswahlermessen).<sup>15</sup> Bezüglich der Ermessensfehler kann zwischen Ermessensunterschreitung, Ermessensüberschreitung und Ermessensfehlergebrauch unterschieden werden.<sup>16</sup> Vorliegend kommt ein Ermessensfehlergebrauch hinsichtlich des Auswahlermessens in Betracht. Die ausgesprochene Nutzungsuntersagung könnte unverhältnismäßig sein. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit<sup>17</sup> müsste das staatliche Handeln einem legitimen Zweck dienen und die Maßnahme geeignet, erforderlich und insgesamt angemessen sein.

#### a) Legitimer Zweck

Es müsste zunächst ein legitimer Zweck für die Nutzungsuntersagung vorliegen. Durch die Nutzungsuntersagung soll eine Nutzung untersagt werden, die im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften steht. Mit der Beseitigung dieses baurechtswidrigen Zustands liegt ein legitimer Zweck vor.

---

<sup>14</sup> So Lindner, JuS 2014, 118 (119).

<sup>15</sup> Vgl. Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 7 Rn. 7.

<sup>16</sup> Vgl. Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 7 Rn. 20 ff.

<sup>17</sup> Vgl. hierzu etwa BVerfG, Beschl. v. 23.5.2018 – 1 BvR 97/14 = NJW 2018, 3007 (3009 ff.); Epping, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 91 ff.

**b) Geeignetheit**

Die Nutzungsuntersagung müsste hierzu auch geeignet sein. Dies ist dann der Fall, wenn mit ihr der gewünschte Erfolg gefördert werden kann.<sup>18</sup> Mit der Nutzungsuntersagung wird angeordnet, dass die baurechtswidrige Nutzung nicht mehr durchgeführt werden darf. Hiermit wird der baurechtswidrige Zustand unterbunden. Die Nutzungsuntersagung fördert damit die Zweckerreichung und ist folglich geeignet.

**c) Erforderlichkeit**

Die Maßnahme müsste auch erforderlich sein. Ein anderes, gleich wirksames, aber weniger fühlbar einschränkendes Mittel dürfte nicht gewählt werden können.<sup>19</sup> Ein gleich wirksames, aber weniger fühlbar einschränkendes Mittel zur sofortigen Unterbindung des baurechtswidrigen Zustands ist im vorliegenden Fall nicht ersichtlich. Die Maßnahme war damit auch erforderlich.

**d) Angemessenheit**

Die Nutzungsuntersagung müsste auch angemessen sein. Im Rahmen einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe muss die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt werden.<sup>20</sup> Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung könnte vorliegend problematisch sein, dass die Behörde die Nutzungsuntersagung lediglich auf die formelle Illegalität gestützt hat und die materielle Illegalität noch ungeklärt ist.

Nach einer Auffassung bedarf es für eine Nutzungsuntersagung auch der materiellen Illegalität.<sup>21</sup> Hiernach wäre die Nutzungsuntersagung ermessensfehlerhaft.

Nach anderer Auffassung genügt formelle Illegalität, eines materiell baurechtswidrigen Zustandes bedürfe es nicht.<sup>22</sup> Dies soll dann nicht gelten, wenn die Anlage offensichtlich genehmigungsfähig ist.<sup>23</sup> Im vorliegenden Fall liegt formelle Illegalität vor. Für eine offensichtliche Genehmigungsfähigkeit spricht hier nichts, vielmehr gibt die Behörde an, die Genehmigungsfähigkeit bedürfe einer genaueren Überprüfung im Rahmen des Genehmigungsverfahrens. Nach dieser Auffassung könnte aus der unklaren materiell-rechtlichen Beurteilung der Nutzung nicht auf die Unverhältnismäßigkeit der Verfügung geschlossen werden.

Die Auffassungen kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Damit ist ein Streitentscheid erforderlich.<sup>24</sup> Für das Erfordernis der materiellen Illegalität spreche, dass mit einer Nutzungsuntersagung erhebliche Beeinträchtigungen grundrechtlicher Freiheiten verbunden sein können. Zwar sei die Eingriffsintensität nicht so hoch wie bei einer Beseitigungsverfügung, doch eine Nutzungsuntersagung könne – gerade im gewerblichen Bereich – mit erheblichen finanziellen Nachteilen für den Betroffenen verbunden sein.<sup>25</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass es an dem Adressaten der Nutzungsuntersa-

<sup>18</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.5.1972 – 1 BvR 286, 293 u. 295/65 = NJW 1972, 1509 (1511).

<sup>19</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.5.1972 – 1 BvR 286, 293, 295/65 = NJW 1972, 1509 (1511).

<sup>20</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02 = NJW 2005, 1917 (1921).

<sup>21</sup> VGH Mannheim, Beschl. v. 13.6.1996 – 5 S 1211/96 = NVwZ 1997, 601 (602); vgl. Decker, in: Busse/Kraus, Bayerische Bauordnung, Kommentar, 98. EL, Oktober 2009, Art. 76 Rn. 283 m.w.N.

<sup>22</sup> Decker, in: Busse/Kraus, Bayerische Bauordnung, Kommentar, 98. EL, Oktober 2009, Art. 76 Rn. 282, 284 m.w.N.

<sup>23</sup> Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 11.7.2011 – 7 B 634/11 = BeckRS 2014, 47067; Decker, in: Busse/Kraus, Bayerische Bauordnung, Kommentar, 98. EL, Oktober 2009, Art. 76 Rn. 282, 284 m.w.N.

<sup>24</sup> Vgl. zum nachfolgenden Streitentscheid sowie den genannten Argumenten, soweit nicht anders nachgewiesen, Decker, in: Busse/Kraus, Bayerische Bauordnung, Kommentar, 98. EL, Oktober 2009, Art. 76 Rn. 284.

<sup>25</sup> Vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 22.9.1989 – 5 S 3086/88 = NVwZ 1990, 480.

gung ist, durch die Beantragung einer Baugenehmigung den baurechtswidrigen Zustand zu beseitigen. Ist das Vorhaben materiell legal, kann er den in der Genehmigungspflicht begründeten Schaden dadurch minimieren, alsbald dem Genehmigungserfordernis nachzukommen. Insofern gilt es auch zu berücksichtigen, dass die Beantragung einer Baugenehmigung in der Sphäre des Nutzers liegt, dieser also durch eigenes Versäumnis gegebenenfalls finanzielle Verluste erfährt. Zudem wird (anders als bei der Beseitigungsverfügung) durch die behördliche Anordnung kein Zustand herbeigeführt, der nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte, denn die Substanz des Baubestands wird nicht berührt. Für die Beseitigungsanordnung wird gem. § 82 S. 1 BauO zudem explizit angeordnet, dass diese nur ausgesprochen werden kann, „wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können“. Dieser Zusatz, der für die Beseitigungsanordnung das Erfordernis der materiellen Illegalität tatbestandlich festlegt, fehlt in § 82 S. 2 BauO für die Nutzungsuntersagung. Zuletzt sprechen auch Gleichheitsaspekte für ein Verständnis im Sinne der letztgenannten Auffassung. Forderte man für die Nutzungsuntersagung auch die materielle Illegalität, wäre die Rechtsstellung des gesetzesuntreuen Bürgers dem des gesetzestreuen Bürgers, der das Baugenehmigungsverfahren durchlaufen hat (und gegebenenfalls sogar kostspielige Sachverständigengutachten einholen musste), nahezu gleichgestellt.<sup>26</sup> Dies erscheint nicht gerechtfertigt.

Vor diesem Hintergrund ist der Auffassung, nach der die formelle Illegalität für die Aussprache einer Nutzungsuntersagung genügen kann, beizupflichten. Der Umstand, dass die Behörde sich im vorliegenden Fall lediglich auf diese berufen hat, hat demnach nicht zur Folge, dass die an F gerichtete Nutzungsuntersagung unverhältnismäßig ist. Anhaltspunkte dafür, dass die Ordnungsverfügung aus anderen Gründen nicht angemessen sein könnte, sind nicht ersichtlich.

Vor diesem Hintergrund war die Nutzungsuntersagung auch angemessen.

## 5. Zwischenergebnis

Nach all dem ist die Nutzungsuntersagung hinreichend bestimmt, zudem lagen die Tatbestandsvoraussetzungen für ihren Erlass vor. Sie wurde an einen tauglichen Adressaten gerichtet und ermessensfehlerfrei ausgesprochen.

## IV. Ergebnis

Die an F gerichtete Nutzungsuntersagung beruht auf einer geeigneten Ermächtigungsgrundlage, von der formell und materiell rechtmäßig Gebrauch gemacht worden ist. Die Nutzungsuntersagung ist damit rechtmäßig.

---

<sup>26</sup> Vgl. Decker, in: Busse/Kraus, Bayerische Bauordnung, Kommentar, 98. EL, Oktober 2009, Art. 76 Rn. 284.

## Anfängerklausur – Staatsorganisationsrecht: Die sorgsame Kanzlerin

Wiss. Mitarbeiter Benjamin Poliak, Düsseldorf\*

*Die vorliegende Klausur wurde in leicht abgewandelter Form im Sommersemester 2023 als Semesterabschlussklausur der Vorlesung „Staatsrecht II (Staatsorganisationsrecht)“ bei Professor Dr. Krüper an der Ruhr-Universität Bochum gestellt. Die Durchfallquote betrug 20,79 %. Durchschnittlich wurden 6,78 Punkte erreicht. Die Klausur ist von leicht überdurchschnittlichem Schwierigkeitsgrad. Sie knüpft an bekannte Probleme an, erfordert jedoch verschiedene Transferleistungen. Einerseits ist ein möglicher Verfahrensfehler im Gesetzgebungsverfahren zu problematisieren, der jedoch nicht den Bundestag als Kollektivorgan, sondern einen einzelnen Abgeordneten betrifft. Andererseits wird eine Problematik im Kontext des Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG virulent, die Studierenden im Studium eher selten begegnet: die Verweigerung der Gegenzeichnung eines Gesetzes durch die Bundeskanzlerin.*

### Sachverhalt

Im Zuge verschiedener Klimaschutzproteste, die in den letzten Monaten insbesondere im Straßenverkehr zu Eskalationen und Gefährdungen führten, bringt die C-Fraktion einen Gesetzentwurf (Gesetz zur härteren Bestrafung von Straßenblockaden) in den Deutschen Bundestag ein. Der Entwurf beinhaltet Erweiterungen des Straftatbestands der Nötigung und sieht für Straßenblockaden, die den öffentlichen Straßenverkehr gefährden, eine Strafschärfung vor.

Im Bundestag kommt es zu einer hitzigen Debatte zwischen Regierungs- und Oppositionsabgeordneten. Abgeordneter A von der oppositionellen G-Fraktion trägt während seiner Rede am Jackett deutlich sichtbar eine Plakette mit dem Logo einer Klimaschutzorganisation, die vom Bundesamt für Verfassungsschutz als extremistisch eingestuft wird, was A auch weiß. Er beabsichtigt, mit dem Tragen der Plakette die Abgeordneten der Regierungsfractionen zu provozieren. Das Tragen von Abzeichen politischer oder gesellschaftlicher Organisationen im Plenarsaal ist seit Jahrzehnten unüblich und gilt als „unparlamentarisch“. Bundestagspräsidentin P fordert A mehrfach auf, die Plakette abzunehmen, ruft ihn aber nicht ausdrücklich zur Ordnung. Da A die Plakette nicht ablegt, entzieht P ihm das Wort, nachdem er zwei Minuten seiner insgesamt fünfminütigen Redezeit gesprochen hat. P hatte A zuvor nicht darauf hingewiesen, dass ihm ein Entzug des Wortes drohe. A setzt sich widerwillig auf seinen Platz und ruft dabei: „Das ist ein Skandal! Die Opposition wird im Parlament nicht gehört!“ Andere Abgeordnete der G-Fraktion halten im weiteren Verlauf der Debatte ihre Reden. An der abschließenden Abstimmung im Bundestag nimmt A ordnungsgemäß teil. Das Gesetz wird vom Bundestag gem. Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG beschlossen. Der Bundesrat wird ordnungsgemäß beteiligt.

Bundeskanzlerin K verweigert jedoch die nach Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG erforderliche Gegenzeichnung, die Voraussetzung der Ausfertigung des Gesetzes durch den Bundespräsidenten S ist. Sie beruft sich auf die Geschehnisse rund um A; sein Rederecht sei verletzt und eine differenzierte Debatte, bei der oppositionelle Stimmen gehört werden, verhindert worden. Eine solche Debatte sei aber demokra-

---

\* Benjamin Poliak ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und interdisziplinäre Rechtsforschung der Ruhr-Universität Bochum (Prof. Dr. Julian Krüper).

tisch geboten. Ebenso wie der Bundespräsident im Rahmen der Ausfertigung die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes überprüfen könne bzw. sogar müsse, komme ihr als Bundeskanzlerin vor der Gegenzeichnung des Gesetzentwurfs diese Aufgabe zu. Das ergebe sich schon aus Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG selbst.

Die C-Fraktion will dies nicht auf sich sitzen lassen und wendet sich für den Bundestag als Ganzen an das Bundesverfassungsgericht. Sie möchte feststellen lassen, dass die unterlassene Gegenzeichnung der Bundeskanzlerin den Bundestag in seinem Recht zur Gesetzgebung verletzt. Die anderen am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe dürften ihre von der Verfassung vorgegebene Mitwirkungspflicht am Gesetzgebungsverfahren nicht willkürlich verweigern. Die Bundeskanzlerin habe vielmehr den Willen des Parlaments zu respektieren. Die Gegenzeichnung sei ein rein formaler Akt, der durchzuführen sei, ohne dass eine Kompetenz zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes bestehe. Dass A seine Rede nicht beenden könne, führe zudem nicht zu einer Verfassungswidrigkeit des Gesetzes, sondern allenfalls zu einer Verletzung organschaftlicher Rechte des A, die er eigenständig gerichtlich feststellen lassen könne. Das Rederecht im Plenum unterläge im Übrigen notwendigerweise der Ausgestaltung durch die Geschäftsordnung des Bundestages, hier insbesondere § 36 GO BT, dessen Verfassungsmäßigkeit die Kanzlerin doch wohl nicht anzweifeln könne. Der vollständige Redebeitrag des A hätte zudem – was zutrifft – nicht dazu geführt, dass Abgeordnete ihr Stimmverhalten geändert hätten. Es sei ineffizienter Formalismus, würde man das Gesetz für verfassungswidrig erklären, da es mit gleichem Inhalt schlicht neu beschlossen werden könnte.

Bundeskanzlerin K überzeugt dies nicht. Zwar sei – was zutrifft – die Ausgestaltung der Abgeordnetenrechte durch die Geschäftsordnung des Bundestages nicht an sich verfassungswidrig. Ihrer Meinung nach sei aber im konkreten Fall eine Verletzung von Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG des A gegeben. Das sei keine Kleinigkeit, sondern verfassungsrechtlich erheblich. Als Teil der vollziehenden Gewalt sei sie gem. Art. 20 Abs. 3 GG umfassend an die Verfassung gebunden und dürfe nicht sehenden Auges am Zustandekommen verfassungswidriger Rechtsakte mitwirken.

### Aufgabe und Bearbeitungsvermerk

Hat der form- und fristgerecht gestellte Antrag der C-Fraktion Erfolg?

Auf § 36 GO BT wird hingewiesen. § 39 GO BT ist unberücksichtigt zu lassen. Von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist auszugehen. Auf die materielle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes ist nicht einzugehen. Ansonsten ist auf alle aufgeworfenen Fragen, ggf. hilfsgutachtlich, einzugehen.

### Lösungsvorschlag

<b>A. Zulässigkeit</b> .....	<b>1308</b>
<b>I. Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts</b> .....	<b>1308</b>
<b>II. Beteiligtenfähigkeit</b> .....	<b>1309</b>
1. C-Fraktion als Antragstellerin .....	1309
2. Bundeskanzlerin K als Antragsgegnerin .....	1309
<b>III. Antragsgegenstand</b> .....	<b>1309</b>
<b>IV. Antragsbefugnis</b> .....	<b>1310</b>
<b>V. Form und Frist</b> .....	<b>1310</b>
<b>VI. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis</b> .....	<b>1310</b>

<b>VII. Zwischenergebnis</b> .....	<b>1310</b>
<b>B. Begründetheit</b> .....	<b>1311</b>
<b>I. Recht des Bundestages zur Gesetzgebung</b> .....	<b>1311</b>
<b>II. Rechtsverletzung</b> .....	<b>1311</b>
1. Verweigerungsrecht der Bundeskanzlerin hinsichtlich der formellen Verfassungswidrigkeit .....	1311
2. Formelle Verfassungswidrigkeit des Gesetzes .....	1312
a) Gesetzgebungskompetenz.....	1312
b) Gesetzgebungsverfahren .....	1312
aa) Gesetzesinitiative .....	1312
bb) Hauptverfahren.....	1313
(1) Verletzung von Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG.....	1313
(a) Gewährleistungsgehalt .....	1313
(b) Beeinträchtigung des Gewährleistungsgehalts .....	1313
(c) Rechtfertigung der Beeinträchtigung.....	1314
(aa) Grundsätzliche Zulässigkeit von Beschränkungen des Rede- rechts .....	1314
(bb) § 36 Abs. 2 GO BT .....	1314
(cc) Auswirkung auf die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes .....	1315
(2) Verletzung des Demokratieprinzips, Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG.....	1316
cc) Abschlussverfahren.....	1316
dd) Zwischenergebnis .....	1316
c) Zwischenergebnis.....	1316
3. Zwischenergebnis.....	1316
<b>III. Zwischenergebnis</b> .....	<b>1316</b>
<b>C. Gesamtergebnis</b> .....	<b>1316</b>

Der Antrag der C-Fraktion vor dem Bundesverfassungsgericht hat Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

#### A. Zulässigkeit

Der Antrag ist zulässig, wenn alle Sachentscheidungsvoraussetzungen gegeben sind.

#### I. Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht ist für das Organstreitverfahren gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG zuständig.

## II. Beteiligtenfähigkeit

Die C-Fraktion als Antragstellerin und Bundeskanzlerin K als Antragsgegnerin müssten beteiligtenfähig sein. Dies richtet sich nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG.

*Hinweis:* Es wäre nicht falsch, lediglich unter § 63 BVerfGG zu subsumieren. Wird nur Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG in Bezug genommen, ist das methodisch unpräzise, aber kein gravierender Fehler.

### 1. C-Fraktion als Antragstellerin

Den Antrag hat die C-Fraktion für den Bundestag als Kollektivorgan gestellt. Nach § 63 BVerfGG können nicht nur die dort genannten Organe einen Antrag im Organstreitverfahren stellen, sondern auch die im Grundgesetz oder in den Geschäftsordnungen des Bundestages und des Bundesrates mit eigenen Rechten ausgestatteten Teile dieser Organe. Fraktionen sind als ständig vorhandene Gliederungen Teile des Organs Bundestag.<sup>1</sup> Sie sind auch mit eigenen Rechten ausgestattet, beispielsweise mit dem Gesetzesinitiativrecht gem. § 76 Abs. 1 GO BT. Gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG sind Fraktionen mit eigenen Rechten ausgestattete andere Beteiligte. Hieraus folgt also nichts anderes. Somit ist die C-Fraktion beteiligtenfähig.

*Hinweis:* Die Rechtsprechung zu § 63 BVerfGG ist auch Kritik ausgesetzt. Insbesondere ist nicht restlos überzeugend, warum Fraktionen als „ständig“ vorhandene Gliederungen angesehen werden – obwohl sie sich immer wieder neu gründen müssen –, Abgeordnete hingegen nicht.<sup>2</sup>

### 2. Bundeskanzlerin K als Antragsgegnerin

Gerichtet wurde der Antrag gegen Bundeskanzlerin K. Die Bundeskanzlerin ist in § 63 BVerfGG nicht ausdrücklich genannt, die Bundesregierung dagegen schon. Nach Art. 62 GG ist die Bundeskanzlerin Teil der Bundesregierung. Zudem sind ihr grundgesetzliche Rechte zugewiesen, insbesondere die Richtlinienkompetenz gem. Art. 65 S. 1 GG. Bundeskanzlerin K ist daher als Teil der Bundesregierung i.S.d. § 63 BVerfGG taugliche Antragsgegnerin im Organstreitverfahren. Gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG ist sie entweder als oberstes Bundesorgan oder jedenfalls als mit im Grundgesetz eigenen Rechten ausgestattete andere Beteiligte beteiligtenfähig.<sup>3</sup>

## III. Antragsgegenstand

Weiterhin müsste ein nach § 64 Abs. 1 BVerfGG tauglicher Antragsgegenstand vorliegen. Dieser besteht in jeder rechtserheblichen Maßnahme oder Unterlassung.<sup>4</sup> Rechtserheblich ist ein Verhalten, „das geeignet ist, die Rechtsstellung des Antragstellers zu beeinträchtigen“; dafür muss „der Antragsteller durch die angegriffene Maßnahme in seinem Rechtskreis konkret betroffen“ sein.<sup>5</sup> Schwerpunktmäßig gerügt wird von der C-Fraktion die unterlassene Gegenzeichnung des Gesetzes durch

<sup>1</sup> BVerfGE 2, 143 (160); 123, 267 (337 Rn. 200).

<sup>2</sup> Vgl. auch *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 60.

<sup>3</sup> Vgl. *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 80. Lfg., Stand: Juni 2017, Art. 93 Rn. 206.

<sup>4</sup> BVerfGE 60, 374 (381).

<sup>5</sup> BVerfGE 138, 45 (60 Rn. 27).

Bundeskanzlerin K. In Rede steht mithin eine Unterlassung. Diese ist rechtserheblich bei einer möglichen Rechtspflicht zum Handeln der K.<sup>6</sup> Eine solche Pflicht könnte aus Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. Art. 58 S. 1 GG folgen, soweit die Gegenzeichnung allein einen formalen Akt ohne damit verbundene Prüfungscompetenz darstellt oder trotz Prüfungscompetenz im konkreten Fall kein Recht zur Verweigerung der Gegenzeichnung besteht. Die Rechtserheblichkeit der Verweigerung der Gegenzeichnung folgt mithin daraus, dass durch sie der Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens verhindert wird und das parlamentarisch beschlossene Gesetz nicht in Kraft treten kann. Ein tauglicher Antragsgegenstand besteht.

#### IV. Antragsbefugnis

Die C-Fraktion als Antragstellerin müsste nach § 64 Abs. 1 BVerfGG auch antragsbefugt sein. Hierfür muss die Möglichkeit bestehen, dass sie oder das Organ, dem sie angehört, durch die angegriffene Maßnahme in verfassungsrechtlichen Rechten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist. Die C-Fraktion beruft sich nicht auf eigene Rechte, sondern im Wege der Prozessstandschaft auf eine Rechtsverletzung des Bundestages.<sup>7</sup> Für eine Prozessstandschaft ist erforderlich, dass die C-Fraktion als Teil des Organs, dessen Rechte geltend gemacht werden, beteiligtenfähig ist. Dies wurde bereits festgestellt. Ferner bedarf es einer möglichen Rechtsverletzung des Organs, hier also des Bundestages. In Betracht kommt eine Verletzung des Initiativrechts des Bundestages gem. Art. 76 Abs. 1 GG. Dieses ist durch die Verweigerung der Gegenzeichnung allerdings nicht unmittelbar betroffen. Indes kommt dem Bundestag das Recht zur Gesetzgebung im Sinne der maßgeblichen Entscheidung über Gesetzesvorlagen zu, Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG. Damit ist nicht allein der Akt der formalen Beschlussfassung, sondern auch die inhaltliche Bestimmungsmacht verbunden, den Inhalt des geltenden Rechts durch parlamentarischen Beschluss zu bestimmen (Gesetzgebungsfunktion des Bundestages<sup>8</sup>). Eine Verletzung dieses Rechts durch die Unterlassung der Bundeskanzlerin K ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, erscheint also möglich. Die C-Fraktion ist damit antragsbefugt.<sup>9</sup>

#### V. Form und Frist

Der Antrag wurde form- und fristgerecht gestellt, §§ 23 Abs. 1, 64 Abs. 2 und 3 BVerfGG.

#### VI. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Durch das Vorliegen der übrigen Sachentscheidungsvoraussetzungen ist das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis indiziert. Dagegensprechende Erwägungen sind nicht ersichtlich.

#### VII. Zwischenergebnis

Der Antrag der C-Fraktion ist zulässig.

---

<sup>6</sup> Vgl. *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 80. Lfg., Stand: Juni 2017, Art. 93 Rn. 221.

<sup>7</sup> Vgl. etwa auch BVerfGE 131, 152 (190 Rn. 77).

<sup>8</sup> Dazu *Morlok*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 39.

<sup>9</sup> Vgl. zum Ganzen *Sauer*, JuS 2007, 641 (643, 645); *Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 82 Rn. 24.

## B. Begründetheit

Der Antrag müsste auch begründet sein. Dies ist nach § 67 S. 1 BVerfGG der Fall, wenn die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung, hier die Verweigerung der Gegenzeichnung durch Bundeskanzlerin K, gegen eine Bestimmung des Grundgesetzes verstößt. Der Verstoß muss in der Verletzung von Rechten der Antragstellerin, hier das durch die C-Fraktion geltend gemachte Gesetzgebungsrecht des Bundestages, liegen. Es müsste also ein Recht des Bundestages zur Gesetzgebung bestehen, das durch die Verweigerung der Gegenzeichnung durch Bundeskanzlerin K verletzt wurde.

### I. Recht des Bundestages zur Gesetzgebung

Fraglich ist, ob ein Recht des Bundestages darauf besteht, dass die Bundeskanzlerin K Gesetze gegenzeichnet. Gem. Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG beschließt der Bundestag Gesetzesvorlagen. In der Regel (bei Einspruchsgesetzen) kann er seine Auffassung auch gegen den Widerstand aus dem Bundesrat durchsetzen.<sup>10</sup> Ihm kommt also das Letztentscheidungsrecht über Gesetze zu. Das Verfahren der Gegenzeichnung und Ausfertigung gem. Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG bildet lediglich den formalen Abschluss der Gesetzgebung. Diesen Abschluss muss der Bundestag gerichtlich durchsetzen können, soll seine Gesetzgebungsfunktion nicht leerlaufen. Zur Sicherung der Gesetzgebungsfunktion des Bundestages ist es erforderlich, dass er diese Funktion gegen den möglicherweise verfassungswidrigen Widerstand anderer Verfassungsorgane durchsetzen kann. Somit ist das Recht zur Gesetzgebung ein organchaftliches Recht des Bundestages. Damit besteht ein Recht des Bundestages auf eine verfassungsmäßige Mitwirkung der anderen am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Akteure.<sup>11</sup>

### II. Rechtsverletzung

Dieses Recht des Bundestages ist verletzt, wenn im konkreten Fall eine Pflicht der Bundeskanzlerin K bestand, das Gesetz nach Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. Art. 58 S. 1 GG gegenzuzeichnen, und sie dieser Pflicht nicht nachgekommen ist. K ist der Auffassung, eine solche Pflicht bestehe nicht, denn sie habe ein Prüfungsrecht analog dem des Bundespräsidenten S, sodass ihr im Falle verfassungsrechtlicher Zweifel am Gesetz das Recht zukomme, die Gegenzeichnung zu verweigern. Ob ein Prüfungs- und ggf. ein Verweigerungsrecht besteht, ist ungewiss. Zu prüfen ist in diesem Fall ausschließlich ein Verweigerungsrecht hinsichtlich der formellen Verfassungswidrigkeit des geplanten Gesetzes. Fraglich ist also, ob ein Prüfungs- und ggf. Verweigerungsrecht in formeller Hinsicht generell besteht und ob es im konkreten Fall auch einschlägig ist.

*Hinweis:* Auf die materielle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes ist laut Bearbeitungsvermerk nicht einzugehen.

#### 1. Verweigerungsrecht der Bundeskanzlerin hinsichtlich der formellen Verfassungswidrigkeit

Das grundsätzliche Erfordernis einer Gegenzeichnung von Gesetzen folgt aus Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. Art. 58 S. 1 GG. Der Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG („nach Gegenzeichnung“) spricht eher nicht für ein Prüfungs- und Verweigerungsrecht, setzt sprachlich vielmehr die Gegenzeichnung als Vorausset-

<sup>10</sup> Sauer, JuS 2007, 641 (645).

<sup>11</sup> Vgl. zum Ganzen Sauer, JuS 2007, 641 (643, 645); Wallrabenstein, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 82 Rn. 24.

zung der Ausfertigung voraus. Ähnliches gilt für Art. 58 S. 1 GG. Jedoch ist der Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG auch aus einer anderen Perspektive heraus zu würdigen, denn der Ausfertigung und der dieser vorgeschalteten Gegenzeichnung unterfallen nur „[d]ie nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes zustande gekommenen Gesetze“.

*Hinweis:* Das gleiche Argument wird bei der Frage eines Prüfungsrechts des Bundespräsidenten virulent.

Der Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG spricht somit dafür, dass nur verfassungsgemäß zustande gekommene Gesetze gegengezeichnet werden dürfen, was wiederum ein Gegenzeichnungs-Verweigerungsrecht bei formell verfassungswidrigen Gesetzen begründete. Dagegen könnte zwar sprechen, dass das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts unterlaufen würde. Jedoch bliebe die Möglichkeit bundesverfassungsgerichtlicher Kontrolle – wie gerade die vorliegende Situation zeigt – in Gestalt eines Organstreitverfahrens erhalten. Zudem ist K als Bundeskanzlerin umfassend an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden, Art. 20 Abs. 3 GG, mithin auch hinsichtlich der grundgesetzlichen Bestimmungen zur formellen Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen. Ihr ist nicht zuzumuten, sehenden Auges ein verfassungswidriges Gesetz gegenzuzeichnen. Sie übernimmt als gegenzeichnendes Mitglied der Bundesregierung gegenüber dem Bundestag die parlamentarische Verantwortung für die Ausfertigung des Bundespräsidenten.<sup>12</sup> Dies korreliert mit ihrer politischen Gesamtverantwortung gem. Art. 65 S. 1 GG. Es besteht somit hinsichtlich der formellen Verfassungswidrigkeit ein Prüfungs- und Verweigerungsrecht der Bundeskanzlerin K.<sup>13</sup>

## 2. Formelle Verfassungswidrigkeit des Gesetzes

Die Verweigerung der Gegenzeichnung ist aber nur dann verfassungsgemäß, wenn das vorliegende Gesetz auch tatsächlich formell verfassungswidrig ist. Ein Bundesgesetz ist formell verfassungswidrig, wenn der Bund nicht die Gesetzgebungskompetenz innehat und/oder das Gesetzgebungsverfahren nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde.

### a) Gesetzgebungskompetenz

Laut Sachverhalt hat der Bund die Gesetzgebungskompetenz. Sie ergibt sich aus Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.

### b) Gesetzgebungsverfahren

Fraglich ist, ob das Gesetzgebungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt wurde.

#### aa) Gesetzesinitiative

Der Bundestag hat gem. Art. 76 Abs. 1 GG, konkretisiert durch § 76 Abs. 1 GO BT, das Recht zur Gesetzesinitiative.

---

<sup>12</sup> Brenner, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 82 Rn. 20.

<sup>13</sup> Vgl. statt aller Butzer, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 73. Lfg., Stand: Dezember 2014, Art. 82 Rn. 102 m.w.N. A.A. Mann, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 82 Rn. 18. Umfassend zum Meinungsbild Bauer, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 82 Rn. 15 m.w.N.

## bb) Hauptverfahren

Das Hauptverfahren müsste ordnungsgemäß durchgeführt worden sein. Das Gesetz wurde im Bundestag beschlossen, Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG. Jedoch wurde dem Abgeordneten A während seiner Rede im Plenum das Wort entzogen. Das könnte eine Verletzung des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG und damit einen Fehler im Gesetzgebungsverfahren begründen, der zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes führt.

### (1) Verletzung von Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG

Fraglich ist, ob eine Verletzung des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG vorliegt.

#### (a) Gewährleistungsgehalt

Das Rederecht der Abgeordneten in der Plenardebatte ist elementarer Bestandteil des Statusrechts gem. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG.<sup>14</sup> Aufgrund der unmittelbaren demokratischen Legitimation des Bundestages ist es wichtig, dass die Abgeordneten in angemessenem und gleichem Umfang an den Beratungen, explizit auch mit Wortbeiträgen,<sup>15</sup> partizipieren können.<sup>16</sup> Das Rederecht umfasst jedoch nicht anderweitige Formen von Kommunikation. So ist etwa das Tragen von Abzeichen politischer oder gesellschaftlicher Organisationen im Plenarsaal seit Jahrzehnten unüblich und gilt als „unparlamentarisch“. Zwar soll parlamentarischer Diskurs überspitzen und polarisieren dürfen – insoweit gibt es auch keine Neutralitätspflicht für Abgeordnete<sup>17</sup> –, jedoch muss es im Kern um eine inhaltliche Auseinandersetzung gehen und nicht um bloße Provokationen oder Herabwürdigungen.<sup>18</sup> Hier hat die Plakette zwar einen inhaltlichen Bezug zur diskutierten Thematik (Klimaschutz); jedoch war sie für den Redebeitrag des A nicht konstitutiv und insbesondere hat dieser sie auch nur deshalb getragen, um die Abgeordneten der Regierungsfractionen zu provozieren. Das Tragen von Plaketten ist demnach – anders als das Rederecht – nicht vom Gewährleistungsgehalt des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG erfasst.

*Hinweis:* Das Rederecht ist nicht vom Grundrecht der freien Meinungsäußerung nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG geschützt, sondern ausschließlich durch das verfassungsrechtliche Statusrecht des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG.<sup>19</sup>

#### (b) Beeinträchtigung des Gewährleistungsgehalts

Durch den Wortentzug wurde das aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG folgende Rederecht des A beeinträchtigt. Dass er von seiner fünfminütigen Redezeit zwei Minuten lang reden konnte, ändert an der grundsätzlichen Beeinträchtigung nichts.

<sup>14</sup> Vgl. BVerfGE 10, 4 (12); 60, 374 (379 f.); *Schürmann*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, 2016, § 20 Rn. 59.

<sup>15</sup> Zum Mündlichkeitsprinzip und einer Mindestpflicht zur Aussprache *Zeh*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 53 Rn. 28.

<sup>16</sup> Vgl. *Butzer*, in: BeckOK Grundgesetz, Stand: 15.8.2023, Art. 38 Rn. 139 ff.; *Gerberding*, Jura 2021, 265 (271 f.); *Magiera*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 58, 63; *Müller*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 38 Rn. 84. Zur formalen Gleichheit der Abgeordneten *Trute*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 125.

<sup>17</sup> *Gerberding*, Jura 2021, 265 (272).

<sup>18</sup> *Schürmann*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, 2016, § 20 Rn. 61. Vgl. zur Frage eines Sachlichkeitsgebots für Abgeordnete *Gerberding*, Jura 2021, 265 (272 f.).

<sup>19</sup> BVerfGE 60, 374 (379 f.).

### (c) Rechtfertigung der Beeinträchtigung

Womöglich war der Wortentzug aber verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

#### (aa) Grundsätzliche Zulässigkeit von Beschränkungen des Rederechts

Das Grundgesetz macht hinsichtlich des Verfahrens im Plenum keine besonderen Vorgaben. Der Geschäftsordnungsautonomie des Bundestages gem. Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG entsprechend, sind Regelungen zur Ausgestaltung der Plenardebatten und Redebeiträge der Abgeordneten in der Geschäftsordnung des Bundestages enthalten. Beschränkungen des Rederechts sind aufgrund der vom Parlament kraft seiner Geschäftsordnungsautonomie gesetzten Schranken grundsätzlich zulässig.<sup>20</sup> Die Grenze dieser Beschränkungen ist erst erreicht, soweit Maßnahmen die grundsätzliche Aufgabe des Parlaments, Forum für Rede und Gegenrede zu sein, in Frage stellen.<sup>21</sup> Die §§ 36–41 GO BT sollen eine sachbezogene Debatte und einen störungsfreien Ablauf der Plenarsitzungen ermöglichen, dienen also der Funktionsfähigkeit des Parlaments; zudem soll durch die Ordnungsrechte das Ansehen des Parlaments gewahrt werden.<sup>22</sup> Inhaber der Ordnungsgewalt ist der Bundestag selbst, sie ist nach §§ 7 Abs. 1 S. 2, 36 ff. GO BT lediglich auf den jeweiligen Bundestagspräsidenten übertragen.<sup>23</sup> An der Verfassungsmäßigkeit der Geschäftsordnung des Bundestages besteht insoweit kein Zweifel.

#### (bb) § 36 Abs. 2 GO BT

Maßgeblich ist im vorliegenden Fall § 36 Abs. 2 GO BT. Hiernach muss Rednern das Wort entzogen werden, soweit diese während einer Rede dreimal zur Sache oder dreimal zur Ordnung gerufen wurden und beim zweiten Mal auf die Folgen eines dritten Rufes zur Sache oder zur Ordnung hingewiesen worden sind. A hat bei seiner Rede die Plakette einer vom Bundesamt für Verfassungsschutz als extremistisch eingeordneten Klimaschutzorganisation getragen, woraufhin er von Bundestagspräsidentin P mehrfach aufgefordert wurde, die Plakette abzunehmen. Tatbestandliche Voraussetzung ist jedoch ein explizites dreimaliges Zur-Ordnung- oder Zur-Sache-Rufen.<sup>24</sup> Das ist nicht geschehen. Zwar kam durch das Tragen der Plakette eine Verletzung der Ordnung und Würde des Bundestages in Betracht,<sup>25</sup> jedoch erfolgte durch P kein Ordnungsruf i.S.d. § 36 Abs. 1 S. 2 GO BT. Dementsprechend wurde A auch nicht auf einen bevorstehenden Wortentzug hingewiesen, was ebenfalls eine tatbestandliche Voraussetzung des § 36 Abs. 2 GO BT darstellt.<sup>26</sup> Damit ist der von P angeordnete

---

<sup>20</sup> Vgl. BVerfGE 10, 4 (13); *Butzer*, in: BeckOK Grundgesetz, Stand: 15.8.2023, Art. 38 Rn. 158 f.; *Klein*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 51 Rn. 25; *Schürmann*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, 2016, § 20 Rn. 58 f.

<sup>21</sup> BVerfGE 10, 4 (13); *Magiera*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 64. Vgl. auch § 28 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GO BT.

<sup>22</sup> *Schürmann*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 20 Rn. 56, 59; vgl. auch *Zeh*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 52 Rn. 26 („wirkungsvolle Kompetenzwahrnehmung des Bundestages“) sowie *Zeh*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 53 Rn. 36.

<sup>23</sup> Vgl. BVerfGE 60, 374 (379); *Klein*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2005, § 51 Rn. 25; *Ritzel/Bücker/Schreiner*, in: Handbuch für die Parlamentarische Praxis, 2018, Kommentar zur GO BT, Vorbem. §§ 36–41 Bem. 4; *Schürmann*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, 2016, § 20 Rn. 58.

<sup>24</sup> *Ritzel/Bücker/Schreiner*, in: Handbuch für die Parlamentarische Praxis, 2018, Kommentar zur GO BT, § 36 Bem. 4 b).

<sup>25</sup> BT-Drs. 17/5471, S. 4. Eine scharfe Trennlinie beider Begriffe ist indes ohnehin nicht möglich, vgl. *Ritzel/Bücker/Schreiner*, in: Handbuch für die Parlamentarische Praxis, 2018, Kommentar zur GO BT, § 36 Bem. 2 g). Zum Begriff der Würde des Bundestages *Ritzel/Bücker/Schreiner*, in: Handbuch für die Parlamentarische Praxis, 2018, Kommentar zur GO BT, Vorbem. §§ 36–41 Bem. 1 d).

<sup>26</sup> *Ritzel/Bücker/Schreiner*, in: Handbuch für die Parlamentarische Praxis, 2018, Kommentar zur GO BT, § 36 Bem. 4 c).

Entzug des Wortes nicht vom Tatbestand des § 36 Abs. 2 GO BT gedeckt.

*Hinweis:* Auch ohne Vorwissen kann erwartet werden, dass erkannt wird, dass die Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 GO BT nicht gegeben waren.

Ein Verstoß gegen eine Norm der Geschäftsordnung des Bundestages begründet aber nicht automatisch einen Verfassungsverstoß, weil die Geschäftsordnung normhierarchisch unter dem Grundgesetz steht. Die verfassungsrechtliche Maßgeblichkeit eines Geschäftsordnungsverstoßes bestimmt sich insbesondere danach, ob durch die jeweilige Norm, in diesem Fall § 36 Abs. 2 GO BT, verfassungsmäßige Rechte der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten konkretisiert werden. Das ist hier in Bezug auf Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG der Fall. Die grundsätzliche Zulässigkeit einer Reglementierung parlamentarischer Redebeiträge steht außer Frage; jedoch müssen Abgeordnete auf eine solch schwerwiegende Folge eigenen Verhaltens – wie einen Wortentzug – zwingend hingewiesen werden. Das ist nicht geschehen. Das Rederecht ist fundamentaler Teil des Statusrechts der Abgeordneten und ermöglicht es einerseits, den eigenen politischen Standpunkt kundzutun, und andererseits, auch auf andere Redebeiträge eingehen zu können. Es sichert damit die parlamentarische, fraktionsübergreifende Diskussion und Entscheidungsfindung. Vor diesem Hintergrund hat der Hinweis auf einen bevorstehenden Wortentzug die elementare Funktion, den Abgeordneten die Möglichkeit zu geben, sich den parlamentarischen Regeln und Gepflogenheiten entsprechend zu verhalten, im konkreten Fall also die Plakette abzunehmen. Diese Möglichkeit wurde A verwehrt. Damit liegt eine Verletzung des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG vor.

*Hinweis:* A.A. vertretbar. Argumentiert werden könnte etwa mit einem treuwidrig-missbräuchlichen Verhalten des A dahingehend, dass er um die Folgen seines Plakettentragens wusste bzw. hätte wissen müssen.

### (cc) Auswirkung auf die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes

Jedoch ist fraglich, ob hieraus als Konsequenz die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes insgesamt folgt.<sup>27</sup> Zu berücksichtigen ist, dass der Redebeitrag des A nicht zu einem abweichenden Stimmenthalten der Abgeordneten geführt hätte.<sup>28</sup> Der Verstoß gegen § 36 Abs. 2 GO BT und die damit einhergehende Verletzung des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG haben folglich keine Auswirkungen auf den Gesetzesbeschluss. Das Gesetz wegen Verstoßes gegen Normen des Gesetzgebungsverfahrens für verfassungswidrig zu erklären, würde sich auch als ineffizienter Formalismus darstellen, denn es könnte mit dem gleichen Inhalt schlicht erneut angestrengt werden. Zudem ist A in Bezug auf die Verletzung seines Statusrechts aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG nicht schutzlos gestellt. Er hat die Möglichkeit, diese Verletzung vor dem Bundesverfassungsgericht im Wege des Organstreitverfahrens gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG feststellen zu lassen, vgl. § 67 S. 1 BVerfGG.<sup>29</sup> Die Verletzung des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ist somit für die Frage der Verfassungsmäßigkeit unbeachtlich.

<sup>27</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang *Helbig*, Fehler im Gesetzgebungsverfahren, 2023, S. 268, 273, der hervorhebt, dass ein verfassungswidriges Gesetzgebungsverfahren nicht zwingend zu einem verfassungswidrigen Gesetz führt.

<sup>28</sup> Instrukтив *Helbig*, Fehler im Gesetzgebungsverfahren, 2023, S. 263 ff., vgl. insbesondere S. 312 ff. zum Merkmal der Kausalität eines Verfahrensfehlers.

<sup>29</sup> *Blum*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, 2016, § 21 Rn. 25.

*Hinweis:* A.A. vertretbar.

## (2) Verletzung des Demokratieprinzips, Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG

Fraglich ist, ob eine Verletzung des Demokratieprinzips gem. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG gegeben ist. Eine öffentliche Aussprache, Art. 42 Abs. 1 S. 1 GG, ist zwar eine von Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG ableitbare Anforderung für die demokratische Legitimation von Gesetzen;<sup>30</sup> es ist ein verfassungsmäßiges Ziel, die Repräsentationsfähigkeit des Parlaments zu bewahren.<sup>31</sup> Jedoch ist zu berücksichtigen, dass andere Abgeordnete der G-Fraktion ihre Reden halten konnten, A selbst ebenfalls die Chance hatte, seinen Standpunkt in der Aussprache kundzutun und dies teilweise auch tat. Zudem nahm er an der Abstimmung ordnungsgemäß teil. Die Verletzung des Rederechts von A führt damit nicht – wie von Bundeskanzlerin K behauptet – zum Fehlen einer demokratischen Legitimation des Gesetzes.

## cc) Abschlussverfahren

Das Abschlussverfahren ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht beendet. Die Gegenzeichnung durch K wäre der erste Schritt, um das Gesetzgebungsverfahren abschließen zu können. Es müssten dann noch die Ausfertigung durch den Bundespräsidenten S sowie die Verkündung im Bundesgesetzblatt folgen, Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG.

## dd) Zwischenergebnis

Das Gesetzgebungsverfahren wurde somit zum Zeitpunkt des Antrags beim Bundesverfassungsgericht ordnungsgemäß durchgeführt.

## c) Zwischenergebnis

Das geplante Gesetz ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt formell verfassungsgemäß.

## 3. Zwischenergebnis

Folglich hat Bundeskanzlerin K zwar grundsätzlich ein Recht darauf, formell verfassungswidrige Gesetze nicht gegenzuzeichnen, im vorliegenden Fall ist jedoch kein formell verfassungswidriges Gesetz gegeben.

## III. Zwischenergebnis

Die Verweigerung der Gegenzeichnung durch Bundeskanzlerin K stellt somit eine Verletzung ihrer Pflicht aus Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. Art. 58 S. 1 GG dar. Damit ist der Bundestag in seinem Recht zur Gesetzgebung verletzt. Der Antrag der C-Fraktion ist somit begründet.

## C. Gesamtergebnis

Der Antrag der C-Fraktion ist zulässig und begründet. Er hat Erfolg.

---

<sup>30</sup> Vgl. *Gerberding*, Jura 2021, 265 (271 f.).

<sup>31</sup> *Butzer*, in: BeckOK Grundgesetz, Stand: 15.8.2023, Art. 38 Rn. 163; *Helbig*, Fehler im Gesetzgebungsverfahren, 2023, S. 183.

*Poliak*: Die sorgsame Kanzlerin

Hinweis: A.A. – je nach vorheriger Prüfung – vertretbar.

## (Referendar-)Examensklausur: Kleben für das Klima

Wiss. Mitarbeiter Josua Zimmermann, Wiss. Mitarbeiter Marius Hundt-Matthies, Leipzig\*

Die Examensprobeklausur behandelt die verfassungsrechtliche Perspektive der aktuell polarisierenden und daher überaus examensrelevanten Form von Klimaprotesten, bei denen sich Aktivist:innen während Sitzblockaden auf der Straße festkleben. Es ist zu prüfen, ob diese Protestform in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit fällt und inwieweit sich dagegen gerichtete ordnungsrechtliche Maßnahmen – konkret Versammlungsverbot und Präventivgewalt – als verfassungsgemäß erweisen. Prozessual sind die Minderjährigkeit der Beschwerdeführerin sowie die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu besprechen.

Diese Klausur wurde in leicht abgewandelter Form im August 2023 als Examensprobeklausur im FerienLEO-Klausurenkurs der Juristenfakultät der Universität Leipzig gestellt.

### Sachverhalt

Die 16-jährige deutsche Staatsangehörige A setzt sich gemeinsam mit einigen Schulfreundinnen für den Klimaschutz ein. Seit einigen Jahren demonstrieren sie jeden Freitag für eine effektivere Umweltpolitik der Bundesregierung zur Bekämpfung des menschengemachten Klimawandels.

Trotz ihres unermüdlichen Engagements hat die Gruppe das Gefühl, dass ihr Anliegen in der Politik nicht ausreichend Berücksichtigung findet. Sie sind deswegen bereits seit einigen Monaten in einer neuen Umweltbewegung aktiv – der sog. „Verbleibenden Generation“ (VG) –, die durch Sitzblockaden auf Straßen und andere Formen des zivilen Ungehorsams versucht, die Aufmerksamkeit auf das drängende Problem der Erderwärmung zu lenken. Die VG fordert unter anderem verschiedene Sofortmaßnahmen zur Einsparung von CO<sub>2</sub>, wie ein allgemeines Tempolimit und einen bezahlbaren öffentlichen Nahverkehr.

Mehrere Mitglieder der VG wurden bereits aufgrund von Sitzblockade-Aktionen wegen Nötigung von Autofahrer:innen gem. § 240 StGB rechtskräftig verurteilt, wobei die Rechtsprechung der Fachgerichte diesbezüglich nicht einheitlich ausfällt. Bei den Protesten kam es überdies in einigen Fällen zu gewalttätigen Übergriffen von Verkehrsteilnehmenden auf die Blockierenden.

Nachdem A bisher vor allem organisatorische Aufgaben innerhalb der Gruppierung übernommen hat, möchte sie nun auch erstmals selbst an einer Sitzblockade teilnehmen. Gemeinsam mit sechs anderen Personen aus der VG beschließt sie folgenden Plan:

Am 5.9.2022, einem Montag, wollen sie früh morgens um 6:30 Uhr eine stark befahrene Zufahrtsstraße ins Leipziger Stadtzentrum für den Berufsverkehr blockieren. Dafür planen sie, die Straße an einer Fußgängerampel zu betreten, während die Ampelanlage für den Autoverkehr rot zeigt. Nachdem sie sich so vor den haltenden Autos platziert haben, dass diese nicht mehr an ihnen vorbeifahren können, wollen sie sich mit einem schnell aushärtenden Klebstoff mit einer Hand auf dem Asphalt festkleben, sodass sie nicht mehr ohne Weiteres von Polizeikräften von der Straße getragen werden

---

\* Die Autoren Josua Zimmermann und Marius Hundt-Matthies sind Wiss. Mitarbeiter bei Herrn Prof. Dr. Jochen Rozek am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Verfassungsgeschichte und Staatskirchenrecht an der Universität Leipzig.

können. Darüber hinaus wurden Plakate und Transparente vorbereitet, die während der Blockade für alle sichtbar präsentiert werden sollen und auf denen die Forderungen der Beteiligten nach mehr Klimaschutz und weniger Autoverkehr in den Städten dargelegt sind. Fünf der sieben Beteiligten – darunter auch A – sollen die Sitzblockade wie beschrieben durchführen, während die anderen beiden für die Kommunikation mit Außenstehenden und die Dokumentation mittels Videoaufnahmen zuständig sind. Während der Aktion tragen alle Beteiligten orangefarbene Warnwesten, um jederzeit von den Verkehrsteilnehmer:innen wahrgenommen werden zu können. Ferner wollen sie sich so positionieren, dass genügend Raum für die Bildung einer Rettungsgasse für Einsatzkräfte verbleibt. Die Polizei soll nicht im Voraus über die Straßenblockade informiert werden, um die Durchführung der Aktion nicht zu gefährden.

Als sich A und die anderen Beteiligten am frühen Morgen des 5. September auf den Weg zur Umsetzung ihres Plans machen, werden sie am Zielort jedoch bereits von Einsatzkräften der Polizei erwartet, die zuvor von dem Plan erfahren hat. Ihnen wird daraufhin die Durchführung der Sitzblockade untersagt und sie werden aufgefordert, sich unverzüglich vom Ort des Geschehens zu entfernen. Nach einer hitzigen Diskussion zwischen den Einsatzkräften und den Aktivist:innen nimmt die Polizei die Gruppe kurzerhand in Gewahrsam. Die präventive Ingewahrsamnahme sei notwendig, um drohende Straftaten – wie sie eine Sitzblockade darstelle – zu verhindern. Es sei laut der Einsatzkräfte nicht auszuschließen, dass die Gruppe ihre geplante Aktion an einem anderen Ort in der Innenstadt durchführt. Dies sei – was zutrifft – in der Vergangenheit bei Protesten der VG gelegentlich vorgekommen. Erst am übernächsten Tag (7.9.2022) wird die Gruppe aus dem Polizeigewahrsam entlassen. Eine richterliche Entscheidung über den Gewahrsam erfolgte nicht.

A ist empört über das Vorgehen der Polizei und zweifelt an dessen Rechtmäßigkeit. Deshalb lässt sie die Maßnahmen – vertreten durch ihre Eltern – fachgerichtlich überprüfen.

Doch auch vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat ihr Vorgehen keinen Erfolg. Das ablehnende Urteil wird A am 1.7.2023 zugestellt. In der Urteilsbegründung heißt es: Bei der geplanten Aktion könne sich A schon gar nicht auf den Schutz der Versammlungsfreiheit berufen. Denn diese sei als nicht friedlich zu bewerten, was sich bereits aus den strafrechtlichen Verurteilungen von Aktivist:innen wegen ähnlicher Aktionen in der Vergangenheit ergebe. Zudem wolle die VG durch ihre Sitzblockaden nicht auf die öffentliche Meinungsbildung einwirken, sondern lediglich im Wege einer „Verhinderungsblockade“ zwangsweise die eigenen Forderungen durchsetzen. Letztlich sei die Aktion auch gar nicht als Versammlung bei der zuständigen Behörde angezeigt gewesen, so dass jedenfalls der Schutz der öffentlichen Sicherheit überwiegen und eine Einschränkung der Versammlungsfreiheit sowie eine temporäre Freiheitsentziehung rechtfertigen würde.

