

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

Herausgeber: Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Michael Fehling, PD Dr. Matthias Fervers, Prof. Dr. Beate Gsell, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, RiBVerfG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Johannes Masing, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Anne Schneider, Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Prof. Dr. Johanna Wolff

Geschäftsführende Herausgeber: Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas Brinkmann, Prof. Dr. Julian Krüper, Prof. Dr. Markus Wagner

1/2024
17. Jahrgang

S. 1–248

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Die Rückgewährpflicht des Anfechtenden – Zum Inhalt des Schadensersatzanspruchs aus § 122 Abs. 1 BGB

Wiss. Bibliothekar Lars Iking, Mainz 1

Öffentliches Recht

Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie der Vorsokratiker und Sophisten

Dr. André Lepej, Heidelberg 7

Streiche im öffentlichen Raum und der Kunstgriff der Kunstbegriffe – Zur Subsumtion unter Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG

Wiss. Mitarbeiter Benjamin Poliak, Düsseldorf 19

Strafrecht

Das Inquisitionsverfahren als zeitgenössische Errungenschaft – Teil 2

Stud. iur. Louisa Voigt, Münster 36

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Die gestörte Gesamtschuld – Einführung, Bewertung und Kommentar

Stud. iur. Felix Jurgovsky, Erlangen 51

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Examensübungsklausur: Spiel-Verderberin

Wiss. Mitarbeiter Florian Brüderlin, Wiss. Mitarbeiterin Lilly Mögn,
Stud. Hilfskraft Sophia Eder, Passau 65

Examensübungsklausur: Nur Ärger mit dem Infotainment

Ref. iur. Nico Krause, Dresden 90

Fortgeschrittenenklausur: Streit um ein Grundstück

Stud. iur. Jan Günther, München 110

Öffentliches Recht

Fortgeschrittenenklausur Europarecht: Autofrei – Spaß dabei?

Akad. Rat a.Z. Dr. Stefan Drechsler, Regensburg 123

Anfängerklausur – Baurecht: Escape-Rooms im allgemeinen Wohngebiet

Wiss. Mitarbeiter Piet Blanc, Bochum 145

Strafrecht

Hausarbeit: Der Umwelt zuliebe

Prof. Dr. Martin Heger, Wiss. Mitarbeiter Laszlo Aust, LL.M. (Leiden), Berlin 156

Anfängerklausur: Drama am Mount Everest

Assessorin Simone Schönmehl, Kiel 184

Fortgeschrittenenhausarbeit: Der große Wurf

Ref. iur. Nicolai Bülte, Ref. iur. Jonathan Kuchinke, Marburg 197

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Strafrecht

KG, Beschl. v. 16.8.2023 – 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23

(Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte durch das Festkleben auf der Fahrbahn)

(Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, LL.M. [Athen], Vaduz, Stud. iur. Christoph
Bauch, B.A., Frankfurt am Main) 229

BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22

(Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten, Ne bis in idem)

(Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M., Düsseldorf)

238

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

Die Rückgewährpflicht des Anfechtenden – Zum Inhalt des Schadensersatzanspruchs aus § 122 Abs. 1 BGB

Wiss. Bibliothekar Lars Iking, Mainz*

I. Einleitung	1
II. Der Ansatz der herrschenden Meinung	2
III. Die Auslegung des § 122 Abs. 1 BGB	3
1