A ist wütend über diese Argumentation. Sie ist der Meinung, dass die geplante Aktion sehr wohl als Versammlung i.S.v. Art. 8 Abs. 1 GG zu qualifizieren sei. Die Friedlichkeit der Protestaktion könne doch nicht schon allein deshalb ausgeschlossen sein, weil es bei ähnlichen Sitzblockaden strafrechtliche Verurteilungen gegeben habe. Immerhin sei die Gewaltfreiheit bei der „Verbleibenden Generation“ oberstes Gebot. So ginge auch von ihrer Aktion und den Beteiligten keinerlei Aggressivität aus, es sei lediglich ein passiver ziviler Widerstand geplant gewesen, wie er auch von berühmten Pazifisten, wie Gandhi oder Martin Luther King, erfolgreich eingesetzt wurde. Das Argument der „Verhinderungsblockade“ greife aus ihrer Sicht auch nicht: Der VG ginge es in erster Linie um öffentliche Aufmerksamkeit für ihr Anliegen. Außerdem hätten vorherige Protestformen nicht zum gewünschten Umdenken in der Politik geführt, weshalb nun auch radikalere Formen des Protests gewählt werden müssten, um die Dringlichkeit des Klimaschutzes zu verdeutlichen. Selbst wenn ihnen die Blockade hätte verboten werden können, so stehe zumindest der rund zweitägige Sicherheitsgewahrsam außer Verhältnis zu ihrem geplanten Klimaschutzprotest. Die Behauptung, dass sie die Blockade nach der polizeilichen Intervention an einer anderen Stelle hätten durchführen wollen, entbehre

jeder sachlichen Grundlage.

A möchte sich noch nicht geschlagen geben. Sie sieht sich durch die letztinstanzliche Bestätigung der polizeilichen Maßnahmen in ihren Grundrechten verletzt und will daher Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht (BVerfG) erheben.

Aufgrund der Doppelbelastung von Umwelt-Aktivismus und Schulverpflichtungen ist A jedoch zeitlich stark beansprucht und beabsichtigt daher, die Beschwerdefrist nahezu vollständig auszuschöpfen und die Beschwerde erst am 25.7.2023 bei der Post aufzugeben. Auf dem Weg zur Postfiliale wird sie dann allerdings mit ihrem Fahrrad unverschuldet in einen Verkehrsunfall verwickelt. Erst nach zwei Wochen – am 8.8.2023 – wird sie wieder aus dem Krankenhaus entlassen. Daraufhin veranlasst sie umgehend die Einreichung der formgemäßen Verfassungsbeschwerde, die am 9.8.2023 beim BVerfG eingeht. In ihrem Antrag verweist sie hinsichtlich etwaiger Fristversäumung auf ihren Unfall und den Krankenhausaufenthalt; ein ärztliches Attest hängt sie dem Antrag an.

### Fallfrage

Prüfen Sie die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde.

### Bearbeitungsvermerk

In einem Gutachten ist auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen, ggf. hilfsgutachtlich, einzugehen. Während des zweiwöchigen Krankenhausaufenthalts war A nicht in der Lage, ihren (schulischen) Angelegenheiten nachzugehen. Die formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit von § 22 Abs. 1 Nr. 2 SächsPVDG und §§ 14 Abs. 1, 15 Abs. 1 SächsVersG ist zu unterstellen.

#### § 22 SächsPVDG [Gewahrsam]

(1) Die Polizei kann eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn [...]

2. dies unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung zu verhindern, [...]

#### § 14 SächsVersG [Anzeigepflicht]

(1) Wer die Absicht hat, eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel oder einen Aufzug zu veranstalten, hat dies spätestens 48 Stunden vor der Bekanntgabe der zuständigen Behörde unter Angabe des Gegenstandes der Versammlung oder des Aufzuges anzuzeigen. [...]

#### § 15 SächsVersG [Verbot von Versammlungen im Freien, Auflagen, Auflösung]

(1) Die zuständige Behörde kann die Versammlung oder den Aufzug verbieten oder von bestimmten Beschränkungen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist. [...]

### Lösungsvorschlag

<b>A. Zulässigkeit</b> .....	<b>1322</b>
<b>I. Zuständigkeit des BVerfG</b> .....	<b>1322</b>
<b>II. Beschwerdefähigkeit</b> .....	<b>1322</b>

<b>III. Prozessfähigkeit</b> .....	<b>1323</b>
<b>IV. Beschwerdegegenstand</b> .....	<b>1323</b>
<b>V. Beschwerdebefugnis</b> .....	<b>1324</b>
1. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung .....	1324
2. Beschwer .....	1324
<b>VI. Rechtswegerschöpfung und Grundsatz der Subsidiarität</b> .....	<b>1324</b>
<b>VII. Ordnungsgemäßer Antrag</b> .....	<b>1325</b>
1. Form .....	1325
2. Frist .....	1325
a) Grundsatz: Monatsfrist, § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG .....	1325
b) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand .....	1325
aa) Fristversäumnis .....	1325
bb) Ohne Verschulden .....	1325
cc) Glaubhaftmachung .....	1326
dd) Antragsstellung innerhalb Antragsfrist .....	1326
ee) Zwischenergebnis .....	1327
<b>VIII. Zwischenergebnis</b> .....	<b>1327</b>
<b>B. Begründetheit</b> .....	<b>1327</b>
<b>I. Prüfungsmaßstab des BVerfG</b> .....	<b>1327</b>
<b>II. Versammlungsfreiheit, Art. 8 GG</b> .....	<b>1327</b>
1. Schutzbereich .....	1327
a) Personell .....	1327
b) Materiell .....	1327
aa) Notwendige Personenzahl .....	1328
bb) Anforderungen an den gemeinsamen Zweck .....	1328
cc) (Verhinderungs-)Blockaden und die Versammlungsfreiheit .....	1328
dd) Friedlichkeit der Protestaktion .....	1329
2. Eingriff .....	1331
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....	1331
a) Schranke der Versammlungsfreiheit, Art. 8 Abs. 2 GG .....	1331
b) Verfassungsmäßigkeit des § 15 Abs. 1 SächsVersG .....	1332
c) Verfassungsmäßigkeit der Einzelfallanwendung .....	1332
aa) Legitimer Zweck .....	1332
bb) Geeignetheit .....	1332
cc) Erforderlichkeit .....	1332

dd) Angemessenheit.....	1332
4. Zwischenergebnis.....	1334
<b>III. Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG .....</b>	<b>1334</b>
<b>IV. Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG .....</b>	<b>1335</b>
1. Schutzbereich.....	1335
a) Personell.....	1335
b) Materiell.....	1335
2. Eingriff.....	1335
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	1335
a) Schranke der Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG i.V.m. Art. 104 GG .....	1335
b) Verfassungsmäßigkeit des § 22 SächsPVDG .....	1336
c) Verfassungsmäßigkeit der Einzelfallanwendung.....	1336
aa) Einhaltung der Verfahrensregeln des Art. 104 Abs. 2 GG .....	1336
bb) Verhältnismäßigkeit der Freiheitsentziehung .....	1336
(1) Legitimer Zweck .....	1336
(2) Geeignetheit .....	1336
(3) Erforderlichkeit.....	1337
(4) Angemessenheit .....	1337
4. Zwischenergebnis.....	1338
<b>C. Gesamtergebnis.....</b>	<b>1338</b>

Die Verfassungsbeschwerde der A hat Aussicht auf Erfolg, wenn und soweit sie zulässig und begründet ist.

#### A. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig, wenn die folgenden Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen.

##### I. Zuständigkeit des BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG das für Individualverfassungsbeschwerden zuständige Gericht.

##### II. Beschwerdefähigkeit

Gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG ist „jedermann“ beschwerdefähig, der Träger von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten sein kann. A ist als natürliche Person Grundrechtsträgerin und daher beschwerdefähig.

### III. Prozessfähigkeit

Die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde setzt darüber hinaus die Fähigkeit voraus, selbständig wirksame Prozesshandlungen vornehmen zu können, also in einem prozessualen Sinne handlungsfähig zu sein (Prozess- bzw. Verfahrensfähigkeit).

Der Prozessfähigkeit der 16-jährigen A könnte ihre Minderjährigkeit (vgl. § 2 BGB) entgegenstehen. Da das BVerfGG selbst keine Regelungen zur Prozessfähigkeit enthält, ließe sich auf die Regeln des allgemeinen Prozessrechts abstellen (vgl. §§ 51 ff. ZPO, § 62 VwGO), die wiederum in der Regel Geschäftsfähigkeit verlangen. Nicht bzw. beschränkt Geschäftsfähige (vgl. §§ 104, 106 BGB) wären dementsprechend nicht verfahrensfähig und müssten sich in einem verfassungsgerichtlichen Verfahren grundsätzlich vertreten lassen.

Gleichwohl verbietet sich unter Berücksichtigung der besonderen Funktion verfassungsgerichtlicher Verfahren eine generelle Anknüpfung der Prozessfähigkeit an die Geschäftsfähigkeit des Beschwerdeführers.<sup>1</sup> Denn hierdurch könnte die Wahrnehmung von Grundrechten erschwert und so die Effektivität des Grundrechtsschutzes unterminiert werden. Vielmehr muss die Verfahrensfähigkeit von Fall zu Fall nach dem jeweils in Anspruch genommenen Grundrecht und dessen Beziehung zum streitigen Rechtsverhältnis beurteilt werden.<sup>2</sup> Entscheidend ist also, ob der Beschwerdeführer die Einsichtsfähigkeit und geistige Reife zur eigenständigen Wahrnehmung des betreffenden Grundrechts besitzt (Grundrechtsmündigkeit). Sofern einfachgesetzliche Regelungen des einschlägigen Fachrechts die Ausübung von Grundrechten ausgestalten, sind diese bei der Beurteilung der Prozessfähigkeit zu berücksichtigen.<sup>3</sup>

*Beispiel:* Im Familienrecht sind Minderjährige bspw. mit Vollendung des 14. Lebensjahres prozessfähig (vgl. § 167 Abs. 3 FamFG); die gleiche Altersgrenze gilt im Religionsrecht (vgl. § 5 RelKErzG).

Im Versammlungs- und Polizeirecht gibt es indes keine expliziten Regelungen zu Altersgrenzen, die zur Beurteilung der Verfahrensfähigkeit herangezogen werden könnten. A setzt sich jedoch bereits seit Jahren für den Umweltschutz ein. Darüberhinausgehend hat sie die polizeilichen Maßnahmen bereits – vertreten durch ihre Eltern – fachgerichtlich angegriffen. Beides spricht klar dafür, dass A im Stande ist, die tatsächlichen und rechtlichen Zusammenhänge in Bezug auf ihren politischen Aktivismus und die geplante Blockadeaktion sowie dahingehend die Bedeutung ihrer Versammlungs- und Fortbewegungsfreiheit zu erfassen. Hinsichtlich der gegenständlichen Grundrechte weist sie die notwendige individuelle Einsichtsfähigkeit und Reife auf. A ist somit prozessfähig.

### IV. Beschwerdegegenstand

Die von der A erhobene Verfassungsbeschwerde müsste sich gegen einen tauglichen Beschwerdegegenstand richten. Gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG kann jeder „Akt öffentlicher Gewalt“, also gem. Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 2 S. 2 GG jeder Akt der Judikative, Exekutive und Legislative, zum Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde gemacht werden.

Hier wendet sich A gegen das letztinstanzliche, die polizeilichen Maßnahmen bestätigende Urteil (Judikativakt), so dass folglich ein tauglicher Beschwerdegegenstand vorliegt.

<sup>1</sup> St. Rspr., siehe z.B. BVerfGE 1, 87 (88); 10, 302 (306); 19, 93 (100).

<sup>2</sup> BVerfGE 28, 243 (254); BVerfG, Beschl. v. 8.8.2021 – 2 BvR 2000/20, Rn. 20; *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 62. Lfg., Stand: Januar 2022, § 90 Rn. 171.

<sup>3</sup> BVerfGE 28, 243 (254).

*Anmerkung:* Hat die behauptete Grundrechtsverletzung ihren Ursprung in einem Akt der Exekutive, ergehen in der gleichen Sache in der Regel mehrere Akte der öffentlichen Gewalt. Denn für die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde muss – vorbehaltlich der Ausnahme des § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG – zunächst der Rechtsweg durch Anrufung der Fachgerichte erschöpft sein. Die verfassungsgerichtliche Prüfung knüpft dann vordergründig an die letztinstanzliche, den Exekutivakt bestätigende Entscheidung an, wobei das Verwaltungshandeln selbst mittelbar Gegenstand der Verfassungsbeschwerde bleibt.<sup>4</sup>

## V. Beschwerdebefugnis

Ferner müsste A auch beschwerdebefugt sein. Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG ist beschwerdebefugt, wer geltend machen kann, durch den angegriffenen Akt der öffentlichen Gewalt in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt und zugleich selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen zu sein.

### 1. Möglichkeit der Grundrechtsverletzung

Die behauptete Grundrechtsverletzung ist möglich, wenn sie nicht nach jeder Betrachtungsweise von vornherein ausgeschlossen ist. Vorliegend wurde die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Maßnahmen mit der mangelnden grundrechtlichen Schutzwürdigkeit der A begründet. Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass der geplante Klimaprotest den Schutz der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) und ggf. auch der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG) genießt. Der Unterbindungsgewahrsam betrifft ganz offensichtlich ihre Fortbewegungsfreiheit (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 104 GG). Eine Verletzung dieser Grundrechte erscheint jedenfalls möglich.

### 2. Beschwer

A müsste auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar von der geltend gemachten Grundrechtsverletzung betroffen sein. Da A Adressatin der polizeilichen Maßnahmen ist, welche durch die fachgerichtlichen Urteile bestätigt wurden, und die Entscheidungen schon ergangen sind, bestehen keine Zweifel, dass alle vorgenannten Merkmale vorliegen. Sie ist mithin beschwerdebefugt.

*Hinweis:* Wird ein Urteil zum Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde gemacht, so ist der Beschwerdeführer in aller Regel selbst, gegenwärtig und unmittelbar von diesem betroffen. Eine umfangreiche Prüfung der Beschwer wäre hier daher deplatziert.

## VI. Rechtswegerschöpfung und Grundsatz der Subsidiarität

Ferner muss A, bevor sie Verfassungsbeschwerde erheben kann, gem. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG zunächst den Rechtsweg gegen den angegriffenen Hoheitsakt erschöpfen. Laut Sachverhalt weist auch das letztinstanzliche Fachgericht – hier das BVerwG – ihre Klage als unbegründet zurück. Auch aus dem Subsidiaritätsgrundsatz ergeben sich vorliegend keine über die Rechtswegerschöpfung hinausgehenden Anforderungen.

---

<sup>4</sup> Vgl. Lechner/Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2019, § 90 Rn. 133.

## VII. Ordnungsgemäßer Antrag

Schließlich müsste die Verfassungsbeschwerde ordnungsgemäß, d.h. unter Einhaltung der in §§ 23 Abs. 1, 92, 93 Abs. 1 BVerfGG statuierten Anforderungen, erhoben worden sein.

### 1. Form

Laut Sachverhalt wurde die Verfassungsbeschwerde formgemäß erhoben.

### 2. Frist

Fraglich ist, ob A die Verfassungsbeschwerde innerhalb der vorgesehenen Frist erhoben hat.

#### a) Grundsatz: Monatsfrist, § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG

A müsste die Verfassungsbeschwerde auch fristgerecht erhoben haben. Die Einlegungsfrist bestimmt sich nach § 93 BVerfGG. Grundsätzlich beträgt diese nach § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG einen Monat. A müsste innerhalb dieses Zeitraums nach Zustellung der letztinstanzlichen Entscheidung die Verfassungsbeschwerde erhoben haben, § 93 Abs. 1 S. 2 BVerfGG. Die Frist berechnet sich dabei nach den §§ 222 ZPO, 187 ff. BGB.<sup>5</sup> Das letztinstanzliche Urteil wurde A am 1.7.2023 zugestellt. Dieser Tag ist gem. § 187 Abs. 1 BGB bei der Fristberechnung nicht mitzurechnen. Insofern begann die Frist mit Beginn des 2.7.2023 und endete gem. § 188 Abs. 2 BGB mit Ablauf des 1.8.2023.

A hat die Verfassungsbeschwerde jedoch erst am 9.8.2023 – und damit verfristet – beim BVerfG eingereicht.

#### b) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Die Nichteinhaltung der Frist könnte jedoch unbeachtlich sein, wenn A Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist. Dafür müssten die Voraussetzungen des § 93 Abs. 2 BVerfGG erfüllt sein.

##### aa) Fristversäumnis

A hat die Frist, wie oben bereits festgestellt, versäumt.

##### bb) Ohne Verschulden

Die Fristversäumnis muss zudem auf einem unverschuldeten Umstand beruhen, § 93 Abs. 2 S. 1 BVerfGG. Verschulden liegt dann vor, wenn bei der Einlegung der Beschwerde diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen wurde, die für einen gewissenhaften und seine Rechte und Pflichten sachgemäß wahrnehmenden Beschwerdeführer geboten ist und auch nach allen Umständen des konkreten Falls zuzumuten war.<sup>6</sup> Fraglich ist, ob A das Fristversäumnis bei sorgfaltsgemäßen Verhalten hätte verhindern können.

Eigentlich beabsichtigte sie, die Verfassungsbeschwerde am 25.7.2023 bei der Post aufzugeben. Auf dem Weg zur Postfiliale wurde sie jedoch in einen Verkehrsunfall verwickelt, aufgrund dessen sie bis zum 8.8.2023 stationär in einem Krankenhaus behandelt wurde. Laut Bearbeitungsvermerk war

---

<sup>5</sup> Hömig, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 62. Lfg., Stand: Januar 2022, § 93 Rn. 38.

<sup>6</sup> Hömig, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 62. Lfg., Stand: Januar 2022, § 93 Rn. 46.

es ihr während dieser Zeit nicht möglich, ihren Angelegenheiten nachzugehen, und damit war sie auch nicht in der Lage, die Verfassungsbeschwerde – wie beabsichtigt – fristgemäß einzulegen. Weder beim Unfall noch während des dadurch bedingten Krankenhausaufenthalts hat sie erkennbar die gebotene Sorgfalt außer Acht gelassen. Mit einem Fahrradunfall auf dem Weg zur Post musste A auch nicht rechnen. Außerdem kann angesichts des höchstpersönlichen Charakters der Verfassungsbeschwerde nicht gefordert werden, dass für deren Einreichung auf Dritte zurückgegriffen werden muss.

Indes ist fraglich, ob man A vorwerfen kann, dass sie aufgrund privater bzw. schulischer Verpflichtungen bis wenige Tage vor Fristablauf abwarten wollte, ehe sie ihre Verfassungsbeschwerde erhebt. Denn eine Arbeitsüberlastung rechtfertigt für sich genommen keine Wiedereinsetzung. Es ließe sich somit annehmen, dass sie erst durch ihr eigenes Verhalten das Risiko einer Verfristung gesetzt hat und sich mithin sorgfaltspflichtwidrig verhalten hat. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG dürfen prozessuale Fristen jedoch stets bis zu ihrer Grenze ausgeschöpft werden.<sup>7</sup> Das vollständige Ausschöpfen einer Frist – auch bis zum letzten Tag – kann dem/der Betroffenen demnach nicht vorgeworfen werden.

Folglich hat A die Frist ohne eigenes Verschulden versäumt.

#### cc) Glaubhaftmachung

Die Tatsachen, die den Wiedereinsetzungsantrag begründen, müssen gem. § 93 Abs. 2 S. 3 BVerfGG vom Antragsteller glaubhaft gemacht werden. A ist diesem Erfordernis durch den Anhang des Attests ausreichend nachgekommen.

#### dd) Antragsstellung innerhalb Antragsfrist

A müsste zudem einen entsprechenden Antrag auf Wiedereinsetzung gestellt haben, § 93 Abs. 2 S. 1 BVerfGG. Dieser ist grundsätzlich von der Erhebung der Verfassungsbeschwerde als nachzuholender Rechtshandlung zu unterscheiden, vgl. § 93 Abs. 2 S. 4 Hs. 1 BVerfGG. Als verfahrenseinleitender Antrag bedarf er zudem der Schriftform gem. § 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG.<sup>8</sup> Er muss aber nicht ausdrücklich als solcher bezeichnet werden, sondern kann auch konkludent erfolgen.<sup>9</sup> Der Antrag ist zudem innerhalb der Antragsfrist von zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses zu stellen, § 93 Abs. 2 S. 2 BVerfGG. Diese Frist begann vorliegend erst mit der Entlassung aus dem Krankenhaus am 8.8.2023 zu laufen und war somit am 9.8.2023 gewahrt.

A hat zwar keinen ausdrücklichen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestellt. Da sie mit Erhebung der Verfassungsbeschwerde sowohl die Umstände für das Fristversäumnis genannt als auch diese bereits mit Beifügen des Attests glaubhaft gemacht hat, kann die Nennung der Umstände als eine konkludente Antragsstellung auf Wiedereinsetzung ausgelegt werden.

Darüber hinaus ist § 93 Abs. 2 S. 4 Hs. 2 zu beachten: Durch die unmittelbare Nachholung der Rechtshandlung – hier die Erhebung der Verfassungsbeschwerde – innerhalb der Antragsfrist ist eine gesonderte Antragsstellung ohnehin entbehrlich.

Folglich erfüllt A die materiellen und prozessualen Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

---

<sup>7</sup> St. Rspr., siehe z.B. BVerfGE 40, 42 (44); 52, 203 (207); zuletzt BVerfG, Beschl. v. 14.2.2023 – 2 BvR 653/20, Rn. 22.

<sup>8</sup> Hömig, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 62. Lfg., Stand: Januar 2022, § 93 Rn. 46.

<sup>9</sup> Hömig, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 62. Lfg., Stand: Januar 2022, § 93 Rn. 46.

#### ee) Zwischenergebnis

A ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, § 93 Abs. 2 BVerfGG. Das Fristversäumnis ist also unbeachtlich.

### VIII. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

#### B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn und soweit A durch den angegriffenen gerichtlichen Hoheitsakt tatsächlich in ihren Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt ist.

#### I. Prüfungsmaßstab des BVerfG

Das BVerfG ist keine Superrevisionsinstanz. Es hat nicht die Aufgabe, die Rechtsprechung der Fachgerichte in Bezug auf die Anwendung und Auslegung einfachgesetzlicher Normen zu überprüfen. Sein Prüfungsumfang ist auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts beschränkt. Eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts ist anzunehmen, wenn das Fachgericht eine verfassungswidrige Rechtsgrundlage anwendet, Grundrechte falsch oder gar nicht anwendet oder die Bedeutung und Tragweite eines Grundrechts verkennt. Daneben ist auch ein objektiv willkürlicher Richterspruch als eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts zu bewerten.

#### II. Versammlungsfreiheit, Art. 8 GG

Bei der gerichtlichen Bestätigung der polizeilichen Maßnahmen könnte die Versammlungsfreiheit der A vollständig unberücksichtigt geblieben oder zumindest in ihrer Bedeutung und Tragweite verkannt worden sein.

##### 1. Schutzbereich

Zunächst müsste der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit in personeller und sachlicher Hinsicht eröffnet sein.

##### a) Personell

In personeller Hinsicht ist die Versammlungsfreiheit gem. Art. 8 Abs. 1 GG ein sog. Deutschen-Grundrecht. Träger der Versammlungsfreiheit sind demnach alle Deutschen i.S.v. Art. 116 Abs. 1 GG. A ist deutsche Staatsangehörige und folglich grundrechtsberechtigt.

##### b) Materiell

In sachlicher Hinsicht schützt Art. 8 Abs. 1 GG alle Versammlungen, die friedlich und ohne Waffen stattfinden. Eine Versammlung ist die örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen, die durch Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks innerlich verbunden sind.

### aa) Notwendige Personenzahl

Die für eine Versammlung erforderliche Personenanzahl ist umstritten.<sup>10</sup> Während teilweise drei oder sieben Menschen gefordert werden, spricht einiges dafür, bereits eine Mindestanzahl von zwei Personen als ausreichend zu erachten. Anderenfalls würde – ohne Grundlage im Wortlaut von Art. 8 GG – die Effektivität des Grundrechtsschutzes unterminiert werden.

Hier sollte die Protestaktion neben A von sechs weiteren Aktivist:innen durchgeführt werden, so dass auch die von der engsten Ansicht geforderte Mindestanzahl von sieben Personen erfüllt sind.

### bb) Anforderungen an den gemeinsamen Zweck

Ebenso umstritten sind die Anforderungen, die an den gemeinsamen Zweck einer Versammlung i.S.d. Art. 8 GG zu stellen sind.

*Anmerkung:* Nicht geschützt ist jedenfalls das zufällige Zusammentreffen mehrerer Personen, die zwar den gleichen, aber keinen gemeinsamen Zweck haben, wie z.B. Schaulustige nach einem Unfall (sog. Ansammlung).

Das BVerfG vertritt einen engen Versammlungsbegriff, nach dem der Zweck der Zusammenkunft in der Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung liegen muss.<sup>11</sup> Der besondere Schutz von Versammlungen begründe sich mit deren Bedeutung für öffentliche Meinungsbildungsprozesse.

Demgegenüber wird in der Literatur teilweise vertreten, dass aufgrund der engen inhaltlichen Verbindung der Versammlungsfreiheit zur Meinungsfreiheit der Zweck der Versammlung in der kollektiven Meinungsbildung und -äußerung liegen muss (sog. erweiterter Versammlungsbegriff).<sup>12</sup> Der Begriff der öffentlichen Angelegenheiten sei ohnehin viel zu unbestimmt und habe keine Grundlage im Wortlaut von Art. 8 GG.<sup>13</sup> Andere wollen gar keine Anforderungen an den gemeinsamen Zweck stellen: Aus welchem Anlass sich Bürgerinnen und Bürger versammeln, könnte und dürfe für die Bestimmung des Schutzbereiches des Versammlungsgrundrechts nicht von Relevanz sein.<sup>14</sup>

A wollte mit der geplanten Sitzblockade auf den Zusammenhang von Autoverkehr und Erderwärmung aufmerksam machen und eine effektivere Umweltpolitik der Bundesregierung zur Bekämpfung des menschengemachten Klimawandels fordern. Fraglich ist, ob diese Aktion als öffentliche Meinungsbildung zu qualifizieren ist.

### cc) (Verhinderungs-)Blockaden und die Versammlungsfreiheit

Dies ist vorliegend weniger wegen des Themas der Protestaktion als aufgrund der gewählten Ausdrucksform – einer Sitzblockade – problematisch. Denn nach Rechtsprechung des BVerfG ist vom Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG die zwangsweise oder sonst wie selbsthilfeähnliche Durchsetzung eigener konkreter Forderungen oder Vorhaben (sog. Verhinderungsblockade) nicht umfasst.<sup>15</sup> Geht es bei einer Blockade vordergründig darum, eigene Forderungen zu erzwingen, diene die Versammlung nicht der öffentlichen Meinungsbildung und sei mithin nicht schützenswert. Eine Verhinderungs-

<sup>10</sup> Zu den unterschiedlichen Ansichten vgl. *Deppenheuer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 100. Lfg., Stand: Januar 2022, Art. 8 Rn. 45.

<sup>11</sup> Vgl. BVerfGE 104, 92 (104); BVerfG NJW 2001, 2459 (2460).

<sup>12</sup> So z.B. vertreten von *Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. 2, 2010, § 63 Rn. 8 ff.

<sup>13</sup> *Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. 2, 2010, § 63 Rn. 8 ff.

<sup>14</sup> So z.B. *Höfling*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 8 Rn. 13 ff.

<sup>15</sup> BVerfGE 104, 92 (104 ff.); *Rusteberg*, NJW 2011, 2999 (3001).

blockade setzt im Umkehrschluss voraus, dass die geltend gemachten Forderungen überhaupt unmittelbar am Ort der Versammlung durchsetzbar sein müssen.<sup>16</sup>

*Anmerkung:* Eine Verhinderungsblockade nahm das BVerfG beispielsweise an, als Angehörige der ethnischen Minderheit der Sinti und Roma nach Verweigerung der Einreise in die Schweiz den Grenzübergang blockierten, um doch noch eine Einreise zu erzwingen und ein Gespräch mit dem Hohen Flüchtlingskommissar in Genf zu erreichen, vgl. BVerfGE 104, 92 (105).

Anders ist der Fall jedoch gelagert, wenn die Protestform der Blockade gewählt wird, um die Öffentlichkeitswirkung eines im Vordergrund stehenden kommunikativen Anliegens zu verstärken (sog. demonstrative Blockade).<sup>17</sup> In diesem Fall kommt der Blockade selbst eine in erster Linie symbolische Bedeutung zu, die dem Kommunikationsanliegen untergeordnet ist. Eine demonstrative (Sitz-)Blockade ist nach der BVerfG-Rechtsprechung daher als Einwirkung auf die öffentliche Meinungsbildung zu bewerten und vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit umfasst.<sup>18</sup>

Vorliegend fordern die Aktivist:innen der VG – zu denen auch A gehört – von der Bundesregierung verschiedene konkrete Maßnahmen, wie ein allgemeines Tempolimit und einen kostengünstigen öffentlichen Nahverkehr. Durch ihren politischen Aktivismus wollen sie die Bundesregierung zu einer Umsetzung der Forderungen bewegen. Gleichwohl ist es fernliegend, dass die geplante Blockade der Leipziger Zufahrtsstraße dazu dienen sollte, die Forderungen der VG im Sinne einer „Selbsthilfe“ unmittelbar durchzusetzen. Vielmehr wurde die Ausdrucksform der Sitzblockade gewählt, um die kommunikative Wirkung des Anliegens – mehr Klimaschutz und weniger Autoverkehr in den Städten – zu verstärken. Die beabsichtigte Unterbrechung des Verkehrs war daher keineswegs Selbstzweck, sondern vielmehr dem Kommunikationsanliegen untergeordnet, welches überdies durch Plakate und Transparente öffentlichkeitswirksam nach außen getragen werden sollte. Die (rein) symbolische Bedeutung der Blockade zeigt sich außerdem darin, dass die von der VG geforderten Sofortmaßnahmen gar nicht am Ort der Blockade, sondern nur im politischen Berlin von den Organen der Gesetzgebung (insb. Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat) umsetzbar wären. Die Blockadeaktion ist somit als öffentliche Meinungsbildung zu qualifizieren und als besondere Ausdrucksform des Versammlungsbegehrens vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit umfasst.

#### dd) Friedlichkeit der Protestaktion

Der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit beschränkt sich nach ausdrücklichem Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 GG auf friedliche Versammlungen. Das Kriterium der Friedlichkeit ist nach Rechtsprechung des BVerfG weit auszulegen: Unfriedlich ist eine Versammlung daher erst, wenn Handlungen von einiger Gefährlichkeit, wie etwa aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen oder sonstige Gewalttätigkeiten stattfinden oder sich erwarten lassen.<sup>19</sup>

An der Friedlichkeit der von A geplanten Protestaktion könnten hier Zweifel bestehen. Denn Ziel der Sitzblockade war gerade die Behinderung Dritter und damit ein Eingriff in deren Grundrechte. So wurden bereits andere Mitglieder der VG aufgrund von vergleichbaren Sitzblockaden wegen Nötigung von Autofahrer:innen gem. § 240 StGB verurteilt. Die mit den Sachverhalten betrauten

<sup>16</sup> Ausdrücklich diese Bedingung benennend BVerfG NJW 2011, 3020 (3022).

<sup>17</sup> BVerfGE 104, 92 (104 ff.); zur Abgrenzung siehe auch *Kniesel/Poscher*, in: *Lisken/Denniger/Kniesel/Poscher*, Handbuch des Polizeirecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 437 ff.

<sup>18</sup> Besonders hervorgehoben in BVerfG NJW 2011, 3020 (3022).

<sup>19</sup> St. Rspr., siehe z.B. BVerfGE 73, 206 (248); 87, 399 (406); 104, 92 (106).

Gerichte sahen in den Straßenblockaden – unter Rekurs auf die sog. Zweite-Reihe-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>20</sup> – ein *gewalttätiges* Nötigungsmittel.

Jedoch kommt es vorliegend auf die strafrechtliche Bewertung von Sitzblockaden nicht an: Für die Begrenzung des Schutzbereiches von Art. 8 Abs. 1 GG ist allein der verfassungsrechtliche Gewaltbegriff maßgebend, welcher unabhängig vom – deutlich weiteren – strafrechtlichen Gewaltbegriff zu bilden ist.<sup>21</sup> Nicht jeder straf- oder ordnungsrechtliche Rechtsverstoß lässt eine Versammlung unfriedlich werden, sonst würde die Reichweite des Schutzbereiches letzten Endes zur Disposition des einfachen Gesetzgebers stehen.<sup>22</sup>

Behinderungen Dritter gelten nach Rechtsprechung des BVerfG selbst dann nicht als unfriedlich, wenn diese ausdrücklich gewollt und nicht nur mittelbar in Kauf genommen sind.<sup>23</sup> Denn Versammlungen zeichnen sich gerade dadurch aus, dass ihre Teilnehmer:innen gehört und gesehen werden wollen, um ihrem Anliegen größtmögliche Aufmerksamkeit zu verschaffen.<sup>24</sup> Mit Ausübung des Versammlungsrechts gehe daher regelmäßig eine nötigende Wirkung in Gestalt von Behinderungen Dritter einher. Die intendierte Behinderung ist erst auf Ebene der Rechtfertigung zu berücksichtigen.<sup>25</sup> Eine passive Sitzblockade ist folglich als friedlich i.S.d. Art. 8 Abs. 1 GG zu bewerten.

Gegenständlich könnte man jedoch argumentieren, dass die Aktivist:innen um A eben nicht nur „rein passiv“ protestieren wollten. Durch das geplante Festkleben einer Hand auf dem Asphalt sollte schließlich aktiver Widerstand gegen die Staatsgewalt geleistet und eine Durchsetzung ordnungsrechtlicher Maßnahmen erschwert werden.<sup>26</sup>

Wie vom BVerfG entschieden, begründet allerdings selbst das Anketten von Teilnehmer:innen einer Blockade an einen Torpfosten keine Unfriedlichkeit i.S.d. Art. 8 Abs. 1 GG.<sup>27</sup> Denn aus dem Anketten würde keine gesteigerte Gefährlichkeit für Personen oder Sachen resultieren. Eine Einschränkung des Schutzbereiches sei daher nicht angebracht. Überträgt man diese Rechtsprechung – unter Verweis auf die Vergleichbarkeit von Festkleben auf dem Asphalt mit Festketten an einen Gegenstand – auf die gegenständlich zu beurteilende Konstellation, wäre die Protestaktion der A nicht als unfriedlich zu bewerten. Zwar ließe sich einwenden, dass die Aktivist:innen sich durch das Festkleben zumindest selbst einer erhöhten Gefährlichkeit, z.B. durch aggressive und gewalttätige Autofahrer:innen, aussetzen; Flucht- oder Verteidigungsmöglichkeiten sind durch das Festkleben der Hände stark eingeschränkt. Hierbei muss jedoch berücksichtigt werden, dass dieses erhöhte Gefahrenpotenzial nicht aus dem Verhalten der Blockadeteilnehmer:innen selbst, sondern aus dem Verhalten Dritter resultiert. Störungen und Gewalttätigkeiten durch Außenstehende sind einer Versammlung aber generell nicht zuzurechnen.<sup>28</sup> Insoweit ist es für die Beurteilung der Friedlichkeit der

---

<sup>20</sup> Vgl. BGHSt 41, 182 (187); 41, 231 (241); das BVerfG hat die sog. zweiten Reihe Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum strafrechtlichen Gewaltbegriff verfassungsrechtlich nicht beanstandet, vgl. BVerfG NJW 2011, 3020 (3021); für die strafrechtliche Bewertung von Sitzblockaden unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben siehe *Busche*, KlimR 2023, 103.

<sup>21</sup> Vgl. BVerfGE 73, 206 (248); 104, 92 (106).

<sup>22</sup> *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 39. Aufl. 2023, § 17 Rn. 957.

<sup>23</sup> BVerfGE 104, 92 (106); dazu kritisch *Depenheuer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 100. Lfg., Stand: Januar 2022, Art. 8 Rn. 62 ff.

<sup>24</sup> Vertiefend zum Wesen von Versammlungen und dem sich daraus ergebenden weiten Schutzbereichsverständnis *Botta*, VerwArch 114 (2023), 206 (insbesondere 215 ff.).

<sup>25</sup> BVerfGE 73, 206 (250); *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 8 Rn 72.

<sup>26</sup> Zu diesem Argumentationsansatz auch *Botta*, Jura 2023, 622 (627).

<sup>27</sup> BVerfGE 104, 92 (106).

<sup>28</sup> BVerfGE 69, 315 (360); zur Störung von Versammlungen durch Dritte siehe *Rühl*, NVwZ 1988, 577.

Blockade irrelevant, dass es bei vergangenen Aktionen der VG teilweise zu gewaltsamen Übergriffen auf die Blockierenden gekommen ist.

Letztlich spricht auch das Bedürfnis nach einzelfallgerechten Lösungen dafür, an der Rechtsprechungslinie des BVerfG festzuhalten und den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit hinsichtlich des Festklebens auf dem Asphalt im Rahmen einer Sitzblockade als eröffnet anzusehen. Denn eine Abwägung der entgegenstehenden Rechtsgüter unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände wäre durch einen pauschalen Ausschluss auf Ebene des Schutzbereiches nicht zu erreichen.<sup>29</sup>

Nach alledem fällt die geplante Protestaktion in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit.

## 2. Eingriff

In den Schutzbereich müsste auch eingriffen worden sein. Ein klassischer Eingriff liegt in jeder final und unmittelbar das grundrechtlich geschützte Verhalten beschränkenden, rechtsförmigen sowie zwangsweise durchsetzbaren hoheitlichen Maßnahme. Hier wurde A die geplante Sitzblockade untersagt und diese polizeiliche Maßnahme gerichtlich bestätigt. Ein Eingriff liegt folglich vor.

## 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff in Art. 8 Abs. 1 GG könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

### a) Schranke der Versammlungsfreiheit, Art. 8 Abs. 2 GG

Bei der geplanten Sitzblockade könnte es sich um eine Versammlung unter „freiem Himmel“ handeln, die dem Gesetzesvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 unterfällt.

Für die Anwendung des Art. 8 Abs. 2 GG kommt es nicht darauf an, ob der Versammlungsort nach oben hin (z.B. durch ein Dach) begrenzt ist, also diese tatsächlich unter „freiem Himmel“ stattfindet. Vielmehr ist entscheidend, ob die Versammlung an einem Ort stattfindet, welcher mangels räumlicher Umgrenzung dem allgemeinen Publikumsverkehr geöffnet ist. Grund für die Differenzierung ist das erhöhte Gefahrenpotenzial von Versammlungen, die in die Auseinandersetzung mit der Öffentlichkeit treten.<sup>30</sup>

Vorliegend kam es den Aktivist:innen um A bei ihrer geplanten Blockade der Leipziger Zufahrtsstraße gerade auf eine Konfrontation des öffentlichen Straßenverkehrs an. Die Versammlung wäre daher eine unter freiem Himmel gewesen und unterfällt dem qualifizierten Gesetzesvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 GG.

Als parlamentsgesetzliche Schranke der Versammlungsfreiheit kommt hier das SächsVersG – genauer § 15 Abs. 1 SächsVersG – oder die polizeiliche Generalklausel aus § 12 Abs. 1 SächsPVDG in Betracht. Grundsätzlich ist ein Rückgriff auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht nur dann zulässig, wenn das speziellere Versammlungsrecht keine Anwendung (mehr) findet (sog. Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts).

Da die geplante Sitzblockade eine Versammlung i.S.d. § 1 Abs. 3 und 4 SächsVersG darstellt, ist der Anwendungsbereich des Versammlungsrechts eröffnet. Hieran ändert auch die fehlende Anzeige nichts.

Folglich kann das Verbot der Versammlung nur auf § 15 Abs. 1 SächsVersG gestützt worden sein.

---

<sup>29</sup> Busche, KlimR 2023, 103 (104).

<sup>30</sup> Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 39. Aufl. 2023, § 17 Rn. 964.

## b) Verfassungsmäßigkeit des § 15 Abs. 1 SächsVersG

Gemäß des Bearbeitungsvermerks ist § 15 Abs. 1 SächsVersG formell und materiell verfassungsgemäß.

## c) Verfassungsmäßigkeit der Einzelfallanwendung

Fraglich ist jedoch, ob das von den Einsatzkräften ausgesprochene Versammlungsverbot verfassungsgemäß war. Dazu müsste insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt worden sein.

### aa) Legitimer Zweck

Legitim ist ein Zweck dann, wenn er nicht im Widerspruch zur Verfassung steht. Zweck des Verbots war hier die Wahrung der öffentlichen Sicherheit durch den Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) der Autofahrer:innen, die Verhinderung von Straftaten (§ 240 StGB) sowie Ordnungswidrigkeiten (insb. § 24 Abs. 1 StVG i.V.m. § 49 Abs. 1 Nr. 24 lit. a StVO). Dies steht nicht im Widerspruch zur Verfassung und stellt somit einen legitimen Zweck dar.

### bb) Geeignetheit

Das Verbot ist geeignet, wenn es den Zweck zumindest fördert. Der Verkehr auf der Zufahrtsstraße kann ohne die Sitzblockade wie gewohnt ablaufen und die oben genannten Schutzgüter bleiben unberührt. Das Verbot ist mithin zur Zweckförderung geeignet.

### cc) Erforderlichkeit

Das Versammlungsverbot ist erforderlich, wenn kein milderes, gleich geeignetes Mittel in Betracht kommt. Zwar ist ein Versammlungsverbot immer nur als *ultima ratio* zu betrachten. Jedoch kommen hier andere Mittel, insbesondere Beschränkungen, nicht in Betracht, da die Sitzblockade im Vorfeld nicht angezeigt wurde und die Versammlungsbehörde daher keine Möglichkeit hatte, durch beschränkende Verfügungen im Vorfeld auf die Versammlung einzuwirken. Ein milderes, gleich geeignetes Mittel ist nicht ersichtlich.

### dd) Angemessenheit

Letztlich muss das Versammlungsverbot auch angemessen sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Intensität des Eingriffs nicht außer Verhältnis zum beabsichtigten legitimen Zweck steht (Zweck-Mittel-Relation). Dabei müssen die sich gegenüberstehenden Rechtsgüter und Interessen in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden.

Durch das Versammlungsverbot wird A die Wahrnehmung ihrer Versammlungsfreiheit unmöglich gemacht. Art. 8 GG dient gerade als politische Partizipationsmöglichkeit andersdenkender Minderheiten und ist daher als Eckpfeiler eines pluralistischen, demokratischen Rechtsstaats von herausragender Bedeutung.<sup>31</sup>

Bei Ausübung der Versammlungsfreiheit müssen jedoch die (Grund-)Rechte Dritter berücksichtigt werden, die grundsätzlich den Gewährleistungsumfang begrenzen. Gleichwohl führt nicht jede Beeinträchtigung Dritter von sich aus zu einem Zurücktreten der Versammlungsfreiheit. Denn Versammlungen sind typischerweise gerade durch ein störendes Element gekennzeichnet; durch physische Präsenz und Lautstärke (Sprechchöre, Lautsprecher etc.) soll größtmögliche Aufmerksamkeit

---

<sup>31</sup> Zur grundsätzlichen Bedeutung der Versammlungsfreiheit siehe exempl.: Kaiser, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 8 Rn. 7 ff.; Kruttschke, NVwZ 2022, 1017.

für das Anliegen generiert werden.<sup>32</sup> Die Beeinträchtigungen müssen von den Dritten insbesondere dann eher hingenommen werden, wenn die gewählte Protestform und die damit ausgelösten Beeinträchtigungen im sachlichen Zusammenhang mit dem kommunikativen Anliegen der Versammlung stehen und somit den Kern der Grundrechtsausübung betreffen.<sup>33</sup>

Vorliegend wollte A gerade durch die Ausdrucksform der Sitzblockade die Anliegen der VG – mehr Klimaschutz und weniger Autoverkehr – verstärken und eine öffentliche Reaktion provozieren. Den betroffenen Autofahrer:innen könnten die Verkehrsbehinderungen aufgrund des engen sachlichen Zusammenhangs der Blockade mit dem Versammlungsthema – Reduzierung des CO<sub>2</sub>-Ausstoßes durch den Straßenverkehr – eher zuzumuten sein. Für die Unangemessenheit des Verbots spräche außerdem, dass die Aktivist:innen Maßnahmen getroffen haben, wie beispielsweise das Tragen gut sichtbarer orangener Warnwesten, das Freihalten einer Rettungsgasse oder das Bereithalten zusätzlicher Personen zur Kommunikation mit Außenstehenden, um schwere Individualrechtsgüterverletzungen weitestmöglich zu verhindern.

Schließlich kann im Rahmen der Abwägung auch das Anliegen der Aktivist:innen berücksichtigt werden: Die grundlegende Forderung der VG nach mehr Klimaschutz stellt gem. Art. 20a GG ein den Staat verfassungsrechtlich bindendes Staatsziel dar, dem die Politik nur sehr bedingt gerecht wird.<sup>34</sup>

Allerdings muss auch das konkrete Ausmaß der zu erwartenden – und von A bewusst beabsichtigten – Beeinträchtigung sowie insbesondere die Nichtanzeige der Blockadeaktion bedacht werden. Die Nichtanzeige einer anzeigepflichtigen Versammlung rechtfertigt für sich genommen noch keine Versammlungsauflösung. Auch im Falle einer Nichtanzeige einer anzeigepflichtigen Versammlung muss deren Auflösung einer strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung unterworfen werden, bei der die unmittelbaren Gefahren für die öffentliche Sicherheit mit der Bedeutung der Versammlungsfreiheit sorgfältig abgewogen werden.<sup>35</sup>

Vorliegend wäre durch die Blockade einer wichtigen Zufahrtsstraße in die Leipziger Innenstadt besonders der morgendliche Berufs- und Pendelverkehr behindert worden, was ein enormes Verkehrschaos im gesamten Innenstadtbereich erwarten lassen würde und eine beträchtliche, nicht näher eingrenzbar Personenzahl beträfe. Da die Aktivist:innen zudem beabsichtigten, sich mit Sekundenkleber auf der Straße festzukleben, war ferner nicht abzusehen, ob die Blockade innerhalb eines angemessenen Zeitraums wieder hätte beendet werden können. Vielmehr hätte es einer aufwendigen und vorsichtigen Entfernung des Klebstoffes durch die Einsatzkräfte der Polizei bedurft, um die Aktivist:innen nicht zu verletzen. Mangels vorheriger Anzeige der Blockade konnte sich die Versammlungsbehörde nicht ausreichend auf die aller Voraussicht nach weitreichenden Auswirkungen der Versammlung einstellen und beispielsweise Ausweichmöglichkeiten ausschildern oder eine angemessene Anzahl an Polizeikräften für die Bewältigung der Blockadeauswirkungen abstellen.

Schließlich wirkt sich bei der Güterabwägung zu Lasten von As Versammlungsfreiheit aus, dass sie mit der nichtangezeigten Sitzblockade die signifikanten Eingriffe in die Rechtsgüter Dritter ge-

---

<sup>32</sup> Vgl. Botta, VerwArch 114 (2023), 206 (215).

<sup>33</sup> BVerfGE 104, 92 (112).

<sup>34</sup> So zuletzt die (Selbst-)Einschätzung in dem Projektionsbericht 2023 der Bundesregierung zur aktuellen Klimaschutzpolitik in Deutschland. Dort heißt es: „ohne weitere Maßnahmen [wird] die Annahme in den Gesetzeskommentierung zum KSG 2021, die Restemissionen auf 3 % ggü. 1990 zu begrenzen, deutlich verfehlt. Auch die angestrebten Restemissionen im Koalitionsvertrag 2021 von 5 % würden deutlich nicht ausreichen, um Netto-Treibhausgasneutralität zu erreichen.“ Der Bericht ist abrufbar unter [https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/11740/publikationen/2023\\_08\\_21\\_climate\\_change\\_39\\_2023\\_projektionsbericht\\_2023\\_0.pdf](https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/11740/publikationen/2023_08_21_climate_change_39_2023_projektionsbericht_2023_0.pdf) (17.11.2023).

<sup>35</sup> Vgl. BVerfGE 69, 315 (353 ff.).

rade intendierte und diese nicht lediglich mittelbare Folge ihres kommunikativen Anliegens gewesen wären.

Folglich erscheint ein vorgreifendes Versammlungsverbot im Ergebnis angemessen.

*Anmerkung:* Unter der Prämisse einer ordnungsgemäßen Anzeige der Versammlung wäre ein vorgreifendes Verbot der Sitzblockade aufgrund des engen sachlichen Zusammenhangs zwischen der Protestform und dem kommunikativen Anliegen der Aktivist:innen vermutlich unangemessen.

#### 4. Zwischenergebnis

Das Verbot war angemessen, weshalb A nicht in ihrem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG verletzt ist.

### III. Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG

Fraglich ist, ob sich die gerichtliche Bestätigung des Blockadeverbots außerdem am Maßstab der Meinungsfreiheit messen lassen muss.

Auf Versammlungen kommt es typischerweise zur Äußerung von Meinungen i. S.v. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG. Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit wiederum umfasst nicht nur individuelle, sondern auch kollektive Meinungsäußerungen.<sup>36</sup> Daher stellt sich die Frage nach dem Anwendungsverhältnis der Meinungsfreiheit zur Versammlungsfreiheit.

Es ließe sich annehmen, dass zwischen beiden Grundrechten ein Spezialitätenverhältnis besteht: Bei Versammlungen fände dann Art. 8 Abs. 1 GG als das speziellere Grundrecht Anwendung; auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG wäre abzustellen, wenn es an einem räumlich-zeitlichen Zusammenhang zur Versammlung fehlt. Da eine eindeutige Zuordnung von Verhaltensweisen – besonders in der Peripherie einer Versammlung – jedoch nicht (immer) möglich und dogmatisch auch gar nicht geboten ist, überzeugt es mehr, von der kumulativen Anwendbarkeit beider Grundrechte auf Versammlungssituationen auszugehen.

Unter Verweis auf den untrennbaren Zusammenhang beider Kommunikationsgrundrechte könnten Versammlungsfreiheit und Meinungsfreiheit stets gemeinsam auf Versammlungssituationen angewendet werden. Gegen ein solches Kombinationsmodell sprechen indes die unterschiedlichen Schrankenforderungen beider Grundrechte.

Daher geht die h.M. von einer Idealkonkurrenz zwischen Meinungs- und Versammlungsfreiheit aus.<sup>37</sup> Während Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG den *Inhalt* der auf der Versammlung geäußerten Meinung schützt, gewährleistet Art. 8 Abs. 1 GG die *Art und Weise* der kollektiven Meinungsäußerung. Beide Grundrechte unterscheiden sich also hinsichtlich ihres Schutzzinhalts. Sie sind daher nebeneinander und unabhängig voneinander anwendbar. Die Abgrenzung erfolgt anhand der staatlichen Maßnahme: Richtet sich diese gegen eine versammlungsspezifische Tätigkeit, wie z.B. die Versammlung selbst oder deren Zeit und Ort, lässt aber den Inhalt der Veranstaltung unberührt, so muss sich der Eingriff ausschließlich anhand von Art. 8 Abs. 1 GG messen lassen. Knüpft die staatliche Maßnahme indes (auch) an den Inhalt der Versammlung an, so findet parallel Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG Anwendung.

<sup>36</sup> Vgl. BVerfGE 90, 241 (246).

<sup>37</sup> Siehe exempl. *Jarass/Piero*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 8 Rn. 2; *Depenheuer*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, 100. Lfg., Stand: Januar 2022, Art. 8 Rn. 201 ff.

Hier richten sich die staatlichen Maßnahmen ausschließlich gegen die Sitzblockade als gewählte Ausdrucksform und damit gegen eine eindeutig versammlungsspezifische Tätigkeit. Das kommunikative Anliegen der Aktivist:innen – effektiverer Klimaschutz – ist nicht betroffen. Mithin ist der Hoheitsakt nicht am Maßstab der Meinungsfreiheit, sondern ausschließlich anhand der Bestimmungen des Art. 8 GG zu beurteilen.

#### IV. Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG

A könnte jedoch in ihrem Grundrecht auf Freiheit der Person gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 104 GG verletzt sein.

##### 1. Schutzbereich

Dafür müsste zunächst der Schutzbereich in personeller und sachlicher Hinsicht eröffnet sein.

###### a) Personell

Bei dem Grundrecht der Freiheit der Person handelt es sich um ein sog. Jedermann-Grundrecht. A ist als natürliche Person Trägerin dieses Grundrechts.

###### b) Materiell

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 104 GG schützt die sog. Fortbewegungsfreiheit, also das Recht, jeden Ort aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der einem rechtlich und tatsächlich zugänglich ist.<sup>38</sup> Dies ist jedoch insofern eng auszulegen, als von dem Recht nicht umfasst wird, sich unbegrenzt überall aufzuhalten und überall hinbewegen zu dürfen.<sup>39</sup> Hiervon eingeschlossen (und wohl auch der Kern des Grundrechts) ist vor allem auch das Recht, sich von einem bestimmten Ort wegbewegen zu können bzw. nicht zur Anwesenheit an einem bestimmten Ort verpflichtet zu sein.<sup>40</sup>

Durch die Präventivhaft ist die Fortbewegungsfreiheit der A betroffen, der Schutzbereich ist also auch in sachlicher Hinsicht eröffnet.

##### 2. Eingriff

Die Präventivhaft stellt eine Freiheitsentziehung dar. A kann für den Zeitraum der Haft nicht frei über ihren Aufenthaltsort bestimmen. Hierin liegt bereits ein Eingriff nach dem klassischen Eingriffsbegriff vor.

##### 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

###### a) Schranke der Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG i.V.m. Art. 104 GG

Bei Einschränkungen der Fortbewegungsfreiheit sind stets auch die speziellen Anforderungen des

---

<sup>38</sup> BVerfGE 149, 293 (319).

<sup>39</sup> BVerfGE 94, 166 (198).

<sup>40</sup> Jarass/Piero, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 2 Rn. 130.

Art. 104 GG zu beachten, die über den Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG hinausgehen und diesen überlagern.<sup>41</sup> Deshalb darf die Freiheit der Person ausschließlich auf Grund eines förmlichen Gesetzes eingeschränkt werden. Ein solches förmliches Gesetz könnte § 22 SächsPVDG sein.

#### b) Verfassungsmäßigkeit des § 22 SächsPVDG

Gem. des Bearbeitungsvermerks ist § 22 SächsPVDG formell und materiell verfassungsgemäß.

#### c) Verfassungsmäßigkeit der Einzelfallanwendung

Die konkrete Anwendung von § 22 SächsPVDG könnte jedoch verfassungswidrig sein. Grundlage für die Ingewahrsamnahme der A durch die Polizeikräfte kann hier nur § 22 Abs. 1 Nr. 2 SächsPVDG sein.

##### aa) Einhaltung der Verfahrensregeln des Art. 104 Abs. 2 GG

Gem. Art. 104 Abs. 2 GG kann über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung nur durch einen Richter oder eine Richterin entschieden werden.

*Hinweis:* Auch in § 23 Abs. 1 S. 1 SächsPVDG ist ein Richtervorbehalt verankert. Die Prüfung der rechtmäßigen Anwendung dieser einfachgesetzlichen Rechtsnorm ist jedoch gerade nicht im Prüfungsumfang des BVerfG enthalten; dieses prüft ausschließlich die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.

Beruhet die Freiheitsentziehung – wie hier – auf keiner richterlichen Anordnung, so ist unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeizuführen (Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG), spätestens bis zum Ende des Tages nach der Ingewahrsamnahme (vgl. Art. 104 Abs. 2 S. 3 GG).

A wurde vorliegend vor Ort von den Polizeikräften in Gewahrsam genommen und erst am übernächsten Tag wieder entlassen. Eine richterliche Überprüfung dieser Maßnahme hat es zu keinem Zeitpunkt gegeben. Eine solche hätte aber spätestens mit Ablauf des 10.1.2023 erfolgen müssen. Insofern wurden hier die besonderen verfassungsrechtlichen Verfahrensvoraussetzungen des Art. 104 Abs. 2 GG missachtet. Bereits hierin liegt eine Verletzung des Grundrechts der A aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 104 GG.

##### bb) Verhältnismäßigkeit der Freiheitsentziehung

Die Maßnahme könnte zudem unverhältnismäßig sein.

###### (1) Legitimer Zweck

Wie auch das Versammlungsverbot, bezweckt die Ingewahrsamnahme die Wahrung der öffentlichen Sicherheit durch die Verhinderung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten (siehe hierzu bereits B. II. Nr. 3 c)).

###### (2) Geeignetheit

Durch die Präventivhaft konnte die Gruppe in diesem Zeitraum keine Sitzblockaden auf Straßen durchführen, womit die Durchführung von Nötigungshandlungen und Ordnungswidrigkeiten für die

---

<sup>41</sup> Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 2 Rn. 138.

sen Zeitraum ebenfalls nicht möglich war. Darin liegt zumindest eine Förderung des legitimen Zwecks.

### (3) Erforderlichkeit

Zwar darf eine solche Präventivhaft ebenfalls nur *ultima ratio* zur Verhinderung bevorstehender Straftaten sein. Jedoch kommt hier als mildere Alternativmaßnahme allenfalls eine erneute Versammlungsauflösung nebst Platzverweis in Betracht, sofern sich eine Durchführung der Sitzblockade an einem anderen Ort abzeichnet. Da die Polizeikräfte aber nicht den gesamten Innenstadtbereich überwachen können, wäre eine solche Maßnahme daher für die Zweckerreichung (deutlich) weniger geeignet. Gleiches trifft auf eine Gefährderansprache zu.

### (4) Angemessenheit

Fraglich ist jedoch, ob die Freiheitsentziehung auch angemessen war. Auch hier sind die widerstrebenden Interessen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.

Bereits deren Stellung am Anfang des Grundgesetzes zeigt, dass es sich bei der Freiheit der Person um ein hohes Rechtsgut handelt, in welches der Staat nur aus besonders gewichtigen Gründen eingreifen darf. Hierfür spricht auch die Wertung des Art. 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Ein staatlicher Freiheitsentzug darf in einem Rechtsstaat immer nur *ultima ratio* sein.

Für die Angemessenheit der Freiheitsentziehung kann angeführt werden, dass die Polizeikräfte angesichts drohender Straftaten und Ordnungswidrigkeiten Möglichkeiten haben müssen, um diese effektiv zu verhindern. Unabhängig von der Frage, ob eine Präventivhaft zur Verhinderung sämtlicher Straftaten – und sogar Ordnungswidrigkeiten – nicht zu weit gefasst ist (dies wäre im Rahmen der Verfassungsmäßigkeit des § 22 SächsPVDG zu beurteilen gewesen), ist hier jedoch auch im Einzelfall zu fragen, was durch diesen intensivsten Eingriff in die Fortbewegungsfreiheit letztlich geschützt wird.

Der Präventivgewahrsam dient hier der Verhinderung von vermuteten Nötigungsstraftaten und Ordnungswidrigkeiten nach dem StVG und der StVO. Die betreffenden Normen schützen hierbei vornehmlich die allgemeine Handlungsfreiheit der Autofahrer:innen (Art. 2 Abs. 1 GG). Von einer Blockade wäre zwar eine Vielzahl von Personen betroffenen, die jeweiligen Beeinträchtigungen wären hinsichtlich Dauer und Wirkung jedoch deutlich weniger intensiv als eine Freiheitsentziehung für die Aktivistinnen und Aktivisten.

Ohnehin kann aufgrund der nicht einheitlichen Rechtsprechung der Fachgerichte in Bezug auf die Strafbarkeit von Sitzblockaden der Klimabewegung die strafrechtliche Relevanz des erwarteten Verhaltens nicht abschließend beurteilt werden.<sup>42</sup> Insbesondere vor dem Hintergrund der getroffenen Schutzmaßnahmen (z.B. dem Freihalten einer Rettungsgasse) ist nicht abwegig, dass die Sitzblockade überhaupt keinen Straftatbestand erfüllt.<sup>43</sup>

Vor allem war es nicht gesichert, dass die Aktivist:innen der VG die Blockade auch tatsächlich an einer anderen Stelle durchführen wollten. Zwar kam es in der Vergangenheit gelegentlich zu erneuten Blockaden, mehr als eine Indizwirkung kann diesem Umstand jedoch nicht entnommen werden;

---

<sup>42</sup> Für eine Strafbarkeit von Sitzblockaden der Klimabewegung nach § 240 StGB argumentiert z.B. das AG Freiburg, Urt. v. 21.11.2022 – 24 Cs 450 Js 18098/22. In Bezug auf den identischen Sachverhalt sah ein anderer Richter des AG Freiburg den § 240 StGB als nicht verwirklicht an (AG Freiburg, Urt. v. 22.11.2022 – 28 Cs 450 Js 23773/22). Hieran zeigt sich, dass die Strafbarkeit von Sitzblockaden der Letzten Generation von der Justiz (bisher) nicht einheitlich bewertet wird.

<sup>43</sup> Für die strafrechtliche Bewertung von Sitzblockaden unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben siehe *Busche*, KlimR 2023, 103.

konkrete Tatsachen, die eine entsprechende Vermutung substantieren würden, sind vorliegend nicht ersichtlich.

Der Zweck der Präventivhaft muss sich aber auf die Verhinderung konkret bevorstehender Strafbarkeiten beschränken. Denn wenn diese äußerst eingriffsintensive Maßnahme missbräuchlich zur grundsätzlichen Verhinderung bestimmter Protestformen eingesetzt wird, besteht die Gefahr, dass hierdurch Bürgerinnen und Bürger von der Wahrnehmung ihrer grundrechtlich geschützten Freiheiten abgeschreckt werden.

Berücksichtigt man folglich das Gewicht von As Freiheitsrecht auf der einen Seite und die nur vermutete Begehung von Nötigungsstraftaten, bei denen die erwarteten Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit von begrenzter zeitlicher Dauer und Intensität sind, auf der anderen Seite, so ist die Freiheitsentziehung vorliegend als nicht angemessen und damit als unverhältnismäßig zu bewerten.

*Hinweis:* Eine andere Ansicht ist mit Verweis auf das Risiko einer Durchführung der Sitzblockade an anderer Stelle und der damit verbundenen Gefahren für die öffentliche Sicherheit vertretbar.

#### 4. Zwischenergebnis

Die Präventivhaft verletzt A in ihrem Grundrecht auf Fortbewegungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 104 GG.

#### C. Gesamtergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der A ist zulässig und teilweise begründet. Sie hat somit teilweise Aussicht auf Erfolg.

## Examensübungsklausur: Die lieben Mitbewohner

Dr. Alexander Bechtel, Tübingen\*

*Die Klausur wurde im Sommersemester 2023 im Examensklausurenkurs der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen gestellt. Der Notendurchschnitt von insgesamt 85 Bearbeitungen lag bei 5,78 Punkten. Die Durchfallquote betrug 24,71 %. Die Klausur behandelt neben „klassischen“ Fragestellungen aus bekannten Deliktsbereichen (Freiheits- und Beleidigungsdelikte) auch weniger vertraute Probleme, so namentlich den sog. elektronischen Taschendiebstahl, der erst in jüngerer Vergangenheit als (weitere) Erscheinungsform des missbräuchlichen Umgangs mit fremden Zahlungskarten Beachtung gefunden hat. Daneben findet aber auch eine gängige, aus zahlreichen Lehrbüchern bekannte Form des Kartenmissbrauchs Berücksichtigung, die freilich – in Parallele zum sog. elektronischen Taschendiebstahl – nicht nur auf ihre vermögensstrafrechtliche, sondern auch auf ihre urkundenstrafrechtliche Relevanz zu prüfen ist. Die strafprozessuale Aufgabenstellung verlangt eine Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen der Durchsicht eines „räumlich getrennten Speichermediums“ i.S.d. § 110 Abs. 3 S. 2 StPO vor dem Hintergrund eines im Ausland belegenen Speicherorts.*

### Sachverhalt 1

A und sein Mitbewohner B haben regelmäßig Streit. Um B eine Lektion zu erteilen, wartet A ab, bis B einmal wieder in den Kellerräumen in seiner alten Plattensammlung stöbert. A begibt sich zum Keller und macht sich daran, die schwere Brandschutztür, welche den einzigen Zugang zu den Kellerräumen darstellt, zu schließen. Dabei weiß er, dass B keinen Schlüssel mit sich führt und so die Tür nicht von innen öffnen kann, wenn er – A – sie von außen abschließt. A will B für ca. eine Stunde im Keller „schmoren“ lassen, bevor er – A – die Tür wieder öffnet. Als B Geräusche vernimmt und nach einem kurzen Blick ums Eck erkennt, dass A im Begriff ist, die Kellertür – bereits mit einem Schlüssel in der Hand – zu schließen, sprintet er zum Ausgang, um noch hinauszugelangen. Gerade als er den Ausgang erreicht, drückt A, der B nicht hatte kommen sehen, die Türe schwungvoll zu, wodurch B mit der linken Schulter gegen die gerade ins Schloss fallende Tür kracht und vom Aufprall benommen zu Boden geht. A registriert erst jetzt, dass B versucht haben muss, im letzten Moment zu entwischen, denkt sich aber, dass es B gerade recht geschehe, sich dabei auch noch weh getan zu haben. Da A davon ausgeht, dass B höchstens eine harmlose, keinesfalls behandlungsbedürftige Prellung erlitten hat, verschließt er die Tür mithilfe seines Schlüssels und befreit B – wie von Anfang an geplant – nach einer Stunde. B hat infolge des Aufpralls gegen die Tür tatsächlich einen komplizierten Trümmerbruch an der Schulter erlitten, wodurch er nicht nur mehrere Monate an der Ausübung seines Berufes gehindert ist, sondern sich auch langwierigen Rehabilitationsmaßnahmen unterziehen muss, um Arm und Schulter wieder schmerzfrei bewegen zu können.

A plagt ein schlechtes Gewissens wegen Bs Verletzung, weshalb er zu Bs Geburtstag eine Überraschungsparty plant. Da A aber aktuell knapp bei Kasse ist, muss er zuvor das notwendige Kleingeld organisieren. Wie gut, dass heutzutage jedermann mobile Kartenlesegeräte im Internet erstehen kann, sofern er beim Terminal-Anbieter eine Kontoverbindung hinterlegt. As Gerät ist mit der NFC-

---

\* Der Autor ist Akad. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Europäisches Strafrecht (Prof. Dr. Jörg Eisele) an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

Technologie (Near Field Communication) ausgestattet, welche es erlaubt, das Bezahlen mittels EC- oder Kreditkarte im sog. Point-of-Sale-Verfahren (POS) kontaktlos – durch schlichtes Vorhalten der Karte – abzuwickeln. Technisch wird mittels eines vom Lesegerät erzeugten elektromagnetischen Wechselfelds eine Übertragung von auf der Karte gespeicherten Daten an das Autorisierungszentrum des Kreditinstituts ermöglicht. Konkret geht es um die enthaltenen Kundendaten, den Abbuchungsbetrag sowie Datum und Uhrzeit der Transaktion. Sämtliche Daten werden im Autorisierungszentrum gespeichert. Geprüft wird, ob der Verfügungsrahmen eingehalten, die Karte nicht gesperrt und – soweit zuvor abgefragt – die PIN zutreffend eingegeben wurde. Sind die Daten korrekt und ist der Verfügungsrahmen gewahrt, wird die Zahlung autorisiert. Das kartenausstellende Institut übernimmt dabei gegenüber dem Zahlungsempfänger ein Zahlungsverprechen. All diese Vorgänge sind dem technikaffinen A bekannt. Auch ist A bekannt, dass es bei sog. Kleinstbeträgen – Beträgen unter 25 € – regelmäßig keiner PIN-Eingabe zur Abwicklung des Zahlungsvorganges bedarf. Erst nach fünf Zahlungen ohne PIN-Eingabe wird auch bei Kleinstbeträgen wieder eine Authentifizierung durch PIN-Eingabe notwendig. Im Autorisierungszentrum erfolgt nach jeder Kartennutzung eine Anpassung der Anzahl der kontaktlosen Zahlvorgänge seit der letzten PIN-Abfrage wie auch eine Anpassung des Verfügungsrahmens. A begibt sich mit seinem Lesegerät in einen voll besetzten Linienbus, stellt sich mit seinem in der Hand verborgenen Gerät unauffällig neben andere Fahrgäste und hält das Gerät, auf dem er zuvor einen Abbuchungsbetrag von 24,99 € eingegeben hat, dicht an die Hosentaschen der Fahrgäste, in denen er – zutreffend – Geldbörse mitsamt EC-Karten vermutet. So verfährt er bei den Fahrgästen X, Y und Z, deren Konten jeweils in Höhe des eingegebenen Betrages belastet werden, während A Gutschriften in entsprechender Höhe erhält.

Nachdem A dieses Vorgehen zu mühsam wird und der Geburtstag näher rückt, entscheidet er sich, für die noch notwendigen Einkäufe die EC-Karte des C zu „leihen“. C wohnt ebenfalls mit A und B zusammen, sodass A weiß, dass C seine wichtigen Dokumente, so auch seine Geldkarten, allesamt in seiner Sockenschublade aufbewahrt. Zudem hat er C bereits heimlich beim Abheben von Bargeld beobachtet und sich dabei dessen PIN eingeprägt. A entnimmt die Karte aus der Schublade in Cs Zimmer und begibt sich zum Supermarkt, wobei ihm bewusst ist, dass dort zur Abwicklung des elektronischen Zahlungsverkehrs das – ihm ja bestens bekannte – POS-Verfahren Anwendung findet. A hält an der Kasse die EC-Karte Cs an das Terminal und gibt die PIN ein, woraufhin die Transaktionsdaten an das Autorisierungszentrum übermittelt werden und die Einhaltung des Verfügungsrahmens und die Übereinstimmung der PIN geprüft wird. Als die Zahlung autorisiert wird, verlässt A mit Lebensmitteln im Wert von 200 € den Laden. Die Karte legt er, wie von Anfang an beabsichtigt, zurück in die Schublade des ahnungslosen C. Das Konto des C wird in Höhe des Betrages von 200 € belastet.

Mit den Partyvorbereitungen kann sich A auch von seinem übrigen Kummer ablenken: Seit seine Partnerin und er sich vor einigen Jahren getrennt haben, führen sie vor verschiedenen Gerichten zahlreiche rechtliche Auseinandersetzungen um das Umgangsrecht mit der gemeinsamen Tochter. Auf seinem öffentlich zugänglichen Internetblog, der jedenfalls von Verwandten und Bekannten regelmäßig aufgerufen wird, verfasst A immer wieder auch Einträge zu diesen Verfahren. Anlässlich einer für ihn nachteiligen Berufungsentscheidung verfasst A nunmehr einen Eintrag, in welchem er über den Ausgang des Verfahrens berichtet, die an der Entscheidung beteiligten Richter namentlich benennt, Fotos von ihnen ins Netz stellt und sie zudem als „asoziale Justizverbrecher“, „Provinzverbrecher“ und „Kindesentfremder“ bezeichnet.

### Aufgabe

Begutachten Sie in einem alle aufgeworfenen Rechtsfragen berücksichtigenden Gutachten die Strafbarkeit des A nach dem Strafgesetzbuch. Nicht zu prüfen sind die §§ 126a, 202a–202d, 265a, 303a

StGB. Erforderliche Strafanträge gelten als gestellt.

### Bearbeitungshinweis

Gehen Sie bei der Bearbeitung davon aus, dass Kreditinstitute gesetzlich dazu verpflichtet sind, nicht vom Berechtigten autorisierte Buchungen unverzüglich rückgängig zu machen.

### Sachverhalt 2

A hat wegen einer wenig erfolgreich verlaufenen Episode als selbstständiger Betreiber einer Imbissbude zusätzlich noch Ärger mit der Steuerfahndungs- und Strafsachenstelle des Finanzamts, die beim zuständigen Ermittlungsrichter einen Durchsuchungsbeschluss erwirkt hat. Im Rahmen der Durchsuchung der Räumlichkeiten des A stellen die Beamten, die allesamt Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft sind, u.a. den Laptop des A sicher, auf dem sie Beweismittel – insbesondere in Form von Geschäftsunterlagen – vermuten. A teilt den Beamten schon während der Durchsuchung mit, dass er seine Unterlagen bei einem externen Clouddienstleister gespeichert habe, dessen Server sich aber im Ausland befänden. Beide Mitteilungen entsprechen der Wahrheit. Überdies sei der Zugriff auf diese Datenbestände nur unter Eingabe eines Passworts möglich, welches er natürlich für sich behalten werde. Die Beamten erwidern, dass sie in jedem Falle zur Durchsicht der über den Laptop abrufbaren Datenbestände berechtigt seien und auch über die technischen Hilfsmittel verfügten, an das Passwort zu gelangen. A bleibt gleichwohl bei seiner Weigerung. Einen Tag nach der Durchsuchung greifen die Beamten unter Einsatz forensischer Software, welche auf dem Gerät gespeicherte Zugangsdaten gezielt auslesen und an der „passenden“ Stelle einfügen kann, tatsächlich vom Laptop des A auf die Datenbestände zu. Sie halten es dabei für möglich, dass der Speicherort – wie von A behauptet – im Ausland liegt, sehen aber keinen Anlass, allein deshalb weitere Ermittlungen zum Speicherort anzustellen und auf ein aufwendiges und häufig im Sande verlaufendes Rechtshilfeverfahren umzusteigen. Schon am darauf folgenden Tag erhält A seinen Laptop zurück.

### Aufgabe

A hält das Vorgehen der Beamten für evident rechtswidrig und wendet sich an Rechtsanwalt R mit der Frage, ob er mit dieser Einschätzung richtig liege. Zudem möchte er wissen, welche Rechtsschutzmöglichkeiten für ihn jetzt noch bestehen. Geben Sie die erbetene Auskunft.

### Bearbeitungshinweis

Die Cybercrime-Konvention (völkerrechtliches Abkommen zur Bekämpfung von Cybercrime) sieht eine grenzüberschreitende Sichtungsbefugnis mit Blick auf nicht öffentlich zugängliche Daten nicht vor.

### Lösungsvorschlag

<b>Aufgabe 1</b> .....	<b>1344</b>
<b>Tatkomplex 1: Im Keller</b> .....	<b>1344</b>
<b>I. Strafbarkeit des A gem. § 239 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB</b> .....	<b>1344</b>
1. Tatbestandsmäßigkeit .....	1344

a) Grundtatbestand, § 239 Abs. 1 StGB .....	1344
b) Schwere Folge, § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB .....	1345
aa) Schwere Gesundheitsschädigung .....	1345
bb) Zurechenbarkeit des Folgeneintritts .....	1345
(1) Allgemeine Zurechnungskriterien .....	1345
(2) Deliktsspezifischer Gefahrverwirklichungszusammenhang .....	1346
(3) Fahrlässigkeit .....	1347
cc) Zwischenergebnis .....	1348
2. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	1348
3. Ergebnis .....	1348
<b>II. Strafbarkeit des A gem. § 229 StGB .....</b>	<b>1348</b>
<b>III. Strafbarkeit des A gem. §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB .....</b>	<b>1348</b>
<b>IV. Strafbarkeit des A gem. §§ 229, 13 Abs. 1 StGB .....</b>	<b>1348</b>
<b>V. Strafbarkeit des A gem. § 221 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB .....</b>	<b>1349</b>
<b>VI. Ergebnis für Tatkomplex 1 .....</b>	<b>1349</b>
<b>Tatkomplex 2: Party-Planungen Teil 1 .....</b>	<b>1349</b>
<b>I. Strafbarkeit des A gem. § 263a Abs. 1 StGB .....</b>	<b>1349</b>
1. Tatbestandsmäßigkeit .....	1350
a) Objektiver Tatbestand .....	1350
aa) Computerspezifische Auslegung .....	1350
bb) Subjektivierende Auslegung .....	1350
cc) Betrugsspezifische Auslegung .....	1350
dd) Stellungnahme .....	1351
b) Zwischenergebnis .....	1352
2. Ergebnis .....	1352
<b>II. Strafbarkeit des A gem. § 269 Abs. 1 StGB .....</b>	<b>1353</b>
1. Tatbestandsmäßigkeit .....	1353
a) Objektiver Tatbestand .....	1353
b) Zwischenergebnis .....	1354
2. Ergebnis .....	1354
<b>III. Strafbarkeit des A gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB .....</b>	<b>1355</b>
1. Tatbestandsmäßigkeit .....	1355
a) Objektiver Tatbestand .....	1355
b) Subjektiver Tatbestand .....	1355
2. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	1356

3. Ergebnis .....	1356
<b>IV. Ergebnis für Tatkomplex 2 .....</b>	<b>1356</b>
<b>Tatkomplex 3: Party-Planungen Teil 2 .....</b>	<b>1356</b>
<b>I. Strafbarkeit des A gem. § 242 Abs. 1 StGB .....</b>	<b>1356</b>
1. Tatbestandsmäßigkeit .....	1356
a) Objektiver Tatbestand.....	1356
b) Subjektiver Tatbestand .....	1356
2. Ergebnis .....	1357
<b>II. Strafbarkeit des A gem. § 246 Abs. 1 StGB .....</b>	<b>1357</b>
<b>III. Strafbarkeit des A gem. § 266b Abs. 1 StGB .....</b>	<b>1357</b>
<b>IV. Strafbarkeit des A gem. § 263 Abs. 1 StGB .....</b>	<b>1358</b>
1. Tatbestandsmäßigkeit .....	1358
2. Ergebnis .....	1358
<b>V. Strafbarkeit des A gem. § 263a Abs. 1 StGB .....</b>	<b>1358</b>
1. Tatbestandsmäßigkeit .....	1358
a) Objektiver Tatbestand.....	1358
b) Subjektiver Tatbestand .....	1360
2. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	1360
3. Ergebnis .....	1360
<b>VI. Strafbarkeit des A gem. § 269 Abs. 1 StGB .....</b>	<b>1360</b>
1. Tatbestandsmäßigkeit .....	1360
a) Objektiver Tatbestand.....	1360
b) Subjektiver Tatbestand .....	1361
2. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	1361
3. Ergebnis .....	1361
<b>VII. Strafbarkeit des A gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB .....</b>	<b>1361</b>
<b>VIII. Ergebnis für Tatkomplex 3 .....</b>	<b>1361</b>
<b>Tatkomplex 4: Immer Ärger mit der Justiz .....</b>	<b>1361</b>
<b>I. Strafbarkeit des A gem. §§ 185, 193 StGB .....</b>	<b>1361</b>
1. Tatbestandsmäßigkeit .....	1362
a) Objektiver Tatbestand.....	1362
aa) Kundgabe einer ehrenrührigen Äußerung .....	1362
bb) Kenntniserlangung .....	1363
b) Subjektiver Tatbestand .....	1363

2. Rechtswidrigkeit.....	1363
a) Keine Schmähkritik .....	1363
b) Abwägung.....	1363
3. Schuld .....	1364
<b>II. Ergebnis.....</b>	<b>1364</b>
<b>Gesamtergebnis .....</b>	<b>1365</b>
<b>Aufgabe 2 .....</b>	<b>1365</b>
<b>I. Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme .....</b>	<b>1365</b>
1. Mitnahme des Geräts.....	1365
2. „Knacken“ des Passworts .....	1366
3. Zugriff auf Speicherort im Ausland .....	1366
4. Denkbare Rechtsfolgen .....	1367
<b>II. Rechtsbehelfe .....</b>	<b>1367</b>

## Aufgabe 1

### Tatkomplex 1: Im Keller

#### I. Strafbarkeit des A gem. § 239 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB

A könnte sich durch das Abschließen der Kellertür für die Dauer von einer Stunde wegen Freiheitsberaubung gem. § 239 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestandsmäßigkeit

##### a) Grundtatbestand, § 239 Abs. 1 StGB

A hat durch das Verschließen der Kellertür die Fortbewegungsfreiheit des B, welcher den Keller auf keinem anderen Wege verlassen konnte, vollständig aufgehoben und damit B – durch Einsperren<sup>1</sup> – der Freiheit beraubt. A handelte insoweit auch vorsätzlich.

*Hinweis:* Auf die umstrittene Frage nach dem Schutzgut der Vorschrift (potentielle oder aktuelle Fortbewegungsfreiheit) kommt es nicht an, da B in seiner aktuellen Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigt ist. Da A den B auch für die Dauer von einer Stunde im Keller „schmoren“ lässt, ist der Bereich

<sup>1</sup> In der vollständigen Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit liegt der *Taterfolg* (vgl. auch *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 239 Rn. 4), welcher hier ersichtlich durch das *Tatmittel* des Einsperrens – verstanden als Verhinderung des Verlassens eines Raumes durch äußere Vorrichtungen (vgl. nur *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 239 Rn. 3) – bewirkt wird.

einer nur bagatellarischen Beeinträchtigung unzweifelhaft überschritten, sodass Ausführungen zur notwendigen Beeinträchtigungsdauer entbehrlich sind.

### b) Schwere Folge, § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB

A könnte durch sein Tun zudem die Erfolgsqualifikation des § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB verwirklicht haben. Dazu müsste A durch die Tat oder eine während der Tat begangene Handlung eine schwere Gesundheitsschädigung des B verursacht haben.

#### aa) Schwere Gesundheitsschädigung

Der Begriff der „schweren Gesundheitsschädigung“ reicht weiter als der Kreis der in § 226 StGB genannten Folgen. Erfasst werden – neben den Folgen aus § 226 StGB – insbesondere auch das Verfallen in eine ernste Krankheit sowie eine erhebliche Beeinträchtigung der Arbeitskraft oder Leistungsfähigkeit. Von einer schweren Gesundheitsschädigung ist ferner dann auszugehen, wenn die Wiederherstellung der Gesundheit umfangreiche Rehabilitationsmaßnahmen erfordert.<sup>2</sup> B konnte infolge des erlittenen Trümmerbruchs in der Schulter über mehrere Monate nicht seinem Beruf nachgehen und war zudem auf langwierige Reha-Maßnahmen angewiesen, um wieder einen Zustand der Schmerzfreiheit zu erreichen. Entsprechend ist der eingetretene Verletzungszustand als schwere Gesundheitsschädigung im Sinne der Vorschrift einzustufen.

#### bb) Zurechenbarkeit des Folgeneintritts

Die schwere Folge müsste auch „durch die Tat oder eine während der Tat begangene Handlung“ herbeigeführt worden sein.

##### (1) Allgemeine Zurechnungskriterien

Die Zurechenbarkeit des Folgeneintritts zum Handeln des A könnte zunächst deshalb zweifelhaft sein, weil B sich die schwere Verletzung beim Versuch, die Kellerräume doch noch zu verlassen, zuzog. Darin könnte eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung zu erblicken sein, welche – nach allgemeinen Regeln – zurechnungsunterbrechend wirkt.<sup>3</sup> Dabei ist freilich zu sehen, dass sich B mit der Gefahr des (ggf. länger andauernden) Eingesperrtseins konfrontiert sah und dieser – auf ein (vorsätzliches) Verhalten des A zurückgehenden – Gefahr durch seinen Fluchtversuch entgehen wollte. A hat das Fluchtverhalten des B, welches für sich genommen auch nicht grob unvernünftig war, mit seiner (vorsätzlichen) Gefahrschaffung damit *herausgefordert*. In diesen Fällen fehlt es aber an der *Eigenverantwortlichkeit* der Selbstgefährdung, sodass die eingetretenen (Verletzungs-)Folgen das Werk des Täters bleiben, es sich mithin *nicht* um einen Fall eigenverantwortlicher Selbstgefährdung handelt.<sup>4</sup>

*Hinweis 1:* Während das Fehlen einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung vorstehend primär unter Heranziehung des Gesichtspunkts der *Herausforderung* zu (selbst-)gefährdendem Verhalten

<sup>2</sup> Vgl. zum Ganzen *Wieck-Noodt*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239 Rn. 46.

<sup>3</sup> Vgl. *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 13 Rn. 77 ff.

<sup>4</sup> I.E. übereinstimmend *Eisele*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 10 Rn. 137; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 52 Rn. 55 f. i.V.m. § 13 Rn. 80.

begründet wird<sup>5</sup>, kann alternativ auch darauf abgestellt werden, dass B sich – hätte er die Verletzung zum Erhalt der eigenen Freiheit einem Dritten zugefügt – auf § 35 StGB (entschuldigender Notstand) berufen könnte, woraus wiederum auf fehlende Eigenverantwortlichkeit geschlossen werden kann.<sup>6</sup> *Hinweis 2:* Alternativ könnte man schließlich argumentieren, dass der Folgeintritt hier weniger Resultat eines (gefahrbehafteten) Fluchtverhaltens denn eines (fahrlässigen) Handelns des A ist, wonach es auf das „Mitwirken“ des B von vornherein nicht ankommt und es – dogmatisch betrachtet – am Gesichtspunkt der *Selbstgefährdung* fehlt.

## (2) Deliktsspezifischer Gefahrverwirklichungszusammenhang

Zudem müsste sich in der schweren Folge eine spezifisch der Verwirklichung des Grunddelikts inwohnende Gefahr realisiert haben (sog. deliktsspezifische Gefahrverwirklichungszusammenhang). Nur auf diese Weise lässt sich der besondere Unrechtsgehalt erfolgsqualifizierter Delikte (mit einem entsprechend angehobenen Strafraum) abbilden.<sup>7</sup> Anknüpfungspunkt dieses Zusammenhangs kann i.R.d. § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB „die Tat oder eine während der Tat begangene Handlung“ sein. Da der Trümmerbruch bereits durch das (schwungvolle) Zudrücken der Türe, mithin durch die auf die Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit gerichtete Tathandlung herbeigeführt wurde, müsste auch (und bereits) die Tathandlung vom Begriff der „Tat“ i.S.d. § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB erfasst sein.

*Hinweis:* Die (zweite) Variante der „während der Tat begangenen Handlung“ kommt dagegen von vornherein nicht in Betracht, da diese an Handlungen anknüpft, welche nach Vollendung des (Dauer-) Delikts der Freiheitsberaubung, mithin nach Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit vorgenommen werden.

Ob bereits (gefahrbehaftete) Tathandlungen tauglicher Anknüpfungspunkt der Erfolgsqualifikation des § 239 Abs. 3 Nr. 2 Var. 1 StGB („durch die Tat“) sind, ist umstritten. So wird mitunter gefordert, dass die schwere Folge Ausfluss der Gefährlichkeit des Zustands aufgehobener Fortbewegungsfreiheit sein müsse.<sup>8</sup> Damit wären (nur) Folgen wie das Verdursten, Verhungern oder Ersticken erfasst, nicht aber Folgen, die bereits auf der Vornahme der tatbestandlichen Handlung beruhen. Für eine Anknüpfung auch an die Handlungsgefährlichkeit spricht allerdings die historische Entwicklung der Vorschrift, die bis zum Sechsten Strafrechtsreformgesetz<sup>9</sup> (1998) im Wortlaut noch die schwere Verletzung „des der Freiheit Beraubten“ in Bezug nahm, wonach – denknotwendig – das Delikt im Zeitpunkt der Folgenbewirkung bereits vollendet sein musste. Nachdem nun nur noch vom „Opfer“ die Rede ist, erscheinen auch Handlungen erfasst, welche erst auf die Aufhebung der Fortbewegungs-

<sup>5</sup> So für entsprechend gelagerte Fälle auch *Eisele*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. 2021, § 10 Rn. 137.

<sup>6</sup> In diese Richtung wohl *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 52 Rn. 55 f. i.V.m. § 13 Rn. 80.

<sup>7</sup> *Eisele*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. 2021, § 13 Rn. 17; *Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 70. Aufl. 2023, § 18 Rn. 2; *Roxin/Greco*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 108; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 18 Rn. 1.

<sup>8</sup> *Hardtung*, *Versuch und Rücktritt bei den Teilvorsatzdelikten des § 11 Abs. 2 StGB*, 2002, S. 95 f.; *Wieck-Noodt*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239 Rn. 49; vgl. auch *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 4. Aufl. 2021, § 9 Rn. 33.

<sup>9</sup> BGBl. I 1998, S. 164.

freiheit gerichtet sind.<sup>10</sup> In systematischer Hinsicht spricht für die generelle Einbeziehung der Handlungsgefährlichkeit auch der Umstand, dass § 239 Abs. 3 Nr. 2 Var. 2 StGB („durch eine während der Tat begangene Handlung“) diese für den Fall der Vornahme gefährlicher Handlungen nach Deliktvollendung ausdrücklich einbezieht.<sup>11</sup> Schließlich ist zu sehen, dass die von § 239 Abs. 1 StGB genannten Tathandlungen (Einsperren bzw. Freiheitsberaubung auf andere Weise) von vornherein ein großes Spektrum möglicher Begehungsformen abdecken – vom „harmlosen“ Herumdrehen des Schlüssels im Schloss bis zum brutalen Knebeln oder dem Zuschlagen einer schweren Tür, Luke usw. Damit sind eben auch besonders gefahrträchtige Handlungen umfasst, was für deren Einbeziehung in den Kreis tauglicher Anknüpfungspunkte spricht. Kurzum: Auch das mit der Vornahme der Tathandlung (unmittelbar) verbundene Verletzungspotential ist Ausdruck der spezifischen Gefährlichkeit einer Freiheitsberaubung und damit tauglicher Anknüpfungspunkt der Erfolgsqualifikation.<sup>12</sup> Danach realisiert sich in der schweren Folge (Trümmerbruch) auch eine deliktsspezifische Gefahr, wonach der deliktsspezifische Gefahrverwirklichungszusammenhang zu bejahen ist.

Soweit im Rahmen der allgemeinen Zurechnungsprüfung eine – den Zurechnungszusammenhang infolge fehlender Eigenverantwortlichkeit freilich nicht unterbrechende – Mitwirkung des B angenommen wurde, ist weiter zu sehen, dass der Eintritt von Verletzungen infolge eines Fluchtverhaltens des (bereits) der Freiheit beraubten bzw. sich mit der Situation drohender Freiheitsentziehung konfrontiert sehenden Opfers als deliktstypisch einzustufen ist; auch risikobehaftetes Fluchtverhalten erweist sich regelmäßig als Ausdruck des natürlichen Freiheitsstreben eines jeden Menschen.<sup>13</sup>

*Hinweis:* Nachdem es – nach Vornahme der gefahrbehafteten Tathandlung – noch zur Vollendung des (Dauer-)Delikts kommt, geht es nicht um die Frage, inwieweit der *erfolgsqualifizierte Versuch* (§§ 239 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB) mit Strafe bedroht ist. Die obige Argumentation wäre freilich bei einem Ausbleiben der Vollendung identisch zu führen, da es jeweils um die Frage der Einbeziehung auch und bereits der *Handlungsgefährlichkeit* geht. Beim erfolgsqualifizierten Versuch wäre neben der (deliktsspezifisch zu behandelnden) Frage nach der Einbeziehung der Handlungsgefährlichkeit überdies die Frage in den Blick zu nehmen, inwieweit die Vorgaben des Allgemeinen Teils (namentlich §§ 18, 11 Abs. 2, 22 StGB) eine Konstruierbarkeit des erfolgsqualifizierten Versuchs – strafbar als Versuch der Erfolgsqualifikation – erlauben.

### (3) Fahrlässigkeit

Gem. § 18 StGB müsste A hinsichtlich der Bewirkung der Folge wenigstens fahrlässig gehandelt haben. Die insoweit notwendige Sorgfaltspflichtverletzung kann bereits in der (vorsätzlichen) Verwirklichung des Grunddelikts gesehen werden. Hinzutreten muss freilich noch die Vorhersehbarkeit des Folgeneintritts, was – gemessen an dem (allgemein bekannten) Freiheitsstreben eines jeden (gesunden) Menschen – hier ebenfalls keine Schwierigkeiten bereitet.<sup>14</sup> Dass sich A im Nachhinein

<sup>10</sup> Kühl, in: FS Gössel, 2002, S. 191 (207); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 239 Rn. 9.

<sup>11</sup> Kühl, JuS 2007, 742 (750); Puppe, Erfolgszurechnung, 2000, S. 249; wohl auch Kuhli, JuS 2020, 289 (295).

<sup>12</sup> So ausdrücklich auch Murmann, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, Vor § 22 Rn. 121; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 335; vgl. ferner Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 118 („Gewaltanwendungen bei der Gefangensetzung“).

<sup>13</sup> Vgl. etwa BGH NStZ 2022, 291 (292 – dort freilich bezogen auf die Vorhersehbarkeit); ferner Valerius, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 239 Rn. 20; Schluckebier, in: LK-StGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2023, § 239 Rn. 45.

<sup>14</sup> Vgl. abermals BGH NStZ 2022, 291 (292); ferner Schluckebier, in: LK-StGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2023, § 239 Rn. 45.

denkt, es geschehe B gerade recht, dass dieser sich weh getan habe, vermag einen Vorsatz im Handlungszeitpunkt nicht zu begründen (dolus subsequens), sodass es bei fahrlässigem Handeln bleibt.

### cc) Zwischenergebnis

A hat (auch) die Erfolgsqualifikation des § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB tatbestandlich verwirklicht.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Für A greifen weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschließungsgründe (i.w.S.).

## 3. Ergebnis

A hat sich durch sein Verhalten gem. § 239 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

*Hinweis:* Im Übrigen hat A den B durch das Zuschließen der Türe auch mit „Gewalt“ i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB genötigt, den Aufenthalt in den Kellerräumen zu (er-)dulden bzw. das Verlassen der Kellerräume zu unterlassen (der Nötigungserfolg kann wahlweise in einer Duldung oder Unterlassung gesehen werden). Nachdem der Einsatz von Gewalt i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB aber lediglich der Verwirklichung der Freiheitsberaubung dient, tritt § 240 Abs. 1 StGB hinter § 239 StGB zurück.<sup>15</sup>

## II. Strafbarkeit des A gem. § 229 StGB

Der durch das Zuschlagen der Tür zugleich verwirklichte § 229 StGB erlangt gegenüber § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB keine eigenständige Bedeutung.

*Hinweis:* Soweit der deliktsspezifische Gefahrverwirklichungszusammenhang – vertretbar – verneint wird (dazu oben I. 1. b) bb) (2)), wodurch § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB nicht einschlägig ist, erlangt § 229 StGB eigenständige Bedeutung und tritt in Tateinheit zu § 239 Abs. 1 StGB.

## III. Strafbarkeit des A gem. §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB

Dass sich Bs Gesundheitszustand im Verlauf seines einstündigen Eingesperrtseins weiter verschlechterte, ergibt sich aus den Angaben im Sachverhalt nicht. Freilich kann schon das Unterlassen einer möglichen Schmerzlinderung (z.B. durch Hinzurufen eines Arztes) eine Körperverletzung durch Unterlassen begründen.<sup>16</sup> Allerdings ging A davon aus, dass B nur eine harmlose, nicht behandlungsbedürftige Prellung erlitten habe, sodass es am notwendigen Vorsatz fehlt.

## IV. Strafbarkeit des A gem. §§ 229, 13 Abs. 1 StGB

Zwar handelte A hinsichtlich einer unterlassenen Schmerzlinderung nicht vorsätzlich. In Betracht kommt jedoch weiter eine fahrlässige Körperverletzung durch Unterlassen. A traf infolge seines

---

<sup>15</sup> Vgl. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 240 Rn. 41; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 70. Aufl. 2023, § 239 Rn. 18; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 22 Rn. 27.

<sup>16</sup> Vgl. OLG Düsseldorf NSTZ 1989, 269.

vorangegangenen Tuns eine Garantenstellung aus Ingerenz und er unterließ es (jedenfalls für den Zeitraum von einer Stunde), entweder selbst ärztliche Hilfe herbeizurufen oder aber die Türe zu öffnen, sodass sich B hätte um seine Verletzungen kümmern können. Sodann müsste im Rahmen der (Quasi-)Kausalität festgestellt werden, dass ein sofortiges Herbeiholen von Hilfe bzw. ein Öffnen der Türe eine (frühere) Schmerzlinderung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ermöglicht hätte. Davon kann – eingedenk der Existenz von schnell verfügbaren Schmerzmitteln – ausgegangen werden. Die A insoweit vorzuwerfende Sorgfaltspflichtverletzung ergibt sich daraus, dass sich ein vernünftiger und besonnener „Normalmensch“ in der Situation des Täters nach der Wahrnehmung des Aufpralls Gewissheit über die tatsächliche Verletzungssituation (auf der anderen Seite der Türe) verschafft hätte.

Danach ist eine Strafbarkeit des A gem. §§ 229, 13 Abs. 1 StGB zu bejahen.

#### V. Strafbarkeit des A gem. § 221 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB

Sowohl § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB als auch § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB (dieser als echtes Unterlassungsdelikt) setzen voraus, dass der Täter das Opfer durch das jeweilige Verhalten (in eine hilflose Lage versetzen bzw. in einer solchen im Stich lassen) in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.<sup>17</sup> Die schwere Gesundheitsschädigung ist aber bereits mit dem Zuschlagen der Kellertür eingetreten, beruht mithin nicht auf dem Zustand der (vorsätzlich herbeigeführten) Hilflosigkeit. Anders ausgedrückt: Hilflosigkeit und (Gefahr der) Gesundheitsschädigung stehen nicht in dem von § 221 Abs. 1 StGB vorausgesetzten Zusammenhang.

#### VI. Ergebnis für Tatkomplex 1

A hat sich durch das Abschließen der Kellertür gem. § 239 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB, durch die (fahrlässig) unterlassene Schmerzlinderung gem. §§ 229, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Vertretbar ist es, von Tatmehrheit zwischen den Delikten auszugehen, genauso können die §§ 229, 13 Abs. 1 StGB – eingedenk der Identität der Geschädigten, der Übereinstimmung der verletzten Rechtsgüter sowie des Fehlens eines über die Haupttat hinausgehenden Schadens – aber auch als mitbestrafte Nachtat eingestuft werden.<sup>18</sup>

#### Tatkomplex 2: Party-Planungen Teil 1

##### I. Strafbarkeit des A gem. § 263a Abs. 1 StGB

A könnte sich durch die Eingabe eines Abbuchungsbetrages von 24,99 € und das Halten des Kartenlesegeräts an die Hosentaschen von X, Y und Z wegen Computerbetruges (in drei Fällen) gem. § 263a Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

---

<sup>17</sup> Eschelbach, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 221 Rn. 24.

<sup>18</sup> Zu den Voraussetzungen einer Einstufung als mitbestrafte Nachtat vgl. BGH NSTZ 2009, 38; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 56 Rn. 45.

## 1. Tatbestandsmäßigkeit

### a) Objektiver Tatbestand

Nachdem A das Kartenlesegerät zwar heimlich, jedoch ohne manipulative Einwirkung auf den Programmablauf in die Nähe der EC-Karten verbrachte und damit eine äußerlich ordnungsgemäße Bedienung gegeben ist, kommt allein eine unbefugte Verwendung von Daten i.S.d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB in Betracht. Immerhin nutzte er die mit NFC-Technologie ausgestatteten EC-Karten ohne Wissen der Inhaber, um so Abbuchungen auf sein Konto zu veranlassen. Dass A hier das Gerät zur Karte und nicht – wie aus zahlreichen anderen Konstellationen bekannt – die Karte zum Gerät führt, ändert mit Blick auf die ratio legis (Schließung von Strafbarkeitslücken im elektronischen Bezahlverkehr) nichts an der Anwendbarkeit der Vorschrift.<sup>19</sup> Die Auslegung des Merkmals „unbefugt“ i.R.d. § 263a Abs. 1 StGB ist allerdings umstritten. Im Wesentlichen existieren insoweit drei Auffassungen:

#### aa) Computerspezifische Auslegung

Die computerspezifische Auslegung existiert in verschiedenen Spielarten: Während manche Vertreter dieser Auffassung (nur) verlangen, dass sich der einer Datenverwendung entgegenstehende Wille des Betreibers in der Programmgestaltung niedergeschlagen hat (Notwendigkeit der Eingabe von Geheimnummer oder Passwort), setzen andere Stimmen eine manipulative Einwirkung auf den Datenverarbeitungsprozess selbst voraus.<sup>20</sup> Nachdem die Programmgestaltung aber besondere Sicherungsmechanismen bei Beträgen unter 25 € überhaupt nicht vorsieht und A den Datenverarbeitungsprozess so ablaufen lässt, wie es technisch vorgesehen ist, scheidet die Annahme unbefugter Verwendung nach Maßgabe der computerspezifischen Auslegung in jedem Falle aus.

#### bb) Subjektivierende Auslegung

Die sog. subjektivierende Auslegung fragt danach, ob die Nutzung entgegen dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des über die Daten Verfügungsberechtigten erfolgt.<sup>21</sup> Mit Blick auf die Verwendung der EC-Karte ist aber C Verfügungsberechtigter – sowohl hinsichtlich der unmittelbar auf der Karte gespeicherten (Kunden-)Daten als auch hinsichtlich der bei Nutzung der Karte zur Entstehung gelangenden Daten (Uhrzeit, Summe usw.). Nach Maßgabe der subjektivierenden Auslegung liegt danach eine unbefugte Verwendung von Daten vor.

#### cc) Betrugsspezifische Auslegung

Die von der h.M. zugrunde gelegte betrugsspezifische Auslegung bejaht eine „unbefugte“ Verwendung für den Fall, dass ein an die Stelle des Computers gedachter (fiktiver) Mensch durch das Verhalten des Täters getäuscht würde.<sup>22</sup> Auch in der hiesigen Konstellation ist demnach zu fragen, ob die

---

<sup>19</sup> Treffend *Christoph/Dorn-Haag*, NStZ 2020, 697 (700).

<sup>20</sup> Vgl. den Überblick zu den im Rahmen der computerspezifischen Auslegung vertretenen Auffassungen bei *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 677a (m.w.N.); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 17 (m.w.N.).

<sup>21</sup> Dafür etwa BayObLG JR 1994, 289 (291); *Hilgendorf*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2021, § 263a Rn. 10, 14, 16 f.; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 263a Rn. 27; *Scheffler/Dressel*, NJW 2000, 2645.

<sup>22</sup> BGHSt 47, 160 (162 f.); OLG Hamm NStZ 2020, 673 (674); *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 677b; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 263a Rn. 13; *Heinrich*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 21 Rn. 32; *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263a Rn. 9; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 19.

Nutzung der EC-Karten unter Einsatz der NFC-Technologie durch A gegenüber einer (gedachten) Person Täuschungscharakter hätte.

(1) Dabei ist wiederum umstritten, *welchen gedanklichen Prüfmaßstab* die (gedachte) Person anlegt. Denkbar ist es zunächst, eine Deckungsgleichheit von technischem und menschlichem Prüfmaßstab anzunehmen, wonach die fiktive Person auf diejenigen Prüfvorgänge beschränkt ist, welche auch dem Computer möglich sind.<sup>23</sup> Danach wird man in der Nutzung der EC-Karten durch A kein betrugsäquivalentes Verhalten sehen können, nachdem das Programm bei Beträgen unter 25 € auf eine Identifikation durch PIN-Eingabe verzichtet, mithin eine Prüfung der Nutzungsberechtigung gerade nicht stattfindet und somit auch nicht vom gedanklichen Prüfprogramm einer Vergleichsperson erfasst wäre.<sup>24</sup> Es liegt danach keine unbefugte Datenverwendung i.S.d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB vor.

(2) Die Gegenansicht verlangt, den (gedanklichen) Prüfumfang der fiktiven Vergleichsperson auf all diejenigen Umstände zu erstrecken, welche *zur Grundlage des konkreten Rechtsgeschäfts* gehören und auch *nach der Verkehrsanschauung als selbstverständlich* vorhanden vorausgesetzt werden.<sup>25</sup> Danach ist Bestandteil des Vorstellungsbildes einer fiktiven Vergleichsperson im – hier nicht gegebenen – elektronischen Lastschriftverfahren etwa die (vom Programm nicht geprüfte) Bonität des Schuldners.<sup>26</sup> Man könnte nun argumentieren, die Vorstellung des menschlichen Gegenübers erstrecke sich bei der EC-Karten-Nutzung immer auch auf die *Berechtigung* des Kartennutzers. Nachdem diese Berechtigung hier fehlt, läge in der (heimlichen) EC-Karten-Nutzung eine unbefugte Datenverwendung i.S.d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB.<sup>27</sup> Näherliegend ist es demgegenüber, eingedenk der *Besonderheiten des kontaktlosen Bezahls von Kleinbeträgen* ein gedankliches Mitbewusstsein hinsichtlich der Berechtigung des Kartenverwenders zu verneinen. So gehört zu den Besonderheiten der kontaktlosen Bezahlung von Kleinbeträgen gerade der Umstand, dass – im Interesse eines zügigen Zahlungsverkehrs – auf jedwede Identifizierung verzichtet wird und so die Berechtigung des Kartennutzers *nach der Verkehrsanschauung gerade nicht als selbstverständlich vorhanden vorausgesetzt* werden kann. Danach liegt auch nach dieser Betrachtungsweise keine unbefugte Datenverwendung i.S.d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB vor.

(3) Nach beiden Strömungen innerhalb der betrugsspezifischen Auslegung fehlt es an einer unbefugten Datenverwendung i.S.d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB.

#### dd) Stellungnahme

Nachdem die Auffassungen zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, bedarf es einer Stellungnahme:

Gegen die – eine unbefugte Verwendung negierende – computerspezifische Auslegung spricht nicht nur, dass die Anforderungen an das Täterverhalten bzw. die Programmausgestaltung schon innerhalb der Vertreter dieser Auffassung höchst umstritten sind und in der Folge einigermaßen kon-

<sup>23</sup> BGHSt 47, 160 (163); OLG Rostock wistra 2020, 122 (125); OLG Hamm NStZ 2020, 673 (674 f.); *Altenhain*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263a Rn. 12.

<sup>24</sup> Ausdrücklich für das kontaktlose Bezahlen im POS-Verfahren OLG Hamm NStZ 2020, 673 (675); *Eisele*, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 6, 2022, § 63 Rn. 137; *Heghmanns*, ZJS 2020, 494 (496).

<sup>25</sup> Vgl. BGH NJW 2013, 1017 (1018); *Schmidt*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.8.2023, § 263a Rn. 23; *Wachter*, JR 2020, 443 (444).

<sup>26</sup> Vgl. *Fischer*, Strafrechtsgesetzbuch mit Nebengesetzen, 70. Aufl. 2023, § 263a Rn. 11; *Schmidt*, wistra 2020, 125 (126); *Wachter*, JR 2020, 443 (444).

<sup>27</sup> In diese Richtung *Schmidt*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.8.2023, § 263a Rn. 29; *Christoph/Dorn-Haag*, NStZ 2020, 697 (703).

turlos bleiben, sondern auch die fehlende Nähe zur Vorschrift des § 263 StGB: diese schützt vor einem *täuschungsbedingten Vermögensverlust*, was i.R.d. § 263a StGB nur dann hinreichend abgebildet wird, wenn eine Täuschungsäquivalenz im Sinne einer fiktiven *menschlichen Fehlvorstellung* gefordert wird.<sup>28</sup>

Gegen die – eine unbefugte Verwendung bejahende – subjektivierende Auslegung spricht, dass sie sich dagegen ganz dem (mutmaßlichen) Willen des Berechtigten verschreibt. Damit löst sie sich freilich gänzlich vom tatsächlichen Geschehen, indem sie (bereits) jede Vertragswidrigkeit pönalisiert, ohne zu fragen, ob das vom Täter gezeigte Verhalten auch den Charakter eines (i.S.d. § 263 StGB) betrügerischen Angriffs auf Vermögenswerte des Berechtigten hat.<sup>29</sup>

Mit Blick auf die betrugsäquivalente Auslegung kann eine Entscheidung zwischen den beiden (Unter-)Auffassungen, welche den Umfang des gedanklichen Prüfprogramms der (gedachten) Vergleichsperson unterschiedlich bestimmen, dahinstehen, da im Falle des kontaktlosen Zahlens von Kleinstbeträgen nach beiden Auffassungen ein unbefugtes Verwenden von Daten i.S.d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB *zu verneinen* ist.

*Hinweis:* Es ist freilich nicht unvertretbar, das gedankliche Prüfprogramm des (gedachten) Vergleichsmenschen auch auf die Nutzungsberechtigung zu erstrecken (siehe oben I. 1. a) cc) (2)). Dann wäre eine unbefugte Verwendung (wie auch die übrigen Voraussetzungen des § 263a Abs. 1 StGB) zu bejahen. Eingedenk der mit Blick auf nicht autorisierte Abbuchungen bestehenden Rückerstattungspflicht der Banken (vgl. Bearbeitungsvermerk) wird man im Übrigen die (jeweilige) Bank als Geschädigte ansehen müssen (dazu unten in Tatkomplex 3 V. 1. a) cc)).

## b) Zwischenergebnis

In Ermangelung einer betrugsäquivalenten Handlung scheidet eine Strafbarkeit nach § 263a Abs. 1 StGB bereits im objektiven Tatbestand aus.

*Hinweis:* Soweit Bearbeiter zusätzlich § 263a Abs. 1 Var. 4 StGB (sonst unbefugte Einwirkung auf den Ablauf) prüfen, ist auch diese Variante nicht einschlägig: A lässt den Vorgang der kontaktlosen EC-Karten Zahlung technisch ordnungsgemäß ablaufen und nutzt auch nicht etwa einen (bereits vorhandenen) Programmfehler aus, nachdem der Verzicht auf eine PIN-Eingabe bewusst vorgesehen ist.<sup>30</sup>

## 2. Ergebnis

A hat sich durch sein Verhalten nicht wegen Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

---

<sup>28</sup> Gegen die computerspezifische Auslegung *Eisele*, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 677a; *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 21 Rn. 32; *Rengier*, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 17.

<sup>29</sup> *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 21 Rn. 32; *Rengier*, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 16.

<sup>30</sup> Vgl. auch *Schrott*, *JuS* 2022, 138 (140).

## II. Strafbarkeit des A gem. § 269 Abs. 1 StGB

A könnte sich durch die Eingabe eines Abbuchungsbetrages von 24,99 € und das Halten des Kartenlesegeräts an die Hosentaschen von X, Y und Z wegen Fälschung beweisheblicher Daten (in drei Fällen) gem. § 269 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Tatbestandsmäßigkeit

#### a) Objektiver Tatbestand

A könnte durch Nutzung der EC-Karten beweishebliche Daten so gespeichert oder verändert haben, dass bei deren Wahrnehmung eine unechte oder verfälschte Urkunde vorliegen würde.

*Hinweis:* Nachdem die Eingabe oder Veränderung von Daten im Bereich der technischen Informationsverarbeitung regelmäßig nicht die Entstehung bzw. Veränderung einer visuell wahrnehmbaren verkörperten Gedankenerklärung zur Folge hat, schließt § 269 StGB insoweit eine von § 267 StGB belassene Lücke.

Durch (heimliche) Nutzung der EC-Karten unter Einsatz der NFC-Technologie bewirkt A eine Übertragung der Transaktionsdaten (insb. Kundendaten, Abbuchungsbetrag sowie Datum und Uhrzeit der Transaktion) an das Autorisierungszentrum der (jeweiligen) Bank, wo sie gespeichert werden. Die Beweisheblichkeit der Daten ergibt sich schon daraus, dass diese geeignet sind, die (vermeintliche) Anweisung der Zahlung durch den Verfügungsberechtigten nachzuweisen.<sup>31</sup> Mithin liegt – bei vorgestellter Verkörperung der Daten – eine menschliche Gedankenerklärung (Anweisung zur Belastung des Kontos zugunsten des Zahlungsempfängers) vor (Perpetuierungsfunktion), welche zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist (Beweisfunktion). Daneben müsste die Erklärung aber auch ihren Aussteller erkennen lassen (Garantiefunktion).

aa) Dies kann für den Fall bezweifelt werden, dass die Kartennutzung – wie hier – *ohne PIN-Eingabe* möglich ist, mithin nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, dass die Transaktion auch vom Berechtigten (und nicht von irgendeiner anderen Person) vorgenommen wurde. Die fehlende Notwendigkeit der PIN-Eingabe stünde damit der Erkennbarkeit des Ausstellers generell entgegen. In der Folge fehlte es an einem Wesensmerkmal der (digitalen) Urkunde und damit an einer Strafbarkeit des unberechtigten Nutzers nach § 269 Abs. 1 StGB, welcher durch sein Tun eben keine unechte (digitale) Urkunde herstellte.<sup>32</sup>

*Hinweis:* Vereinzelt wird das obige Ergebnis (Verneinung des § 269 Abs. 1 StGB) unter abweichender Argumentation erzielt: So wird die Auffassung vertreten, die durch die Kartennutzung ausgelöste Speicherung des Datensatzes sei primär dem „Betreiber der Datenverarbeitungsanlage“ (mithin dem kartenausstellenden Institut bzw. dem beauftragten Unternehmen) zuzurechnen, der durch seine Programmgestaltung allein über den Inhalt der (Daten-)Erklärung bestimme. Danach geht aus der (Daten-)Urkunde der Betreiber der Datenverarbeitungsanlage als Aussteller hervor, wonach (auch) die Garantiefunktion erfüllt ist. Da dann aber nach außen hervortretender und tatsächlicher Ausstel-

<sup>31</sup> Schrott, JuS 2022, 138 (140).

<sup>32</sup> So OLG Hamm NSTZ 2020, 673 (675); Eisele, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 6, 2022, § 63 Rn. 139; Schrott, JuS 2022, 138 (140 f.).

ler übereinstimmen, handelt es sich um eine echte (Daten-)Urkunde, wonach § 269 Abs. 1 StGB im Ergebnis zu verneinen ist.<sup>33</sup>

bb) Demgegenüber lässt sich argumentieren, dass sich die Ausstellereigenschaft des Berechtigten daraus ergibt, dass dieser sich den Erklärungsinhalt im Rechtsverkehr zurechnen lassen muss: Die konto- und personengebundene EC-Karte darf grundsätzlich nur von dem auf ihr bezeichneten Inhaber verwendet werden, welchen (nach den AGB der Banken) besondere Sorgfaltspflichten bei der Aufbewahrung der Karte treffen. Das bedeutet: Nach außen erscheint stets der Karteninhaber als Anweisender, wonach auch die Garantiefunktion der (digitalen) Urkunde erfüllt ist. Nachdem in Wahrheit aber ein Dritter die Karte genutzt hat, fallen der tatsächlich Anweisende und der in Erscheinung tretende Anweisende auseinander, womit eine unechte (digitale) Urkunde i.S.d. § 269 Abs. 1 StGB hergestellt wurde.<sup>34</sup>

cc) Nachdem die Auffassungen zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, bedarf es einer Stellungnahme: Gegen die Annahme, dass eine (äußerliche) Zuordnung zum Berechtigten auch bei Bezahlvorgängen ohne PIN-Eingabe erfolge (dazu zuvor bb)), spricht die starke Authentifizierungsfunktion der PIN, die gerade sicherstellen soll, dass die Karte nur vom berechtigten Nutzer eingesetzt wird.<sup>35</sup> Dem unmittelbaren Besitz an der Karte kann nicht annähernd eine vergleichbare Identifikationswirkung zugeschrieben werden. Im Gegenteil: Beim kontaktlosen Zahlen von Kleinstbeträgen wird – im Interesse eines raschen Zahlungsverkehrs – bewusst auf die Identitätskontrolle verzichtet, was einer (äußerlichen) Zuordnung der Anweisung zum Berechtigten entgegensteht.<sup>36</sup> Danach fehlt es an einer Erkennbarkeit des Ausstellers und damit an der Garantiefunktion der digitalen Urkunde.

*Hinweis:* Eine andere Auffassung ist – unter Fruchtbarmachung der unter bb) genannten Gesichtspunkte – freilich ebenfalls vertretbar. Danach wäre i.E. eine Strafbarkeit nach § 269 Abs. 1 StGB zu bejahen.

## b) Zwischenergebnis

In Ermangelung der Urkundeneigenschaft der von A bewirkten Datenerfassung im Autorisierungszentrum ist bereits der objektive Tatbestand des § 269 Abs. 1 StGB nicht erfüllt.

## 2. Ergebnis

A hat sich durch die Eingabe eines Abbuchungsbetrages von 24,99 € und das Halten des Kartenlesegeräts an die Hosentaschen von X, Y und Z nicht wegen Fälschung beweisbarer Daten (in drei Fällen) gem. § 269 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

---

<sup>33</sup> Heghmanns, ZJS 2020, 494 (496 f.).

<sup>34</sup> So Christoph/Dorn-Haag, NSTz 2020, 697 (699); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 35 Rn. 9.

<sup>35</sup> Eisele, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 6, 2022, § 63 Rn. 139; Schrott, JuS 2022, 138 (140 f.).

<sup>36</sup> Eisele, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 6, 2022, § 63 Rn. 139; Schrott, JuS 2022, 138 (140 f.).

### III. Strafbarkeit des A gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB

A könnte sich durch die Eingabe eines Abbuchungsbetrages von 24,99 € und das Halten des Kartenlesegeräts an die Hosentaschen von X, Y und Z wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestandsmäßigkeit

##### a) Objektiver Tatbestand

A könnte durch die infolge der Kartennutzung bewirkte Anpassung der Anzahl der kontaktlosen Zahlvorgänge seit der letzten PIN-Abfrage wie auch die Anpassung des Verfügungsrahmens im Autorisierungszentrum beweis erhebliche Daten i.S.d. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB verändert haben.

aa) Nach dem Verweis auf § 202a Abs. 2 StGB werden Daten erfasst, welche elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden. Um solche Daten handelt es sich. Die Beweiserheblichkeit der Daten ergibt sich daraus, dass sie die Überprüfung der Einhaltung des Verfügungsrahmens wie auch die Entscheidung über die Möglichkeit der kontaktlosen Zahlung ohne PIN-Eingabe ermöglichen, mithin für die Autorisierung weiterer Bezahlvorgänge mit der EC-Karte relevant sind.<sup>37</sup>

bb) Umstritten ist sodann, ob die von § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfassten Daten eine *urkundengleiche Beweisfunktion* besitzen müssen, ob mithin – wie i.R.d. § 269 Abs. 1 StGB – bei visueller Wahrnehmbarkeit der Daten auch der Aussteller zu erkennen sein müsste.<sup>38</sup> Die Frage kann für den Fall dahinstehen, dass Urkundengleichheit ohnehin zu bejahen ist. Dabei ist zu sehen, dass die Anpassung der Angaben zum Verfügungsrahmen und zur Anzahl der verbleibenden kontaktlosen Bezahlvorgänge (automatisch) *durch das Automatisierungszentrum* erfolgt, mithin dieses (bzw. das dahinterstehende Kreditinstitut) als Aussteller der Angaben erscheint. Danach liegt Urkundengleichheit vor und die Streitfrage kann dahinstehen.<sup>39</sup>

cc) Die Verfügungsbefugnis über die Daten liegt zudem beim kartenausstellenden Kreditinstitut, welchem das alleinige Beweisführungsrecht mit Blick auf die im Automatisierungszentrum gespeicherten Angaben bezüglich Verfügungsrahmen und verbleibender Anzahl kontaktloser Bezahlvorgänge zukommt.

dd) Durch die Nutzung der Karte(n) hat A eine Veränderung der Angaben zu Verfügungsrahmen und der verbleibenden Anzahl kontaktloser Bezahlvorgänge bewirkt, mithin die Modalität des Veränderns i.S.d. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllt.

##### b) Subjektiver Tatbestand

aa) Der technikaffine A handelte in Kenntnis sämtlicher Vorgänge im Autorisierungszentrum, mithin vorsätzlich.

bb) Zudem müsste A mit Nachteilzufügungsabsicht gehandelt haben. Insoweit genügt nach h.M. sicheres Wissen (im Sinne von *dolus directus* 2. Grades) dahingehend, dass die Tat notwendigerweise einen Nachteil zur Folge haben wird.<sup>40</sup> Ein Nachteil kann in jeder Beeinträchtigung des Beweisfüh-

<sup>37</sup> Schrott, JuS 2022, 138 (141).

<sup>38</sup> Instruktiv zur Streitfrage *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 274 Rn. 8.

<sup>39</sup> Vgl. auch OLG Hamm NStZ 2020, 673 (675 f.); Schrott, JuS 2022, 138 (141 f.).

<sup>40</sup> BGH NJW 1953, 1924; BGH NStZ 2010, 332 (333); OLG Hamm NStZ 2020, 673 (676); OLG Hamm NStZ 2021, 430; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 70. Aufl. 2023, § 274 Rn. 9a; a.A. Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 5,

rungsrechts eines Dritten liegen.<sup>41</sup> Auch hier gilt: A wusste um die Folgen einer jeden Kartennutzung und damit auch um die mit der Anpassung der Angaben einhergehenden Beeinträchtigung eines fremden Beweisführungsrechts.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## 3. Ergebnis

A hat sich gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

## IV. Ergebnis für Tatkomplex 2

A hat sich gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

## Tatkomplex 3: Party-Planungen Teil 2

### I. Strafbarkeit des A gem. § 242 Abs. 1 StGB

A könnte sich durch die Entnahme der EC-Karte aus der Sockenschublade des C wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestandsmäßigkeit

##### a) Objektiver Tatbestand

A müsste eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben. Die EC-Karte stand nicht im Eigentum des A und war für diesen damit fremd. Unter einer Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams zu verstehen.<sup>42</sup> Gewahrsam setzt wiederum die tatsächliche Sachherrschaft, getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen, voraus.<sup>43</sup> Die tatsächliche Sachherrschaft an der in der Sockenschublade befindlichen EC-Karte lag bei C, dem auch ein natürlicher Herrschaftswille bezüglich sämtlicher Gegenstände in seinem Zimmer zu attestieren ist. Durch die Entnahme und Mitnahme der EC-Karte hat A (spätestens mit Verlassen der Wohnung) eigene Sachherrschaft an der Karte begründet und zugleich den zuvor bestehenden Gewahrsam des C, der mit der Entnahme und Mitnahme *nicht einverstanden* war, gebrochen.

##### b) Subjektiver Tatbestand

aa) A müsste mit Vorsatz hinsichtlich sämtlicher objektiver Tatbestandsmerkmale sowie mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Während A in Kenntnis der den objektiven Tatbestand begründenden

---

4. Aufl. 2022, § 274 Rn. 18 ff. („zielgerichtetes Wollen“); *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 274 Rn. 12 (Eventualvorsatz).

<sup>41</sup> BGH NStZ 2010, 332 (333); *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 70. Aufl. 2023, § 274 Rn. 9a; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 274 Rn. 7.

<sup>42</sup> *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 25 (m.w.N.).

<sup>43</sup> *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 26 (m.w.N.).

den Umständen und damit vorsätzlich handelte, stellt sich die Frage, ob er auch mit Zueignungsabsicht handelte. Er müsste folglich mit *dolus directus* 1. Grades hinsichtlich der vorübergehenden Aneignung sowie jedenfalls mit Eventualvorsatz hinsichtlich der dauernden Verdrängung des Eigentümers aus seiner Position gehandelt haben.<sup>44</sup> Nachdem A die Karte von Anfang an wieder in die Sockenschublade zurücklegen wollte, erweist sich das Vorliegen von (Eventual-)Vorsatz hinsichtlich der dauernden Verdrängung des Eigentümers aus seiner Position (Enteignungsvorsatz) als problematisch. So ist bei Vorhandensein eines sog. Rückführungswillens im Wegnahmezeitpunkt die Zueignungsabsicht – in Ermangelung eines Enteignungsvorsatzes – zu verneinen.<sup>45</sup> Mit Blick auf die Sachsubstanz (die Karte in ihrer Körperlichkeit) fehlt es mithin an der Zueignungsabsicht.

bb) Weiter ist zu fragen, ob der EC-Karte durch ihre Nutzung ein spezifischer Sachwert entzogen werden sollte, wonach Zueignungsabsicht bezogen auf diesen Sachwert zu bejahen sein könnte.<sup>46</sup> Allerdings ist zu sehen, dass die EC-Karte selbst – anders als etwa ein Sparbuch – keinen Sachwert verkörpert, sondern lediglich den Zugriff auf das jeweilige Konto (zum Zwecke der Abhebung von Geld oder dem bargeldlosen Zahlen im POS-Verfahren) ermöglicht (sog. Schlüssel- oder Türöffner-Funktion).<sup>47</sup> Folglich fehlt es auch am Vorliegen von Zueignungsabsicht hinsichtlich eines etwaigen Sachwertes.

cc) In Ermangelung des Vorliegens von Zueignungsabsicht ist der subjektive Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB zu verneinen.

## 2. Ergebnis

A hat sich durch die Entnahme der EC-Karte aus der Sockenschublade des C nicht wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### II. Strafbarkeit des A gem. § 246 Abs. 1 StGB

Eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB scheidet daran, dass es an einer Zueignung fehlt. Im bloßen Mitnehmen und Gebrauchen der Karte lässt sich noch keine Manifestation des Zueignungswillens nach außen erblicken.<sup>48</sup> Darin kann eben auch eine bloße Gebrauchsannaheerung gesehen werden, die mit Blick auf den Gegenstand der (vorübergehenden) Wegnahme (EC-Karte) aber nicht mit Strafe bedroht ist (anders als bei Fahrzeugen, vgl. § 248b StGB).

### III. Strafbarkeit des A gem. § 266b Abs. 1 StGB

Eine Strafbarkeit des A gem. § 266b Abs. 1 StGB wegen Scheck- oder Kreditkartenmissbrauchs scheidet schon daran, dass tauglicher Täter einzig der *berechtigte Karteninhaber* ist<sup>49</sup>, was auf A, der sich die Karte im Wege verbotener Eigenmacht aneignete, nicht zutrifft.

---

<sup>44</sup> Eisele, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 65.

<sup>45</sup> Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 93; Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 242 Rn. 33.

<sup>46</sup> Zur Sachwerttheorie Eisele, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 65 f.; Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 2 Rn. 102 f.

<sup>47</sup> Eisele, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 66.

<sup>48</sup> Zum Erfordernis der Manifestation des Willens nach außen vgl. nur Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 246 Rn. 4.

<sup>49</sup> Perron, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 266b Rn. 7; Radtke, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 266b Rn. 4.

#### IV. Strafbarkeit des A gem. § 263 Abs. 1 StGB

A könnte sich durch Nutzung der EC-Karte zur Bezahlung seines Einkaufs im Supermarkt wegen (Dreiecks-)Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

##### 1. Tatbestandsmäßigkeit

A könnte den Kassierer an der Supermarktkasse konkludent über seine Berechtigung, die EC-Karte zu nutzen, getäuscht haben. Dabei ist indes zu beachten, dass bei einer Bezahlung im POS-System eine Zahlung durch das kartenausstellende Institut (bei äußerlich ordnungsgemäßer Nutzung der Karte) garantiert wird. Damit bestimmt für den jeweiligen Händler und die in seinem Lager stehenden Kassierer keinerlei Veranlassung, sich Gedanken über die Berechtigung zu machen – nicht einmal im Wege eines sachgedanklichen Mitbewusstseins. In der Folge fehlt es jedenfalls an einem Irrtum aufseiten des Händlers.<sup>50</sup>

##### 2. Ergebnis

A hat sich durch die Nutzung der EC-Karte nicht gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

#### V. Strafbarkeit des A gem. § 263a Abs. 1 StGB

A könnte sich durch die Nutzung der EC-Karte des C im POS-Verfahren im Supermarkt wegen Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

##### 1. Tatbestandsmäßigkeit

###### a) Objektiver Tatbestand

In Betracht kommt – eingedenk der äußerlich ordnungsgemäßen Nutzung der Karte – wiederum nur eine Strafbarkeit in Anknüpfung an § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB (unbefugte Verwendung).

aa) Die Auslegung des Merkmals der Unbefugtheit ist umstritten, wobei sich die betrugsspezifische Auslegung als vorzugswürdig erweist (siehe oben in Tatkomplex 2 I. 1. a) dd)). Fraglich ist demnach, ob ein *an die Stelle des Programmes gedachter Mensch* durch Vorlage von Karte und PIN durch A getäuscht würde.

(1) Hier lässt sich nun argumentieren, dass durch die Vorlage von Karte und PIN gegenüber einem gedachten Bankangestellten (jedenfalls konkludent) zum Ausdruck gebracht wird, der zur Nutzung berechtigte Karteninhaber zu sein. Da dies in Wahrheit nicht der Fall ist, läge eine Täuschung und damit eine unbefugte Verwendung i.S.d. § 263a Abs. 1 Var 3 StGB vor.<sup>51</sup>

(2) Demgegenüber wird angeführt, dass der gedachte Bankangestellte in diesen Fällen gar nicht als Vergleichsperson herangezogen werden dürfe, da die Bezahlung ja *in Anwesenheit eines Verkäufers* erfolge, welcher sich über die Berechtigung des Kartennutzers schon deshalb keine Gedanken mache, weil die Zahlung – bei zutreffender PIN-Eingabe und Einhaltung des Verfügungsrahmens –

<sup>50</sup> OLG Hamm NStZ 2020, 673 f.; *Heghmanns*, ZJS 2020, 494 (495); allgemein *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 13 Rn. 49.

<sup>51</sup> *Altenhain*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263a Rn. 16; *Hefendehl/Noll*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263a Rn. 108; *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263a Rn. 13 i.V.m. Rn. 10; *Schmidt*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.8.2023, § 263a Rn. 29.

vom kartenausstellenden Kreditinstitut garantiert werde (siehe oben IV.). Für einen (Dreiecks-)Computerbetrug zu Lasten der Bank sei entsprechend auf das *Vorstellungsbild des (nicht getäuschten) Verkäufers* abzustellen, wonach es – in Ermangelung der Betrugsäquivalenz – an einem unbefugten Verwenden i.S.d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB fehlt.<sup>52</sup>

(3) Nachdem die beiden Auffassungen zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, bedarf es einer Stellungnahme: Wenngleich gegen die Annahme von Betrugsäquivalenz geltend gemacht werden kann, dass § 263a StGB nicht die Aufgabe zukommt, den Strafbarkeitsbereich auch für den Fall eines anwesenden Täuschungsadressaten (Verkäufer) zu erweitern<sup>53</sup>, spricht für die Annahme von Betrugsäquivalenz der Umstand, dass durch den Einsatz der (fremden) EC-Karte beim Händler *unmittelbar mit dem Computersystem der Bank* kommuniziert wird, mithin der (fiktive) Bankangestellte durchaus die zutreffende Vergleichsperson ist.<sup>54</sup> Nachdem diese durch Vorlage von Karte und PIN über die Berechtigung getäuscht wird (vgl. aa) (1)), handelt es sich bei der Nutzung der fremden – durch verbotene Eigenmacht erlangten – EC-Karte im POS-Verfahren unter PIN-Eingabe um eine unbefugte Datenverwendung i.S.d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB.

*Hinweis:* A.A. (keine Betrugsäquivalenz, da einzig Vorstellungsbild des anwesenden Verkäufers relevant) ist freilich ebenfalls vertretbar (oben (2)). Danach wäre § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB zu verneinen.

bb) Durch As Verhalten müsste das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs beeinflusst worden sein. Darin liegt das Äquivalent zur Vermögensverfügung i.R.d. § 263 StGB. Der Zahlungsvorgang wird – nach Prüfung von PIN und Verfügungsrahmen – autorisiert.

cc) Schließlich müsste – als unmittelbare Folge der Beeinflussung – ein Vermögensschaden eingetreten sein. Nachdem die Bank des C die nicht autorisierte Belastungsbuchung unverzüglich rückzuerstatten verpflichtet ist (vgl. Bearbeitungsvermerk)<sup>55</sup>, liegt der Vermögensschaden (i.H.v. 200 €) letztlich bei der Bank.

*Hinweis:* Zusätzlich kann, da das Konto zunächst belastet wird, auch an einen (Dreiecks-)Computerbetrug zulasten des Kontoinhabers gedacht werden. Insoweit wird man wohl – eingedenk der Rückerstattungspflicht – „nur“ von einem Gefährdungsschaden ausgehen können, nachdem der Kontoinhaber immerhin das Risiko trägt, die nicht autorisierte Buchung zu bemerken und die Rückerstattung – ggf. gegen den Vorwurf sorgfaltswidrigen Umgangs mit EC-Karte und PIN – durchzusetzen.<sup>56</sup> Streng genommen wäre der (Dreiecks-)Computerbetrug zulasten des Kontoinhabers im Rahmen einer eigenständigen Prüfung zu erörtern. Sollte dieser – vertretbar – bejaht werden, stellt sich die Frage, ob er i.E. von eigenständiger Bedeutung gegenüber dem Computerbetrug zulasten der Bank ist. Vertretbar ist hier Vieles, so etwa das Vorliegen gleichartiger Idealkonkurrenz i.S.d. § 52 Abs. 1 Var. 2 StGB.<sup>57</sup>

<sup>52</sup> Dafür *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 681; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 45.

<sup>53</sup> *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 45.

<sup>54</sup> *Altenhain*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263a Rn. 16 m. Fn. 67.

<sup>55</sup> Zu den zivilrechtlichen Hintergründen vgl. *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 30; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 692; ferner *Fest/Simon*, JuS 2009, 798 (801).

<sup>56</sup> *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 30; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 692.

<sup>57</sup> *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 31.

### b) Subjektiver Tatbestand

A handelte in Kenntnis der Funktionsweise des POS-Verfahrens und damit vorsätzlich sowie mit Bereicherungsabsicht. Insbesondere fehlt es auch nicht an der Stoffgleichheit des angestrebten Vorteils zum verursachten Schaden: Zwar ist es richtig, dass die erhaltene Ware nicht mit dem eingetretenen Vermögensschaden (bei Bank und/oder Kontoinhaber) deckungsgleich ist. Doch liegt das insoweit notwendige – vermögensstrafrechtlich relevante – Zwischenziel in dem durch die Kartennutzung bewirkten Zahlungsverprechen, welches den (Bargeld-)Bezahlvorgang ersetzt und dem eingetretenen Schaden entspricht.<sup>58</sup>

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## 3. Ergebnis

A hat sich gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht.

## VI. Strafbarkeit des A gem. § 269 Abs. 1 StGB

A könnte sich durch die Nutzung von EC-Karte und PIN des C im POS-Verfahren wegen Fälschung beweisheblicher Daten gem. § 269 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Tatbestandsmäßigkeit

#### a) Objektiver Tatbestand

A könnte durch Nutzung der EC-Karte des C beweishebliche Daten so gespeichert oder verändert haben, dass bei deren Wahrnehmung eine unechte oder verfälschte Urkunde vorliegen würde.

Durch die (heimliche) Nutzung der EC-Karte des C bei der Bezahlung seines Einkaufs im POS-Verfahren bewirkte A eine Übertragung der Transaktionsdaten (insb. Kundendaten, Abbuchungsbetrag sowie Datum und Uhrzeit der Transaktion) an das Autorisierungszentrum der Bank des C, wo sie gespeichert wurden. Die Beweiserheblichkeit der Daten ergibt sich daraus, dass diese geeignet sind, die (vermeintliche) Anweisung der Zahlung durch den Verfügungsberechtigten nachzuweisen.<sup>59</sup> Mit hin liegt – bei vorgestellter Verkörperung der Daten – eine menschliche Gedankenerklärung (Anweisung zur Belastung des Kontos zugunsten des Zahlungsempfängers) vor (Perpetuierungsfunktion), welche zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist (Beweisfunktion). Daneben müsste die Erklärung aber auch ihren Aussteller erkennen lassen (Garantiefunktion). Dies ist hier – anders als beim kontaktlosen Bezahlen von Kleinstbeträgen ohne PIN-Eingabe (Tatkomplex 2 II. 1. a)) – nach allen Auffassungen zu bejahen, da durch die PIN-Eingabe eine *Authentifizierung stattfindet*, welche den Kontoinhaber nach außen als Anweisenden erscheinen lässt. In der Folge liegt – bei vorgestellter Wahrnehmbarkeit – eine Urkunde vor. Dies ist, da in Wahrheit aber ein Nichtberechtigter die Anweisung bewirkt hat, auch unechte, sodass der objektive Tatbestand des § 269 Abs. 1 StGB erfüllt ist.

---

<sup>58</sup> Vgl. nur *Hefendehl/Noll*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263a Rn. 185.

<sup>59</sup> *Schrott*, *JuS* 2022, 138 (140).

### b) Subjektiver Tatbestand

Im subjektiven Tatbestand genügt bedingter Vorsatz. Hinzu tritt – in Parallele zu § 267 StGB – das Erfordernis eines Handelns zur Täuschung im Rechtsverkehr, wofür die h.M. Wissentlichkeit (im Sinne von *dolus directus* 2. Grades) genügen lässt, der Täter also zumindest wissen muss, dass er ein rechtlich erhebliches Verhalten erreicht oder auf das Rechtsleben einwirkt. Gem. § 270 StGB steht der Täuschung im Rechtsverkehr die fälschliche Beeinflussung einer Datenverarbeitung im Rechtsverkehr gleich. Nachdem A Kenntnis von der Funktionsweise des POS-Verfahrens hat, ist ihm bekannt, dass infolge seiner (unberechtigten) Kartennutzung fälschlicherweise eine Zahlungsanweisung durch C im Autorisierungszentrum vermerkt wird. Damit handelte A auch zur Täuschung im Rechtsverkehr.

### 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

### 3. Ergebnis

A hat sich gem. § 269 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### VII. Strafbarkeit des A gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB

In Übereinstimmung mit dem oben Gesagten (siehe oben Tatkomplex 2 III. 1. a)) ist der Tatbestand des § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB auch mit Blick auf die Nutzung der EC-Karte des C zu bejahen: Infolge der im Autorisierungszentrum bewirkten Veränderung der Angaben zum verbleibendem Verfügungsrahmen (die Anzahl der Einkäufe ohne PIN-Abfrage ist eingedenk des Zahlungsbetrages nicht betroffen) verändert A (urkundengleiche) Daten i.S.d. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

Dabei ist zu sehen, dass § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB gegenüber § 269 Abs. 1 StGB im Wege der Konsumtion zurücktritt.<sup>60</sup>

### VIII. Ergebnis für Tatkomplex 3

A hat sich gem. §§ 263a Abs. 1 Var. 3, 269 Abs. 1, 52 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### Tatkomplex 4: Immer Ärger mit der Justiz

#### I. Strafbarkeit des A gem. §§ 185, 193 StGB

A könnte sich durch die Bezeichnung der an der für ihn nachteiligen Berufungsentscheidung beteiligten Richter als „asoziale Justizverbrecher“, „Provinzverbrecher“ und „Kindesentfremder“ wegen Beleidigung gem. § 185 StGB strafbar gemacht haben.

---

<sup>60</sup> Puppe/Schumann, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 269 Rn. 38; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 36 Rn. 21.

## 1. Tatbestandsmäßigkeit

### a) Objektiver Tatbestand

#### aa) Kundgabe einer ehrenrührigen Äußerung

(1) Ein Angriff auf die Ehre setzt voraus, dass der Betroffene in seinem Wert, der ihm kraft seiner Personenwürde und seines sittlich-sozialen Verhaltens zukommt (sog. normativer Ehrbegriff), herabgesetzt wird. Konkret müssen ihm Mängel zugeschrieben werden, die jedenfalls geeignet sind, seinen Geltungswert herabzusetzen.

(2) Dabei ist zunächst eine Abgrenzung von Werturteilen und Tatsachenbehauptungen vorzunehmen, unterfallen doch Werturteile einzig dem Anwendungsbereich des § 185 StGB, während Tatsachenbehauptungen, sofern sie (auch) zur Kenntnis Dritter gelangen (was bei einer Veröffentlichung im Internet der Fall ist), (auch) den Anwendungsbereich der §§ 186, 187 StGB eröffnen.

*Hinweis:* Eine ehrenrührige Tatsachenbehauptung kann mit Blick auf den Betroffenen eine Beleidigung, mit Blick auf die Kenntnisnahme durch Dritte aber eine Üble Nachrede oder Verleumdung begründen.

Eine Tatsachenbehauptung zeichnet sich dadurch aus, dass ihr Inhalt dem Beweis zugänglich ist<sup>61</sup>, während bei einem Werturteil die (Un-)Richtigkeit des Geäußerten eine Sache der persönlichen Überzeugung ist (subjektive Stellungnahme).<sup>62</sup> Enthält eine Äußerung beide Elemente, ist zu ermitteln, welches Element nach Sinn und Kontext überwiegt.<sup>63</sup> Auch unter Einbeziehung des Kontexts der Äußerung (Verfahren um Umgangsrecht) verleiht A mit der Bezeichnung der Richter als „asoziale Justizverbrecher“, „Provinzverbrecher“ sowie „Kindesentfremder“ seiner persönlichen Überzeugung Ausdruck, die Richter sorgten – in geradezu verbrecherischer und damit besonders verachtenswerter Weise – dafür, dass Eltern bzw. Elternteile von ihren Kindern entfremdet würden. Dabei unterstellt er ihnen nicht etwa eine konkrete Rechtsbeugung, sondern würdigt sie pauschal als diejenigen Personen herab, welche unnachsichtig einen Umgang von Eltern bzw. Elternteilen mit ihren Kindern unterbinden. Dass es A darum geht, seine persönliche Einschätzung zur Berufsausübung der Richter, nicht aber den – der Überprüfung zugänglichen – Vorwurf der Rechtsbeugung mitzuteilen, ergibt sich auch durch den stark wertenden Zusatz „asozial“.

(3) Danach liegt ein Werturteil vor. Dieses ist, da es den Vorwurf des rücksichtslosen Auseinanderreißens von Elternteilen und Kindern beinhaltet, auch geeignet, die Betroffenen in ihrem (sozialen) Geltungswert herabzusetzen.

(4) Die stets notwendige Kundgabe des Werturteils liegt hier mit der Veröffentlichung des Beitrags auf dem Internetblog des A vor.

<sup>61</sup> Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, Rn. 568; Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 186 Rn. 3; Valerius, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 186 Rn. 2; jew. m.w.N.

<sup>62</sup> Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, Rn. 572; Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 186 Rn. 6.

<sup>63</sup> Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, Rn. 578; Gaede, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 186 Rn. 4; jew. m.w.N.

**bb) Kenntniserlangung**

Zumindest eine andere Person muss Kenntnis von der (ehrenrührigen) Äußerung erlangt haben. Geht man bei einer Veröffentlichung im Internet nicht generell von einer Kenntnisnahme durch mindestens eine andere Person aus, liegt eine Kenntnisnahme jedenfalls durch die den Blog regelmäßig aufrufenden Verwandten und Bekannten As vor.

**b) Subjektiver Tatbestand**

A handelte auch vorsätzlich, insbesondere war ihm bewusst, dass die auf seinem Blog veröffentlichten Inhalte zur Kenntnis Dritter gelangen würden.

**2. Rechtswidrigkeit**

Mit seiner Kritik an der Berufsausübung der Richter könnte für A freilich der spezifische Rechtfertigungsgrund des § 193 StGB eröffnet sein.

*Hinweis:* Bearbeiter müssen nicht zwischen den einzelnen Fallgruppen des § 193 StGB (tadelnde Urteile über Leistungen; Ausführung oder Verteidigung von Rechten; Wahrnehmung berechtigter Interessen) unterscheiden, nachdem diese auch in der Praxis verschwimmen und häufig auf den gemeinsamen Gesichtspunkt der „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ zurückgeführt werden.<sup>64</sup> Wenn Bearbeiter sich freilich für eine der Fallgruppen entscheiden, ist dies keinesfalls zu beanstanden (so kann etwa auch eine richterliche Entscheidung vertretbar als „wissenschaftliche Leistung“ eingestuft und die Kritik daran damit als „tadelndes Urteil“ im Sinne der ersten Fallgruppe begriffen werden). Wichtig ist, dass das Vorliegen von Schmähkritik ausgeschlossen und eine Abwägung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls durchgeführt wird.

**a) Keine Schmähkritik**

Eine weitere Abwägung zwischen Ehrschutz und Meinungsfreiheit i.R.d. § 193 StGB wäre für den Fall entbehrlich, dass es sich bei der Äußerung um eine Form der Schmähkritik – d.h. eine jeden sachlichen Bezug vermessen lassende, allein der Diffamierung der Person dienende Äußerung<sup>65</sup> – handelt. Nachdem die Äußerung im Kontext mehrerer Beiträge zu den von A geführten Verfahren um das Umgangsrecht mit seiner Tochter steht, ist ein sachlicher Bezug vorhanden und auch nach außen erkennbar, sodass es sich zwar um ein herabsetzendes Werturteil, nicht aber um eine Form der Schmähkritik handelt.

**b) Abwägung**

Das Bundesverfassungsgericht räumt der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG) einen besonders hohen Rang ein, sofern es sich bei der Äußerung um eine Form der – für das Grundrecht der

---

<sup>64</sup> Vgl. dazu auch *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 193 Rn. 4.

<sup>65</sup> BVerfG NJW 2012, 3712 (3713); *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, Rn. 646; krit. gegenüber der derzeitigen Handhabung der Figur der Schmähkritik, da „sich für fast jede Äußerung in beliebiger Situation irgendein Sachbezug herstellen [lässt]“, Metz, JR 2021, 83 (84).

Meinungsfreiheit konstitutiven – Machtkritik handelt.<sup>66</sup> Danach muss es Bürgern möglich sein, Amtsträger auch in anklagender und personalisierter Weise für deren Art der Machtausübung angreifen zu können, ohne deshalb sogleich einschneidende Sanktionen befürchten zu müssen.<sup>67</sup> Das bedeutet im Umkehrschluss nicht, dass Amtsträger jedwede Art der Diffamierung hinzunehmen haben. Vielmehr ist einzelfallbezogen – unter Berücksichtigung der konkreten Position des Amtsträgers, des Äußerungsanlasses, der Wirkung und Verbreitung der Äußerung, des Betroffenseins der Privatsphäre des Amtsträgers usw. – eine Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Ehrschutz vorzunehmen.<sup>68</sup>

Danach ist festzustellen, dass A zwar insoweit Machtkritik übt, als er auf den Umstand hinweist, dass die konkret getroffene Entscheidung in seinen Augen unzutreffend ist und die Gefahr der „Kindesentfremdung“ bestehe, worin zugleich eine über den Einzelfall hinausreichende Kritik an der Regelung des Umgangsrechts gesehen werden kann. Doch übt er diese Kritik nicht nur erst nach dem (vorläufigen) Ende der rechtlichen Auseinandersetzung, womit die Äußerung nicht mehr als Ausdruck des „Kampfs ums Recht“ gesehen werden kann. Auch erzeugt er durch die Einstellung der Fotos der namentlich benannten Richter eine regelrechte Prangerwirkung, durch welche die Richter in den Fokus der Öffentlichkeit geraten und dabei ihre persönliche wie auch berufliche Integrität in Frage gestellt sehen. Die so erzeugte Breitenwirkung steht mit Blick auf Richter, die – anders als etwa hochrangige Politiker – normalerweise nicht (namentlich und bildlich) in der Öffentlichkeit stehen, in keinem Verhältnis zur geäußerten Machtkritik.

Demnach scheidet eine Rechtfertigung nach Maßgabe des § 193 StGB aus.

*Hinweis:* Sofern – vertretbar – bereits tatbestandlich zwischen den einzelnen Bezeichnungen differenziert wird, mag die Bezeichnung als „Kindesentfremder“ gegenüber der Titulierung der beteiligten Richter als „asoziale Justizverbrecher“ und „Provinzverbrecher“ als weniger schwerwiegend betrachtet werden, nachdem insoweit – bei größtmöglichem Wohlwollen – weniger eine persönliche Anprangerung als eine Kritik an den Regelungen des Umgangsrechts ausgemacht werden kann. Für eine Einstufung auch der Bezeichnung als „Kindesentfremder“ als strafbare Beleidigung spricht freilich auch bei getrennter Betrachtungsweise, dass durch die namentliche Benennung der Richter und die Einstellung der Fotos eine öffentliche Prangerwirkung entsteht, die bei „normalen“ Amtsträgern gerade nicht als mit dem Berufsbild einhergehendes Risiko abgetan werden kann.

### 3. Schuld

Schuldausschließungsgründe sind nicht ersichtlich.

## II. Ergebnis

A hat sich durch die von ihm getätigten Äußerungen gem. § 185 StGB strafbar gemacht. Da die Äußerungen auf dem Internetblog des A veröffentlicht wurden, handelt es sich zudem um eine öffentliche Begehung mit der Folge einer Anhebung des Strafrahmens.

---

<sup>66</sup> BVerfG NJW 2020, 2622 (2626).

<sup>67</sup> BVerfG NJW 2020, 2622 (2626).

<sup>68</sup> BVerfG NJW 2020, 2622 (2626 f.).

## Gesamtergebnis

Die Tatkomplexe stehen im Verhältnis der Tatmehrheit, wonach sich für A folgendes Gesamtergebnis ergibt:

§§ 239 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2, 229, 13 Abs. 1, 52 Abs. 1<sup>69</sup>; 274 Abs. 1 Nr. 2; 263a Abs. 1 Var. 3, 269 Abs. 1, 52 Abs. 1; 185; 53 Abs. 1 StGB.

## Aufgabe 2

### I. Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme

Das Vorgehen der Beamten könnte von § 110 Abs. 3 S. 2 StPO gedeckt sein. Danach ist es den Durchsuchungsbeamten erlaubt, im Rahmen der Durchsicht auf „räumlich getrennte Speichermedien“ zuzugreifen, sofern der Zugriff von einem beim Betroffenen aufgefunden „elektronischem Speichermedium“ aus möglich ist. Die sog. Online-Durchsicht soll gerade den Zugriff auf externe Speicherplätze, z.B. in Gestalt von Clouds, ermöglichen. Grundsätzlich kommt § 110 Abs. 3 S. 2 StPO daher als Ermächtigungsnorm in Betracht, wobei sich mehrere Fragen stellen:

#### 1. Mitnahme des Geräts

Fraglich ist zunächst, ob die Beamten berechtigt waren, den Laptop – zum Zwecke der Durchsicht – mitzunehmen. Ebenso wie (umfangreiche) Bestände an Papieren zum Zwecke der Durchsicht von den Beamten mitgenommen werden können, gilt dies für die in § 110 Abs. 3 S. 1 StPO ausdrücklich gleichgestellten elektronischen Speichermedien. Kurzum: Auch Hardware kann von den Ermittlungspersonen vorübergehend mitgenommen werden, soweit sich ein solches Vorgehen nicht als unverhältnismäßig erweist.<sup>70</sup> Unter Berücksichtigung der nur kurzen externen Durchsichtszeit (zwei Tage) erweist sich dieses Vorgehen wohl noch als verhältnismäßig.

*Hinweis:* Nicht unvertretbar ist es, auf die heutzutage gegebene Möglichkeit der „Spiegelung“ umfangreicher Datenbestände zu verweisen, wie sie im Rahmen der Durchsicht von elektronischen Speichermedien durch die Ermittlungspersonen auch regelmäßig vorgenommen wird. Daraus kann gefolgert werden, dass eine solche Spiegelung bei nur einem Laptop ohne weiteres möglich gewesen wäre. Auch kann gegen die Verhältnismäßigkeit der Mitnahme angeführt werden, dass sich die Beamten infolgedessen eine (technisch aufwendige) „Versiegelung“ der Datenbestände zum Zwecke der Beweissicherung (durch Erstellung eines [neuen] Passworts<sup>71</sup>) gerade *nicht* erspart haben, nachdem bei in der Cloud gespeicherten Daten stets auch ein Zugriff von einem Drittgerät möglich ist, es mithin in jedem Falle einer „Versiegelung“ bedarf.

<sup>69</sup> Sofern die §§ 229, 13 Abs. 1 StGB – gut vertretbar – als mitbestrafte Nachtat eingestuft werden, bleibt es im ersten Tatkomplex bei einer Strafbarkeit gem. § 239 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB.

<sup>70</sup> BGH NStZ 2003, 670 (671); *Schlothauer*, in: Münchener Anwaltshandbuch, Strafverteidigung, 3. Aufl. 2022, § 3 Rn. 111.

<sup>71</sup> Dazu *Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, 5. Aufl. 2022, § 4 Rn. 893.

## 2. „Knacken“ des Passworts

Fraglich ist sodann, ob die Beamten die Passwörter unter Einsatz forensischer Software schlicht „knacken“ durften. Insoweit ist ein Vergleich zu einer analogen Durchsuchung (und Durchsicht) zu ziehen: Soweit Beamte hier auf Zugangshindernisse stoßen (z.B. verschlossene Schublade, Schrank etc.), ist es ihnen selbstverständlich nicht untersagt, diese selbsttätig zu öffnen, sofern der Betroffene einer Aufforderung zum Öffnen nicht nachkommt und keine irreparablen Beschädigungen eintreten.<sup>72</sup> Dies gilt auch für mitgenommene Gegenstände (und Datenbestände), sofern der Betroffene damit rechnen muss, dass die Beamten auf deren Inhalt (bzw. erreichbare Inhalte) zugreifen werden. So liegt es aber hier: A hatte die Möglichkeit, das Passwort selbst einzugeben oder jedenfalls an die Beamten weiterzugeben, weigerte sich aber. Zugleich war ihm – auch und insbesondere nach dem Gespräch mit den Beamten – klar, dass diese den Zugriff versuchen würden. Aus dem Einsatz forensischer Software zur Ermöglichung des Zugriffs auf passwortgeschützte Datenbestände ergibt sich daher *nicht* die Rechtswidrigkeit der Maßnahme.

## 3. Zugriff auf Speicherort im Ausland

A gibt bereits im Rahmen der Durchsuchung zu bedenken, dass die beim Clouddienstleister gespeicherten Daten auf Servern im Ausland liegen. Fraglich ist danach, ob § 110 Abs. 3 S. 2 StPO auch einen Zugriff auf Daten ermöglicht, die ihren Speicherort im Ausland haben.

a) Hier ließe sich argumentieren, dass der Wortlaut des § 110 Abs. 3 S. 2 StPO eine Beschränkung der Durchsicht auf Datenbestände mit inländischem Speicherort nicht erkennen lässt, sondern einzig die *Zugriffsmöglichkeit* vom sichergestellten Gerät aus zur Voraussetzung erhebt.<sup>73</sup> Im Übrigen kann darauf verwiesen werden, dass die Feststellung, ob und – falls ja: wo – die Daten im Ausland gespeichert sind, mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein kann und so einer effektiven Beweissicherung entgegensteht.<sup>74</sup>

b) Demgegenüber ist zu sehen, dass die Ausübung hoheitlicher Gewalt notwendig an den Hoheitsbereich des jeweiligen Staates gekoppelt ist, mithin ein Zugriff auf im Ausland gespeicherte Daten in den Souveränitätsbereich eines anderen Staates übergreift.<sup>75</sup> Vor diesem Hintergrund ist auch der Abschluss völkerrechtlicher Verträge wie der Cybercrime-Konvention zu sehen, welche eine Zugriffsmöglichkeit für den hier gegebenen Fall aber gerade nicht vorsieht (vgl. Bearbeitungsvermerk). Das bedeutet im Umkehrschluss, dass am Rechtshilfeersuchen (und einer vorherigen Bestimmung des Speicherorts) kein Weg vorbeiführt.<sup>76</sup>

c) Danach erweist sich das Vorgehen der Ermittlungsbeamten als rechtswidrig (a.A. vertretbar).

<sup>72</sup> Vgl. auch *Zerbes/El-Ghazi*, NStZ 2015, 425 (431); *Obenhaus*, NJW 2010, 651 (653).

<sup>73</sup> Vgl. LG Koblenz NZWiSt 2022, 160 (161); LG Berlin wistra 2023, 433 (436 f.); *Wicker*, MMR 2013, 765 (769); ferner *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 66. Aufl. 2023, § 110 Rn. 7b.

<sup>74</sup> Vgl. LG Koblenz NZWiSt 2022, 160 (161 f.).

<sup>75</sup> *Bechtel*, NZWiSt 2022, 162 (165 Fn. 28); vgl. auch *Park*, NStZ 2023, 646 (652).

<sup>76</sup> *Blebschmitt*, MMR 2018, 361 (364); *Gaede*, StV 2009, 96 (101 f.); *Gercke*, CR 2010, 345 (347); *ders.*, in: *Gercke/Temming/Zöller*, Strafprozessordnung, Heidelberger Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 110 Rn. 29; *Hauschild*, in: *MüKo-StPO*, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 110 Rn. 18; *Park*, NStZ 2023, 646 (652); *Tsambikakis*, in: *Löwe-Rosenberg*, StPO, Kommentar, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, § 110 Rn. 9; *Meinicke*, *Der strafprozessuale Zugriff auf Inhaltsdaten in der Cloud*, 2020, D. V. 2. a) bb) (b); *Zerbes/El-Ghazi*, NStZ 2015, 425 (430 f.); dezidiert gegen diesen Umkehrschluss unlängst LG Berlin wistra 2023, 433 (437 f.).

#### 4. Denkbare Rechtsfolgen

Mit Blick auf die Rechtsfolgen der – nach hier vertretener Auffassung – rechtswidrigen Durchsicht (vgl. oben 3. c)) kann zunächst daran gedacht werden, den Rechtskreis des Betroffenen als nicht tangiert zu betrachten, nachdem ein Übergriff in den Souveränitätsbereich *eines anderen Staates* zu attestieren ist. Gleichwohl kann im einkalkulierten Zugriff auf einen Speicherort im Ausland die *willkürliche Missachtung von Verfahrensrecht* und damit ein Verstoß gegen das *Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren* gesehen werden, wonach eine taugliche Grundlage für ein Beweisverwertungsverbot gegeben ist.<sup>77</sup>

#### II. Rechtsbehelfe

1. A hat zunächst die Möglichkeit, *in entsprechender Anwendung* des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO eine gerichtliche Entscheidung dahingehend zu beantragen, dass die Art und Weise der Durchführung der (Online-)Sichtung rechtswidrig war.<sup>78</sup>

2. Sollte die daraufhin ergehende Entscheidung die Art und Weise für rechtmäßig erklären, verbleibt für A die Möglichkeit, sich gegen eben diese Entscheidung mit der Beschwerde (§§ 304 ff. StPO) zu wenden.

---

<sup>77</sup> Bechtel, NZWiSt 2022, 162 (166); Gercke, in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, Heidelberger Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 110 Rn. 31.

<sup>78</sup> Hegmann, in: BeckOK StPO, Stand: 1.10.2023, § 110 Rn. 13.

## Examensübungsklausur: Dubioser Welpenkauf mit besonders schwerer Folge

Wiss. Mitarbeiterin Jeannine Ann Boatright, Wiss. Mitarbeiterin Irina Isabel Pommerenke, Gießen\*

Die Klausur wurde im Sommersemester 2023 im Examensklausurenkurs der Justus-Liebig-Universität Gießen sowie in stark gekürzter Form als Fortgeschrittenenklausur in der Übung im Strafrecht gestellt. Im Durchschnitt wurden im Rahmen der Examensübungsklausur 5,17 Punkte erzielt, die Durchfallquote lag bei 37 %.

### Sachverhalt

Die Geschäftsfrau G betreibt über verschiedene Online-Plattformen unter dem Namen Reinrassig & Flauschig e.V. einen Handel mit Hundewelpen. Dort gibt G an, dass sie ihre Welpen mit dem durch die StIKo Vet (Ständige Impfkommission Veterinärmedizin) empfohlenen Impfstatus (Grundimmunisierung sowie Tollwutimpfung) abgibt. So kann G einen zusätzlichen Pauschalbetrag i.H.v. 150 € „abkassieren“. T, ein mit G befreundeter Tierarzt, der über das Geschäftsmodell der G informiert ist, stellt ihr regelmäßig „Blanko“-Impfausweise aus, in denen er Schutzimpfungen einträgt und unterzeichnet, die tatsächlich nie vorgenommen wurden. Unmittelbar vor einem Verkauf trägt G noch den Namen des Welpen und das Datum ein. Als Gegenleistung erhält T von G für jeden ausgestellten Impfpass 25 €.

Kindheitstraum der Kundin K war es immer, Halterin eines reinrassigen Deutschen Schäferhunds zu sein. Über die Internetplattform tierischeKleinanzeigen wird sie eines Tages auf den Hundewelpen Claus (Kaufpreis i.H.v. 1.200 €) des Reinrassig & Flauschig e.V. aufmerksam und nimmt daher Kontakt mit G auf. Drei Tage später fährt K zur angegebenen Adresse und ist verwundert, dass der Zielort sich als öffentlicher Parkplatz entpuppt. Als K zudem feststellen muss, dass sie, anders als zugesagt, das Muttertier nicht in Augenschein nehmen kann, hat sie ein zunehmend ungutes Bauchgefühl. Nachdem G aber den Impfpass sowie Ahnennachweis aushändigt und K auf Letzterem das offizielle Qualitätslogo des „VDH“ („Verband für das Deutsche Hundewesen“) erkennt, das die Kennzeichnung für international anerkannte und offizielle Papiere des Verbands darstellt, sind die Zweifel verfliegen und sie entscheidet sich, Claus direkt mitzunehmen. Den Gesamtpreis i.H.v. 1.350 € händigt sie G bar aus. Tatsächlich weist Claus, wie G weiß, keinen reinrassigen Stammbaum auf. Vielmehr griff G – wie üblich – auf einen Ahnennachweis vom „VDH“ zurück, der irrtümlich bei ihr eingeworfen wurde, aber eigentlich für jemand anderen bestimmt war. Über ein sehr gutes PDF-Programm ersetzte G die Angaben zu Rasse, Name, Farbe, Wurftag sowie Ausstellungsdatum und druckte dies mittels eines hochprofessionellen Laserdruckers aus. Durch den Verkauf zahlreicher nicht geimpfter Mischlingswelpen hat G bislang einen Gewinn von rund 200.000 € erzielt.

Nach einigen Monaten wird bei Claus eine Hüftdysplasie diagnostiziert. K erkennt, dass der Ahnennachweis, der neben der Reinrassigkeit auch den Ausschluss von Erbkrankheiten garantierte, „falsch“ ist und will sich völlig verärgert bei einem langen Spaziergang mit Claus Luft machen. Als

---

\* Die Verf. sind Wiss. Mitarbeiterinnen an der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht der Justus-Liebig-Universität Gießen (Prof. Dr. Thomas Rotsch).

der ungeliebte Nachbar N die beiden passiert und Claus sich plötzlich ungewohnt aggressiv verhält, gibt K ihrem Ärger nach und stachelt Claus an, N anzugreifen. Claus springt N daraufhin an und beißt ihm in die Wade. N erleidet im Folgemonat Kopfschmerzen, Fieber sowie Kribbelgefühle in der Nähe des Hundebisses. Er sucht den ärztlichen Notdienst auf, wo er auf die Intensivstation verlegt wird und ins Koma fällt. Sieben Tage später verstirbt N. Postmortal wird festgestellt, dass N an Tollwut, die durch den Hundebiss übertragen wurde, verstorben ist.

### Aufgabe

Wie haben die Beteiligten sich nach dem StGB strafbar gemacht? § 246 StGB ist nicht zu prüfen.

### Bearbeitungsvermerk

Gehen Sie davon aus, dass ein reinrassiger Deutscher Schäferhund mit Papieren tatsächlich 1.200 € und ein Schäferhund-Mischling etwa 600 € kostet. Vom RKI wird eine Tollwutimpfung für Menschen nur vor Reisen in Tollwut-Endemiegebiete sowie für Personen mit beruflichem oder sonstigem engem Kontakt zu Fledermäusen oder bei Labortätigkeit mit Tollwutviren empfohlen. Eine Tollwutinfektion endet ohne entsprechende postexpositionelle Maßnahme innerhalb von sieben bis zehn Tagen nach dem Auftreten der ersten Symptome tödlich.

### Lösungsvorschlag

<b>1. Tatkomplex: Der Welpenverkauf.....</b>	<b>1372</b>
<b>A. Strafbarkeit der G .....</b>	<b>1372</b>
<b>I. § 263 StGB (Aussagen auf der Internetplattform tierischeKleinanzeigen) .....</b>	<b>1372</b>
<b>II. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, Nr. 2 Var. 2 StGB gegenüber und zulasten K (Verkauf eines nicht reinrassigen und nicht geimpften Welpen).....</b>	<b>1372</b>
1. Objektiver Tatbestand.....	1372
a) Täuschung .....	1372
b) Irrtum .....	1373
c) Vermögensverfügung .....	1373
d) Vermögensschaden .....	1374
2. Subjektiver Tatbestand .....	1374
a) Vorsatz .....	1374
b) Absicht rechtswidriger Bereicherung .....	1374
3. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	1375
4. Regelbeispiel, § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, Nr. 2 StGB.....	1375
a) Gewerbsmäßigkeit .....	1375
b) Vermögensverlust großen Ausmaßes .....	1375
c) Absicht, durch die fortgesetzte Begehung von Betrug eine große Zahl von Menschen in die Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten zu bringen .....	1375

5. Ergebnis .....	1376
<b>III. § 267 Abs. 1 Var. 1, Var. 3 StGB (Ausdrucken eines „neuen“ Ahnennachweises und dessen Aushändigung an K) .....</b>	<b>1376</b>
1. Objektiver Tatbestand.....	1376
a) Urkunde .....	1376
b) Herstellen einer unechten Urkunde.....	1377
c) Gebrauchen einer unechten Urkunde .....	1377
2. Subjektiver Tatbestand .....	1377
3. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	1378
4. Regelbeispiel, § 267 Abs. 3 S. 2 StGB.....	1378
a) Gewerbsmäßigkeit .....	1378
b) Vermögensverlust großen Ausmaßes .....	1378
c) Erhebliche Gefährdung der Sicherheit des Rechtsverkehrs durch eine große Zahl von unechten Urkunden .....	1378
5. Ergebnis .....	1379
<b>IV. § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB (Manipulation des ursprünglichen Ahnennachweises) .....</b>	<b>1379</b>
<b>V. §§ 274 Abs. 1 Nr. 1, 13 Abs. 1 StGB (Behalten des originalen Ahnennachweises) .....</b>	<b>1379</b>
<b>VI. § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB (Ausfüllen des „Blanko“-Impfausweises) .....</b>	<b>1380</b>
<b>VII. § 275 Abs. 1a, Abs. 2 Var. 1 StGB (Sich-Verschaffen von „Blanko“-Impfausweisen) ..</b>	<b>1380</b>
<b>B. Strafbarkeit des T .....</b>	<b>1382</b>
<b>I. § 267 Abs. 1 StGB (Ausstellen des „Blanko“-Impfausweises) .....</b>	<b>1382</b>
<b>II. §§ 267 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB (Ausstellen der „Blanko“-Impfausweise, die anschließend durch G ausgefüllt werden) .....</b>	<b>1382</b>
<b>III. § 277 StGB (Ausstellen der Impfpässe).....</b>	<b>1383</b>
<b>IV. § 275 Abs. 1a, Abs. 2 Var. 1 StGB (Dokumentation nicht durchgeführter Schutzimpfungen in „Blanko“-Impfausweisen) .....</b>	<b>1383</b>
<b>V. § 263 Abs. 1 StGB (Ausstellen des „Blanko“-Impfausweis) .....</b>	<b>1384</b>
<b>VI. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB (Ausstellen des „Blanko“-Impfausweises).....</b>	<b>1384</b>
1. Gemeinsamer Tatplan.....	1384
2. Gemeinsame Tatausführung.....	1384
3. Ergebnis .....	1385
<b>VII. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, Nr. 2 Var. 2, 27 StGB (Ausstellen des „Blanko“-Impfausweises) .....</b>	<b>1385</b>
1. Objektiver Tatbestand.....	1385
2. Subjektiver Tatbestand .....	1386
3. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	1386

4. Strafflosigkeit aufgrund „neutraler“ Beihilfe.....	1386
5. Strafzumessung.....	1386
6. Ergebnis.....	1387
<b>C. Konkurrenzen und Ergebnis 1. Tatkomplex.....</b>	<b>1387</b>
<b>2. Tatkomplex: Der Biss in die Wade.....</b>	<b>1388</b>
<b>A. Strafbarkeit der K.....</b>	<b>1388</b>
<b>I. § 212 Abs. 1 StGB (Anstacheln von Claus).....</b>	<b>1388</b>
<b>II. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB (Anstacheln von Claus).....</b>	<b>1388</b>
1. Objektiver Tatbestand.....	1388
a) Grunddelikt i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB.....	1388
aa) Körperliche Misshandlung.....	1388
bb) Gesundheitsschädigung.....	1388
cc) Kausalität und objektive Zurechenbarkeit.....	1389
b) Qualifikation i.S.d. § 224 Abs. 1 StGB.....	1389
aa) Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen.....	1389
(1) Gift oder anderer gesundheitsschädlicher Stoff.....	1389
(2) Beibringen.....	1391
bb) Mittels eines gefährlichen Werkzeugs.....	1391
(1) Gefährliches Werkzeug.....	1391
(2) „Mittels“.....	1391
(3) Zwischenergebnis.....	1392
cc) Mittels eines hinterlistigen Überfalls.....	1392
dd) Mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung.....	1392
c) Zwischenergebnis.....	1393
2. Subjektiver Tatbestand.....	1393
3. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	1393
4. Ergebnis.....	1394
<b>III. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 227 Abs. 1 StGB (Anstacheln von Claus).....</b>	<b>1394</b>
1. Grunddelikt.....	1394
2. Eintritt des qualifizierenden Erfolgs: Tod der verletzten Person.....	1394
3. Kausalität.....	1394
4. Spezifischer Gefahrzusammenhang.....	1394
5. Fahrlässige Verursachung der schweren Folge, § 18 StGB.....	1395
a) Objektive Sorgfaltswidrigkeit.....	1395
b) Objektive Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit.....	1395

c) Zwischenergebnis.....	1396
6. Ergebnis .....	1396
<b>IV. § 222 StGB (Anstacheln des Claus) .....</b>	<b>1396</b>
<b>B. Strafbarkeit der G .....</b>	<b>1396</b>
<b>I. § 222 StGB und § 229 StGB (Angabe, Claus sei geimpft) .....</b>	<b>1396</b>
<b>II. §§ 222, 13 Abs. 1 StGB und §§ 229, 13 Abs. 1 StGB (Nicht-Impfung) .....</b>	<b>1397</b>
<b>C. Konkurrenzen und Ergebnis 2. Tatkomplex .....</b>	<b>1397</b>
<b>Gesamtergebnis .....</b>	<b>1397</b>

*Hinweis:* Eine Gliederung kann grundsätzlich chronologisch, nach Tatkomplexen, Personen oder (der Schwere von) Deliktstatbeständen aufgebaut werden. Jedenfalls sollte sie ökonomisch und zweckmäßig sein (*Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, 1. Kap. Rn. 85). Hier bietet es sich an, zwei Tatkomplexe – einmal hinsichtlich des Welpenverkaufs und einmal hinsichtlich des Hundebisses – zu bilden.

## 1. Tatkomplex: Der Welpenverkauf

### A. Strafbarkeit der G

#### I. § 263 StGB (Aussagen auf der Internetplattform tierischeKleinanzeigen)

Ein Betrug gem. § 263 StGB einzig durch das Einstellen der Anzeige auf der Internet-Plattform kommt nicht in Betracht, da allein diese Täuschung nicht kausal für die spätere Vermögensverfügung der K ist.

#### II. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, Nr. 2 Var. 2 StGB gegenüber und zulasten K (Verkauf eines nicht reinrassigen und nicht geimpften Welpen)

G könnte sich eines Betruges in einem besonders schweren Fall gem. § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, Nr. 2 Var. 2 StGB gegenüber und zulasten K schuldig gemacht haben, indem sie K den Welpen Claus als reinrassig und geimpft verkaufte.

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Täuschung

G müsste K über Tatsachen getäuscht haben. Täuschung ist jedes Verhalten, durch das im Wege einer Einwirkung auf das intellektuelle Vorstellungsbild eines anderen eine Fehlvorstellung über Tatsachen erregt werden kann.<sup>1</sup> Tatsachen sind Verhältnisse, Zustände oder Geschehnisse der Gegenwart

<sup>1</sup> Vgl. Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 6 m.w.N., sowie den

oder Vergangenheit, die prinzipiell dem Beweis zugänglich sind.<sup>2</sup>

Die Reinrassigkeit und die Immunisierung (entsprechend des durch die StIKo Vet empfohlenen Impfstatus') des Welpen Claus sind Tatsachen. G erklärt bereits auf der Verkaufsplattform ausdrücklich, dass ihre Welpen, somit auch Claus, reinrassig und vollständig geimpft seien. Diese Erklärung ist objektiv unrichtig, weshalb darin eine Vorspiegelung falscher Tatsachen und damit eine Täuschung zu sehen ist, welche G bei der Verkaufsabwicklung nicht zuletzt durch die Aushändigung eines Impfpasses und eines Ahnennachweises mindestens konkludent aufrechterhält.

### b) Irrtum

K müsste aufgrund dieser Täuschung einem Irrtum unterlegen sein. Ein Irrtum ist die unrichtige Vorstellung einer Person über Tatsachen.<sup>3</sup> Vorstellungsinhalt und Wirklichkeit müssen also auseinanderfallen.<sup>4</sup>

Als K zu G fährt, hat sie die unrichtige Vorstellung darüber, dass Claus reinrassig und geimpft sei. Unmittelbar vor Verkaufsabschluss hat sie aufgrund der Umstände bei der Verkaufsabwicklung (Übergabe auf einem Parkplatz, Muttertier nicht vor Ort) jedoch ein zunehmend ungutes Bauchgefühl. Fraglich ist, welche Auswirkung ein solches Bauchgefühl auf die konkrete Vorstellung der K hat. So könnten Zweifel einen Irrtum der K möglicherweise ausschließen. Doch selbst wenn man ihr pauschal Bedenken an der Seriosität des Geschäfts unterstellt, bedeutet das nicht automatisch, dass K ausgerechnet der Behauptung der G, Claus sei reinrassig und geimpft, keinen Glauben mehr schenkt. Anhaltspunkte für konkrete Zweifel gerade an diesen Angaben gehen auch nicht daraus hervor, dass die (lediglich allgemeinen) Bedenken weichen, als G der K Impfpass und Ahnennachweis aushändigt und K auf Letzterem das offizielle Qualitätssiegel des „VDH“ erkennt. Aus dem pauschal ungenuten Bauchgefühl der K ergeben sich daher keine konkreten Zweifel an den irrumsrelevanten Behauptungen der G. Mithin kommt es auf die umstrittene Frage, ob Zweifel die Annahme eines Irrtums ausschließen,<sup>5</sup> nicht an.

Ein Irrtum liegt daher vor. Die Täuschungshandlung der G kann auch nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Irrtum der K entfällt (condicio-sine-qua-non-Formel).<sup>6</sup> Mithin beruht der Irrtum auch kausal auf der Täuschungshandlung.

### c) Vermögensverfügung

K müsste aufgrund ihres Irrtums über ihr Vermögen verfügt haben. Eine Vermögensverfügung ist jedes unmittelbar vermögensmindernde Verhalten.<sup>7</sup> Ein solches unmittelbar vermögensminderndes Verhalten liegt in der Zahlung von 1.350 € an G. Diese Vermögensverfügung beruht auch kausal auf dem Irrtum.

---

Hinweis bei *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 22 Rn. 145.

<sup>2</sup> I.d.S. z.B. *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 263 Rn. 6.

<sup>3</sup> *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 33.

<sup>4</sup> *Küper/Zopfs*, Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2022, Rn. 381.

<sup>5</sup> Dazu ausführlich *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 22 Rn. 152 ff.

<sup>6</sup> Vgl. BGHSt 1, 332 (333); *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 226.

<sup>7</sup> BGHSt 14, 170 = NJW 1960, 1068 (1069).

#### d) Vermögensschaden

Aufgrund der Vermögensverfügung muss K einen Vermögensschaden erlitten haben. Ein Vermögensschaden liegt dann vor, wenn der Gesamtwert des Vermögens infolge der Vermögensverfügung nach Saldierung (noch immer) gemindert ist, der Vermögensabfluss also nicht unmittelbar durch einen gleichwertigen Vermögenszufluss vollumfänglich kompensiert wird.<sup>8</sup>

K erwirbt Eigentum an einem nicht reinrassigen und ungeimpften Welpen. Ein nicht reinrassiger Welpen (600 €) hat nicht denselben wirtschaftlichen Marktwert wie ein reinrassiger Welpen (1.200 €). Zudem hat K 150 € für eine Immunisierung gezahlt, die nicht stattgefunden hat.

Die Vermögensminderung der K wurde durch das Verschaffen des Eigentums an einem nicht geimpften Mischlingshund daher nicht vollständig kompensiert; ein Vermögensschaden i.H.v. 750 € liegt vor.

## 2. Subjektiver Tatbestand

#### a) Vorsatz

G wusste, dass Claus weder reinrassig noch geimpft ist, und ihr kam es gerade darauf an, dass K durch die unwahren Angaben einem Irrtum unterlag, der sie wiederum dazu veranlasste, eine Vermögensverfügung weit über den wirtschaftlichen Marktwert hinaus zu tätigen, was diese bei Kenntnis wohl nicht getan hätte. G handelte daher wissentlich und willentlich im Hinblick auf die Verwirklichung der Tatumstände<sup>9</sup>, die zum Straftatbestand des Betrugs gehören, und daher vorsätzlich hinsichtlich der Erfüllung des objektiven Tatbestandes.

#### b) Absicht rechtswidriger Bereicherung

G müsste auch in der Absicht<sup>10</sup> gehandelt haben, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. G kam es zielgerichtet auf die Erlangung des Vermögensvorteils i.H.v. 750 € als wirtschaftliche Besserstellung an. Dieser Vermögensvorteil ist rechtswidrig, weil G aufgrund ihrer mangelhaften Leistung keinen fälligen und einredefreien Anspruch<sup>11</sup> auf ihn hat. Diesbezüglich hat G ebenfalls Vorsatz. Der angestrebte rechtswidrige Vermögensvorteil der G und der bei K eingetretene Schaden beruhen ferner auf derselben Vermögensverfügung, sodass der Vermögensvorteil auch unmittelbar die Kehrseite des Schadens bildet (Stoffgleichheit)<sup>12</sup>.

Mithin handelte G in der Absicht, sich rechtswidrig und stoffgleich zu bereichern.

---

<sup>8</sup> Küper/Zopfs, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 11. Aufl. 2022, Rn. 644 ff.

<sup>9</sup> Allgemein zum vorsätzlichen Handeln siehe BGHSt 19, 295 (298) = NJW 1964, 1330; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 9; *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 313.

<sup>10</sup> Zu dieser Definition allgemein *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 263 Rn. 58 ff.

<sup>11</sup> Zu dieser Definition allgemein *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 263 Rn. 61.

<sup>12</sup> Vgl. *Perron*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 168; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 263 Rn. 59.

### 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- oder Schuldausschließungsgründe sind nicht ersichtlich. Mithin handelte G rechtswidrig und schuldhaft.

### 4. Regelbeispiel, § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, Nr. 2 StGB

Darüber hinaus könnte ein besonders schwerer Fall einschlägig sein.

#### a) Gewerbsmäßigkeit

G könnte gewerbsmäßig i.S.d. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB gehandelt haben.

Gewerbsmäßig handelt, wer die Tat in der Absicht begeht, sich aus wiederholter Begehung eine fortlaufende Einnahmequelle von nicht unerheblicher Dauer und einigem Umfang zu verschaffen.<sup>13</sup> Mit einer nicht nebensächlichen Erfolgsvorstellung möchte G geflissentlich als fortlaufende Einnahmequelle über längere Zeit wiederholt nicht geimpfte Mischlings-Hunde unter falschen Angaben verkaufen, um eine wirtschaftliche Besserstellung von mehreren Hundert Euro pro Welpen zu erzielen. Der betrügerische Welpenhandel stellt für G somit eine fortlaufende Einnahmequelle von gewisser Dauer und einigem Umfang dar.

Mithin handelte G gewerbsmäßig.

#### b) Vermögensverlust großen Ausmaßes

G könnte zudem einen Vermögensverlust großen Ausmaßes i.S.d. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 1 StGB herbeigeführt haben.

Diese Variante verlangt objektiv einen Schaden großen Ausmaßes, also eine aus dem Rahmen durchschnittlicher Betrugsschäden herausfallende Schädigung, was ab 50.000 € anzunehmen ist.<sup>14</sup> G hat durch den Welpenverkauf bisher insgesamt 200.000 € erzielt. Es ist jedoch nicht auf den insgesamt erlangten Vorteil des Täters abzustellen, sondern auf die Vermögenseinbuße auf der Opferseite.<sup>15</sup> Die Vermögenseinbuße auf Seiten der K beträgt hingegen lediglich 750 €.

Mithin liegt kein Vermögensverlust großen Ausmaßes vor.

#### c) Absicht, durch die fortgesetzte Begehung von Betrug eine große Zahl von Menschen in die Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten zu bringen

Zudem könnte G in der Absicht gehandelt haben, durch die fortgesetzte Begehung von Betrug eine große Zahl von Menschen in die Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten zu bringen.

§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. Var. 2 StGB setzt die spezielle Vermögensgefährdungsabsicht voraus, durch die fortgesetzte Begehung von Betrug eine große Zahl von Menschen in die Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten zu bringen. Eine große Zahl verlangt mehr als drei<sup>16</sup> Personen, nicht aber eine unübersehbare Vielzahl. Bei Vorliegen dieser Absicht reicht die einmalige Tatbegehung zur Erfüllung

<sup>13</sup> Vgl. BGHSt 49, 177 (181) = NSTZ-RR 2006, 106 (107); *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1212.

<sup>14</sup> *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 263 Rn. 66 m.w.N.; *Rotsch*, ZStW 117 (2005), 577 (597).

<sup>15</sup> BGH NJW 2011, 1825.

<sup>16</sup> *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 263 Rn. 66. A.A. *Pünder*, Jura 2001, 588 (591) ab 10 Personen; *Joecks/Jäger*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, Rn. 186 50 Opfer.

des Regelbeispiels aus.<sup>17</sup>

G handelte in der Absicht, ihr bereits seit geraumer Zeit betriebenes betrügerisches Geschäftsmodell fortzusetzen und dadurch nicht nur K, sondern auch andere Kunden in die Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten zu bringen. Mithin handelte G in der speziellen Vermögensgefährdungsabsicht des Regelbeispiels.

## 5. Ergebnis

G ist eines Betrugers in einem besonders schweren Fall gem. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, Nr. 2 Var. 2 StGB schuldig.

### III. § 267 Abs. 1 Var. 1, Var. 3 StGB (Ausdrucken eines „neuen“ Ahnennachweises und dessen Aushändigung an K)

G könnte sich einer Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 1, Var. 3 StGB schuldig gemacht haben, indem sie auf einen vom „VDH“ ausgestellten Ahnennachweis zurückgriff, dort über ein sehr gutes PDF-Programm Name, Rasse, Farbe, Wurftag und Datum austauschte und professionell ausdruckte, um diesen sodann an K auszuhändigen.

#### 1. Objektiver Tatbestand

G könnte eine unechte Urkunde hergestellt und anschließend gebraucht haben.

##### a) Urkunde

Dafür müsste es sich bei dem Ahnennachweis um eine Urkunde handeln.

Eine Urkunde ist eine dauerhaft verkörperte Gedankenerklärung (Perpetuierungsfunktion), die zum Beweis bestimmt und geeignet ist (Beweisfunktion), und ihren (wirklichen oder scheinbaren) Aussteller erkennen lässt (Garantiefunktion).<sup>18</sup>

Die Gedankenerklärung des Ahnennachweises ist die Information darüber, dass das bezeichnete Tier „VDH“-geprüft reinrassig ist. Diese Erklärung ist in dem gedruckten Ahnennachweis stofflich fixiert und somit ausreichend verkörpert. Zudem wird die Erklärung durch das vorhandene offizielle Logo dem „VDH“<sup>19</sup> zugerechnet (sog. Geistigkeitstheorie<sup>20</sup>) und lässt mithin einen Aussteller erkennen.

Fraglich ist jedoch, ob der ausgedruckte Ahnennachweis auch die Beweisfunktion erfüllt. Einfache Abschriften und Fotokopien erfüllen diese nicht, da sie nur den Inhalt der Urschrift wiedergeben.<sup>21</sup> Eine andere Beurteilung ergibt sich nur dann, wenn Kopien nicht als solche erkennbar und so

<sup>17</sup> BGH NStZ 2001, 319; BT-Drs. 13/8587, S. 85.

<sup>18</sup> BGHSt 3, 84; 4, 285; 13, 235; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 2; Puppe/Schumann, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 267 Rn. 18; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 776.

<sup>19</sup> Vgl. zur Ausstellereigenschaft bei juristischen Personen Puppe/Schumann, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 267 Rn. 75.

<sup>20</sup> Entscheidend ist nicht, wer die Urkunde körperlich hergestellt hat, sondern vom wem die Erklärung geistig herrührt, vgl. Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 787.

<sup>21</sup> Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 55 Rn. 38 i.V.m. Rn. 40.

beschaffen sind, dass sie objektiv den Eindruck eines Originals erzeugen.<sup>22</sup>

G nutzt sowohl einen hochprofessionellen Drucker als auch ein gutes PDF-Programm. Zwar wurde der Erklärungsinhalt geändert, sodass es sich – strenggenommen – nicht um eine Kopie des Originals handelt. Entscheidend ist aber, dass der gedruckte Ahnennachweis selbst für ein Original gehalten wird. Dieser soll im Rechtsverkehr Beweis darüber erbringen, dass es sich bei dem bezeichneten Tier um ein geprüft reinrassiges handelt. Folglich ist die Beweisfunktion erfüllt.

Bei dem ausgedruckten Ahnennachweis handelt es sich somit um eine (falsche) Urkunde<sup>23</sup>.

### b) Herstellen einer unechten Urkunde

Diese ist unecht, wenn sie nicht von demjenigen herrührt, der aus ihr als Aussteller hervorgeht.<sup>24</sup> Maßgeblich ist daher nicht, ob die Erklärung der Wahrheit entspricht.<sup>25</sup>

Der ausgedruckte Ahnennachweis lässt den „VHD“ als Erklärenden erkennen. Allerdings hat G die verkörperte Erklärung, dass Claus „VDH“-geprüft reinrassig ist, geschaffen, indem sie auf einen vom „VDH“ tatsächlich einmal ausgestellten Ahnennachweis zurückgriff, über ein PDF-Programm Name, Rasse und Geburtsdatum austauschte und die veränderte Datei anschließend ausdrückte. Die verkörperte Erklärung im „neu“ hergestellten Ahnennachweis stammt geistig somit von G und nicht (mehr) vom „VDH“, der als ihr vermeintlicher Aussteller hervorgeht. Folglich ist die von G hergestellte Urkunde unecht.

### c) Gebrauchen einer unechten Urkunde

Diese unechte Urkunde hat G an K bei Abwicklung des Kaufvertrages ausgehändigt und somit so zugänglich gemacht, dass K sie wahrnehmen konnte. Folglich hat G auch eine unechte Urkunde gebraucht.<sup>26</sup>

## 2. Subjektiver Tatbestand

G müsste vorsätzlich i.S.d. § 15 StGB sowie zur Täuschung im Rechtsverkehr gehandelt haben.

Täuschungs„absicht“ meint nicht die Absicht im technischen Sinne, sondern lässt direkten Vorsatz genügen.<sup>27</sup> Demnach handelt zur Täuschung im Rechtsverkehr, wer (mit sicherem Wissen) davon ausgeht, dass ein anderer die Urkunde für echt hält und durch diese irriige Annahme zu einem rechtlich erheblichen Verhalten bestimmt wird.<sup>28</sup>

G kam es zielgerichtet darauf an, mithilfe des originalen Ahnennachweises eine Erklärung herzustellen, die dem „VDH“ zugerechnet werden sollte. Insofern handelte sie mit *dolus directus* 1. Grades (Absicht) hinsichtlich des Herstellens. Gleichzeitig bezweckte sie schon beim Herstellen, diese Falsch-

---

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 27.5.2020 – 5 StR 433/19, Rn. 9; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 42b; Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 55 Rn. 43 m.w.N. in Fn. 80; Nestler, ZJS 2010, 608 (609); Puppe/Schumann, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 267 Rn. 49 f.

<sup>23</sup> Streng genommen stellt eine unechte Urkunde gerade keine Urkunde dar, vgl. Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 267 Rn. 27–29; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 99 („falsche Urkunde“).

<sup>24</sup> Maier, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 267 Rn. 63; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 808.

<sup>25</sup> Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 810.

<sup>26</sup> Heghmanns, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2021, Rn. 1553.

<sup>27</sup> Zum Begriff der „Absicht“ in Tatbeständen vgl. Czimek, ZJS 2020, 337 (338).

<sup>28</sup> Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 55 Rn. 71.

urkunde später zu nutzen, um aufgrund der vermeintlichen Reinrassigkeit einen höheren Kaufpreis zu erzielen. Sie handelte folglich auch hinsichtlich des Gebrauchens mit dolus directus 1. Grades und daher insgesamt vorsätzlich. Da es für G entschieden darauf ankam, K mit dem Gebrauch dieses Ahnennachweises zu einem Vertragsschluss und somit zu einem rechtlich erheblichen Verhalten zu bewegen, handelte G (sogar) mit dolus directus 1. Grades und folglich auch zur Täuschung im Rechtsverkehr.

### 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

G handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

### 4. Regelbeispiel, § 267 Abs. 3 S. 2 StGB

#### a) Gewerbsmäßigkeit

G könnte ein Regelbeispiel verwirklicht haben, indem sie gewerbsmäßig handelte. Es ist nicht erforderlich, dass die erstrebten Einnahmen unmittelbar aus den Verstößen gegen § 267 StGB resultieren, sondern ausreichend, dass die Urkundenfälschung die Begehung anderer, auf Gewinnerzielung gerichteter Delikte ermöglicht.<sup>29</sup>

G möchte wiederholt unechte Urkunden (siehe oben) herstellen, um diese gezielt als Grundlage abzuschließender Kaufverträge zu nutzen. Die Urkundenfälschung soll somit den auf Gewinnerzielung gerichteten Betrug ermöglichen. G möchte auf diese Weise über eine gewisse Dauer einen nicht unerheblichen Gewinn erzielen. Sie handelte mithin gewerbsmäßig.

#### b) Vermögensverlust großen Ausmaßes

Zwar hat G bisher insgesamt 200.000 € durch diese Vorgehensweise verdient und somit die Grenze von 50.000 €<sup>30</sup> überschritten. Entscheidend ist jedoch, dass der Vermögensverlust i.S.d. § 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB durch *eine einzige* tatbestandsmäßige Handlung herbeigeführt wird.<sup>31</sup> Diese beziffert vorliegend aber „nur“ einen Schaden i.H.v. 750 € (siehe oben), sodass das Regelbeispiel (auch hier) nicht erfüllt ist.

*Hinweis:* Auf die Erwähnung der Nr. 2 kann – insbesondere aufgrund der Erwähnung i.R.d. Betrugs – verzichtet werden, ohne dass dies zu Punktabzug führt.

#### c) Erhebliche Gefährdung der Sicherheit des Rechtsverkehrs durch eine große Zahl von unechten Urkunden

Allerdings könnte G durch eine große Zahl von unechten oder verfälschten Urkunden die Sicherheit des Rechtsverkehrs erheblich gefährdet haben gem. § 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 StGB.

<sup>29</sup> Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 267 Rn. 225.

<sup>30</sup> Maier, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 267 Rn. 124.

<sup>31</sup> Puppe/Schumann, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 267 Rn. 118.

Teilweise wird ein Vertrauensverlust eines „unübersehbaren Empfängerkreis[es]“<sup>32</sup> respektive eines nicht abgrenzbaren Empfängerkreises<sup>33</sup> gefordert. Andere präferieren eine numerische Festlegung, die bei 20<sup>34</sup> bzw. 55<sup>35</sup> beginnt, aber keiner starren Grenze unterliegt<sup>36</sup>. Insofern ist jedoch beides gegeben: Durch das Online-Inserieren werden deutschlandweit Interessenten aufmerksam, von denen eine nicht unerhebliche Menge auch einen Kaufvertrag unter Vertrauen auf die Echtheit des Ahnennachweises abschließt. Die insofern erhebliche Gefährdung des Rechtsverkehrs verdeutlicht vor allem der von G bereits erwirtschaftete Gewinn i.H.v. 200.000 €, welcher nur über eine Abwicklung von mehreren hundert Verträgen zustande kommen konnte. Zudem sorgt die Online-Präsenz für einen nicht beherrschbaren und unübersehbaren Empfängerkreis. Allerdings muss der Täter die Sicherheit des Rechtsverkehrs *mittels großer Zahl von unechten oder verfälschten Urkunden* erheblich gefährden. Die große Anzahl von Urkunden muss dabei bereits im Rahmen einer Tat im Rechtssinne vorliegen.<sup>37</sup> Hier ergibt sich eine große Anzahl von unechten Urkunden jedoch nicht schon aus einer, sondern aus mehreren Taten. Somit ist das Regelbeispiel i.S.d. § 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 StGB nicht erfüllt.

## 5. Ergebnis

G hat sich einer Urkundenfälschung in einem besonders schweren Fall gem. § 267 Abs. 1 Var. 1, Var. 3, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, Nr. 3 StGB schuldig gemacht. Var. 1 und Var. 3 stellen eine einheitliche Deliktsverwirklichung in Form der Urkundenfälschung dar, da es G schon bei der Erzeugung der Falschurkunde darauf ankam (Absicht), diese später zu gebrauchen.<sup>38</sup>

### IV. § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB (Manipulation des ursprünglichen Ahnennachweises)

Eine Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung nach § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB scheidet deshalb aus, weil G die ursprüngliche Urkunde – den originalen Ahnennachweis vom „VDH“ – als solche nicht nachträglich verändert und somit nicht verfälscht<sup>39</sup>. Vielmehr bleibt dieser Ahnennachweis unberührt.

### V. §§ 274 Abs. 1 Nr. 1, 13 Abs. 1 StGB (Behalten des originalen Ahnennachweises)

Indem G den irrtümlicherweise an sie zugestellten originalen Ahnennachweis behielt, hat sie sich keiner Urkundenunterdrückung nach § 274 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht. Zwar handelt es sich bei dem Ahnennachweis um eine Urkunde (siehe oben), die dem eigentlichen Empfänger das Beweisführungsrecht zuschreibt und somit gehört<sup>40</sup>. Allerdings hat G keine Garantenstellung inne,

<sup>32</sup> Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 108.

<sup>33</sup> Puppe/Schumann, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 267 Rn. 119.

<sup>34</sup> Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 267 Rn. 54; Weidemann, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 267 Rn. 46.

<sup>35</sup> BGH BeckRS 2013, 03738 Rn. 2.

<sup>36</sup> Weidemann, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 267 Rn. 46.

<sup>37</sup> BGH NJW 2011, 2448 (2449 f.); Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 55 Rn. 77.

<sup>38</sup> Vgl. Heghmanns, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2021, Rn. 1503.

<sup>39</sup> Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 55 Rn. 59.

<sup>40</sup> Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 274 Rn. 5; insbesondere begründet die zufällige Besitzerlangung kein Beweisführungsrecht, vgl. Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 274 Rn. 5.

aus der somit auch keine Garantenpflicht i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB resultiert, dafür Sorge zu tragen, dass der Brief an den richtigen Adressaten gelangt.<sup>41</sup>

*Hinweis:* Diese Prüfung ist nicht naheliegend und daher nicht zwingend erforderlich.

#### VI. § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB (Ausfüllen des „Blanko“-Impfausweises)

G könnte sich zudem einer Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem sie Namen und Datum in den „Blanko“-Impfausweis eintrug.

Ein Blankett wird erst dann zur Urkunde, wenn die Unterschrift, die es trägt, mit einem urkundlichen Inhalt versehen wird, sodass der Namensträger als Urheber der Erklärung erscheint.<sup>42</sup> Eine unechte Urkunde stellt mithin auch her, wer einem unvollständigen Schriftstück, aus dem zumindest der Aussteller erkennbar ist, ohne Willen oder entgegen den Anordnungen des Ausstellers einen urkundlichen Inhalt gibt (sog. Blankettfälschung).<sup>43</sup>

Indem G Namen und Datum in den „Blanko“-Impfausweis eintrug, versah sie diesen mit der Erklärung, dass Claus die angegebenen Impfungen erhalten hat. Aus der Unterzeichnung geht T als Aussteller der Impfpässe hervor. Der „Blanko“-Impfausweis wurde folglich durch G mit einem urkundlichen Inhalt versehen und somit zu einer Urkunde.

T ist allerdings bestens vertraut mit dem Geschäftsmodell der G und überlässt ihr das Eintragen der noch offenen Daten in die „Blanko“-Impfausweise. Folglich ist er mit dem durch G willkürlich erklärten Inhalt einverstanden, sodass das Ausfüllen nicht im Widerspruch zum Willen des Ausstellers geschieht. Mithin liegt gerade keine Herstellung einer unechten Urkunde vor.

G hat sich durch das Ausfüllen des „Blanko“-Impfausweises nicht gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB schuldig gemacht.

#### VII. § 275 Abs. 1a, Abs. 2 Var. 1 StGB (Sich-Verschaffen von „Blanko“-Impfausweisen)

*Vorüberlegung zum Konkurrenzverhältnis von § 267 StGB zu § 275 Abs. 1a StGB:* Da es sich bei Letzterem um ein bloßes Vorbereitungsdelikt handelt, tritt § 275 Abs. 1a StGB jedenfalls dann als materiell subsidiär hinter § 267 StGB zurück, wenn die Tat sich ausschließlich auf solche „Blanko“-Impfausweise bezieht, die der Täter selbst anschließend zu einer unechten Urkunde vervollständigt (*Lichtenthäler*, NStZ 2022, 138 [139]). Da hier aber gerade keine Vervollständigung zu einer unechten, sondern zu einer echten Urkunde vorliegt, ist eine eigenständige Verwirklichung des § 275 Abs. 1a StGB nicht von vornherein ausgeschlossen und sollte daher (zumindest kurz) geprüft werden.

<sup>41</sup> Allgemein dazu *Koch*, in: HK-GS, 5. Aufl. 2022, StGB § 274 Rn. 8; *Freund*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 274 Rn. 48. A.A. wohl *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 274 Rn. 13, der zumindest missverständlich von „Verhindern des Zugangs an den Beweisführungsberechtigten“ spricht. Eine Strafbarkeit kann sich aber dann ergeben, wenn die Rückgabe respektive Herausgabe (an den Postboten) verweigert wird: RG, Urt. v. 15.5.1884 – 776/84 = RGSt 10, 391; vgl. auch *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 274 Rn. 6.

<sup>42</sup> Vgl. OLG Köln NJW 1967, 742; *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 62.

<sup>43</sup> *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 62.

Indem sich G „Blanko“-Impfausweise, die nicht durchgeführte Schutzimpfungen dokumentieren, verschaffte, könnte sie sich einer Vorbereitung der Herstellung von unrichtigen Impfausweisen gem. § 275 Abs. 1a StGB schuldig gemacht haben.

Tatobjekte des § 275 Abs. 1a StGB sind „Blanko“-Impfausweise, namentlich Impfausweise, die noch nicht personalisiert sind,<sup>44</sup> auf denen zumindest eine tatsächlich nicht durchgeführte Schutzimpfung einer Person oder eines Tieres gegen bestimmte Krankheiten mit einem bestimmten Impfstoff dokumentiert wird oder bereits ist.<sup>45</sup>

*Hinweis:* Vertretbar ist es auch, tierische Impfausweise unter systematischen Gesichtspunkten – im Vergleich zum Gesundheitszeugnis, welches ausschließlich menschliche Gesundheitszeugnisse umfasst<sup>46</sup> – nicht unter § 275 Abs. 1a StGB zu subsumieren. Auch der Gesetzgeber definiert Blankett-Impfausweise als „Impfausweise, die noch nicht personalisiert sind, die also noch keine Angaben zur Person der Inhaberin oder des Inhabers enthalten“<sup>47</sup>, wobei er die Norm wohl vor allem anwendungsspezifisch auf die Corona-Pandemie zuschnitt, um Strafbarkeitslücken zu schließen<sup>48</sup>.

Äußere Grenze der vier<sup>49</sup> Auslegungsmethoden ist jedoch regelmäßig der Wortlaut.<sup>50</sup> Während die §§ 277 ff. StGB von „Gesundheitszeugnissen“ sprechen, umfasst § 275 Abs. 1a StGB „(Blankett-)Impfausweise“. Gesundheitszeugnis und Impfausweis sind insoweit unterschiedliche Tatbestandsmerkmale, die sich (zwingend) unterscheiden. Ein Impfausweis soll erst (und nur) dann ein Gesundheitszeugnis darstellen, „wenn er einen konkreten individualisierbaren Menschen erkennen lässt“<sup>51, 52</sup>. Insofern ist der Begriff des Impfausweises weiter als der eines Gesundheitszeugnisses. § 275 StGB bezweckt den Schutz der Sicherheit und die Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs.<sup>53</sup> Für diesen effektiven Schutz ist es jedoch unerheblich, ob es sich um einen „falschen“ Impfausweis eines Menschen oder eines Tieres handelt. Das Vertrauen in den Rechtsverkehr würde gleich stark erschüttert. Zu bedenken sind auch die sich anschließenden Folgen für den Gesundheitsschutz – auch wenn dieser nicht das unmittelbar durch die §§ 275, 277 ff. StGB zu schützende Rechtsgut ist. Zu denken sei insbesondere an potentielle Infektionsrisiken durch Zoonosen. Insofern kann von einem Tier sogar eine höhere Infektionsgefahr ausgehen, bedenkt man den Umstand, dass der Halter das im Zweifel unbedenkt infektiöse Tier in Kontakt mit der Menschheit belässt, während ein sich krankführender Mensch wohl vernünftigerweise zuhause bleibt.

Es sprechen systematische Gesichtspunkte sowohl gegen als auch für die Annahme, dass mit Impfausweisen auch solche von Tieren gemeint sind. Es ist richtig, dass der Gesetzgeber die Norm im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie schuf, allerdings ist dies kein zwingender Grund dafür, dass der „Anwendungsbereich der Regelung auf Menschen [zu] beschränken“<sup>54</sup> ist. Vielmehr ist es gerade auch Aufgabe des Gesetzgebers, tätig zu werden, sollte es nicht seinem Willen entsprechen,

<sup>44</sup> BT-Drs. 20/15, S. 32; *Lichtenthäler*, NStZ 2022, 138 (139).

<sup>45</sup> *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 275 Rn. 12; *Weidemann*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 275 Rn. 6 f.

<sup>46</sup> OLG Stuttgart, Urt. v. 25.9.2013 – 2 Ss 519/13 = NJW 2014, 482 (483); LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 6.4.2021 – 5/26 Qs 2/21 = NStZ-RR 2021, 282 (282 f.).

<sup>47</sup> BT-Drs. 20/15, S. 32 (*Hervorhebung durch Verf.*).

<sup>48</sup> *Eindrücklich Zieschang*, ZfStW 2/2022, 140.

<sup>49</sup> Lesenswert zu den (weiteren) Auslegungsmethoden *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 269 ff.

<sup>50</sup> vgl. (kritisch) *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 310.

<sup>51</sup> OLG Bamberg, Beschl. v. 17.1.2022 – 1 Ws 732–733/21 = NJW 2022, 556 (556 Ls. 1) – *Hervorhebung durch Verf.*

<sup>52</sup> *Magnus*, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, 2023, § 278 Rn. 12 i.V.m. Rn. 14.

<sup>53</sup> BT-Drs. 20/15, S. 32; *Zieschang*, in: LK-StGB, Bd. 15, 13. Aufl. 2023, § 275 Rn. 1.

<sup>54</sup> So aber *Zieschang*, in: LK-StGB, Bd. 15, 13. Aufl. 2023, § 275 Rn. 6 Fn. 26; *Ders.*, ZfStW 2/2022, 140 (143 Fn. 35).

den Impfausweis von Tieren in den Anwendungsbereich der Norm fallen zu lassen: So hat er im Wortlaut von § 278 Abs. 1 StGB deutlich Bezug auf den *Menschen* genommen, dies bei § 275 (Abs. 1a) StGB jedoch unterlassen.

Daher sprechen die besseren Gründe (Telos und Wortlaut) wohl für einen umfassenden Schutz des Rechtsverkehrs, indem der Impfausweis sowohl den eines Menschen als auch den eines Tieres umfasst.

Anknüpfungspunkt ist das Sich-Verschaffen bereits entsprechend präparierter Blankette. Durch die Tathandlung in Bezug auf einen solcherart veränderten „Blanko“-Impfausweis muss die Herstellung eines unrichtigen Impfausweises vorbereitet werden, etwa indem das Blankett einer Person übergeben wird, die ihren Namen darin einträgt und so einen Impfausweis erhält, der in Wirklichkeit nicht durchgeführte Schutzimpfungen nach außen hin dokumentiert.<sup>55</sup> G will die „Blanko“-Impfausweise gerade zur Herstellung unrichtiger Impfausweise benutzen, indem sie willkürlich Daten von tatsächlich nicht geimpften Welpen einträgt und so einen Impfausweis herstellt, der in Wirklichkeit nicht durchgeführte Schutzimpfungen nach außen hin dokumentiert.

G handelte dabei auch gewerbsmäßig (siehe oben) sowie rechtswidrig und schuldhaft.

Mithin hat sich G der gewerbsmäßigen Vorbereitung der Herstellung von unrichtigen Impfausweisen gem. § 275 Abs. 1a, Abs. 2 Var. 1 StGB schuldig gemacht.

## B. Strafbarkeit des T

### I. § 267 Abs. 1 StGB (Ausstellen des „Blanko“-Impfausweises)

T stellt G regelmäßig „Blanko“-Impfausweise aus, in denen er nicht durchgeführte Schutzimpfungen dokumentiert und unterzeichnet. Einen Namen und ein Datum trägt er nicht ein. Für eine schutzwürdige Gedankenerklärung fehlt es daher an einem wesentlichen Bezugspunkt; ein solches „Blankett“ ist nur ein unvollständiges Schriftstück (siehe oben). Mangels urkundlichen Inhalts liegt daher schon keine Urkunde vor, auch wenn zumindest der Aussteller erkennbar ist.

T hat sich durch das Ausstellen der „Blanko“-Impfausweise keiner Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### II. §§ 267 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB (Ausstellen der „Blanko“-Impfausweise, die anschließend durch G ausgefüllt werden)

Da T als erkennbarer und tatsächlicher Aussteller der „Blanko“-Impfausweise mit dem anschließend durch G willkürlich eingetragenen Inhalt (Namen und Datum) einverstanden ist (siehe oben), wird keine unechte Urkunde hergestellt. Die (gemeinsame) Herstellung von schriftlichen Lügen durch den „echten“ Aussteller fällt gerade nicht in den Anwendungsbereich des § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 275 Rn. 2a.

<sup>56</sup> BGH, Beschl. v. 4.6.2013 – 2 StR 59/13, Rn. 13 = BeckRS 2013, 13333; vgl. auch Maier, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 267 Rn. 66; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 33 Rn. 7.

*Hinweis:* Im Rahmen von sog. schriftlichen Lügen kann grds. eine Strafbarkeit gem. §§ 271, 348 StGB in Betracht kommen,<sup>57</sup> die hier allerdings nicht einschlägig ist.

Eine Strafbarkeit wegen mittäterschaftlich begangener Urkundenfälschung gem. §§ 267 Abs. 1 Var. 1, 25 Abs. 2 StGB kommt daher nicht in Betracht.

Auch eine Strafbarkeit nach §§ 267 Abs. 1 Var. 2, 25 Abs. 2 StGB scheidet deshalb aus, weil T und G keine vorhandenen Urkunden nachträglich verändern, sondern erst gemeinsam überhaupt neue Urkunden herstellen, die schlichtweg nicht der Wahrheit entsprechen (vgl. zuvor).

### III. § 277 StGB (Ausstellen der Impfpässe)

Bei den vorliegenden Impfpässen für Hundewelpen handelt es sich nicht um tatbestandsmäßige Urkunden i.S.d. § 227 StGB (sog. „Gesundheitszeugnisse“), in denen der Gesundheitszustand eines Menschen beschrieben wird. Mangels Gesundheitszeugnisses hat T sich nicht wegen unbefugten Ausstellens von Gesundheitszeugnissen gem. § 277 StGB strafbar gemacht.

### IV. § 275 Abs. 1a, Abs. 2 Var. 1 StGB (Dokumentation nicht durchgeführter Schutzimpfungen in „Blanko“-Impfausweisen)

Indem T Impfpässe an G ausstellte, in denen er nicht durchgeführte Schutzimpfungen eingetragen hatte, könnte er sich aber der Vorbereitung der Herstellung von unrichtigen Impfausweisen gem. § 275 Abs. 1a StGB schuldig gemacht haben.

Dazu müsste T die Herstellung unrichtiger Impfausweise dadurch vorbereitet haben, dass Blanko-Impfausweise manipuliert werden können, indem er mindestens eine Impfung durch Hineinschreiben dokumentierte, die nicht durchgeführt worden ist.

Ohne dass eine Schutzimpfung tatsächlich erfolgte, stellte T „Blanko“-Impfausweise an G aus, in denen er nicht durchgeführte Schutzimpfungen für Hundewelpen dokumentierte und unterzeichnete. Eine Personalisierung erfolgte später durch G. Mithin bereitete T die Herstellung von unrichtigen Impfausweisen durch G vor.

T handelte vorsätzlich im Hinblick auf die Begehung der vorbereiteten Fälschung.

Da er insoweit auch von dem Geschäftsmodell der G profitieren und sich für eine längere Zeit durch die wiederholte wirtschaftliche Gegenleistung (i.H.v. 25 € für jeden ausgehändigten „Blanko“-Impfausweis) eine zusätzliche Einkommensquelle erschließen wollte, handelte T zudem gewerbsmäßig i.S.d. Abs. 2 Var. 1.

*Hinweis:* A.A. sehr gut vertretbar. Insbesondere kann ein angestrebter Gewinn i.H.v. 25 € je „Blanko“-Impfausweis als nicht unerhebliche Einkommensquelle eines Tierarztes durchaus abgelehnt werden.

T handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

T hat sich der Vorbereitung der Herstellung von unrichtigen Impfausweisen gem. § 275 Abs. 1a, Abs. 2 Var. 1 StGB schuldig gemacht.

<sup>57</sup> Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 267 Rn. 17; historisch zur Straflosigkeit schriftlicher Lügen Brockhaus, ZIS 2008, 556.

## V. § 263 Abs. 1 StGB (Ausstellen des „Blanko“-Impfausweis)

Das Ausstellen des „Blanko“-Impfausweis an G stellt keine taugliche Täuschungshandlung gegenüber K dar, weil es an einer intellektuellen Einwirkung auf K unmittelbar durch T fehlt. Die Täuschung wird vielmehr anschließend und unmittelbar durch die bösgläubige G vorgenommen.

*Hinweis:* Diese Prüfung ist nicht naheliegend und daher nicht zwingend erforderlich.

## VI. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB (Ausstellen des „Blanko“-Impfausweises)

T könnte sich wegen mittäterschaftlichen Betrugs gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er G den „Blanko“-Impfausweis zur Täuschung der K ausstellte.

T hat die Täuschungshandlung gegenüber K zwar nicht selbst begangen, sondern G. Möglicherweise kann T das Handeln der G aber über die Grundsätze der Mittäterschaft zugerechnet werden. Das ist dann der Fall, wenn die Voraussetzungen des § 25 Abs. 2 StGB gegeben sind. Hierfür sind grundsätzlich ein gemeinsamer Tatplan und eine gemeinschaftliche Tatausführung erforderlich.<sup>58</sup>

### 1. Gemeinsamer Tatplan

Eine vorherige Absprache zwischen G und T lag (nur) insoweit vor, als T für G „Blanko“-Impfausweise erstellt, in denen er die von der StIKo Vet empfohlenen Schutzimpfungen einträgt, diese unterzeichnet und sie für die weitere Verwendung der G überlässt, welche diese anschließend beliebig ausfüllen und einsetzen konnte.

*Hinweis:* Es ist vertretbar, an dieser Stelle bereits einen hinreichend gemeinsamen Tatplan zu verneinen, weil T zwar Kenntnis vom Geschäftsmodell der G hat, darüber hinaus aber nicht in die weitere Planung involviert ist. Zudem ist für T mangels entgegenstehender Angaben im Sachverhalt zum Erhalt der 25 € nicht entscheidend, ob G tatsächlich zum Betrug ansetzt. Er hat somit am Erfolg des Betruges kein Interesse.

### 2. Gemeinsame Tatausführung

Der Mitwirkungsakt des T (die Ausstellung des „Blanko“-Impfausweises) beschränkt sich lediglich auf das Vorbereitungsstadium; während der eigentlichen Tatausführung war T nicht anwesend. Zwar wird teilweise angenommen, dass auch Handlungen im Vorbereitungsstadium Mittäterschaft begründen können.<sup>59</sup> Als Zentralgestalt des deliktischen Geschehens erscheint T dennoch nicht. Er erhält zwar als Gegenleistung für den ausgestellten „Blanko“-Impfausweis 25 € von G. Dies begründet allerdings noch kein großes Eigeninteresse am Erfolg des Betrugs, insbesondere da es sich um einen vergleichsweise kleinen Anteil handelt. Auch ein „geistiger Kontakt“<sup>60</sup> mit der am Tatort anwesenden G lag nicht vor. Ferner wird das „Beteiligungsminus“ bei der realen Tatausführung auch nicht durch das Gewicht des Tatbeitrags für die Tatverwirklichung und durch die Stellung des Beteiligten im Gesamt-

<sup>58</sup> Statt vieler *Roxin*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 189.

<sup>59</sup> Dazu ausführlich *Rotsch*, *Strafrechtliche Klausurenlehre*, 4. Aufl. 2022, Fall 21 Rn. 120 ff.

<sup>60</sup> *Roxin*, *JA* 1979, 519 (522).

geschehen, etwa durch ein „Plus“ bei der Tatplanung, ausgeglichen.<sup>61</sup> T hatte weder eine organisierende oder planende Funktion inne noch detaillierte Anweisungen für die Tatausführung gegeben.

*Hinweis:* Eine ausführliche Streitdarstellung und Prüfung der Möglichkeit einer Mittäterschaft bei Vornahme bloßer Vorbereitungshandlungen sollte hier nicht vorgenommen werden (Schwerpunktsetzung!). T verfügt weder über einen evidenten von der Rechtsprechung geforderten „Täterwillen“ noch über eine für die Annahme einer funktionalen Tatherrschaft ausreichende Gestaltungsherrschaft. Der Vollständigkeit halber kann dies kurz und im Urteilsstil festgestellt werden.

### 3. Ergebnis

Die Voraussetzungen der Mittäterschaft sind somit nicht erfüllt. Der durch G verwirklichte Betrug gegenüber und zulasten K kann T daher nicht gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden. Eine Strafbarkeit wegen mittäterschaftlichen Betrugs gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB scheidet mithin aus.

### VII. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, Nr. 2 Var. 2, 27 StGB (Ausstellen des „Blanko“-Impfausweises)

T könnte sich durch das Ausstellen des „Blanko“-Impfausweises an G, die diesen für die Verkaufsabwicklung mit K nutzte, einer Beihilfe zum Betrug in einem besonders schweren Fall gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, Nr. 2 Var. 2, 27 StGB schuldig gemacht haben.

#### 1. Objektiver Tatbestand

Die vorsätzlich rechtswidrige Haupttat ist der von G verwirklichte Betrug in einem besonders schweren Fall gem. § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, Nr. 2 Var. 2 StGB gegenüber und zulasten K.

Hierzu müsste T durch das Ausstellen des Impfausweises Hilfe geleistet haben. Die Anforderungen an die Qualität der Hilfeleistung sind umstritten. Während ein Teil der Literatur eine kausale Hilfeleistung verlangt,<sup>62</sup> lässt insbesondere die Rechtsprechung des BGH jeden nur haupttatförderlichen Beitrag genügen;<sup>63</sup> allerdings wird die Ansicht der Literatur insofern relativiert, als sie als kausalen Tatbeitrag einen solchen genügen lässt, „der die Rechtsgutsverletzung ermöglicht oder verstärkt oder die Durchführung der Tat erleichtert oder absichert“<sup>64, 65</sup>.

Ohne Übergabe eines Impfausweises hätte G im Rahmen der Verkaufsabwicklung eine wesentliche Leistung nicht erbringen können und K hätte nach lebensnaher Sachverhaltsauslegung den Kaufvertrag wohl nicht dergestalt abgeschlossen. Die Aushändigung eines Impfausweises an G zur Weiterverwendung für die Verkaufsabwicklung mit K hat daher durchaus entscheidenden Einfluss auf den konkreten Taterfolg; sie erleichtert die Tat nicht nur, sondern ermöglicht sie vielmehr. Die Hilfeleistung durch T war daher nicht nur haupttatförderlich, sondern sogar kausal. Ein Streitentscheid über die Anforderungen an die Qualität der Hilfeleistung ist somit nicht erforderlich.

Eine objektive Hilfeleistung liegt vor.

<sup>61</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 826.

<sup>62</sup> Vgl. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 184.

<sup>63</sup> BGH VRS 8 (1955), 201; BGH VRS 23 (1962), 209; BGH MDR 1967, 173; BGH MDR 1972, 16.

<sup>64</sup> Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 27 Rn. 2.

<sup>65</sup> Dazu Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 2 Rn. 156 m.w.N., der insofern auch von einem „Scheinproblem“ spricht, da Literatur und Rechtsprechung in der Sache stets zu denselben Ergebnissen kämen.

## 2. Subjektiver Tatbestand

Der „Gehilfenvorsatz“<sup>66</sup> muss nicht auf alle Einzelheiten konkretisiert sein, sondern nur die wesentlichen Merkmale des Unrechts der Haupttat erfassen.<sup>67</sup> T ist über das Geschäftsmodell der G informiert. Insoweit handelte er im Wissen, dass die Kunden der G über den Impfstatus der Welpen getäuscht werden sollen, um für einen vermeintlichen Impfschutz mehr Geld zu bezahlen. Folglich handelte T mit *dolus directus* 2. Grades und somit vorsätzlich bezüglich der objektiven Merkmale des Grundtatbestands des § 263 StGB.

Zudem wusste er auch, dass seine Hilfeleistung – das Ausstellen der „Blanko“-Impfausweise – kausal für die Verkaufsabwicklung durch G war. Daher handelte er auch mit *dolus directus* 2. Grades bezüglich seiner Hilfeleistung.

## 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## 4. Straflosigkeit aufgrund „neutraler“ Beihilfe

Fraglich ist, ob T möglicherweise im Ergebnis deshalb nicht wegen Beihilfe zum Betrug bestraft werden kann, weil er mit dem Ausstellen der Impfpässe letztlich nur seine Berufstätigkeit ausgeübt hat. Seine Beihilfehandlung könnte damit eine sog. „neutrale“ Handlung darstellen. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Strafbarkeit in diesem Zusammenhang ausscheidet, ist umstritten.<sup>68</sup>

Die Rechtsfigur der „neutralen Beihilfe“ kommt nach der allgemeinen Theorie von der Sozialadäquanz allerdings überhaupt nur dann in Betracht, wenn die Berufstätigkeit in sozialüblicher Weise ausgeübt wurde. Die willkürliche Ausstellung eines „Blanko“-Impfausweises, ohne das Tier tatsächlich geimpft oder gar gesehen zu haben, stellt allerdings gerade kein sozialübliches Verhalten dar. Zudem war T über das Geschäftsmodell der G informiert und hat es ihr dennoch überlassen, nach Belieben Namen und Datum in die Impfpässe einzutragen. Die Unterstützungshandlung des T weist somit einen eindeutig deliktischen Sinnbezug auf. Eine mögliche Straflosigkeit des T aufgrund „neutraler“ Beihilfe kommt daher nicht in Betracht.

## 5. Strafzumessung

Bei der Gewerbsmäßigkeit handelt es sich um ein täterbezogenes (strafschärfendes persönliches) Merkmal i.S.v. § 28 Abs. 2 StGB. Möglicherweise wird daher die limitierte Akzessorietät zur Haupttat durchbrochen. Nach § 28 Abs. 2 StGB tritt eine Strafschärfung durch besondere persönliche Merkmale nur bei dem Beteiligten ein, bei dem sie vorliegen. Andernfalls wird § 28 Abs. 2 StGB analog angewendet.

---

<sup>66</sup> Zum – unsinnigen – Begriff des „doppelten Gehilfenvorsatzes“ vgl. *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 2 Rn. 114.

<sup>67</sup> *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 27 Rn. 7; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2021, § 42 Rn. 29; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 1091.

<sup>68</sup> Dazu ausführlich *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 3 Rn. 92 ff.

*Hinweis:* Eine analoge Anwendung<sup>69</sup> ist deshalb erforderlich, weil sich § 28 (Abs. 2) StGB auf besondere persönliche Merkmale<sup>70</sup> bezieht. Ratio des § 28 StGB ist folglich die Zurechnung von Tatbestandsmerkmalen.<sup>71</sup> Der Tatbestand bleibt jedoch durch Regelbeispiele, die nach h.M. Strafzumessungsregeln darstellen,<sup>72</sup> unberührt.

Eine analoge Anwendung verstößt auch nicht gegen das Analogieverbot (*nulla poena sine lege*) i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB, da diese Analogie nicht zu Lasten des T ginge.

T müsste also auch selbst gewerbsmäßig gehandelt haben. Da T weiß, dass G den Betrug zu Lasten der Kunden über längere Dauer wiederholt und er selbst als Gegenleistung für jeden „Blanko“-Impfausweis 25 € von G erhält, handelt auch er gewerbsmäßig. Die Akzessorietät zur Haupttat wird insofern nicht durchbrochen.

*Hinweis:* Auch hier gilt hinsichtlich der Annahme von gewerbsmäßigem Handeln des T wieder: A.A. sehr gut vertretbar (siehe oben).

T müsste bei seinem Handeln mit *dolus directus* 2. Grades davon ausgehen, durch sein fortgesetztes Vorgehen eine Vielzahl von Personen hinsichtlich ihrer Vermögenswerte zu gefährden. T wusste, dass G die Impfpässe zum Verkauf von Welpen an möglichst viele Kunden verwendet. Er wusste auch, dass G täuschungsbedingt einen Pauschalbetrag für den vermeintlichen Impfstatus abkassiert. Insofern wusste T, dass er durch fortgesetztes Vorgehen eine Vielzahl von Personen hinsichtlich ihrer Vermögenswerte i.S.d. § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 2 StGB gefährdete.

## 6. Ergebnis

T hat sich wegen Beihilfe zum Betrug in einem besonders schweren Fall gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, Nr. 2 Var. 2, 27 StGB strafbar gemacht.

### C. Konkurrenzen und Ergebnis 1. Tatkomplex

G hat sich wegen Betruges in einem besonders schweren Fall gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, Nr. 2 Var. 2 StGB (Verkauf eines nicht reinrassigen und nicht geimpften Welpen) sowie einer Urkundenfälschung in einem besonders schweren Fall gem. § 267 Abs. 1 Var. 1, Var. 3, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB (Ausdrucken und Aushändigen eines „neuen“ Ahnennachweises) schuldig gemacht. Betrug und Urkundenfälschung stehen zueinander in Tateinheit gem. § 52 StGB. Zudem hat sie sich dazu in Tatmehrheit nach § 53 StGB gem. § 275 Abs. 1a, Abs. 2 Var. 1 StGB (Sich-Verschaffen von „Blanko“-Impfausweisen) schuldig gemacht. G hat sich somit gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1

<sup>69</sup> BGHSt 23, 254 (256 f.); 26, 104 (105); 33, 370 (373); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 46 Rn. 16; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 28 Rn. 29; Maiwald, NSTz 1984, 433 (439).

<sup>70</sup> Zum Begriff der besonderen persönlichen Merkmale vgl. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 23 ff.

<sup>71</sup> Maiwald, NSTz 1984, 433 (438).

<sup>72</sup> BGHSt 26 104 (105); 33, 370 (373); OLG Köln, Beschl. v. 23.5.2003 – Ss 202/03 = NSTz-RR 2003, 298; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 46 Rn. 7, 11; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 3 Rn. 1; a.A. Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 289 i.V.m. § 243 Rn. 3; Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 134 („Übergangsform zwischen Strafzumessungsgründen und tatbestandlichen Abwandlungen“).

Var. 1, Nr. 2 Var. 2; § 267 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1; 52; § 275 Abs. 1a, Abs. 2 Var. 1; 53 StGB strafbar gemacht.

T hat sich wegen Beihilfe zum Betrug in einem besonders schweren Fall gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, Nr. 2 Var. 2, 27 StGB (Ausstellen des „Blanko“-Impfausweises) sowie der Vorbereitung der Herstellung von unrichtigen Impfausweisen gem. § 275 Abs. 1a, Abs. 2 Var. 1 StGB (Dokumentation nicht durchgeführter Schutzimpfungen in „Blanko“-Impfausweisen) schuldig gemacht. Diese stehen zueinander in Tateinheit i.S.d. § 52 StGB. T hat sich folglich gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, Nr. 2 Var. 2, 27; § 275 Abs. 1a; 52 StGB strafbar gemacht.

## 2. Tatkomplex: Der Biss in die Wade

### A. Strafbarkeit der K

#### I. § 212 Abs. 1 StGB (Anstacheln von Claus)

Mangels Tötungsvorsatzes i.S.d. § 15 StGB hat K sich nicht wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem sie Claus anstachelte, N anzugreifen.

#### II. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB (Anstacheln von Claus)

K könnte sich durch dieselbe Handlung aber einer gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1, 2 und 5 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Grunddelikt i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB

K müsste N körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben.

##### aa) Körperliche Misshandlung

Eine körperliche Misshandlung ist jede üble und unangemessene Behandlung, die die körperliche Unversehrtheit und das körperliche Wohlbefinden einer anderen Person mehr als nur unerheblich beeinträchtigt.<sup>73</sup>

Ein Hundebiss in die Wade stellt eine üble und unangemessene Behandlung dar, welche Schmerzen verursacht, die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigen.

##### bb) Gesundheitsschädigung

Außerdem könnte K den N auch an der Gesundheit geschädigt haben.

*Hinweis:* Aus dem Gesetzeswortlaut („oder“) ergibt sich, dass sowohl die körperliche Misshandlung wie auch die Gesundheitsschädigung für sich allein den objektiven Tatbestand erfüllen können. Allerdings handelt es sich nicht um Alternativen, sondern um Varianten. Unsauber ist es daher, von

<sup>73</sup> Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 223 Rn. 3; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 210.

Alternativen zu sprechen. Zudem sind auch Formulierungen zu vermeiden, die eine Kumulation verlangen (wie z.B. „Außerdem/Zudem müsste [...]“). Umgekehrt sind aber dennoch beide Varianten zu prüfen, weil ein umfassendes Gutachten zu erstellen ist.

Eine Gesundheitsschädigung ist in jedem Hervorrufen, Steigern oder Verlängern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden krankhaften Zustandes zu sehen.<sup>74</sup>

N erleidet eine Bisswunde, folglich eine Substanzverletzung, die einen vom körperlichen Normalzustand nachteilig abweichenden krankhaften Zustand darstellt. Im Folgemonat kommt es zudem zu Kopfschmerzen, Fieber sowie Kribbelgefühlen in der Nähe der Bisswunde als Symptome einer Tollwuterkrankung.

*Hinweis:* Bei einer solchen handelt es sich um eine gefährliche Infektionskrankheit, die unbehandelt binnen kürzester Zeit zum Tod führen kann. Insofern ist mit der gängigen Rechtsprechung zu gefährlichen Infektionskrankheiten<sup>75</sup> bereits mit der erfolgreichen Übertragung (und somit schon vor Ausbruch) ein Körperverletzungserfolg in Form der Abweichung vom Normalzustand (Gesundheitsschädigung) anzunehmen. Darauf kommt es hier jedoch letztlich nicht an, weil mit der Bisswunde bereits unmittelbar eine deutliche Gesundheitsschädigung eingetreten ist.

### cc) Kausalität und objektive Zurechenbarkeit

Um K die Erfolge zurechnen zu können, müssten diese kausal auf ihrem Verhalten beruhen und ihr objektiv zurechenbar sein.

Hätte K Claus nicht angestachelt, dann hätte dieser N nicht in die Wade gebissen. Das Handeln der K war daher kausal.

Zudem setzte K durch das Aufhetzen die rechtlich missbilligte Gefahr, dass die körperliche Unversehrtheit des N verletzt wird. Gerade diese Gefahr realisierte sich auch in der körperlichen Misshandlung (Biss) und der Gesundheitsschädigung (die daraus resultierende Wunde) des N. Folglich sind die Erfolge der K auch objektiv zurechenbar.

### b) Qualifikation i.S.d. § 224 Abs. 1 StGB

Diese Körperverletzung könnte gem. § 224 Abs. 1 StGB qualifiziert sein.

#### aa) Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen

In Betracht kommt zunächst die Tollwuterkrankung als Beibringung von Gift oder anderer gesundheitsschädlicher Stoffe gem. § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

#### (1) Gift oder anderer gesundheitsschädlicher Stoff

Gift ist jeder organische oder anorganische Stoff, der durch chemische oder physikalisch-chemische Reaktionen geeignet ist, die menschliche Gesundheit zu beeinträchtigen. Andere gesundheitsschädliche Stoffe sind solche Substanzen, die mechanisch, thermisch oder biologisch-physiologisch wirken.<sup>76</sup>

<sup>74</sup> Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 223 Rn. 7.

<sup>75</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 4.11.1988 – 1 StR 262/88 = NJW 1989, 781 (783); BGH, Urt. v. 12.10.1989 – 4 StR 318/89 = NJW 1990, 129 (129); BGH, Urt. v. 18.10.2007 – 3 StR 248/07 = NStZ 2009, 34 (35).

<sup>76</sup> Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 224 Rn. 2; Wessels/Hettinger/

Zunächst ist zu klären, ob Viren *überhaupt* Stoffe i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB sein können, bevor sie sodann als Gift oder anderer gesundheitsschädlicher Stoff eingeordnet werden können.

Eine Qualifizierung als Stoff sei deshalb fragwürdig, weil sog. „belebte Partikel“ nicht unter den Stoffbegriff fielen, der gerade nur unbelebte Substanzen erfasse.<sup>77</sup> Im Gegensatz zu Bakterien können sich Viren zwar nicht selbst fortpflanzen, weshalb sie nach biologischen Kriterien nicht als „lebend“ angesehen werden können. Allerdings werden Viren wegen ihrer parasitenähnlichen Nutzung anderer Zellen zur Vermehrung als „dem Leben nahestehend“<sup>78</sup> bezeichnet. Auch teleologische Gründe für einen Ausschluss als Tatmittel sind nicht ersichtlich.<sup>79</sup> Vielmehr könnten lebendig bzw. lebendig artige Substanzen gefährlicher sein als unbelebte, da sie in ihrer Wirkweise unkontrollierbarer sind – ähnlich einem gemeingefährlichen Mittel i.S.d. § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 2 StGB, welches zumindest auch aufgrund seiner Unkontrollierbarkeit eine Strafschärfung mit sich bringt. Folglich sind Viren Stoffe i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

Fraglich ist nun, ob sie unter Gift (Var. 1) oder unter einen anderen gesundheitsschädlichen Stoff (Var. 2) zu subsumieren sind.

Für Letzteres spricht die Tatsache, dass es sich bei einer Tollwutinfektion um eine Infektion mit Viren handelt, die – wie jeder Virus – zellverändernd und somit biologisch wirkt.

Die Vermehrung der Viren erfolgt jedoch auf molekularer Ebene, indem sich die Partikel an die Körperzelle binden, die Zelle öffnen und ihr Erbgut dort ablegen. Zudem verändern sie die Körperzellen so, dass diese gezwungen sind, neue Viren herzustellen. Auch dies stellt letztlich einen chemischen Vorgang dar.

Allerdings legt der natürliche Sprachgebrauch bei Krankheitserregern wie Viren eher nicht die Bezeichnung als „Gift“ nahe. Würde man zudem jede biologische Wirkung auf die Teilchenebene – die chemische Wirkung – zurückführen, wäre kein Raum mehr für den gesetzgeberischen Willen zweier Varianten.

Somit sprechen die besseren Gründe dafür, Viren – mit der h.M.<sup>80</sup> – als gesundheitsschädlichen Stoff i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB einzuordnen.

*Hinweis:* Ob Viren durch die Bearbeiter letztlich als Gift oder als gesundheitsschädlicher Stoff eingeordnet werden, ist für das Ergebnis nicht relevant, vgl. auch *Rengier*, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 14 Rn. 9. Die Frage sollte zumindest kurz aufgeworfen und diskutiert werden, kann aber auch mit der (umstrittenen) Verweisung auf den ohnehin fehlenden Vorsatz offengelassen werden. Zum Springen im Gutachten vgl. *Rotsch*, *Strafrechtliche Klausurenlehre*, 4. Aufl. 2022, Fall 1 Rn. 93.

---

*Engländer*, *Strafrecht*, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 221.

<sup>77</sup> *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 224 Rn. 18; *Kraatz*, *Arztstrafrecht*, 3. Aufl. 2023, Rn. 95.

<sup>78</sup> *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 224 Rn. 14.

<sup>79</sup> *Hotz*, *NStZ* 2020, 320 (324).

<sup>80</sup> *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 9; *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 9; *Rengier*, *ZStW* 111 (1999), 1 (9); *Wessels/Hettinger/Engländer*, *Strafrecht*, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 221; krit. wegen Lebeweseneigenschaft *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 224 Rn. 18; ablehnend *Kraatz*, *Arztstrafrecht*, 3. Aufl. 2023, Rn. 95 sowie (noch) *Knauer*, *AIFO* 1994, 303, aber klarstellend *Knauer*, *GA* 1998, 428 (433 Fn. 30). Zur Einordnung des HI-Virus als gesundheitsschädlicher Stoff *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 8 bzw. als Gift *Kraatz*, *Arztstrafrecht*, 3. Aufl. 2023, Rn. 95. Zur Einordnung des Corona-Virus als Gift: *Hotz*, *NStZ* 2020, 320 (324 Fn. 50), bezogen auf „Krankheitserreger“ *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 224 Rn. 9.

## (2) Beibringen

Durch den Hundebiss ist der Virus in das Körperinnere des N, wo er seine gesundheitsschädigende Wirkung auf den Körper entfalten kann, gelangt und wurde somit beigebracht<sup>81</sup>.

Die Körperverletzung ist folglich gem. § 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB qualifiziert.

### bb) Mittels eines gefährlichen Werkzeugs

Zudem kommt eine Qualifikation nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB in Betracht.

#### (1) Gefährliches Werkzeug

Dazu müsste es sich bei Claus um ein gefährliches Werkzeug handeln.

Ein gefährliches Werkzeug ist jeder Gegenstand, der bei der konkreten Art der Benutzung und des Körperteils, gegen den er gewendet wird, geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen.<sup>82</sup>

Claus ist zwar ein Tier. Es ist jedoch unstreitig, dass auch Tiere als gefährliche Werkzeuge i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB fungieren können, wenn sie durch den Willen des Täters gesteuert auf einen Menschen gehetzt und instrumentalisiert werden.<sup>83</sup> Grund dafür ist vor allem der Gesetzeszweck, besonders gefährliche Vorgehensweisen schärfer zu bestrafen als einfache Körperverletzungen.<sup>84</sup> „Ob der Täter den Angriff auf einen anderen Menschen mit einem toten Gegenstand durch Aufwendung eigener körperlicher Kraft ausführt oder ob er lediglich seinen Willen einsetzt, um die Verletzung eines anderen herbeizuführen, indem er ein infolge seiner Veranlagung oder Abrichtung zum Angriff auf Menschen bereites Tier veranla[ss]t, sein Opfer anzufallen, anstatt den Überfall selbst körperlich auszuführen[...] kann an der Beurteilung nichts ändern, da das Tier zu eigener freier Willensentscheidung nicht fähig ist und mithin von ihm ähnlich wie von einem toten Gegenstand Gebrauch gemacht wird. Der Täter benutzt das Tier in diesem Fall als Werkzeug.“<sup>85</sup>

Es bleibt jedoch notwendig, dass das Werkzeug nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Benutzung zu einem gefährlichen Werkzeug gemacht wird.<sup>86</sup>

Als N die beiden passierte und Claus sich plötzlich ungewohnt aggressiv verhielt, gab K ihrem Ärger nach und stachelte Claus an, N anzugreifen. Sie hetzte ihn somit bewusst auf N und instrumentalisierte ihn somit zu ihrem Zweck. In der konkreten Situation war Claus aufgrund seiner Aggressivität und der damit einhergehenden Unkontrollierbarkeit auch dazu geeignet, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. Folglich handelt es sich bei Claus um ein gefährliches Werkzeug.

#### (2) „Mittels“

Damit die Körperverletzung aber auch mittels eines gefährlichen Werkzeugs begangen wurde, muss K unmittelbar durch Claus auf den Körper des N eingewirkt haben.<sup>87</sup>

---

<sup>81</sup> Vgl. Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 24. Aufl. 2023, § 14 Rn. 19; Wessels/Hettinger/Engländer, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, 47. Aufl. 2023, Rn. 223.

<sup>82</sup> Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 14.

<sup>83</sup> BGH NJW 1960, 1022 (1023); OLG Hamm NJW 1965, 164 (165); Eschelbach, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 224 Rn. 30; ausführl. Hilgendorf, ZStW 112 (2000), 811 (816 f.); anders noch mangels *mechanischer* Einwirkung RGSt 8, 315 (316). Zum Unterlassen des Zurückpfeifens eines bissigen Hundes vgl. Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023 § 224 Rn. 21 Fn. 186 m.w.N.

<sup>84</sup> BGH NJW 1960, 1022 (1023).

<sup>85</sup> BGH NJW 1960, 1022 (1023).

<sup>86</sup> BGH NJW 1960, 1022 (1023).

<sup>87</sup> Vgl. Wessels/Hettinger/Engländer, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, 47. Aufl. 2023, Rn. 232.

K hat Claus auf N gehetzt, ihn dadurch zu einem gefährlichen Werkzeug instrumentalisiert und somit gerade als Mittel zur Körperverletzung eingesetzt.

### (3) Zwischenergebnis

K hat die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs begangen.

#### cc) Mittels eines hinterlistigen Überfalls

Zwar handelt es sich bei der Attacke um einen Angriff auf N, dessen dieser sich nicht versieht und somit um einen Überfall.<sup>88</sup> Allerdings handelt K nicht in einer ihre wahren Absichten planmäßig verdeckenden Weise, sondern aus ihrer Verärgerung heraus und daher nicht hinterlistig.<sup>89</sup> Das bloße Ausnutzen eines Überraschungsmoments genügt zur Annahme einer Hinterlist gerade nicht.<sup>90</sup>

*Hinweis:* Falls die Bearbeiter den hinterlistigen Überfall nicht erwähnen, soll dies zu keinem Punktabzug führen. Diejenigen, die ihn prüfen, sollten dies in der gebotenen Kürze tun.

#### dd) Mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung

Allerdings könnte die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen worden sein. Dabei muss nicht der Körperverletzungserfolg lebensgefährdend sein, sondern lediglich die Handlung.<sup>91</sup>

Nach einer Auffassung ist eine Begehungsweise, die nach den Umständen des konkreten Falles, wie der Art, Dauer und Stärke der Einwirkung, objektiv generell geeignet ist, das Opfer in Lebensgefahr zu bringen (sog. abstrakte Lebensgefahr) ausreichend.<sup>92</sup> Eine andere fordert eine konkrete Lebensgefahr.<sup>93</sup>

Zwar ist ein Hundebiss in die Wade wohl nicht generell geeignet, einen erwachsenen Menschen in Lebensgefahr zu bringen. Bei der Beurteilung ist jedoch der weitere Umstand zu berücksichtigen, dass es sich hier um einen tollwutinfizierten Hund handelt. Eine Tollwutinfektion endet ohne entsprechende prä- oder postexpositionelle Maßnahmen tödlich. Der Angriff durch ein mit Tollwut infiziertes Tier ist daher objektiv generell geeignet, das Opfer in Lebensgefahr zu bringen. Da N sich auch konkret in Lebensgefahr befand, kann ein Streitentscheid dahinstehen.

*Hinweis:* Der Auffassung, die eine konkrete Lebensgefahr fordert, wäre deshalb nicht zu folgen, weil eine klare Grenzziehung zwischen § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB und §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Var. 1 StGB kaum möglich wäre.<sup>94</sup> Gegen das Erfordernis einer konkreten Lebensgefahr spricht auch, dass bei

<sup>88</sup> Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 14 Rn. 44.

<sup>89</sup> BGH, *Beschl. v. 15.7.2003 – 1 StR 249/03 = NStZ 2004, 93*; *Kindhäuser/Schramm*, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 9 Rn. 16; Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 14 Rn. 44.

<sup>90</sup> BGH *NStZ 2005, 97*; BGH *NStZ 2007, 702*; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 224 Rn. 10.

<sup>91</sup> *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 224 Rn. 12.

<sup>92</sup> BGHSt 2, 160 (163); 36, 1 (9); BGH *NStZ-RR 2017, 224 (225)*; Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 14 Rn. 50; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 224 Rn. 12; Wolters, in: *SK-StGB*, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 224 Rn. 36.

<sup>93</sup> *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: *NK-StGB*, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 28; *Stree*, *Jura* 1980, 281 (291 f.).

<sup>94</sup> Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 14 Rn. 50.

den Beratungen zum 6. StRG gerade eine solche nicht für erforderlich gehalten wurde.<sup>95</sup>

Der Hundebiss und die dadurch unmittelbar erfolgte Infektion mit dem Tollwutvirus erfüllen bereits den Tatbestand der Körperverletzung i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB.<sup>96</sup> Demnach wurde der konkrete Körperverletzungserfolg auch *mittels* der das Leben gefährdenden Behandlung bewirkt und ist nicht erst als deren mittelbare Folge eingetreten.<sup>97</sup>

Die Körperverletzung(shandlung) der K wurde folglich mittels einer lebensgefährdenden Behandlung begangen.

### c) Zwischenergebnis

K hat N mittels eines gesundheitsschädlichen Stoffs (Nr. 1 Var. 2), eines gefährlichen Werkzeugs (Nr. 2 Var. 2) und einer lebensgefährdenden Behandlung (Nr. 5) kausal und objektiv zurechenbar körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt.

## 2. Subjektiver Tatbestand

K müsste vorsätzlich i.S.d. § 15 StGB hinsichtlich sämtlicher objektiven Tatbestandsmerkmale – auch derjenigen der Qualifikation – gehandelt haben.

K wusste, dass N durch den aufgehetzten Claus verletzt werden könnte; dass sie keine konkrete Vorstellung davon hatte, in welches Körperteil Claus den N beißt, ist unschädlich. Entscheidend ist nur, dass K es zumindest billigend in Kauf genommen hat, N kausal und objektiv zurechenbar an der Gesundheit zu schädigen und körperlich zu misshandeln. Aus ihrem Ärger und bewussten Anstacheln zum Angriff kann sogar auf eine gezielte Absicht, N körperlich zu verletzen, geschlossen werden. Sie handelte folglich mit *dolus directus* 1. Grades im Hinblick auf die objektiven Tatbestandsmerkmale des § 223 Abs. 1 StGB.

Zudem war K auch bewusst, dass sie Claus als Mittel zu einer Körperverletzung instrumentalisiert und durch das Anstacheln des bereits ungewöhnlich aggressiven Claus eine gesteigerte Gefahr schuf, dass dieser bei N erhebliche Verletzungen hervorruft. Insofern weist sie nicht nur Vorsatz bezogen auf die Nutzung eines gefährlichen Werkzeugs<sup>98</sup>, sondern sogar den z.T.<sup>99</sup> einschränkend geforderten Herrschaftswillen auf.

Allerdings hatte K keine Kenntnis darüber, dass Claus mit Tollwut infiziert ist. Somit fehlte es ihr an dem kognitiven Element bezogen auf den gesundheitsschädlichen Stoff sowie auf die das Leben gefährdende Behandlung.

## 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

K handelte rechtswidrig und schuldhaft.

---

<sup>95</sup> BT-Drs. 13/8587, S. 83.

<sup>96</sup> Bezogen auf den HI-Virus *Kraatz*, *Arztstrafrecht*, 3. Aufl. 2023, Rn. 95.

<sup>97</sup> Zum Verständnis des Wortes „mittels“ *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 224 Rn. 21.

<sup>98</sup> Dass sie Claus nicht unter den Begriff „gefährliches Werkzeug“ subsumieren könnte, stellte einen unbeachtlichen Subsumtionsirrtum dar und wäre daher irrelevant.

<sup>99</sup> *Hilgendorf*, ZStW 112 (2000), 811 (817).

#### 4. Ergebnis

K hat sich einer gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB schuldig gemacht.

#### III. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 227 Abs. 1 StGB (Anstacheln von Claus)

Zudem könnte sich K durch dieselbe Handlung einer gefährlichen Körperverletzung mit Todesfolge gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 227 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

##### 1. Grunddelikt

Ein taugliches Grunddelikt liegt gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB vor.

##### 2. Eintritt des qualifizierenden Erfolgs: Tod der verletzten Person

N ist verstorben.

##### 3. Kausalität

Der qualifizierende Erfolg müsste kausal auf dem Verhalten der K beruhen.

Das Aufhetzen von Claus durch K kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass die Tollwutinfektion und somit der Tod des N entfällt (siehe oben). Damit war das Verhalten der K auch ursächlich für die schwere Folge.

##### 4. Spezifischer Gefahrzusammenhang

Aufgrund der massiven Straferhöhung des § 227 Abs. 1 StGB („Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren“) im Vergleich zu der sonst anzunehmenden Idealkonkurrenz von § 223 und § 222 StGB ist bloße Kausalität zwischen Grunddelikt und schwerer Folge nicht ausreichend. Vielmehr bedarf es eines engen normativen Zusammenhangs:<sup>100</sup> Es muss sich gerade die dem Grunddelikt anhaftende spezifische Gefahr im Tod des N verwirklicht haben.

Fraglich ist, was den für die Beurteilung der spezifischen Gefahr entscheidenden Anknüpfungspunkt des Grunddelikts darstellt.

Die herrschende Auffassung versteht unter dem Begriff der Körperverletzung nicht nur die „Körperverletzung im engen Sinne“, also den Körperverletzungserfolg, sondern auch die Körperverletzungshandlung, also den gesamten Vorgang der Körperverletzung einschließlich des Erfolgs<sup>101</sup>.

Teilweise wird aber verlangt, dass die spezifische Gefahr sich unmittelbar aus der Art und Schwere des eingetretenen Körperverletzungserfolgs entwickelt<sup>102</sup> (sog. Letalitätslehre). Dafür müsste sich die gerade einem *tollwütigen* Hundebiss eigentümliche Gefahr unmittelbar im tödlichen Ausgang niedergeschlagen haben.<sup>103</sup> Ein anderer Teil knüpft zwar ebenfalls ausschließlich an den Erfolg

<sup>100</sup> Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 227 Rn. 3; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 227 Rn. 3.

<sup>101</sup> vgl. BGH NStZ 1997, 341; Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 6 Rn. 50 f.

<sup>102</sup> Hardtung, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 227 Rn. 11; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 227 Rn. 2a; Küpper, in: FS Hirsch, 1999, S. 615 (621, 629); Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 115.

<sup>103</sup> BGH NStZ 1983, 21; BGH NJW 1995, 3194.

an, lässt es aber hingegen genügen, dass dieser mitursächlich im Sinne eines notwendigen Durchgangsstadiums für den Eintritt der schweren Folge war (sog. Lehre von der Durchgangskausalität).<sup>104</sup> Insofern wird auf dessen spezifische unmittelbare Gefährlichkeit verzichtet.

Während die Körperverletzungshandlung in dem Anstacheln von Claus durch K zu sehen ist, realisiert sich der Körperverletzungserfolg zum einen in der Bisswunde und zum anderen in der damit einhergehenden Tollwutinfektion. Eine solche Infektion endet ohne entsprechende postexpositionelle Maßnahme innerhalb von sieben bis zehn Tagen nach dem Auftreten der ersten Symptome tödlich, sodass die durch den Hundebiss erfolgte Infektion nicht nur kausal für den Tod des N war, sondern sich gerade die einem tollwutinfiziertem Hundebiss immanente Gefahr im Tod des N realisiert. Daher besteht bereits zwischen Körperverletzungserfolg und Todeseintritt ein gefahrspezifischer Zusammenhang, sodass ein Streitentscheid über den Anknüpfungspunkt vorliegend obsolet ist.

*Hinweis:* Eine Streitentscheidung hat daher zu unterbleiben. Besondere Relevanz entfaltet der Streit in den Fällen, in denen es nur zum Versuch einer Körperverletzung gekommen ist. Die Positionierung ist dort entscheidend dafür, ob ein sog. erfolgsqualifizierter Versuch überhaupt möglich (und somit strafbar) ist.<sup>105</sup>

Dieser gefahrspezifische Zusammenhang wird auch nicht etwa dadurch unterbrochen, dass N sich mangels Tollwutimpfung eigenverantwortlich selbst gefährdete. Eine solche Impfung ist gerade nicht verpflichtend und wird vom RKI nur für Menschen vor Reisen in Tollwut-Endemiegebiete sowie für Personen mit beruflichem oder sonstigem engem Kontakt zu Fledermäusen oder bei Labortätigkeit mit Tollwutviren empfohlen.

## 5. Fahrlässige Verursachung der schweren Folge, § 18 StGB

Gem. § 18 StGB müsste K hinsichtlich des Todes des N mindestens Fahrlässigkeit zur Last fallen. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei objektiver Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit außer Acht lässt.<sup>106</sup>

### a) Objektive Sorgfaltswidrigkeit

Einen – auch gesunden – Hund gegen einen Menschen aufzuhetzen, verstößt gegen das allgemeine Gebot, Mitmenschen keinen Schaden zuzufügen. K handelte folglich objektiv sorgfaltswidrig.

### b) Objektive Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit

Objektiv vorhersehbar ist, was eine objektive Maßstabsfigur, d.h. ein besonnener und gewissenhafter Mensch in der konkreten Lage,<sup>107</sup> unter den jeweils gegebenen Umständen aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung in Rechnung stellen würde.<sup>108</sup>

<sup>104</sup> Vgl. Puppe, Die Erfolgszurechnung im Strafrecht, 2000, S. 220 ff.

<sup>105</sup> Sowada, Jura 2003, 549 (552 Fn. 35).

<sup>106</sup> Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 1 Rn. 68.

<sup>107</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 1118.

<sup>108</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 1119.

Fraglich ist, ob für die Vorhersehbarkeit nicht schon auf den Hundebiss als solchen – d.h. ohne Berücksichtigung der Tollwut – abzustellen ist. Dabei gilt es aber, zu sehen, dass bereits nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass ein Hundebiss stets zum Tod führt. Auch („normale“) Hundebisse können durchaus Infektionen verursachen, die zum Tod des Gebissenen führen, oder lebensnotwendige Organe oder Arterien bzw. Venen verletzen. Ob ein solches Risiko droht, ist jedoch an den konkreten Umständen des Einzelfalles (z.B. Hundart, Ort und Intensität des Bisses, Gesundheit des Hundes, Konstitution des Menschen) festzumachen. Gerade aus diesen Gründen kann auch die Tollwütigkeit des Hundes für die Beurteilung der Vorhersehbarkeit im konkreten Einzelfall nicht unberücksichtigt bleiben.

Die angesprochene Maßstabsfigur muss daher gerade die *konkrete Lage* und somit auch die Tollwütigkeit des Hundes erfasst haben. Ein objektiver Dritter aus dem Verkehrskreis der K, namentlich ein besonnener und gewissenhafter Hundehalter, darf sich grundsätzlich auf die Richtigkeit eines von einem Tierarzt ausgestellten Impfausweises verlassen. Es ist daher nicht objektiv vorhersehbar, dass ein Hund entgegen den Angaben in seinem Impfausweis nicht gegen Tollwut geimpft ist und somit möglicherweise tollwütig sein kann. Folglich ist schon die Infektion des Hundes und daher erst recht der Todeserfolg aufgrund einer übertragenen Tollwutinfektion nicht objektiv vorhersehbar.

*Hinweis:* Vertretbar ist es auch, entsprechend einer Literaturansicht<sup>109</sup> auf eine „doppelte Prüfung“ der Fahrlässigkeit zu verzichten und diese ausschließlich subjektiv in der Schuld zu prüfen, vgl. *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 1 Rn. 69. Wird mit der noch h.M. jedoch eine „doppelte Prüfung“ bevorzugt, ist darauf zu achten, dass die objektive Fahrlässigkeit anhand eines überindividuellen Maßstabs bestimmt werden muss. Ausführungen über das Wissen(müssen) der K sind hier gerade nicht zu erwähnen.

### c) Zwischenergebnis

K hat den Tod des N nicht i.S.d. § 227 StGB durch die gefährliche Körperverletzung fahrlässig verursacht.

## 6. Ergebnis

K hat sich nicht wegen gefährlicher Körperverletzung mit Todesfolge gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 227 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### IV. § 222 StGB (Anstacheln des Claus)

Eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB scheidet (ebenfalls) an der fehlenden objektiven Fahrlässigkeit (siehe oben).

## B. Strafbarkeit der G

### I. § 222 StGB und § 229 StGB (Angabe, Claus sei geimpft)

G kommunizierte gegenüber K wahrheitswidrig, dass Claus geimpft sei. Zwar besteht keine Pflicht,

---

<sup>109</sup> Freund/Rostalski, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 5 Rn. 16 ff.

sondern lediglich eine Empfehlung zur Vornahme einer Tollwutimpfung bei Hunden. Ein objektiv sorgfaltsgemäß handelnder Hundezüchter würde jedoch insbesondere in Anbetracht der Ansteckungsrisiken wahrheitsgemäße Aussagen treffen. Eine Ansteckung auch für Menschen ist wohl vorhersehbar und durch richtige Angaben und entsprechende Maßnahmen auch vermeidbar. Insoweit handelte G objektiv sorgfaltswidrig. Der eingetretene Erfolg muss aber gerade auf dem Pflichtverstoß des Täters beruhen. Dies wäre möglicherweise dann noch der Fall, wenn Claus ohne menschliche Einwirkung einen anderen Menschen gebissen hätte. Eine hinzukommende Pflichtverletzung Dritter – wie die Instrumentalisierung von Claus durch K (vgl. oben A. II. b) bb)) – kann G allerdings nicht mehr zugerechnet werden. Somit scheidet auch eine Zurechnung des konkret eingetretenen Erfolgs aus, sodass G nicht wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB sowie wegen fahrlässiger Körperverletzung gem. § 229 StGB durch die Angabe, Claus sei geimpft, strafbar ist.

*Hinweis:* Eine Strafbarkeit der G aufgrund eines Vorsatzdeliktes (Totschlag bzw. gefährliche Körperverletzung mit Todesfolge [ggfs. in mittelbarer Täterschaft]) scheiterte ebenfalls bereits an der objektiven Zurechnung. Zu denken wäre dann an einen versuchten Totschlag oder eine versuchte gefährliche Körperverletzung mit Todesfolge. Mangels Kenntnis von der Situation konnte G nicht billigend in Kauf genommen haben, dass K Claus aufstachelt, und so nicht entschlossen gewesen sein, sie als Werkzeug zu nutzen. Mangels entsprechender Angaben im Sachverhalt kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass G billigend in Kauf nahm, dass die ungeimpften Hunde anderen Menschen verletzen.

## II. §§ 222, 13 Abs. 1 StGB und §§ 229, 13 Abs. 1 StGB (Nicht-Impfung)

Auch eine Anknüpfung daran, dass G die Impfung nicht veranlasst hat (Unterlassen), ändert an der Beurteilung der – mangelnden – objektiven Zurechnung nichts.

## C. Konkurrenzen und Ergebnis 2. Tatkomplex

§ 223 Abs. 1 StGB tritt im Wege der Spezialität hinter § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB zurück. K hat sich folglich wegen gefährlicher Körperverletzung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB (Anstacheln von Claus) strafbar gemacht.

G ist im zweiten Tatkomplex straflos.

## Gesamtergebnis

G hat sich gem. § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, Nr. 2 Var. 2; § 267 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1; § 52; § 275 Abs. 1a, Abs. 2 Var. 1; § 53 StGB strafbar gemacht.

T hat sich gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, Nr. 2 Var. 2, 27; § 275 Abs. 1a; § 52 StGB strafbar gemacht.

K hat sich gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

## Entscheidungsbesprechung

BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22<sup>1</sup>

### Vergütung einer Hochzeitsfotografin trotz coronabedingter Verlegung des Hochzeitstermins – zum Vorrang der ergänzenden Vertragsauslegung und den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage in der zivilrechtlichen Prüfung

1. Verpflichtet sich eine Fotografin zur fotografischen Begleitung einer kirchlichen Hochzeit und der sich anschließenden Feier, wird die geschuldete Leistung nicht deshalb unmöglich, weil die vom Brautpaar mit 104 Gästen geplante Hochzeit und Feier aufgrund der Beschränkungen durch eine Corona-Schutzverordnung in diesem Umfang nicht durchgeführt werden kann und deshalb verlegt wird.
2. Zu einer ergänzenden Vertragsauslegung bei pandemiebedingter Verlegung einer Hochzeit und Hochzeitsfeier.

(Amtliche Leitsätze)

BGB §§ 133, 157, 275 Abs. 1, 313, 648

*Stud. iur. Moritz Vomberg, Bochum\**

### I. Einleitung

Corona beschäftigt sowohl die Praxis als auch die Wissenschaft immer noch in vielerlei Hinsicht. Während eine Vielzahl prüfungsrelevanter Beispiele dem öffentlich-rechtlichen Pflichtfachstoff zugeordnet werden können und damit für Studierende insbesondere mit Blick auf die Examensvorbereitung im öffentlichen Recht von Relevanz sind, darf nicht vergessen werden, dass die Corona-Pandemie auch im Zivilrecht eine beträchtliche Anzahl an, für die Pflichtfachprüfung relevanten, Praxisbeispielen produziert hat. Eines dieser prüfungsrelevanten Beispiele des Zivilrechts ist die vorliegende Entscheidung, in der sich der BGH wieder einmal mit den Auswirkungen einer landesrechtlichen Corona-Verordnung auf die privatrechtlichen Leistungsbeziehungen der Vertragsparteien beschäftigt. In anschaulicher Weise wurde durch den BGH einmal mehr der Vorrang der ergänzenden Vertragsauslegung vor den Regelungen zur Störung der Geschäftsgrundlage skizziert. Zusätzlich veranschaulicht der BGH anhand dieser Entscheidung, dass die Unmöglichkeit einer Leistung – entgegen der ersten inneren Vermutung – nicht vorschnell angenommen werden darf. Die rechtlichen Ausführungen des BGH gehören dabei zu den Grundlagen des schuldrechtlichen Pflichtfachstoffs. Diese Entscheidung ist sicherlich eine jener Corona-Urteile, mit denen Studierende sich beschäftigen haben müssen.

---

\* Der Autor studiert Rechtswissenschaft an der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum und ist als Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. Matteo Fornasier, LL.M. [Yale]) beschäftigt. Besonderen Dank gilt Anna-Katharina Klus, LL.M. (Cornell) für die wertvollen Anregungen.

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=VII%20ZR%20144/22&nr=133737>.

## II. Sachverhalt

Die Kläger beauftragten für ihre kirchliche Hochzeit die beklagte Fotografin zur Erstellung einer Foto-reportage der Festlichkeiten. Die Hochzeit sollte am 1.8.2020 stattfinden. Der ursprünglich von dem Paar ausgewählte Fotograf, welcher für die fotografische Begleitung der standesamtlichen Trauung beauftragt wurde, war an dem Termin der kirchlichen Trauung verhindert, sodass das Paar für diesen Termin auf die Dienste einer anderen Fotografin zurückgreifen musste. Die beklagte Fotografin bedankte sich am 28.10.2019 für „die Beauftragung“. Zudem stellte die Beklagte für die gewünschte Leistung „Reportage Hochzeit 1.8.2020 (1. Teilbetrag)“ dem Paar bereits eine Anzahlung i.H.v. 1.231,70 € in Rechnung. Der Gesamtbetrag der Vergütung umfasste 2.463,70 €. Dieser „1. Teilbetrag“ wurde von den Klägern sodann auch an die Beklagte überwiesen.

Die von der Beklagten beigefügten Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthielten unter anderem folgende Klausel:

„Verzögert sich die Durchführung des Auftrags aus Gründen, die der Auftraggeber zu vertreten hat, oder infolge höherer Gewalt oder Witterungseinflüssen, so kann die Fotografin eine angemessene Erhöhung des Honorars verlangen.“

Die geplante Hochzeitsfeier mit 104 Gästen konnte jedoch aufgrund von Beschränkungen im Zuge der Corona-Pandemie nicht in der gewünschten Weise stattfinden. Die Kläger planten daher eine neue Hochzeitsfeier für den 31.7.2021. Diese sollte sodann jedoch wieder mit demselben Fotografen stattfinden, welcher bereits die standesamtliche Trauung fotografisch begleitet hatte. Dies teilten die Kläger der Beklagten per E-Mail vom 15.7.2020 mit. Die Kläger erklärten schriftlich den „Rücktritt von dem vorstehend bezeichneten Vertrag bzw. dessen Kündigung“ und beriefen sich hierbei auf das Vorliegen einer Störung der Geschäftsgrundlage. Mit ihrer Klage begehren die Kläger eine Verurteilung der Beklagten unter anderem zur Rückzahlung der bereits überwiesenen 1.231,70 €. Die Kläger begehren darüber hinaus die Feststellung seitens des Gerichts, dass sie zur Zahlung weiterer 551,45 €, welche die Beklagte als weiteres Honorar forderte, nicht verpflichtet seien.

In den Vorinstanzen blieb die Klage erfolglos.

## III. Darstellung und Analyse

Der BGH schloss sich mit seinem Urteil den Entscheidungen der Vorinstanzen an und verneinte im Ergebnis den Anspruch der Kläger auf Rückzahlung der bereits gezahlten 1.231,70 €. Gleichzeitig betonte der BGH vielmehr die Pflicht der Kläger zur Zahlung der weiteren 551,45 € an die Beklagte. Die Revision wurde im Wesentlichen aus drei Gründen zurückgewiesen. So befand der BGH, dass mangels Unmöglichkeit ein Anspruch auf Rückzahlung gem. §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 5, 326 Abs. 1, 275 Abs. 1, 631 Abs. 1 BGB nicht bestehe.<sup>2</sup> Auch fänden die Regelungen zur Störung der Geschäftsgrundlage in diesem Fall keine Anwendung.<sup>3</sup> Vielmehr prüfte der BGH, ob den Klägern ein Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zustehen könnte, verneinte dies jedoch letztlich.<sup>4</sup> Der BGH schließt sich letzten Endes den Feststellungen des Berufungsgerichts an, wonach der Beklagten gem. § 648 S. 2 BGB abzüglich etwaiger ersparter Aufwendungen letztlich

<sup>2</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 13 ff.

<sup>3</sup> Hierzu siehe BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 21.

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 21.

noch ein Anspruch auf die vereinbarte Vergütung i.H.v. 2.009 € zustehe, nachdem die Kläger die Kündigung erklärt hatten.

### 1. Rückzahlungsanspruch aus §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 5, 326 Abs. 1, 275 Abs. 1, 631 Abs. 1 BGB<sup>5</sup>

Zunächst setzte sich der BGH mit der Frage eines etwaigen Anspruchs auf Rückzahlung der begehrten 1.231,70 € nach §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 5, 326 Abs. 1, 275 Abs. 1, 631 Abs. 1 BGB auseinander und führte hierzu aus, dass nach diesen Vorschriften ein Anspruch auf Herstellung des versprochenen Werks ausgeschlossen sei, wenn die Erfüllung dieser Pflicht für den Schuldner oder für jedermann unmöglich sei. In diesem Fall entfielen grundsätzlich der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung. Soweit diese bereits bewirkt worden sei, könne das Geleistete zurückgefordert werden.<sup>6</sup>

Hierbei galt es schwerpunktmäßig, gerichtlich zu klären, ob die Leistung der Beklagten unmöglich i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB war. Insbesondere prüfte der BGH in diesem Zusammenhang, welchen Einfluss die landesrechtlichen Corona-Verordnungen<sup>7</sup> auf die zu erbringende Leistung der Beklagten hatten.<sup>8</sup> Richtigerweise betonte der BGH, dass die zu der Zeit geltenden Corona-Verordnungen es jedoch nicht grundsätzlich verboten, eine kirchliche Trauung und Hochzeitsfeier zu veranstalten. Es war lediglich erforderlich, entsprechende Hygiene- und Infektionsschutzmaßnahmen durchzuführen bzw. einzuhalten.<sup>9</sup> Dass diese durch die Corona-Verordnung nun erforderlichen Maßnahmen nicht den Vorstellungen des Brautpaares von den Festlichkeiten entsprachen, ändere nichts an der rechtlichen Bewertung.<sup>10</sup> Die Hochzeitsfeier hätte grundsätzlich durchgeführt werden können. Auch verbot die zu der Zeit geltende Corona-Verordnung Hessen nicht die Durchführung einer Fotoreportage.<sup>11</sup> Der Erbringung von fotografischen Leistungen während der kirchlichen Trauung und der Hochzeitsfeier stand somit rechtlich nichts entgegen.<sup>12</sup> Die Leistung der Beklagten war somit nicht unmöglich i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB.

Den Feststellungen des BGH, die Leistung der Beklagten nicht als unmöglich anzusehen, ist nichts entgegenzusetzen. Für die Einordnung einer Unmöglichkeit gilt es zunächst, genau zu bestimmen, was Inhalt der geschuldeten Leistung ist. Im vorliegenden Fall sollte die Beklagte eine Fotoreportage der Hochzeit am 1.8.2020 erstellen.

#### a) Unmöglichkeit durch Corona-Verordnung

Der Eintritt der Unmöglichkeit könnte sich aus dem Umstand ergeben, dass die Hochzeit aufgrund der Corona-Verordnung nicht mehr in der gewünschten Weise durchgeführt werden konnte. Dazu

<sup>5</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen in BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn 13–21.

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 14.

<sup>7</sup> Namentlich die in Hessen geltende Verordnung zur Beschränkung von sozialen Kontakten und des Betriebs von Einrichtungen und von Angeboten aufgrund der Corona-Pandemie vom 7. Mai 2020 (GVBl. 2020, S. 302) in der Fassung vom 1. Juli 2020.

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 15 ff.

<sup>9</sup> Nach § 1 Abs. 2a der Corona-Verordnung Hessen waren Zusammenkünfte von Glaubensgemeinschaften zur gemeinsamen Religionsausübung zulässig, wenn ein Abstand zwischen den teilnehmenden Personen von 1,5 m eingehalten werden konnte. Nach § 1 Abs. 2b der Corona-Verordnung Hessen waren Zusammenkünfte und Veranstaltungen von bis zu 250 Personen erlaubt, wenn ein Mindestabstand von 1,5 m eingehalten werden konnte (Fassung v. 1.7.2020); vgl. BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 18.

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 19.

<sup>11</sup> Nach § 6 Abs. 1 S. 1 der Corona-Verordnung Hessen sollte die Erbringung von Dienst- und Beratungsleistungen einschließlich Handwerkstätigkeiten „möglichst ohne unmittelbaren persönlichen körperlichen Kontakt“ erfolgen; vgl. BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 16.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 19.

müsste die Corona-Verordnung die Leistungserbringung der Beklagten unmöglich gemacht haben.

Gerade hier zeigt sich der strenge Maßstab, der an das Kriterium der Unmöglichkeit anzulegen ist. Im Fall der objektiven Unmöglichkeit, ist die geschuldete Leistung für jedermann endgültig unmöglich zu erbringen. Möglich ist auch, anzunehmen, dass die Leistung durch die Corona-Verordnung rechtlich nicht erbracht werden kann (sog. rechtliche Unmöglichkeit).<sup>13</sup> Solange der Mindestabstand von 1,5 m zwischen den Gästen hätte eingehalten werden können, hätte die Hochzeit mithin auch mit 104 Gästen stattfinden können. Das dies jedoch in der tatsächlichen praktischen Ausübung für das Brautpaar schwierig war und nicht dem Wunsch nach der Art und Weise, wie die Trauung und Hochzeitsfeier stattfinden sollten, entsprach, ändert nichts an dem rechtlichen Ergebnis.

Auch wenn die konkrete Hochzeitsplanung durch die Corona-Verordnung tangiert wurde, darf nicht vorschnell darauf geschlossen werden, dass dadurch auch eine Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung vorliegt. Die Verordnung regelte Einschränkungen, deren Adressaten die Kläger als Veranstalter der Hochzeit und der Hochzeitsfeierlichkeiten waren. Diese, so der BGH, stand jedoch nicht der von der Beklagten geschuldeten fotografischen Leistung entgegen.<sup>14</sup> An diesem Punkt wird deutlich, dass im Einzelfall genau zu differenzieren ist, welche Leistung bzw. welches Verhalten konkret von der Corona-Verordnung eingeschränkt wurde.<sup>15</sup> Genau genommen wird die Anzahl der Gäste eingeschränkt, nicht jedoch die Möglichkeit – auch mit einer geringeren Anzahl an Gästen – fotografische Leistungen in Anspruch zu nehmen. In einem kleinen Kreis hätte die Hochzeit damit stattfinden können. Hätten die Kläger explizit vereinbart, dass eine Fotoreportage der Hochzeit, welche ohne Einfluss von Corona-Beschränkungen stattfindet, geschuldet sei, dann würde ein Fall der rechtlichen Unmöglichkeit vorliegen.

#### b) Unmöglichkeit durch Hochzeits-Absage seitens des Brautpaares

Ferner könnte sich eine Unmöglichkeit daraus ergeben, dass das Brautpaar die Hochzeit absagte und es somit – am vereinbarten Termin – der Beklagten faktisch nicht möglich war, die fotografische Leistung zu erbringen. Dazu müsste die Leistung einen absoluten Fixschuldcharakter haben. Ein solches absolutes Fixgeschäft liegt vor, wenn die Einhaltung der Leistungszeit nach dem Zweck des Vertrages und der gegebenen Interessenlage für den Gläubiger derart wesentlich ist, dass eine verspätete Leistung keine Erfüllung mehr darstellt. Eine Nachholbarkeit müsste somit ausgeschlossen sein.<sup>16</sup> Jedoch lässt sich schon anführen, dass selbst bei einem solchen Fixschuldcharakter, der Anspruch auf die Gegenleistung (Honorar) weiterhin gem. § 326 Abs. 2 S. 2 Fall 1 BGB bestehen bleiben würde. Im Falle des § 326 Abs. 2 S. 2 Fall 1 BGB besteht der Gegenleistungsanspruch (hier: Honorar) weiterhin, wenn der Gläubiger (hier: Brautpaar) allein oder weit überwiegend für den Eintritt der Unmöglichkeit verantwortlich ist. Jedoch abzüglich ersparter Aufwendungen, § 326 Abs. 2 S. 2 BGB. Hier ist es ausschließlich auf das Brautpaar zurückzuführen, dass die Hochzeit nicht stattfand. Die Corona-Verordnung zwang nicht zur Absage.

Jedoch ist aber schon das Vorliegen eines absoluten Fixschuldcharakters fraglich. Hochzeiten gelten häufig als ein klassisches Beispiel für eine absolute Fixschuld. Für das Vorliegen einer solchen

---

<sup>13</sup> Vgl. Lorenz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.1.2024, § 275 Rn. 21, 25; Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 43, 49.

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 19 mit Verweis auf BGH, Urt. v. 2.3.2022 – XII ZR 36/21, Rn. 21 = NJW 2022, 1382.

<sup>15</sup> Vergleichbare Entscheidungen in welchen der BGH zu ähnlichen Ergebnissen kommt: BGH NJW 2022, 1382; BGH, Urt. v. 11.1.2023 – XII ZR 101/21, Rn. 18. Bezüglich Fitnessstudios hat der BGH eine Unmöglichkeit jedoch angenommen, vgl. BGH NJW 2022, 2024.

<sup>16</sup> BGH NJW 2009, 2743 (2274 Rn. 12); vgl. Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 57 ff.

absoluten Fixschuld, ist zu prüfen, ob die Leistung einer Fotoreportage sinnvollerweise nachgeholt werden kann. Dies wäre unzweifelhaft zu verneinen, wenn die Beklagte zur Hochzeit nicht rechtzeitig erschienen wäre, und somit ihre Leistung nicht mehr erbringen kann. Im vorliegenden Fall soll die Hochzeit nachgeholt werden. Hieraus ergibt sich, dass nicht der Termin, sondern die Durchführung der Hochzeit im Vordergrund steht. Eine Nachholbarkeit besteht und ein absolutes Fixgeschäft ist somit abzulehnen.<sup>17</sup>

Somit ergibt sich aus dem Umstand, dass die Hochzeit von dem Brautpaar abgesagt wurde, keine andere rechtliche Bewertung des Ergebnisses, dass die fotografische Leistung nicht unmöglich war.

## 2. Rückzahlungsanspruch aus §§ 346 Abs. 1, 313 Abs. 3 S. 1 BGB

Sodann widmete sich der BGH einem etwaigen Anspruch auf Rückzahlung der begehrten 1.231,70 € aus §§ 313 Abs. 3 S. 1 BGB. Im Ergebnis zutreffend hat der BGH auch einen Anspruch der Kläger auf Rückzahlung gem. §§ 346 Abs. 1, 313 Abs. 3 S. 1 BGB bereits mangels Eröffnung des Anwendungsbereichs der Regelungen über die Störung der Geschäftsgrundlage verneint. Nach diesen Vorschriften könne der benachteiligte Vertragsteil vom Vertrag zurücktreten und das vom ihm Geleistete zurückfordern, wenn im Fall einer Störung der Geschäftsgrundlage eine Anpassung des Vertrages nicht möglich oder unzumutbar sei.<sup>18</sup>

Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH hat die ergänzende Vertragsauslegung jedoch grundsätzlich Vorrang vor den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage.<sup>19</sup> Zu diesem nicht unumstrittenen Verhältnis wird im weiteren Verlauf nochmal eingegangen.

## 3. Ergänzende Vertragsauslegung i.S.d. §§ 133, 157 BGB

Der Anwendungsbereich der ergänzenden Vertragsauslegung erfordert eine planwidrige Regelungslücke.<sup>20</sup>

„Das ist dann der Fall, wenn die Parteien einen Punkt übersehen oder ihn bewusst offengelassen haben, weil sie ihn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für nicht regelungsbedürftig gehalten haben, und sich diese Annahme nachträglich als unzutreffend herausstellt.“<sup>21</sup>

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten enthielten eine Regelung, welche den Fall betrifft, dass die Veranstaltung sich „verzögert“. Wobei dies, nach Auslegung durch den BGH, auch als „Verlegung“ verstanden werden könne.<sup>22</sup> Für den Fall, dass die geplante Trauung und Hochzeitsfeier aufgrund von Corona-Beschränkungen nicht wie geplant stattfinden können, wurde keine explizite Regelung getroffen. Insbesondere enthielt der Vertrag keine Regelungen darüber, welche Rechte den Klägern als Besteller bei „Verzögerung“ zustehen sollten. Somit liegt nach Auffassung des BGH eine unzureichende vertragliche Regelung und mithin eine planwidrige Regelungslücke

<sup>17</sup> In der Vorinstanz: LG Gießen, Urt. v. 21.6.2022 – 1 S1/22, Rn. 12 (juris); im Ergebnis zustimmend BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 7, 20.

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 21 ff.

<sup>19</sup> Siehe bereits BGH NJW 2018, 2469 (2471); BGH, Urt. v. 16.7.2020 – VII ZR 204/18, Rn. 18; BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 22.

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 24.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 24 m.w.N.

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 25.

vor.<sup>23</sup> Dieses Ergebnis ist überzeugend. Zum Zeitpunkt der „Auftragsbestätigung“ am 28.10.2019 hatte die Pandemie Deutschland noch nicht erreicht und man rechnete auch nicht mit ihrem enormen Ausmaß und der zahlreichen nachfolgenden Beschränkungen des alltäglichen Lebens. Die Parteien wussten daher bei Vertragsschluss noch nicht, dass Pandemiebeschränkungen die Hochzeit beeinträchtigen könnten.

Im zweiten Schritt galt es nun, diese Regelungslücke mit ergänzender Vertragsauslegung zu schließen. Der BGH hatte also zu ermitteln, was die Parteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten.<sup>24</sup> Das Ziel der ergänzenden Vertragsauslegung ist es nicht, eine Regelung nachzuzeichnen, die die Parteien tatsächlich getroffen hätten. Es ist der hypothetische Parteiwille zu ermitteln.<sup>25</sup> Hierbei orientierte sich der BGH an einem Interessenausgleich anhand einer objektiv-generalisierten Sicht der jeweiligen Parteien.<sup>26</sup>

#### a) Auslegung des Willens der Fotografin

Den Willen der Fotografin ermittelte der BGH wie folgt:

„Aus der objektiv-generalisierenden Sicht der Beklagten als Unternehmerin ist es ihr Interesse, durch die Herstellung von Fotografien eine Vergütung zu erzielen. Entfällt der vereinbarte Termin für eine Hochzeit und Hochzeitsfeier und soll diese nachgeholt werden, entspricht es deshalb ihrem unternehmerischen Interesse, für den neuen Termin die vereinbarte Leistung zu erbringen. Das gilt unabhängig davon, ob die Terminverlegung in dem Verantwortungsbereich der Kläger als Besteller liegt oder aufgrund höherer Gewalt, d. h. aufgrund eines Ereignisses, das keine Vertragspartei zu vertreten hat [...] erfolgte.“<sup>27</sup>

#### b) Auslegung des Willens des Brautpaares

Bezüglich der Auslegung des (vermeintlichen) Willens und Interesses des Brautpaares kam der BGH zu dem Schluss, dass es der „[...]objektiv-generalisierenden Sicht der Kläger als Besteller entspricht [...], für einen neuen Termin zur Hochzeit und zur Hochzeitsfeier ebenfalls eine fotografische Dokumentation erstellen zu lassen und dafür weiterhin die Fotografin heranzuziehen, die als geeignet angesehen und für den ursprünglichen Termin beauftragt wurde. Auch diese Interessenlage schließt deshalb ein Rücktrittsrecht der Kläger aus. Der Umstand, dass die Kläger nach Absage des vereinbarten Termins nur aus Gründen, die nicht im Verantwortungsbereich der Beklagten liegen, einen anderen Fotografen bevorzugten, ist nach Treu und Glauben unter redlichen Vertragspartnern unerheblich und deshalb im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung nicht zu berücksichtigen.“<sup>28</sup>

<sup>23</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen des BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 25.

<sup>24</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 26; BGH, Urt. v. 8.8.2019 – VII ZR 34/18, Rn. 28.

<sup>25</sup> Zur Ermittlung des „hypothetischen Parteiwillens“ vgl. *Busche*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2022, § 157 Rn. 47 f.; *Roth*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 157 Rn. 31.

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 26; BGH, Urt. v. 14.10.2021 – VII ZR 242/20, Rn. 31.

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 28.

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 29.

### c) Ergebnis der Auslegungen

Die ergänzende Vertragsauslegung des BGH ergab, dass aus beiden objektiv-generalisierenden Sichtweisen den Klägern aufgrund der pandemiebedingten Verlegung der Hochzeit kein Rücktrittsrecht zustehe.<sup>29</sup> Dies ist im Ergebnis auch überzeugend. Der Umstand, dass die Hochzeit unter dem Einfluss etwaiger Beschränkungen im Zuge der Corona-Pandemie verschoben wurde, hatte keinen unmittelbaren Einfluss auf das Ergebnis. Vorliegend geht es vielmehr um die Frage, ob die Parteien vereinbart hätten, dass die Beklagte nur eine Ersatzfotografin ist und lediglich für diesen Termin infrage kommt. Aus welchem Grund der Hochzeitstermin tatsächlich abgesagt wurde, ist für das Ergebnis in diesem konkreten Fall zweitrangig.

### d) Verhältnis zwischen Anwendungsbereich des § 313 BGB und ergänzende Vertragsauslegung

Der BGH begründet im vorliegenden Fall den Vorrang der ergänzenden Vertragsauslegung damit, dass im Vertrag Regelungen zum Ausfall oder einer Verzögerung aufgenommen wurden. Der Anwendungsbereich des § 313 BGB sei – nach Auffassung des BGH – erst eröffnet, wenn sich ein Ergebnis in infolge grundlegender Veränderungen der Verhältnisse der Beurteilung nach dem Vertragswillen entziehe.<sup>30</sup> Im Umkehrschluss müsste es also zur Anwendung des § 313 BGB kommen, wenn keine solche Klausel vorhanden gewesen wäre. Dem ist jedoch kritisch anzumerken, dass der konkrete Inhalt der Klausel einen eher untergeordneten Wert bei der Auslegung mittels objektiv-generalisierter Sicht hatte. Es ist davon auszugehen, dass der BGH auch ohne diese Klausel – durch Anwendung des § 313 BGB – zu dem Ergebnis gelangt wäre, dass es im Interesse der Beklagten ist, an einem neuen Termin ihre Leistung zu erbringen.

Es ist somit fraglich, warum das abstrakte Bestehen der Klausel für einen Anwendungsvorrang ausreicht, obwohl der Inhalt der Klausel für die Auslegung untergeordneter Bedeutung ist. Die unvollständige Klausel wird vom BGH lediglich als ein Anknüpfungspunkt für eine Vervollständigung des Vertrages gesehen.<sup>31</sup>

Diese Überlegungen rühren aus dem grundsätzlich umstrittenen Verhältnis zwischen der ergänzenden Vertragsauslegung und § 313 BGB. Die Grenzen dieser beiden Institute sind fließend.<sup>32</sup> Dies wird vor allem bei einer Gegenüberstellung der jeweiligen Voraussetzungen und Rechtsfolgen deutlich:

Die ergänzende Vertragsauslegung setzt eine planwidrige vertragliche Regelungslücke voraus, welche durch die Ermittlung eines hypothetischen Willens ausgefüllt wird.

Der Anwendungsbereich des § 313 BGB erscheint genau umgekehrt. Hier enthält der Vertrag eine Regelung, deren Durchführung aufgrund schwerwiegender veränderter Umstände für eine Partei unzumutbar ist.<sup>33</sup> Dies lässt sich aber auch dahingehend verstehen, dass dem Vertrag eine Regelung für den eingetretenen Fall fehlt. Somit handelt es sich auch hier um die Frage der Lückenfüllung eines planwidrig unvollständigen Vertrages und damit einer ergänzenden Vertragsauslegung.<sup>34</sup> Die bestehende Vertragslücke wird in beide Anwendungen von außen geschlossen. Da die Parteien in beiden

---

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 27.

<sup>30</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 22 (Verweis auf BGH NJW 2017, 2191 [2192 Rn. 17]).

<sup>31</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 24.

<sup>32</sup> BGH, Urt. v. 28.5.2013 – II ZR 67/12, Rn. 26; vorliegend wird der Streit nur sehr verkürzt dargestellt. Hierzu ausführlich: vgl. *Finkenauer*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 313 Rn. 41 ff.; vgl. *Lorenz*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.1.2024, § 313 Rn. 15; *Martens*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2023, § 313 Rn. 172 ff.

<sup>33</sup> *Martens*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2023, § 313 Rn. 173.

<sup>34</sup> *Finkenauer*, in: MüKo-BGB, § 313 Rn. 41; *Martens*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2023, § 313 Rn. 174.

Fällen keine vertraglichen Regelungen des eingetretenen Falles getroffen haben, werden zur Lückenfüllung normative, an objektiven Maßstäben orientierte Erwägungen, herangezogen.<sup>35</sup>

Beide Institute haben somit grundsätzlich die gleichen Voraussetzungen und können zu den gleichen Zwecken eingesetzt werden. Ein von der Vorrangs-Lösung des BGHs abweichendes Ergebnis, könnte dahingehend bestehen, dass es dem Rechtsanwender freistehen soll, auf das eine oder das andere Institut zurückzugreifen.<sup>36</sup>

#### 4. Freie Kündigung gem. § 648 S. 1 BGB

Im Ergebnis deutet der BGH den „Rücktritt bzw. Kündigung“ der Kläger als freie Kündigung des Vertrags nach § 648 S. 1 BGB. Im Werkvertragsrecht kann der Besteller bis zu Vollendung des Werkes den Vertrag jederzeit kündigen. In diesem Fall hat der Werkunternehmer sodann gem. § 648 S. 2 BGB einen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen oder eines anderweitigen Erwerbs. Der BGH stellte fest, dass der Beklagten ein die 1.231,70 € übersteigender Anspruch aus § 648 S. 2 BGB i.H.v. mindestens 551,45 € zustehe.<sup>37</sup> Daher darf die Beklagte die bereits gezahlten 1.231,70 € behalten und ihr stehe zusätzlich noch ein Vergütungsanspruch i.H.v. mindestens 551,45 € zu.<sup>38</sup> Den Ausführungen des BGH ist nichts entgegenzusetzen.

#### 5. Schadenersatzanspruch der Kläger

Nach der Auffassung des BGH kann es dahinstehen, ob den Klägern ein Schadenersatzanspruch auf Rückzahlung der Anzahlung i.H.v. 1.231,70 € zustehe. Der BGH deutete nur an, dass sich ein Schadenersatzanspruch auf der Verwendung einer ungültigen AGB-Klausel beruhen könne.<sup>39</sup>

Ein Schadenersatzanspruch aufgrund der Verwendung einer unwirksamen AGB-Klausel kann sich zum einen als Pflichtverletzung im vorvertraglichen Bereich (culpa in contrahendo) oder als Ersatzanspruch aus dem Vertrag selbst (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) ergeben.<sup>40</sup>

Die Kläger, so der BGH, seien jedoch schon gem. § 242 BGB an der Durchsetzung dieses Anspruches gehindert.<sup>41</sup> Grund dafür sei der Einwand: „dolo agit qui petit quod statim redditurus est“. <sup>42</sup> Nach diesem kann der Gläubiger keinen Anspruch geltend machen, wenn dieser den geforderten Leistungsgegenstand alsbald wieder zurückgeben muss.<sup>43</sup> Auch wenn ein Schadenersatzanspruch in Höhe der Rückzahlung bestehen würden, müsste dieser gem. § 648 S. 2 BGB wieder zurückgeben werden.<sup>44</sup> Ein derart „unnötiger“ Leistungsaustausch soll durch die „dolo agit – Einrede“ verhindert werden.

<sup>35</sup> *Martens*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2023, § 313 Rn. 176.

<sup>36</sup> *Martens*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2023, § 313 Rn. 177.

<sup>37</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 40.

<sup>38</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 37 ff.

<sup>39</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 31 verweist auf: Eine AGB die eine Anzahlung vorschreibt, ist nicht mit dem Leitbild des § 641 Abs. 1 S. 1 BGB vereinbar. Der Besteller soll grundsätzlich erst zahlen, wenn das Werk vollständig ist (vgl. BGH NJW 2013, 1431 [1432 Rn. 24]).

<sup>40</sup> Vgl. *Fornasier*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 306 Rn. 50 ff.

<sup>41</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 31.

<sup>42</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 32.

<sup>43</sup> Vgl. *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 242 Rn. 279; *Schuber*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 242 Rn. 560.

<sup>44</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2023 – VII ZR 144/22, Rn. 31 ff.

#### IV. Ergebnis

Im Ergebnis lassen sich aus dem Urteil zwei relevante Punkte festhalten. Zum einen darf bei Corona-Beschränkungen nicht vorschnell eine Unmöglichkeit i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB angenommen werden. Es ist genau zu prüfen, an wen und mit welchem Inhalt sich die Corona-Beschränkungen richten.

Zum anderen darf die Anwendung der ergänzenden Vertragsauslegung nicht außer Acht gelassen werden. Diese hat – nach Ansicht des BGH – Vorrang vor den Regelungen zu den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage und erfordert eine planwidrige Regelungslücke. Die Ausfüllung dieser Regelungslücke orientiert sich an einer gegenseitigen Interessenabwägung anhand objektiv-generalisierten Sichtweisen der Parteien.

## Entscheidungsbesprechung

OLG Hamburg, Beschl. v. 31.1.2023 – 5 Ws 5-6/23<sup>1</sup>

### Billigung von Straftaten durch das Verwenden des „Z“-Symbols

1. Für die Frage, ob eine vom Täter gebilligte Auslandstat eine „rechtswidrige Tat“ i.S.d. § 140 Nr. 2 StGB bildet, kommt es nicht darauf an, ob die Tat nach Maßgabe des deutschen Rechtsanwendungsrechts im Inland strafrechtlich verfolgbar wäre.

(Leitsatz der Verf.)

2. Die in § 140 Nr. 2 StGB vorausgesetzte Eignung der billigenden Äußerung zur Störung des öffentlichen Friedens liegt in Fällen, in denen die gebilligte Katalogtat im Ausland begangen wurde, nicht nur dann vor, wenn die billigende Äußerung geeignet ist, die allgemeine Bereitschaft zur Begehung ähnlicher Delikte im Inland zu fördern („kriminogene Inlandswirkung“); jedenfalls bei Katalogtaten, die ein kollektives und supranationales Rechtsgut schützen (hier: Aggressionsverbrechen, § 13 VStGB), kann es ausreichen, wenn die kriminogene Inlandswirkung im Ausland eintritt oder die Billigung der Tat in der Bevölkerung die Besorgnis begründen kann, dass in Zukunft vermehrt mit der Begehung entsprechender Auslandstaten zu rechnen ist.

(Amtlicher Leitsatz)

StGB §§ 138 Abs. 1 Nr. 5, 140 Nr. 2

VStGB § 13

Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Wiss. Mitarbeiterin Hannah Welling, Hamburg

### I. Sachverhalt und Verfahrensgang

Den Beschuldigten A und B wird die öffentliche Billigung von Straftaten gem. § 140 Nr. 2 StGB i.V.m. § 138 Abs. 1 Nr. 5 StGB bzw. die Beihilfe zur öffentlichen Billigung von Straftaten gem. § 140 Nr. 2 StGB i.V.m. §§ 138 Abs. 1 Nr. 5, 26 StGB vorgeworfen.

Der Beschuldigte A soll in mehreren Fällen durch die Verwendung des „Z“-Symbols in Postings in sozialen Netzwerken den Angriffskrieg der Russischen Föderation gegen die Ukraine befürwortet haben. Der Beschuldigte B soll ihm hierzu Beihilfe geleistet haben. Die eben genannten Postings enthielten neben dem „Z“-Symbol regelmäßig Grafiken, Collagen bzw. Textelemente, welche eine Solidarität mit Russland und eine Befürwortung des russischen Angriffskrieges zum Ausdruck brachten.<sup>2</sup> So beinhaltete bspw. ein Beitrag eine Grafik mit zwei Personen, die beide eine Fahne hochhielten, welche ein weißes „Z“-Symbol auf rotem Grund zeigte, wobei eine Person ein T-Shirt mit einer russischen Flagge trug. Über der Grafik befand sich der Textzusatz:

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist veröffentlicht in NSTZ 2023, 421.

<sup>2</sup> Der Beschluss des OLG Hamburg enthält keine konkrete Beschreibung der Taten. Eine detaillierte Darstellung der einzelnen Taten findet sich erst in dem Urteil des LG Hamburg v. 22.5.2023 – 619 KLS 2/23, welches freundlicherweise von der Pressestelle des Oberlandesgerichtes Hamburg zur Verfügung gestellt wurde.

„Im Westen wird derzeit ein neuer Kreuzzug geführt, welcher sich gegen Russland richtet. Daraufhin steht nun der Buchstabe ‚Z‘ unter Strafe, welchen das Regime als Unterstützung eines völkerrechtswidrigen Angriffskrieges bewertet. Sei’s drum, wir nehmen die Haftstrafe! Solidarität mit Russland! Für die multipolare Weltordnung! Es lebe das Europa der Vaterländer!“<sup>3</sup>

Ein anderer Post wiederum zeigte ein Foto der sog. „Neurussland“-Flagge, welche für die russisch geprägten Gebiete in der Ostukraine steht, verschiedene pro-russische Sticker sowie T-Shirts mit dem Aufdruck einer roten Fahne sowie einem weißen „Z“-Symbol.<sup>4</sup>

Aufgrund dieser Vorwürfe erließ das Amtsgericht Hamburg durch den Ermittlungsrichter einen Haftbefehl (§ 112 StPO) gegen den Beschuldigten A. Schließlich erhob die Generalstaatsanwaltschaft Anklage (§ 170 Abs. 1 StPO) gegen die Beschuldigten, beantragte ferner aufgrund einer angenommenen besonderen Bedeutung des Falles die Eröffnung des Hauptverfahrens vor der großen Strafkammer am Landgericht Hamburg (§ 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG i.V.m. § 74 Abs. 1 S. 2 GVG) sowie die Aufrechterhaltung des Haftbefehls gegen den A entsprechend der Anklageschrift.

Das Landgericht Hamburg erließ einen Eröffnungsbeschluss (§ 203 StPO). Entgegen dem Antrag der Generalstaatsanwaltschaft wurde das Verfahren jedoch vor dem Amtsgericht Hamburg eröffnet, da der Fall nach Ansicht des Landgerichtes keine besondere Bedeutung aufweise. Daneben hob es den Haftbefehl gegen den Angeklagten A mit der Begründung auf, dass ein Aufrechterhalten mit Blick auf die Rechtsfolgenenerwartung unverhältnismäßig sei. Auf den Rechtsbehelf der Generalstaatsanwaltschaft hin wurden die Akten dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

## II. Entscheidung

Das Oberlandesgericht Hamburg bestätigte die Ansicht der Generalstaatsanwaltschaft. Der *Senat* vertritt ebenfalls die Ansicht, dass die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung des Haftbefehls gegen den Angeklagten A vorliegen und dass die Fortdauer mit Blick auf die Rechtsfolgenenerwartung nicht unverhältnismäßig ist. Der *Senat* führt diesbezüglich aus:

„Die Voraussetzungen für den Fortbestand des Haftbefehls [...] liegen vor. Gegen den Angeklagten [A] besteht der dringende Verdacht, in 44 Fällen öffentlich und durch Verbreiten von Inhalten sowie in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, eine rechtswidrige Tat i.S.d. § 140 Nr. 2 i.V.m. § 138 Abs. 1 Nr. 5 letzte Alternative StGB begilligt zu haben, indem er [...] in den sozialen Medien das ‚Z‘-Symbol verwendete, wodurch er [...] seine Befürwortung des als Aggressionsverbrechen i.S.d. § 13 VStGB zu wertenden Angriffskrieges der russischen Staatsführung auf die Ukraine zum Ausdruck brachte. Bei dem Straftatbestand des Aggressionsverbrechens (§ 13 VStGB) handelt es sich um eine Katalogtat i.S.d. § 140 i.V.m. § 138 Abs. 1 Nr. 5 StGB.<sup>5</sup> [...] Nach zutreffender, vom Senat geteilter Auffassung spielt es für die Frage der Eignung der Vortat als ‚rechtswidrige Tat‘ i.S.d. § 140 Nr. 2 StGB auch keine Rolle, ob die Tat nach Maßgabe des deutschen Rechtsanwendungsrechts im Inland strafrechtlich verfolgbar wäre.“<sup>6</sup>

Weiter heißt es:

<sup>3</sup> LG Hamburg, Urt. v. 22.5.2023 – 619 KLS 2/23, S. 15 f.

<sup>4</sup> LG Hamburg, Urt. v. 22.5.2023 – 619 KLS 2/23, S. 21.

<sup>5</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 31.1.2023 – 5 Ws 5-6/23, Rn. 9 ff.

<sup>6</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 31.1.2023 – 5 Ws 5-6/23, Rn. 19.

„Der Angeklagte [A] hat diese Vortat auch i.S.d. § 140 Nr. 2 StGB gebilligt. Ein Billigen im Sinne dieser Norm liegt in jeder ausdrücklichen oder konkludenten Erklärung, die erkennbar auf eine konkrete Tat bezogen ist und mit der diese Tat für andere wahrnehmbar gutgeheißen oder befürwortet wird [...]. Allerdings muss diese Bedeutung aus der Kundgebung selbst heraus verständlich sein, also unmittelbar und ‚ohne Deuteln‘ als Befürwortung einer konkreten Straftat erkennbar sein [...]. Ob eine Äußerung diesen Inhalt hat, hängt dabei weder von der wirklichen inneren Einstellung des Äußernden ab, noch davon, wie er seine Äußerung tatsächlich gemeint hat, und auch nicht davon, wie sie tatsächlich aufgefasst worden ist; maßgeblich ist vielmehr allein, wie die Adressaten die Äußerung voraussichtlich verstehen werden, wobei insoweit von Erklärungsempfängern mit normalem Durchschnittsempfinden auszugehen ist [...].

Der Buchstabe ‚Z‘ war im Tatzeitraum ein allgemein bekanntes Symbol für die Unterstützung des russischen Angriffskriegs auf die Ukraine. Diese Bedeutung rührt daher, dass die russischen Militärfahrzeuge, die für die Invasion in die Ukraine eingesetzt wurden, regelmäßig mit einem großen, pinselstrichartig aufgetragenen weißen ‚Z‘ versehen waren, wobei die russischen Stellen die Bedeutung dieses Zeichens wenige Tage nach Beginn der russischen Invasion öffentlich dahingehend erläuterten, dass damit der Slogan ‚Za Pobedu‘ – Deutsch: ‚Für den Sieg‘ – abgekürzt werde. Das Zeichen und die so erläuterte Bedeutung sind nachfolgend Gegenstand einer breiten medialen Berichterstattung in Deutschland gewesen, so dass seit dem auch der Durchschnittsempfänger in Deutschland mit der Bedeutung des Zeichens vertraut war. Richtig ist zwar, dass das Buchstabensymbol ‚Z‘ auch in anderer Bedeutung verwendet wurde und wird, z.B. als Bestandteil des Logos bekannter Firmen wie der Zürich-Versicherung oder der Wochenzeitschrift ‚Die Zeit‘. Bei den Verwendungen des ‚Z‘-Symbols, die Gegenstand der Anklage sind, folgt jedoch aus dem Kontext der jeweiligen Äußerung, dass das Zeichen eindeutig in der zuvor genannten, den russischen Angriffskrieg befürwortenden Bedeutung zu verstehen ist.“<sup>7</sup>

Hinsichtlich des Merkmals der Störung des öffentlichen Friedens führt der *Senat* weiter aus:

„Die billigenden Äußerungen sind [...] auch geeignet, den öffentlichen Frieden zu stören. [...] Für die Beantwortung der Frage, wie der in § 140 Nr. 2 StGB verwendete Begriff des ‚öffentlichen Friedens‘ in Konstellationen auszulegen ist, in denen die gebilligte Vortat im Ausland begangen wurde, muss der Schutzzweck des § 140 Nr. 2 StGB [Ausgangspunkt] sein. [...] Nach allgemeiner [...] Auffassung bezweckt § 140 Nr. 2 StGB, den durch die Katalogtaten jeweils gewährten Schutz zu erweitern, indem die durch sie jeweils geschützten Rechtsgüter bereits im Vorfeld ihrer Verletzung geschützt werden [...]. Dementsprechend kann die Reichweite des § 140 StGB gewährten Schutzes nur in Abhängigkeit davon bestimmt werden, welches Rechtsgut durch die jeweilige Katalogvortat betroffen ist. Dies muss konsequenter Weise Folgen für die räumliche Dimension der Friedensordnung haben, deren potentielle Störung § 140 Nr. 2 StGB voraussetzt. Jedenfalls soweit die Schutzgüter der Katalogtaten eine kollektive und internationale Dimension besitzen, [...] kann es nicht darauf ankommen, dass die nachteiligen Wirkungen der Billigung der Tat gerade im Inland eintreten; denn die Eigenart dieser Delikte und ihre gesetzgeberische Ratio besteht gerade darin, dass ihre Begehung die Menschheit als Ganzes betrifft. [...] Das Schutzgut [des § 13 VStGB] [...] besteht in der Wahrung des Gewaltverbotes in Art. 2 Abs. 4 UN-Charta; [diese Norm] [...] schützt damit die Souveränität, die territoriale Integrität und die politische Unabhängigkeit der Staaten [...]. Vor diesem Hintergrund kann es im Falle der

<sup>7</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 31.1.2023 – 5 Ws 5-6/23, Rn. 21 ff.

Billigung von Auslandstaten gemäß § 13 VStGB nicht darauf ankommen, ob hierdurch die Gefahr von Nachahmungstaten gerade im Inland erhöht wird. Vielmehr muss es ausreichen, dass durch die Billigung eines Aggressionsverbrechens i.S.d. § 13 VStGB allgemein, also u.U. auch außerhalb der Bundesrepublik Deutschland zur Schaffung eines Klimas beigetragen wird, in dem das Gewaltverbot des Art. 2 Abs. 4 UN-Charta zunehmend als ‚leere Hülse‘ erscheint, so dass Führungspersonen beliebiger Staaten [...] ermutigt werden könnten, von Angriffskriegen als einem vermeintlich probaten Mittel zur Durchsetzung der eigenen nationalen Interessen in Zukunft häufiger Gebrauch zu machen. Gleiches gilt für den Schutz des subjektiven öffentlichen Friedens. Auch insoweit ist es [...] nicht erforderlich, dass das Vertrauen der Bevölkerung gerade in den Schutz vor Inlandstaten erschüttert wird; ausreichend ist vielmehr, dass das Vertrauen in die Unverbrüchlichkeit der durch Art. 2 Abs. 4 UN-Charta geschützten internationalen Friedensordnung beeinträchtigt wird, [...].“<sup>8</sup>

Bezugnehmend auf die Frage der Verhältnismäßigkeit einer Aufrechterhaltung des Haftbefehls hält der *Senat* fest, dass diese nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe stünde, da mit einer empfindlichen Freiheitsstrafe zu rechnen sei.<sup>9</sup> Des Weiteren bestätigte das Oberlandesgericht die besondere Bedeutung des Falles i.S.d. § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG i.V.m. § 74 Abs. 1 S. 2 GVG und eröffnete das Hauptverfahren vor der großen Strafkammer am Landgericht Hamburg, da die Frage, wann der öffentliche Friede bei einer Auslandstat tangiert sei, bislang nicht hinreichend obergerichtlich geklärt sei.<sup>10</sup>

### III. Rechtliche Würdigung

Das Oberlandesgericht Hamburg hat sich in der vorliegenden Entscheidung detailliert mit den einzelnen teilweise sehr strittigen Voraussetzungen des Straftatbestandes gem. § 140 StGB auseinandergesetzt, die im Nachfolgenden näher beleuchtet werden.

#### 1. Rechtswidrige Taten i.S.d. § 140 StGB

Bereits im Rahmen der Frage, welche Taten als geeignete Vortaten i.S.d. § 140 StGB in Betracht kommen, besteht Uneinigkeit. Unstrittig ist zwar, dass Gegenstand der Belohnung bzw. Billigung nur solche Taten sein können, die begangen worden sind<sup>11</sup> und die im Katalog des § 126 Abs. 1 StGB bzw. § 138 Abs. 1 Nrn. 1–5 StGB oder unmittelbar im Tatbestand selbst aufgezählt sind.<sup>12</sup> Strittig hingegen ist, ob auch solche im Ausland begangenen Taten als „rechtswidrige Tat“ i.S.d. § 140 StGB in Betracht kommen, wenn diese Taten im Inland nicht verfolgbar sind.

Ein Teil der Literatur lässt eine Auslandstat nicht ohne Weiteres genügen, sondern fordert zusätzlich einen Inlandsbezug. Danach muss die Tat auch nach deutschem Recht strafbar sein, es muss also ein Rechtsgeltungstatbestand (§§ 3 ff. StGB) greifen.<sup>13</sup> Begründet wird diese Ansicht zum einen damit, dass es unter Achtung der völkerrechtlichen Souveränität keine Aufgabe der deutschen Gerichte ist, sich auf diese Weise in innere Angelegenheiten fremder Staaten einzumischen.<sup>14</sup> Zum anderen

<sup>8</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 31.1.2023 – 5 Ws 5-6/23, Rn. 26, 32 ff.

<sup>9</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 31.1.2023 – 5 Ws 5-6/23, Rn. 40.

<sup>10</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 31.1.2023 – 5 Ws 5-6/23, Rn. 42, 45.

<sup>11</sup> Unter begangenen Taten sind solche zu verstehen, die vollendet oder versucht worden sind.

<sup>12</sup> Vgl. *Stein*, in: SK-StGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 140 Rn. 10.

<sup>13</sup> *Schuhmann*, in: FS Seeboode, 2008, S. 179 (181 f.); *Heuchemer*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 140 Rn. 9.

<sup>14</sup> BGHSt 22, 282 (285).

sollen das Bestimmtheitsprinzip sowie der ultima-ratio-Grundsatz eine Einschränkung des Tatbestandes gebieten, da es andernfalls zu einer Uferlosigkeit käme.<sup>15</sup>

Zutreffender erscheint es jedoch – so auch das Oberlandesgericht Hamburg – jede im Ausland begangene und den Anforderungen des § 140 StGB genügende Tat als geeignete Bezugstat anzusehen. Sofern man nämlich zunächst einmal den Wortlaut des § 140 StGB betrachtet, erfordert dieser lediglich eine „rechtswidrige Tat“, also nach der Legaldefinition des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB „eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht“. Auf die Schuldfähigkeit des Täters oder das Vorliegen von Strafverfolgungsvoraussetzungen (z.B. Strafantrag) kommt es gerade nicht an.<sup>16</sup> Konsequenterweise ist es auch bei § 140 StGB irrelevant, ob für die betreffende Vortat die Strafverfolgungsvoraussetzung<sup>17</sup> der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts gegeben ist. Als weiteres Argument kommt hinzu, dass der Zweck des § 140 StGB gerade nicht in der Ahndung der Bezugstat besteht.<sup>18</sup> Vor diesem Hintergrund ist auch eine im Ausland begangene Tat als geeignete Vortat i.S.d. § 140 StGB anzusehen.

## 2. Billigen i.S.d. § 140 Nr. 2 StGB

Auch hinsichtlich der Tathandlung des Billigens i.S.d. § 140 StGB ist die Argumentation des Oberlandesgerichts in weiten Teilen überzeugend. Diesbezüglich hält es im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sowie der gängigen Kommentarliteratur fest, dass die jeweilige Straftat ausdrücklich oder konkludent gutgeheißen werden muss, wobei gefordert wird, dass die Erklärung aus sich heraus und ohne Deutung für einen Durchschnittsempfänger entsprechend zu verstehen ist.<sup>19</sup> Das Abstellen auf einen durchschnittlichen Empfängerhorizont birgt zweifellos einen gewissen Interpretationsraum.<sup>20</sup> Vor diesem Hintergrund ist es aber zu begrüßen, dass das Oberlandesgericht Hamburg in dem vorliegenden Beschluss näher bestimmt, welche Anforderungen im zugrundeliegenden Fall an einen Durchschnittsempfänger zu stellen sind. Nach Auffassung des Gerichts ist insbesondere aufgrund der breiten medialen Berichterstattung davon auszugehen, dass der Allgemeinheit die Bedeutung des „Z“-Symbols nach Beginn der russischen Invasion bekannt sein dürfte.<sup>21</sup> Zugleich weist das Gericht aber darauf hin, dass das „Z“-Symbol durchaus auch in anderen Kontexten verwendet wird und seine Verwendung im Zusammenhang mit der russischen Invasion in die Ukraine nicht stets eine Befürwortung des Angriffskrieges bedeuten muss, sondern bspw. auch eine bloße „allgemeine Solidarität mit Russland in der Auseinandersetzung mit den westeuropäischen Staaten und den USA“<sup>22</sup> ausdrücken kann.<sup>23</sup> An dieser Stelle ist der Beschluss des Oberlandesgerichtes Hamburg allerdings insoweit zu kritisieren, als er hinsichtlich des Ausschlusses der für den Angeklagten günstigeren Auslegung keine detaillierte Begründung enthält, sondern lediglich einen Verweis auf die Anklageschrift. Unter Rückgriff auf das später in der Sache ergangene Urteil und die dortigen detaillierten Beschreibungen der einzelnen Taten erscheint die Ablehnung jedoch nachvoll-

<sup>15</sup> Heuchemer, NStZ 2023, 425 (427).

<sup>16</sup> Radtke, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 11 Rn. 131 m.w.N.

<sup>17</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 21 Rn. 1.

<sup>18</sup> BGHSt 22, 282 (285).

<sup>19</sup> BGHSt 22, 282 (286 f.); BGH NJW 1979, 1556 (1556); Stein, in: SK-StGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 140 Rn. 14 ff.; Geneuss, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2021, § 140 Rn. 10; Hohmann, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 140 Rn. 17 ff.; vgl. Ostendorf/Kuhli, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 140 Rn. 8.

<sup>20</sup> Stein, in: SK-StGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 140 Rn. 15.

<sup>21</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 31.1.2023 – 5 Ws 5-6/23, Rn. 23.

<sup>22</sup> So auch AG Bautzen UKuR 2022, 332 (333).

<sup>23</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 31.1.2023 – 5 Ws 5-6/23, Rn. 23 ff.

ziehbar.<sup>24</sup> Insofern hat das Oberlandesgericht Hamburg auch die Ausstrahlungswirkung der Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG berücksichtigt, die den Anwendungsbereich des Straftatbestandes einschränkt.<sup>25</sup> Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist es Voraussetzung einer jeden rechtlichen Würdigung von Äußerungen, dass ihr Meinungsgehalt durch das Gericht richtig erfasst worden ist. So ist ein Gericht insbesondere bei mehrdeutigen Äußerungen dazu verpflichtet, die anderen möglichen und für den Angeklagten günstigeren Deutungen mittels nachvollziehbarer Gründe auszuschließen.<sup>26</sup>

### 3. Geeignetheit zur Störung des öffentlichen Friedens i.S.d. § 140 Nr. 2 StGB

Die Frage, ob die billigenden Äußerungen des A dazu geeignet waren, den öffentlichen Frieden zu stören, bildet die zentrale Thematik des vorliegenden Beschlusses, da das Oberlandesgericht Hamburg an dieser Stelle in gewisser Weise von dem bisherigen Meinungsstand abweicht.

Nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes muss die Billigung geeignet sein, den *inländischen* öffentlichen Frieden zu stören. Die Billigung muss hiernach geeignet sein, die allgemeine Bereitschaft zur Begehung ähnlich gelagerter Delikte im Inland zu fördern und hierdurch das Vertrauen der Bevölkerung in den öffentlichen Frieden zu stören (kriminogene Inlandswirkung).<sup>27</sup> Eine andere Ansicht argumentiert in eine ähnliche Richtung, knüpft jedoch in diesem Zusammenhang an die Frage an, ob das durch die Bezugstat verletzte Rechtsgut auch im Inland Schutz erfährt und ob die Bezugstat auch in Deutschland hätte begangen werden können. In Fällen einer fehlenden Übertragbarkeit des Sachverhaltes wäre nach dieser Auffassung eine Störung des öffentlichen Friedens ausgeschlossen.<sup>28</sup>

Im vorliegenden Fall lassen diese Ansätze – wie auch zutreffend vom Oberlandesgericht Hamburg angenommen – eine Störung des öffentlichen Friedens nicht zu: Zwar werden durch den Angriffskrieg auf die Ukraine Rechtsgüter – konkret die staatliche Souveränität sowie das Gewaltverbot gem. Art. 2 Ziff. 4 UN-Charta – verletzt, die auch im Inland durch § 13 VStGB geschützt sind.<sup>29</sup> Allerdings handelt es sich bei § 13 VStGB um eine Straftat, die nicht von jedermann, sondern gem. § 13 Abs. 4 VStGB nur durch Personen begangen werden kann, die in der Lage sind, das politische und militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren bzw. zu lenken. Die Annahme, dass der deutsche Bundeskanzler, der deutsche Bundesverteidigungsminister oder eine sonstige Führungsperson der Bundeswehr infolge der Handlungen des A dazu geneigt wäre, ebenfalls einen Angriffskrieg zu beginnen, erscheint jedoch fernliegend. Auch dürfte aufgrund der allgemeinen politischen Reaktionen in Bezug auf die russische Invasion das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung nicht erschüttert sein.<sup>30</sup>

Das Oberlandesgericht Hamburg hat einen weitergehenden Ansatz zugrunde gelegt: In Fallkonstellationen, bei denen die Bezugstat im Ausland begangen worden ist, soll es bei der Bestimmung der Reichweite des Begriffes „öffentlicher Friede“ auf den Schutzzweck des § 140 Nr. 2 StGB ankommen. Dieser liegt nach Auffassung des Oberlandesgerichts nicht nur in der Verhinderung eines „Klimas“, in welchem schwere Straftaten toleriert werden, sondern ebenso in der Vorverlagerung des Schutzes der in den Katalogtaten genannten Rechtsgüter. Sofern diese Rechtsgüter in einem internationalen Kontext zu verstehen sind, soll dies auch für die räumliche Dimension gelten. § 13 VStGB weist nach

<sup>24</sup> Vgl. hierzu LG Hamburg, Urt. v. 22.5.2023 – 619 KLS 2/23, S. 15 ff.

<sup>25</sup> Krauß, in: LK-StGB, Bd. 8, 13. Aufl. 2021, § 140 Rn. 13.

<sup>26</sup> BVerfG NJW 2001, 2072 (2073 f.) m.w.N.

<sup>27</sup> BGH NSTZ 2017, 699 (700); vgl. auch Ostendorf/Kuhli, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 140 Rn. 10 f.

<sup>28</sup> Hohmann, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 140 Rn. 12.

<sup>29</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 31.1.2023 – 5 Ws 5-6/23, Rn. 30.

<sup>30</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 31.1.2023 – 5 Ws 5-6/23, Rn. 28.

Auffassung des Oberlandesgericht Hamburg eben dieses internationale Verständnis auf, da die Vorschrift – wie bereits zuvor festgestellt – dem Schutz des Gewaltverbotes gem. Art. 2 Ziff. 4 UN-Charta sowie der staatlichen Souveränität, der territorialen Integrität und der politischen Unabhängigkeit dient. Eine Billigung des Verbrechens der Aggression soll danach stets und unabhängig von der Frage, ob die Störung im Inland oder im Ausland droht, zu sanktionieren sein, sofern die Gefahr einer Nachahmung begründet oder das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung erschüttert wird.<sup>31</sup>

Unter Beachtung der Tatsache, dass im Grundgesetz (z.B. in der Präambel) das friedliche Zusammenleben der Welt betont wird, erscheint der neue Ansatz des Oberlandesgerichts Hamburg keineswegs abwegig. Zugleich ist jedoch zu berücksichtigen, dass dieser Ansatz zu einer Strafbarkeits-erweiterung führen kann. Es bleibt im Ergebnis abzuwarten, ob sich der neue Ansatz des Oberlandesgerichts Hamburg in Bezug auf die Reichweite des „öffentlichen Friedens“ in der Rechtsprechung durchsetzen wird. Angesichts der zu erwartenden Anzahl von Ermittlungsverfahren, die die Billigung des russischen Angriffskrieges gegen die Ukraine zum Gegenstand haben, dürfte sich diese Frage in absehbarer Zeit klären.

---

<sup>31</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 31.1.2023 – 5 Ws 5-6/23, Rn. 32.

## Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21<sup>1</sup>; BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22<sup>2</sup>

### Gefährliche Körperverletzung beim gemeinsamen Unterlassen

§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB setzt voraus, dass der Täter mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich die Körperverletzung begeht. Das ist bei einem Unterlassen durch zwei Garanten nicht der Fall.

(Amtlicher Leitsatz BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21)

Der Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB kann auch durch Unterlassen verwirklicht werden. Die hierfür erforderliche höhere Gefährlichkeit ist regelmäßig gegeben, wenn sich die zur Hilfeleistung verpflichteten Garanten ausdrücklich oder konkludent zu einem Nichtstun verabreden und mindestens zwei von ihnen zumindest zeitweilig am Tatort anwesend sind.

(Amtlicher Leitsatz BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22)

StGB §§ 13, 224 Abs. 1 Nr. 4

Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn\*

### I. Einführung und Prüfungsrelevanz

Strafrechtliche Prüfungsaufgaben orientieren sich oftmals an höchstrichterlichen Entscheidungen – gerade in den Staatsprüfungen. Entgegen einer nach wie vor verbreiteten Auffassung unter Studierenden ist es nicht erforderlich, die betreffende(n) Entscheidung(en) zu kennen und den Fall entsprechend zu lösen. Entscheidend ist vielmehr die eigene stringente und vertretbare Argumentation. Oftmals wird es aber den „Weg des geringsten Widerstandes“ bedeuten, – bewusst oder unbewusst – der Linie der betreffenden Entscheidung zu folgen und die Klausur darauf aufbauend zu lösen.

*Vertiefung:* Eigentlich geht es in juristischen Prüfungsarbeiten darum, die rechtliche Argumentationsfähigkeit abzu prüfen. Idealerweise sollte es daher so sein, dass man eine erfolgreiche Klausur oder Hausarbeit abliefern kann, wenn man jedes sich stellende Problem als solches auf vertretbare Art und

\* Der Verf. ist Inhaber der Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Er dankt Frau Ellen Hofmann, Frau Jannika Hofmann, Frau Sophia Schulte und Frau Lissy zum Winkel für wertvolle Anmerkungen.

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist u.a. veröffentlicht in BeckRS 2023, 15360 und NJW 2023, 2209 sowie abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=2958836b13504d508d8f54fe376a5bc7&nr=133967&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>; dazu Eisele, JuS 2023, 881; Lichtenthäler, FD-StrafR 2023, 458302; Moslehi, HRRS 2023, 267; Petersen (erscheint in ZfIStw 6/2023).

<sup>2</sup> Die Entscheidung ist u.a. veröffentlicht in BeckRS 2023, 12852 und NJW 2023, 2060 sowie abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=007e63c3fbcf39c3d4aa079fead85922&nr=133834&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>; dazu Eisele, JuS 2023, 883; Kudlich, JA 2023, 694; Krehl, NStZ 2023, 609; Moslehi, HRRS 2023, 267; Petersen (erscheint in ZfIStw 6/2023).

Weise löst. Die Korrekturrealität sieht freilich – auch in den Staatsexamina – leider häufig anders aus:<sup>3</sup> Idealerweise sollte eine Klausur so konzipiert sein, dass man an allen Stellen jeder vertretbaren Auffassung folgen kann, ohne sich damit Probleme „abzuschneiden“. Letzteres wird sich aber oftmals nicht gänzlich vermeiden lassen. In einem solchen Fall sollte die Lösungsskizze idealerweise alle denkbaren Lösungswege darstellen. Auch wenn dies nicht der Fall ist, sollte von den Korrekturkräften eigentlich erwartet werden können, dass sie eigenständig die Vertretbarkeit der präsentierten Lösung recherchieren. Das geschieht aber zuweilen nicht (etwa deswegen, weil nur ein enges Zeitfenster für die Korrektur zur Verfügung steht). Daher ist ein „klausurtaktisches“ Vorgehen ratsam: Wenn die Aufgabenstellung offenkundig darauf angelegt ist, dass ein bestimmtes Problem zu behandeln ist, sollte man bei einer vorgelagerten Frage keine Auffassung vertreten, die zur Folge hat, dass dieses Problem wegfällt.<sup>4</sup>

Vor diesem Hintergrund ist es für Prüflinge gleichermaßen verunsichernd und befreiend, wenn keine klare Rechtsprechungslinie existiert. Dadurch ist die Verlockung beseitigt, ohne größeres Nachdenken im Ergebnis die Auffassung des Gerichts zu vertreten. „Gefährlich“ ist das insbesondere dann, wenn man in Wahrheit die Argumentation nicht kennt, weil man z.B. nur den Leitsatz gelesen hat. Punkte bekommt man nicht für das „richtige“ Ergebnis, sondern für eine überzeugende Argumentation. Die Prognose, welche Argumentation sich in der Lösungsskizze findet (und daher auch den eiligen Korrektor überzeugen wird), wird dadurch aber erschwert. Das gilt insbesondere dann, wenn es nicht etwa an Rechtsprechung zur betreffenden Rechtsfrage fehlt, sondern vielmehr gegenläufige Entscheidungen vorliegen.

Um eine solche Konstellation soll es im Folgenden gehen: Nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB begeht nicht nur eine „einfache“, sondern eine gefährliche Körperverletzung, wer diese „mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich [...] begeht“. Die Frage, ob die Qualifikation auch dann einschlägig ist, wenn die Körperverletzung durch Unterlassen begangen wird und dabei noch eine andere Person anwesend ist, die ebenfalls einer (Garanten-)Hilfspflicht nicht nachkommt und dadurch den Tatbestand der Körperverletzung durch Unterlassen verwirklicht, war bislang in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht entschieden worden. Nun haben sich innerhalb kurzer Zeit zwei verschiedene Strafsenate des BGH mit ihr befasst und sie im Ergebnis gegenläufig beantwortet.

Sowohl die Unterlassungsdogmatik wie auch die gefährliche Körperverletzung gehören zum Kernbereich des Prüfungsstoffs. Daher ist die Thematik hochgradig prüfungs- und examensrelevant.

## II. Die beiden Fälle und die beiden Entscheidungen

### 1. BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21

Die Entscheidung des 2. Strafsenats betrifft einen Fall von Kindesmisshandlung. Nach den vom Senat mitgeteilten<sup>5</sup> Feststellungen der erstinstanzlich zuständigen Kammer des LG Darmstadt<sup>6</sup> kam die spätere Geschädigte im Mai 2018 gesund zur Welt. Die angeklagten Eltern des Kindes widmeten sich jedoch weiterhin in erster Linie ihren eigenen Interessen, insb. Reisen und Ausflügen. Im ersten halben Jahr war die Entwicklung des Kindes noch unauffällig; anschließend wurde es zunehmend ver-

<sup>3</sup> Vgl. bspw. die Anekdote bei Volk, ZIS 2012, 214 (214 Fn. 2).

<sup>4</sup> Vgl. dazu etwa Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Teil 1 Kap. 1 Rn. 32, 108, 192, 202.

<sup>5</sup> BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 3 ff.

<sup>6</sup> LG Darmstadt, Urt. v. 22.6.2021 – 200 Js 22164/19 10 Kls (nicht veröffentlicht).

nachlässigt und verlor an Gewicht. Die Angeklagten bemerkten den sich verschlechternden Zustand ihrer Tochter, lenkten jedoch – auch auf entsprechenden Hinweis der Kinderärztin hin – nicht ein. Vielmehr nahmen sie einen Kontrolltermin, den die Ärztin ihnen ans Herz gelegt hatte, nicht wahr und schotteten das Kind auch sonst von anderen Personen (wie z.B. den Großeltern) ab, wodurch verhindert werden sollte, dass Dritte den Verfall des Mädchens bemerkten. Trotz angespannter finanzieller Situation unternahmen die Angeklagten weiter Reisen und sparten stattdessen an Baby-nahrung. In der Folge befand das Kind sich im Mai 2019 in einem lebensbedrohlichen Zustand und wog nur noch<sup>7</sup> 4 kg. Als der Angeklagte das Kind reglos vorfand, brachten die beiden Angeklagten es zur Rettungswache. Es musste mehrfach reanimiert werden, überlebte aber letztlich. Als Folge der Vernachlässigung leidet es an einer globalen Entwicklungsstörung und wird voraussichtlich kognitive Beeinträchtigungen davontragen.

Das Landgericht verurteilte die Angeklagten wegen schwerer Misshandlung von Schutzbefohlenen durch Unterlassen in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen zu Freiheitsstrafen von sechs Jahren und fünf Jahren und neun Monaten. Auf die Revision der Angeklagten hin änderte der 2. Strafsenat des BGH den Schuldspruch dahingehend ab, dass die tateinheitliche Verwirklichung einer gefährlichen Körperverletzung durch Unterlassen gestrichen wurde, ließ den Strausausspruch aber im Ergebnis bestehen.

*Prozessualer Exkurs:* Dieses Vorgehen verwundert auf den ersten Blick: § 354 Abs. 1 StPO sieht zwar die Möglichkeit einer Änderung des Schuldspruchs durch das Revisionsgericht selbst nicht unmittelbar vor; dies entspricht aber – trotz Bedenken hinsichtlich der Methodik – der gängigen Praxis (und ist zumindest teilweise aus ökonomischen Gründen auch sinnvoll).<sup>8</sup> Verwirklicht waren auch §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 13 StGB, die jedoch hinter § 225 Abs. 3 Nr. 1 StGB zurücktreten<sup>9</sup>, weshalb der Schuldspruch ausschließlich auf Misshandlung von Schutzbefohlenen lauten musste.<sup>10</sup> Jedenfalls ist eine solche eigene Entscheidung des Revisionsgerichts nur dann möglich, wenn dadurch keine Neubewertung der Strafzumessung erforderlich wird, die dem Tatgericht vorbehalten ist. Dass ein solcher Fall hier gegeben sein soll, ist aber keineswegs selbstverständlich. Bei Tateinheit ist gem. § 52 Abs. 2 S. 1 StGB der Strafraum grundsätzlich (nur) dem schwereren Delikt zu entnehmen (Ausnahme: Satz 2), hier also der qualifizierten Misshandlung von Schutzbefohlenen gem. § 225 Abs. 1 Var. 3, Abs. 3 Nr. 1 StGB. Gleichwohl ist das tateinheitlich verwirklichte Delikt bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Fällt dieses weg, so liegt die Vermutung nahe, dass die ursprünglich gebildete Einheitsstrafe (§ 52 Abs. 1 StGB) zu hoch angesetzt war und daher der Rechtsfolgenausspruch zur neuen Verhandlung und Entscheidung an einen anderen Spruchkörper des Ausgangsgerichts zurückverwiesen werden muss. Dies wird in der Regel der Fall sein.<sup>11</sup> Gleichwohl ist das Gericht im Rahmen der allgemeinen Strafzumessungserwägungen (§ 46 StGB) nicht verpflichtet, die Strafe wegen des tateinheitlich verwirklichten Delikts zu schärfen; vielmehr kommt es darauf an, ob das Unrecht hierdurch gesteigert wird.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Bei einem Mädchen dieses Alters und Geburtsgewichts wären ca. 8,5 kg normal gewesen.

<sup>8</sup> Vgl. zum Ganzen *Knauer/Kudlich*, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1, 2019, § 354 Rn. 48 ff. m.w.N.

<sup>9</sup> BGH, Beschl. v. 5.2.2009 – 4 StR 624/08 = BeckRS 2009, 6128; BGH, Beschl. v. 14.6.2016 – 3 StR 22/16 = NStZ 2016, 673 f.; BGH, Beschl. v. 7.8.2018 – 4 StR 89/18 = BeckRS 2018, 18639; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 225 Rn. 40 m.w.N.

<sup>10</sup> BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 20 f.

<sup>11</sup> Klarstellend bspw. *Gericke*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 354 Rn. 18.

<sup>12</sup> Vgl. bspw. v. *Heintschel-Heinegg*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 52 Rn. 124 f. m.w.N.

Daraus, dass die Kammer im Rahmen der Begründung der Strafzumessung offenbar nicht darauf eingegangen ist, dass tateinheitlich auch der Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung durch Unterlassen verwirklicht war, schließt der *Senat*, dass dieser offenbar nicht strafscharfend berücksichtigt worden sein kann und daher die Schuldpruchberichtigung nicht die Notwendigkeit nach sich zieht, auch den Rechtsfolgenausspruch aufzuheben.<sup>13</sup>

§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB könne nicht durch Unterlassen verwirklicht werden. Da es nach der bisherigen Rechtsprechung bereits nicht den Tatbestand erfülle, wenn der andere lediglich passiv am Tatort anwesend sei,<sup>14</sup> könne die bloße Anwesenheit eines weiteren untätigen Garanten erst recht nicht für eine gemeinschaftliche Tatbegehung i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ausreichen.<sup>15</sup> Dies ergebe sich aus dem Telos der Regelung: Der Grund der Strafschärfung liege zum einen „in der besonderen Gefahr für das Opfer, dass es bei der Konfrontation mit einer Übermacht psychisch oder physisch in seinen Abwehr- oder Fluchtmöglichkeiten beeinträchtigt wird“, und zum anderen „in der Gefahr der Verursachung erheblicher Verletzungen infolge der Beteiligung mehrerer Personen an der Körperverletzung“.<sup>16</sup> Da eine solche Gefahr nur bei aktiven Tatbeiträgen bestehe, scheidet § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB beim gleichzeitigen Unterlassen mehrerer Garanten aus.<sup>17</sup> Das Unterlassen entspreche „nicht einer Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes durch ein Tun (§ 13 Abs. 1 StGB)“.<sup>18</sup>

## 2. BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22

Der Fall, über den der 6. *Strafsenat* zu entscheiden hatte, betrifft eine Konstellation der Zwangsprostitution.<sup>19</sup> Die 19-jährige Geschädigte litt an paranoider Schizophrenie und ging der Prostitution nach. Eines Tages nahm der Angeklagte K die Dienste der Geschädigten in Anspruch und „übernahm“ sie anschließend von ihrem bisherigen Zuhälter. Dabei hatte er Kenntnis von ihrem Alter und ihrem Gesundheitszustand. Der Angeklagte Kr und die Angeklagte H unterstützten ihn ohne eigenes finanzielles Interesse dabei, die Geschädigte Freiern für sexuelle Dienstleistungen anzubieten.

Schließlich kam es zu einer akuten Psychose der Geschädigten. Die drei Angeklagten erkannten, dass die Geschädigte sich in einem gefährlichen Zustand befand und ärztlicher Hilfe bedurfte. Um jedoch die „Einnahmequelle“ des K nicht zu gefährden, beschlossen sie, sich selbst um die Geschädigte zu kümmern. Dadurch wurde der kritische Zustand aufrechterhalten oder sogar verschlimmert; psychosebedingt kam es unter anderem zu Krämpfen und Erbrechen. Dies hätte durch die Gabe entsprechender Medikamente verhindert werden können. Schließlich starb die Geschädigte durch aktive Einwirkung, die im Einzelnen nicht aufgeklärt werden konnte.

Neben zahlreichen anderen Delikten verurteilte das Landgericht Verden in Bezug auf den hier interessierenden Sachverhaltsteil die Angeklagten jeweils wegen gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen.<sup>20</sup> Hiergegen legten die Angeklagten, die Staatsanwaltschaft und der Nebenkläger jeweils Revision ein; die (auch) von der Staatsanwaltschaft erhobene allgemeine Sachrüge machte

<sup>13</sup> BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 22; zum gleichen Vorgehen vgl. bspw. BGH, Beschl. v. 5.2.2009 – 4 StR 624/08 = BeckRS 2009, 6128.

<sup>14</sup> BGH, Beschl. v. 21.7.2015 – 3 StR 261/15 = BeckRS 2015, 14860.

<sup>15</sup> BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 12.

<sup>16</sup> BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 16.

<sup>17</sup> BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 16.

<sup>18</sup> BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 17.

<sup>19</sup> Zum Sachverhalt BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 4 ff.

<sup>20</sup> LG Verden, Urt. v. 21.10.2021 – 1 Ks 147 Js 20912/20 (113/20) – unveröffentlicht.

eine vollumfängliche materiell-rechtliche Überprüfung des Urteils erforderlich. Der *Senat* änderte teilweise den Schuldspruch, hob teilweise die Strafaussprüche auf und verwies die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine allgemeine Strafkammer des Landgerichts zurück. Die Verurteilungen wegen gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen bestätigte er hingegen. Indem sie keine ärztliche Hilfe herbeiholten, hätten die Angeklagten als Mittäter den Tatbestand der §§ 224 Abs. 1 Nr. 4, 13 StGB verwirklicht.<sup>21</sup> Auch der 6. *Strafsenat* argumentiert mit Sinn und Zweck des Qualifikationstatbestandes: Eine gemeinschaftliche Tatbegehung i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB liege dann vor, wenn die Beteiligung der anderen Person die abstrakte Gefährlichkeit der Körperverletzung für das Opfer steigere.<sup>22</sup> Dies sei unter anderem dann der Fall, „wenn die Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers durch die Anwesenheit mehrerer Beteiligter tatsächlich oder vermeintlich eingeschränkt sind [...] oder wenn der die Körperverletzung unmittelbar ausführende Täter durch einen weiteren Beteiligten in seinem Willen hierzu bestärkt wird [...]“.<sup>23</sup> Je nach Einzelfall sei dies grundsätzlich auch bei einem Unterlassen möglich.<sup>24</sup> Allerdings reiche die bloße passive Anwesenheit eines anderen nicht aus, und zwar weder beim aktiven noch beim Unterlassungs(neben)täter.<sup>25</sup> Anders lägen die Dinge hingegen, „wenn sich die zur Hilfeleistung verpflichteten Garanten ausdrücklich oder konkludent zu einem Nichtstun verabreden [...] und mindestens zwei handlungspflichtige Garanten zumindest zeitweilig am Tatort präsent sind.“ Denn dadurch werde wechselseitig der jeweilige Entschluss zum Unterlassen verstärkt, was – „zusätzlich zu dem gefahrsteigernden gruppenspezifischen Effekt“ – die Wahrscheinlichkeit senke, dass einer der Garanten seiner Hilfspflicht nachkommt.<sup>26</sup> So lägen die Dinge im entscheidungserheblichen Sachverhalt: Nach den Feststellungen der Kammer haben die Angeklagten ausdrücklich vereinbart, keine ärztliche Hilfe herbeizuholen. Der von dieser Vereinbarung ausgehende Druck zeige sich deutlich darin, dass unter anderem die Angeklagte H zunächst darauf hingewiesen hatte, dass die Geschädigte professionelle Hilfe benötige, aber dann gleichwohl nichts unternahm.<sup>27</sup>

### III. Kritische Würdigung

#### 1. Prozessuales

In prozessualer Hinsicht ist die offenkundige Divergenz<sup>28</sup> zwischen beiden Entscheidungen erstaunlich: Eigentlich ist es gerade eine Aufgabe der Revisionsgerichte – zumindest des BGH –, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung sicherzustellen.<sup>29</sup> Daher muss ein (Straf-)Senat des BGH, der in entscheidungserheblicher Art und Weise von der Rechtsprechung eines anderen Senats abweichen will, gem. § 132 Abs. 3 S. 1 GVG diesem die Frage vorlegen, ob er an seiner bisherigen Linie festhalten möchte. Gibt der angefragte Senat daraufhin seine Auffassung auf, steht der Entscheidung des anfragenden Senats nichts im Wege. Hält der angefragte Senat jedoch an seiner Rechtsansicht fest, muss der

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 39 ff.

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 40.

<sup>23</sup> BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 40.

<sup>24</sup> BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 42.

<sup>25</sup> BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 42.

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 42.

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 43.

<sup>28</sup> A.A. aber die Einschätzung von Petersen (erscheint in ZfIStw 6/2023).

<sup>29</sup> Vgl. etwa Gericke, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, Vor §§ 333–358 Rn. 2; T. Zimmermann/Bales, JuS 2019, 1137 (1141); diff. C. Knauer, NSTZ 2016, 1 (7).

anfragende Senat entweder dieser entsprechend entscheiden oder die Frage dem *Großen Senat für Strafsachen* vorlegen und abwarten, welche Linie dieser vorgibt (§ 132 Abs. 2 GVG).

Da dieses Verfahren sehr aufwendig ist, wollen die Senate es in der Regel vermeiden. Daher finden sich oftmals Begründungen, dass der Fall bzw. die Rechtsfrage in irgendeiner Weise anders gelagert und daher eine Divergenzvorlage nicht erforderlich sei; alternativ wird das gewünschte Ergebnis im Rahmen eines anderen Prüfungsschritts erreicht, sodass die bevorzugte Rechtsauffassung nicht entscheidungserheblich ist und lediglich obiter dictum klargestellt wird.

Trotz des offensichtlichen Widerspruchs zwischen beiden Entscheidungen unternahm der 6. *Strafsenat* keinerlei Bemühungen in diese Richtung. Angesichts des vergleichsweise geringen zeitlichen Abstands zwischen beiden Entscheidungen ist allerdings davon auszugehen, dass es sich hier nicht um eine bewusste Missachtung der Vorlagepflicht handelt, sondern der 6. *Strafsenat* im Zeitpunkt der Entscheidung schlichtweg noch keine Kenntnis von der Entscheidung des 2. *Strafsenats* (und damit seiner Vorlagepflicht) hatte.<sup>30</sup>

## 2. Zur Möglichkeit der Verwirklichung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB durch Unterlassen

Die entscheidende Frage lautet nun, ob der Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB auch dann einschlägig sein kann, wenn zum einen die grunddeliktische Körperverletzung (§ 223 Abs. 1 StGB) durch Unterlassen (§ 13 StGB) begangen wurde und auch der/die andere/-n Beteiligte/-n („nur“) eine Körperverletzung durch Unterlassen verwirklicht bzw. verwirklichen.

### a) Grundsätzliche Möglichkeit der Verwirklichung einer gefährlichen Körperverletzung durch Unterlassen

Klarzustellen ist zunächst, dass der Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 StGB) prinzipiell durch Unterlassen verwirklicht werden kann. Diese Möglichkeit eröffnet § 13 Abs. 1 StGB, mittels dessen grundsätzlich jeder Deliktstatbestand des Besonderen Teils<sup>31</sup> in einen Unterlassungstatbestand transformiert werden kann. An die Stelle der (aktiven) Tathandlung tritt dann das Nicht-Erfüllen einer Handlungspflicht, obwohl dies physisch-real möglich wäre.<sup>32</sup> Allerdings genügt nicht jede Verletzung einer Handlungspflicht für ein strafbares Unterlassen; erforderlich ist gem. § 13 Abs. 1 StGB vielmehr, dass der Beteiligte „rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt“ (sog. Garantenpflicht).<sup>33</sup> An die Stelle der Kausalität zwischen Tathandlung und -erfolg tritt die häufig sog. „Quasi-Kausalität“; erforderlich ist also, dass die Vornahme der rechtlich geforderten Handlung den Erfolgseintritt verhindert hätte.<sup>34</sup> Hinzu kommen muss außerdem gem. § 13 Abs. 1 StGB, dass „das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht“ (vgl. dazu noch unten unter c)).

### b) Speziell: § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

Die Kernfrage der Entscheidung ist nun, ob speziell für die Qualifikationsvariante des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB etwas anderes gilt (methodisch: ob § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB eine *lex specialis* gegenüber

<sup>30</sup> So auch die Einschätzung bei *Lichtenthäler*, FD-StrafR 2023, 458302; *Krehl*, NStZ 2023, 609 (611).

<sup>31</sup> Und des Nebenstrafrechts, vgl. Art. 1 Abs. 1 EGStGB.

<sup>32</sup> Dazu bspw. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 27 ff. m.w.N.

<sup>33</sup> Dazu bspw. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 41 ff. m.w.N.

<sup>34</sup> Dazu bspw. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 35 ff. m.w.N.

§ 13 StGB ist).

#### aa) Tatbegehung

Die Möglichkeit einer Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassen wird jedenfalls nicht dadurch ausgeschlossen, dass § 224 Abs. 1 StGB davon spricht „[w]er die Körperverletzung [...] *begeht*“. Denn „Begehen“ ist kein Synonym des Gesetzes für aktives Tun (auch wenn in der Literatur der Begriff des „Begehungsdelikts“ oftmals missverständlich als Gegenbegriff zum Unterlassungsdelikt verwendet wird<sup>35</sup>), sondern ausweislich der amtlichen Überschrift des § 13 StGB („Begehen *durch* Unterlassen“) ein Oberbegriff für alle Formen der Tatbestandsverwirklichung.

#### bb) Mit einem anderen Beteiligten

Als nächstes ist zu klären, ob der andere Garant ein „Beteiligter“ ist, mit dem eine Körperverletzung durch Unterlassen begangen werden kann. Wie der Begriff zu verstehen ist, ist bekanntermaßen umstritten.<sup>36</sup> Einerseits ist der Begriff des „Beteiligten“ in § 28 Abs. 2 StGB legaldefiniert und soll gerade gleichermaßen Täter und Teilnehmer umfassen; andererseits scheint die Verwendung des Begriffs „gemeinschaftlich“ auf § 25 Abs. 2 StGB zu weisen und damit nahezu legen, dass ein anderer „Beteiligter“ i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB nur ein *Mittäter* sein kann.<sup>37</sup>

*Historischer Exkurs:* In der Vorgängervorschrift § 223a Abs. 1 StGB a.F. lautete die Tatvariante noch geringfügig anders: „Ist die Körperverletzung [...] von Mehreren gemeinschaftlich [...] begangen [...].“ Bereits unter dieser Gesetzesfassung war umstritten, ob die „gemeinschaftliche“ Tatbegehung Mittäterschaft voraussetzt.<sup>38</sup> Daher wird teilweise vorgetragen, gerade die Umformulierung<sup>39</sup> hin zur Verwendung des legaldefinierten Begriffs des „Beteiligten“ sei ein Zeichen dafür, dass der Gesetzgeber diesen Streit zugunsten einer weiten Lesart, die auch Teilnehmer umfasst, habe beseitigen wollen.<sup>40</sup> Allerdings handelte es sich hierbei nicht um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers – zumindest schweigen die Gesetzgebungsmaterialien sich hierzu aus.<sup>41</sup> Möglicherweise handelt es sich nur um einen unbeabsichtigten Nebeneffekt der Umformulierung von einer Passivkonstruktion in die aktivische Formulierung.<sup>42</sup>

Einigkeit besteht jedoch dahingehend, dass jedenfalls Mittäter „andere Beteiligte“ i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB sind; auf den Streit kommt es daher nicht an, wenn Mittäterschaft vorliegt. Für die hier interessierenden Fallkonstellationen, in denen mehrere Garantens entsprechend einer vorherigen Verabredung jeweils ihrer Hilfespflicht nicht nachkommen, nimmt die ganz überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur Mittäterschaft zwischen den Garantens an.<sup>43</sup>

<sup>35</sup> Exemplarisch Rengier, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 10 Rn. 17.

<sup>36</sup> Überblick: Hillenkamp/Cornelius, 40 Probleme aus dem Strafrecht, Besonderer Teil, 13. Aufl. 2020, 6. Problem.

<sup>37</sup> BGH, Urt. v. 3.9.2002 – 5 StR 210/02 = BGHSt 47, 383 (386): „etwas mißverständlich[]“; D. Bock, NStZ 2017, 641 (641) „perplex“; Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 24: „selbstwidersprüchlich“.

<sup>38</sup> Nachw. bei Küper, GA 1997 301 (307 ff.).

<sup>39</sup> Der heutige § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB gilt seit 1.4.1998 und wurde eingeführt durch Art. 1 Nr. 38 des Sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) v. 26.1.1998 = BGBl. I 1998, S. 164 (175) – Nr. 6 v. 30.1.1998.

<sup>40</sup> So insb. BGH, Urt. v. 3.9.2002 – 5 StR 210/02 = BGHSt 47, 383 (386).

<sup>41</sup> Klarstellend bspw. Küper, GA 2003, 363 (372 f.); Wolters, in: SK-StGB, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 224 Rn. 28.

<sup>42</sup> Wolters, in: SK-StGB, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 224 Rn. 28.

<sup>43</sup> Vgl. nur etwa BGH, Urt. v. 26.6.1990 – 2 StR 549/89 = BGHSt 37, 106 (129) – Lederspray; Gaede, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 27; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2023,

*Vertiefung:* Das ist aber nicht so unproblematisch, wie es auf den ersten Blick aussieht: Wer alle Tatbestandsmerkmale des (Unterlassungs-)Delikts in eigener Person erfüllt, ist nach allgemeinen Grundsätzen *unmittelbarer* Täter gem. § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB („wer die Straftat selbst [...] begeht“). Es begeht also jeder Garant seine *eigene Tat*, die *unabhängig* von der des anderen ist.<sup>44</sup> Dies wird oftmals als „Nebentäterschaft“ bezeichnet, wobei es sich nicht um eine dogmatische Kategorie mit eigenständiger Bedeutung, sondern lediglich um eine phänomenologische Beschreibung handelt.<sup>45</sup> Sieht man aber die Garanten als Unterlassungsnebtäter, so begehen sie nicht mehr *dieselbe* Tat, weshalb § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB von vornherein nicht einschlägig sein kann.<sup>46</sup>

Oftmals wird die Frage, ob – auf Grundlage einer Verabredung – gleichzeitig untätig bleibende Garant Mit- oder „Neben“-Täter sind, für irrelevant erklärt,<sup>47</sup> weil es im Normalfall keinen Unterschied macht: Jedenfalls sind beide (Unterlassungs-)Täter; rechtliche Unterschiede (z.B. hinsichtlich des Strafrahmens) ergeben sich nicht, auch im Urteilstenor wird die Täterschaftsform nicht angegeben<sup>48</sup>. Hier ist der Streit ausnahmsweise von Bedeutung.

Die Minderheitsmeinung, die mittäterschaftliches Unterlassen grundsätzlich ablehnt,<sup>49</sup> hat dabei gute Gründe auf ihrer Seite: § 25 Abs. 2 StGB kommt eigentlich die Funktion zu, einzelne Tatbeiträge wechselseitig zuzurechnen, wenn der betreffende Mittäter gerade nicht alle Tatbestandsmerkmale selbst erfüllt. Beim Garantunterlassen besteht für eine solche Zurechnung aber gerade kein Bedarf.<sup>50</sup> Eine vermittelnde Auffassung teilt im Ausgangspunkt die vorstehende Kritik, will jedoch mittäterschaftliches Unterlassen nicht kategorisch ausschließen, sondern auf solche Fälle beschränken, in denen die Garanten ihre jeweilige Handlungspflicht nur gemeinsam erfüllen können.<sup>51</sup> So einleuchtend diese Ausnahme auf den ersten Blick scheint, ist sie gleichwohl inkonsequent: Denn wenn beide Garanten zusammenwirken müssen, bleibt es dabei, dass jeder Garant allein die Rettung durch Untätigkeit verhindern kann und somit alle Merkmale des Unterlassungsdelikts selbst erfüllt. Die Behauptung, dass in diesen Fällen beide Garanten stattdessen straflos sind, weil ihnen die (alleinige) Erfolgsverhinderung gerade *unmöglich* ist,<sup>52</sup> trägt hingegen nicht: Ein Unterlassen liegt nicht deswegen vor, weil der Garant – ex post – den Erfolgseintritt nicht verhindert hat, sondern weil er zu

§ 25 Rn. 11a; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 29/102; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 682; *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 25 Rn. 286; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 38 Rn. 65; *Kudlich*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2021, § 13 Rn. 48; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 268; *Ransiek*, JuS 2010, 678 (678 f.); *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 172 ff.; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 237; *Weigend*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 82.

<sup>44</sup> So BGH, Urt. v. 6.11.2002 – 5 StR 281/01 = BGHSt 48, 77 (95); *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 25 Rn. 150.

<sup>45</sup> Klarstellend bspw. *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 25 Rn. 302 ff.; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 246 ff.; a.A. wohl nur *Murmann*, Die Nebentäterschaft im Strafrecht, Ein Beitrag zu einer personalen Täterschaftslehre, 1993.

<sup>46</sup> Darauf weisen zutreffend *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 224 Rn. 39, und *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 35, hin.

<sup>47</sup> Exemplarisch *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 173; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 237; *Weigend*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 82.

<sup>48</sup> Vgl. bspw. *Maier*, in: MüKo-StPO, Bd. 2, 2016, § 260 Rn. 259.

<sup>49</sup> U.a. *Kreuzberg*, Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen, 2019, S. 651 ff.; *Mosenheuer*, Unterlassen und Beteiligung, 2009, S. 135 ff.

<sup>50</sup> Vgl. etwa BGH, Urt. v. 6.11.2002 – 5 StR 281/01 = BGHSt 48, 77 (95); *Weigend*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 82; insoweit auch zutreffend etwa *Mosenheuer*, Unterlassen und Beteiligung, 2009, S. 135 ff.

<sup>51</sup> Bspw. *Gaede*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 27; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 202 ff.; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 268; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 51 Rn. 3.

<sup>52</sup> So aber *Mosenheuer*, Unterlassen und Beteiligung, 2009, S. 137 f.

einer Zeit, in der der Erfolgseintritt noch hätte verhindert werden können, nicht die von ihm geforderten Handlungen vorgenommen hat, um den Erfolg abzuwenden. Er muss daher jedenfalls seinen Teil erbringen und versuchen, auf den anderen dahingehend einzuwirken, dass dieser ebenfalls seinen Beitrag leistet. Tut er dies nicht, sondern trägt mit der Verabredung sogar noch dazu bei, dass der andere seiner Handlungspflicht nicht nachkommt, kann ihn dies nicht entlasten.<sup>53</sup>

Die beiden *Senate* setzen sich nicht näher mit der Täterschaftsform auseinander. Der 6. *Strafsenat* geht ganz explizit von Mittäterschaft aus.<sup>54</sup> Der 2. *Strafsenat* äußert sich insoweit nicht; er teilt lediglich mit, dass die erstinstanzliche Kammer von Mittäterschaft ausgegangen ist, wie sich aus der Paragraphenkette ergibt.<sup>55</sup>

### cc) Gemeinschaftlich

Die Kernfrage der beiden Entscheidungen ist, ob die Garanten „gemeinschaftlich“ unterlassen.

#### (1) Grundsätzliche Möglichkeit der Verwirklichung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB durch Unterlassen

Der Wortlaut ist insoweit offen und schließt eine Verwirklichung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB durch Unterlassen nicht von vornherein aus.<sup>56</sup>

Der Blick auf die (unmittelbare) Entstehungsgeschichte ist ebenfalls wenig aussagekräftig. Wie der 2. *Strafsenat* zutreffend betont<sup>57</sup>, hat der Gesetzgeber des 6. Strafrechtsreformgesetzes, mit dem § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB zum letzten Mal verändert wurde (siehe oben), sich dazu nicht nennenswert geäußert. Der 6. *Strafsenat* weist darauf hin,<sup>58</sup> dass der Gesetzgeber eine „Aufwertung des Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit“ im Sinn hatte, die insbesondere durch die Anhebung der Strafraumen zum Ausdruck kommen sollte<sup>59</sup>. Der abstrakte Hinweis auf einen „effektiven Rechtsgüterschutz[]“<sup>60</sup> allein vermag jedoch keine pauschal weite und damit punitive Auslegung zu rechtfertigen.

Entscheidend ist daher die teleologische Auslegung: Nach ganz überwiegender Auffassung ist Strafgrund der Qualifikation, dass die in § 224 Abs. 1 StGB beschriebenen Verhaltensweisen ihrer Art nach besonders gefährlich erscheinen.<sup>61</sup> Dies ist beispielsweise bei Nr. 2 der Fall: Der Stich mit einem Messer birgt typischerweise die Gefahr, schwerere Verletzungen herbeizuführen als ein bloßer Faustschlag. Mit Blick auf dieses Telos wird gegen die Entscheidung des 6. *Strafsenats* eingewandt, dass zwar durch eine Verabredung zwischen mehreren Garanten die Gefahr gesteigert werde, dass auch die anderen Garanten ihrer Pflicht nicht nachkommen; dadurch komme es jedoch nicht zu einer *qualitativen Intensivierung* der dem Opfer drohenden Verletzung.<sup>62</sup> Vielmehr könne eine solche Gefährlichkeitssteigerung nur vorliegen, wenn der Anwesenheit des (anderen) untätigen Garanten die

<sup>53</sup> Zutreffend Haas, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 13 Rn. 134 (allerdings unter missverständlicher Bezugnahme auf *Mosenheuer*); Kreuzberg, Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen, 2019, S. 651 ff.; Weigend, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 82.

<sup>54</sup> BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 39.

<sup>55</sup> BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 7.

<sup>56</sup> BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 13; BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 42.

<sup>57</sup> BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 14.

<sup>58</sup> BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 42.

<sup>59</sup> BT-Drs. 13/8587, S. 19.

<sup>60</sup> BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 42.

<sup>61</sup> Vgl. exemplarisch BGH, Urt. v. 23.6.1964 – 5 StR 182/64 = BGHSt 19, 352 (353).

<sup>62</sup> Kudlich, JA 2023, 694 (696); Eisele, JuS 2023, 884.

Gefahr innewohne, dass dieser jederzeit aktiv werden und z.B. zu direkten Körperverletzungshandlungen übergehen und/oder Rettungsbemühungen Dritter verhindern könne.<sup>63</sup>

Allerdings geht es bei § 224 Abs. 1 StGB (im Allgemeinen und bei Nr. 4 im Speziellen) gerade nicht nur um eine Steigerung der potenziell drohenden Verletzungsintensität, sondern auch und vor allem um die Einschränkung oder Beseitigung von Verteidigungsmöglichkeiten.<sup>64</sup> Deutlich wird dies insbesondere an Nr. 3: Das Messer wird nicht dadurch schärfer oder spitzer, weil man es nicht kommen sieht; die gesteigerte Gefährlichkeit erwächst erst aus dem Überraschungseffekt. Ähnlich ist es bei Nr. 4: Es besteht Einigkeit dahingehend, dass der andere Beteiligte keine aktiven Körperverletzungshandlungen vornehmen muss, weshalb es insoweit zu keiner Gefährlichkeitssteigerung kommen muss; gleichwohl führt die Mitwirkung des Dritten (z.B. „Anfeuern“) dazu, dass das Opfer sich einer „Übermacht“ gegenüber sieht (insbesondere, wenn es damit rechnet, dass der Dritte selbst noch aktiv werden könnte<sup>65</sup>) und daher in seinen Abwehrmöglichkeiten beeinträchtigt ist.<sup>66</sup>

So eine „Übermacht“ besteht aber auch in der Situation mehrerer verabredetermaßen untätiger Garanten. Denn der Garant ist gerade ein Verteidigungsmechanismus, den die Rechtsordnung dem Opfer zur Seite stellt. Trifft also ein Garant mit einem anderen eine Untätigkeitsvereinbarung, baut diese eine gewisse psychologische Hemmschwelle auf und hat somit das Potenzial, die anderen Garanten als Verteidigungsmittel „auszuschalten“.<sup>67</sup>

*Exkurs:* Dieser Gedanke ist aus anderem Zusammenhang bekannt: Das Merkmal der heimtückischen Begehungsweise beim Mord (§ 211 Abs. 2, 2. Gruppe, Var. 1 StGB) wird allgemein verstanden als das bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers.<sup>68</sup> Arglosigkeit setzt dabei die Fähigkeit zum Argwohn voraus. Diese ist aber etwa nicht gegeben z.B. bei Kleinstkindern, weshalb diese grundsätzlich nicht heimtückisch getötet werden können.<sup>69</sup> Etwas anderes soll aber gelten, wenn schutzbereite Dritte zur Verfügung standen, diese aber gezielt ausgeschaltet wurden.<sup>70</sup>

Dafür sprechen auch psychologische Erkenntnisse: Bekannt ist der sog. Zuschauer-Effekt (*bystander effect*).<sup>71</sup> Danach tendieren Menschen, die eine Notsituation wahrnehmen, dazu, nicht zu helfen, wenn auch andere Personen anwesend sind, die ebenfalls nicht eingreifen. Dahinter können verschiedene gedankliche Mechanismen stecken: So neigen Menschen beispielsweise eher dazu, ihr Verhalten an das anderer anzupassen, um möglichst nicht aufzufallen. In Unterlassensfällen kommt der Gedanke der sog. Verantwortungsdiffusion hinzu; plastisch gesprochen: „Wer ist eigentlich zuständig? – Es wird sich schon jemand anderes darum kümmern.“ Derartige Denkstrukturen könnten beispiels-

<sup>63</sup> Eisele, JuS 2023, 881 (882); ders., JuS 2023, 883 (884).

<sup>64</sup> Vgl. bspw. BGH, Urt. v. 3.9.2002 – 5 StR 210/02 = BGHSt 47, 384 (387); Momsen/Momsen-Pflanz, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2021, § 224 Rn. 24; Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 2 m.w.N.

<sup>65</sup> So bspw. BGH, Urt. v. 3.9.2002 – 5 StR 210/02 = BGHSt 47, 384 (387).

<sup>66</sup> Bspw. Hardtung, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 37; Momsen/Momsen-Pflanz, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2021, § 224 Rn. 25; Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 25; jeweils m.w.N.

<sup>67</sup> In diesem Sinne auch Lichtenthäler, FD-StrafR 2023, 458302.

<sup>68</sup> Vgl. nur exemplarisch BGH, Beschl. v. 10.1.2006 – 5 StR 341/05 = NJW 2006, 1008 (1010).

<sup>69</sup> Bspw. BGH, Urt. v. 10.3.2006 – 2 StR 561/05 = NSTZ 2006, 338 (339); Saliger, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 211 Rn. 54 m.w.N.

<sup>70</sup> Etwa BGH, Urt. v. 18.10.2007 – 3 StR 226/07 = NSTZ 2008, 93; Saliger, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 211 Rn. 59 m.w.N.

<sup>71</sup> Grundlegend Darley/Latané, Journal of Personality and Social Psychology 8 (1968), 377 ff.; Meta-Analyse der zahlreichen Nachfolgestudien bei Fischer u.a., Psychological Bulletin 137 (2011), 517 ff.; Einführung in deutscher Sprache bei Gazzaniga/Heatheron/Halpern, Psychologie, 2017, S. 696 ff.

weise dem Fall des 2. *Strafsenats* zugrunde gelegen haben. In dem Sachverhalt, über den der 6. *Strafsenat* zu entscheiden hatte, mag die Nutzen-Risiko-Abwägung – ein weiterer Faktor des Zuschauer-Effekts – hinzugekommen sein: Angesichts der angespannten Situation konnten vermutlich alle Angeklagten damit rechnen, gewaltsam von den anderen an Rettungsmaßnahmen gehindert zu werden.

Daher spricht mit dem 6. *Strafsenat* (und entgegen dem 2. *Strafsenat*) die Teleologie des Tatbestandes dafür, dass § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB auch dann einschlägig sein kann, wenn mehrere Garanten gleichzeitig die Vornahme von Rettungshandlungen unterlassen.

## (2) Nähere Konkretisierung

In einem zweiten Schritt ist daher auszuloten, unter welchen Voraussetzungen mehrere untätige Garanten „gemeinschaftlich“ i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB handeln.

Die Anforderungen an die Vereinbarung zwischen mehreren Garanten, den Erfolg nicht abzuwenden, dürfen nicht strenger sein als diejenigen, die an den Tatentschluss für die Mittäterschaft gestellt werden. Sie muss daher nicht explizit ausgesprochen werden, sondern die stillschweigende Übereinkunft reicht aus.<sup>72</sup> Auch ist es möglich, dass der eine Garant erst nach Beginn der Untätigkeit durch den anderen dazustößt (Bsp.: Ein Elternteil lässt das gemeinsame Kind hungern, während der andere auf Geschäftsreise ist; nach dessen Rückkehr erfasst dieser die Situation und beide werden sich darüber einig, das Kind auch weiterhin nicht zu versorgen). Nicht ausreichend ist es hingegen, wenn ein Garant die Untätigkeit des Garanten bemerkt und sich entschließt, ebenfalls nicht zu handeln, ohne dass der andere Garant davon weiß.

*Praxishinweis:* Gerade, wenn die Tatbeiträge in einem Unterlassen bestehen, stellen sich in der Praxis freilich erhebliche Beweisschwierigkeiten, ob wirklich eine – irgendwie geartete – wechselseitige Kommunikation zwischen den Garanten dahingehend stattgefunden hat, dass sie sich darauf verständigen, jeweils ihrer Pflicht nicht nachzukommen.<sup>73</sup> Im Zweifelsfall muss das Gericht davon ausgehen, dass keine Abstimmung zwischen den Garanten stattgefunden hat und sie jeweils „nur“ als unmittelbare („Neben“-)Täter zu bestrafen sind; § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB findet dann keine Anwendung (weshalb dieses Ergebnis für die Angeklagten rechtlich günstiger und daher in dubio pro reo zu unterstellen ist).

Auf einen anderen Aspekt weist *Lichtenthäler* zutreffend hin:<sup>74</sup> Bei aktiven Körperverletzungen verlangt die ganz herrschende Auffassung für ein „gemeinschaftliches“ Handeln i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB, dass auch der andere Beteiligte am Tatort (i.S.d. § 9 StGB) körperlich anwesend sein muss und dort seinen jeweiligen Beitrag erbringt.<sup>75</sup> Hintergrund dieser Lesart ist der Gedanke, dass nur dann die „Übermacht“-Wirkung der Personenmehrheit zum Tragen kommt. Diese Überlegung überträgt der 6. *Strafsenat* auf die hiesigen Unterlassungskonstellationen, wenn er beiläufig fordert, dass „min-

<sup>72</sup> Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 26.6.2002 – 1 StR 191/02 = NStZ 2003, 85; näher *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 195 m.w.N.

<sup>73</sup> Dazu bspw. *Puppe*, ZIS 2007, 234 (238).

<sup>74</sup> *Lichtenthäler*, FD-StrafR 2023, 458302.

<sup>75</sup> Exemplarisch BGH, Urt. v. 22.12.2005 – 4 StR 347/05 = NStZ 2006, 572 (573); BGH, Beschl. v. 25.7.2017 – 3 StR 113/17 = NStZ 2017, 640 (640) m. Anm. *D. Bock; Engländer*, in: *Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 224 Rn. 12 f.; *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 224 Rn. 7.

destens zwei handlungspflichtige Garanten zumindest zeitweilig am Tatort präsent sind“.<sup>76</sup> Für die Konstellationen verabredeten Unterlassens ist sie freilich nicht zwingend. Zwar ist es zutreffend, dass der wechselseitige Druck, der von der Verabredung ausgeht, am größten sein dürfte, wenn beide Garanten gleichzeitig anwesend sind und sich gegenseitig „im Auge haben“.<sup>77</sup> Da hier aber der Grund der Strafschärfung ist, dass der andere Garant als potenzielle Verteidigungsmöglichkeit des Opfers ausgeschaltet wird, ist die durch die Verabredung geschaffene Gefahr umgekehrt dann am größten, wenn der andere Garant aufgrund der Verabredung *gerade nicht anwesend* ist und daher auch nicht unmittelbar selbst eingreifen kann.

### c) Entsprechungsklausel, § 13 Abs. 1 StGB

Gem. § 13 Abs. 1 StGB setzt eine Unterlassungsstrafbarkeit außerdem voraus, dass „das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht“. Was sich hinter diesem Merkmal verbirgt, ist bislang ungeklärt. Nach ganz herrschender Auffassung entfaltet es nur bei den sog. verhaltensgebundenen Delikten (also solchen, die – wie etwa § 224 Abs. 1 StGB – nicht lediglich die Verursachung eines bestimmten Erfolges auf beliebige Weise voraussetzen, sondern das tatbestandsmäßige Verhalten näher umschreiben<sup>78</sup>) strafbarkeitseinschränkende Wirkung; insoweit sei die sog. Modalitätenäquivalenz erforderlich.<sup>79</sup> Was damit gemeint ist, bleibt unklar. Rechtsprechung und Literatur verwenden die Entsprechungsklausel daher regelmäßig als argumentativen „Aufhänger“ ohne eigenständigen Inhalt.<sup>80</sup> Daher verwundert es nicht, wenn der 2. *Strafsenat*<sup>81</sup> und manche Literaturstimmen<sup>82</sup> die Entsprechungsklausel als „Unterstreichungs“ für ihre teleologische Argumentation verwenden. Ein eigenständiges Argument liegt darin aber nicht.

*Hinweis für Klausuren und Hausarbeiten:* Für Studierende in Prüfungssituationen ist es undankbar, dass Inhalt und Bedeutung der Entsprechungsklausel ungeklärt sind. Daher stellt sich die Frage, wie souverän mit diesem Befund umzugehen ist.<sup>83</sup>

Keinesfalls sollte die Entsprechungsklausel schlicht ignoriert werden; es handelt sich um eine explizite Strafbarkeitsvoraussetzung, die das Gesetz aufstellt.<sup>84</sup> Zugleich sollte hierfür aber auch nicht zu viel Zeit investiert werden. Bei reinen Verursachungsdelikten (wie z.B. § 212 Abs. 1 StGB) genügt daher die kurze Klarstellung, dass bei solchen das Nichtabwenden des tatbestandsmäßigen Erfolgs stets der aktiven Tatbegehung entspricht.<sup>85</sup> Bei verhaltensgebundenen Delikten wird es in aller Regel

<sup>76</sup> BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 42.

<sup>77</sup> Zutreffend *Lichtenthäler*, FD-StrafR 2023, 458302.

<sup>78</sup> Bspw. *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, 1. Teil 2. Kap Rn. 15.

<sup>79</sup> Exemplarisch BGH, Urt. v. 4.8.2015 – 1 StR 624/14 = NJW 2015, 3047 (3048 f.); BGH, Urt. v. 22.11.2016 – 1 StR 354/16, Rn. 21 = BGHSt 61, 318 (324); BGH, Beschl. v. 8.3.2017 – 1 StR 466/16, Rn. 32 = NJW 2017, 2052 (2055); *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 4; *Gaede*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 19; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 123; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 49 Rn. 33; jeweils m.w.N.

<sup>80</sup> Dazu eingehend *M. Wagner*, Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB (erscheint demnächst).

<sup>81</sup> BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 17.

<sup>82</sup> *Eisele*, JuS 2023, 881 (882); *ders.*, JuS 2023, 883 (884); *Kudlich*, JA 2023, 694 (696); beiläufig auch *Krehl*, NStZ 2023, 609 (611). *Moslehi* (HRRS 2023, 267 [269 f.]) schein in der Entsprechungsklausel den Bezugspunkt aller teleologischen Argumente zu sehen.

<sup>83</sup> Dazu bspw. *Satzger*, Jura 2011, 749.

<sup>84</sup> Zutreffend *Satzger*, Jura 2011, 749 (758; missverständlich aber 754).

<sup>85</sup> Bspw. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 124; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 49 Rn. 30 f.

ausreichend sein, darauf hinzuweisen, dass „Modalitätenäquivalenz“ erforderlich sei; anschließend sollte in ein bis zwei Sätzen unter Bezugnahme auf den Sachverhalt kurz argumentiert werden, warum hier die Konstellation wertungsmäßig derjenigen einer aktiven Tat entspreche. Eine ausführlichere Auseinandersetzung ist hingegen dann angezeigt, wenn die Aufgabenstellung einer Hausarbeit offensichtlich einer der wenigen Entscheidungen<sup>86</sup> nachgebildet ist, in der das Gericht sich näher mit der Entsprechungsklausel befasst hat.

#### IV. Ergebnis

Für die beiden Entscheidungssachverhalte bedeutet das Gesagte folgendes:

Die Anwendung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB „steht und fällt“ damit, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen man eine Mittäterschaft zwischen verabredetermaßen untätigen Garanten für konstruktiv möglich erachtet. Schließt man eine solche gänzlich aus oder nimmt sie ausschließlich in solchen Fällen an, in denen die Garanten die Pflicht nur gemeinsam erfüllen können, ist in beiden Fällen § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB nicht erfüllt, weil die Garanten jeweils „nur“ (unmittelbare) „Neben“-Täter sind und daher nicht *dieselbe* Tat begehen. Nimmt man hingegen mit der ganz überwiegenden Auffassung an, dass bei verabredetem Nichtstun Mittäterschaft vorliegt, so ist der Anwendungsbereich des Qualifikationstatbestands grundsätzlich eröffnet.

*Vertiefung:* Eine dritte Lösung bietet *Petersen*<sup>87</sup> an. Er beschäftigt sich nicht mit der Frage der Täterschaftsform. Nach ihm liegt in der Bestärkung des anderen Garanten eine (aktive) psychische Beihilfe zu dessen Unterlassungsdelikt, die für eine „Beteiligung“ i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ausreichen soll, „wenn objektiv möglich erscheint, dass der Täter in seinem Tatentschluss wankt“. Für den den anderen Garanten psychisch unterstützenden Täter wirke dieser Umstand sich zwar nicht aus, weil die psychische Beihilfe hinter seiner Unterlassungstäterschaft zurücktrete. Beim anderen Täter sei hingegen die Qualifikation des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB erfüllt.

Dieser Ansatz vermag nicht zu überzeugen: Zum einen scheint sie der Auffassung *Petersens* zu widersprechen, dass Anstiftung nicht für § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ausreiche, da „insoweit der innere Zusammenhang mit der Anstiftungshandlung selbst [fehle], da diese zum Zeitpunkt der Tatbegehung schon abgeschlossen ist und der Anstifter durch seine bloße Anwesenheit am Tatort die Gefährlichkeit der Körperverletzung nicht mehr zu steigern verm[öge] als ein anwesender Nichtbeteiligter.“<sup>88</sup> Wenn es aber für § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB nicht ausreichen soll, wenn der Anstifter direkt am Tatort beim Garanten überhaupt erst den Entschluss zum Unterlassen der Rettungshandlung hervorruft, so leuchtet nicht ein, warum es dann qualifizierend wirken soll, wenn er einen bereits tatentschlossenen Garanten lediglich in seinem Entschluss bestärkt, sofern dieser zu „wackeln“ droht. Zum anderen scheint dieser Ansatz wertungswidersprüchlich: Die Strafschärfung tritt gerade nicht bei demjenigen selbst ein, der das zusätzliche Unrecht – bestärkende Einwirkung auf den anderen – verwirklicht, sondern bei demjenigen, der infolge der geistigen Unterstützung durch den anderen lediglich an seinem bereits gefassten Plan festhält. Diesen Widerspruch vermeidet der hiesige Ansatz.

Nebenbei bemerkt ist es keineswegs selbstverständlich, dass eine psychische Beihilfe (oder erst recht eine Anstiftung) durch Einwirkung auf den anderen Garanten subsidiär zur eigenen Unterlassungstäterschaft wäre. Das ist dann zutreffend, wenn man Mittäterschaft zwischen den unterlassen-

<sup>86</sup> Z.B. BGH, Urt. v. 20.7.1995 – 4 StR 129/95 = NJW 1995, 3194.

<sup>87</sup> *Petersen* (erscheint in ZfStw 6/2023).

<sup>88</sup> *Petersen* (erscheint in ZfStw 6/2023).

den Garanten annimmt (dann kommt es aber auf *Petersens* Modell freilich nicht mehr an). Geht man hingegen von unmittelbarer Unterlassungs(neben)täterschaft aus, stellen sich die Dinge anders dar. Denn einerseits ist Täterschaft die „schwerere“ Beteiligungsform; andererseits verdrängt üblicherweise aktives Tun das Unterlassen. Aufgrund der Milderungsmöglichkeit gem. § 13 Abs. 2 StGB ist – jedenfalls im Falle der Anstiftung – sogar der Strafraum der Anstiftung zum Unterlassungsdelikt des anderen potenziell strenger als derjenige der eigenen Unterlassungstäterschaft. Zudem handelt es sich um zwei logisch voneinander unabhängige Rechtsgutsangriffe, weshalb nicht ohne weiteres ersichtlich ist, warum nicht aus Klarstellungsgründen Tateinheit anzunehmen sein sollte.

Auch wenn die Begründung den Kern nicht ganz trifft, so ist jedenfalls im Ergebnis dem 6. *Strafsenat* zuzustimmen und die restriktive Linie des 2. *Strafsenats* abzulehnen. Es ist konstruktiv möglich, den Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB durch Unterlassen zu verwirklichen. Die (abstrakt) gesteigerte Gefährlichkeit erwächst daraus, dass durch die Einwirkung auf den anderen Garanten ein Schutzmechanismus der Rechtsordnung (potenziell) außer Kraft gesetzt wird. Genauso lagen die Dinge in den beiden Entscheidungssachverhalten. Es bleibt daher abzuwarten, wie die Rechtsprechung des BGH sich entwickelt, wenn wieder einmal ein „passender“ Fall zu entscheiden ist.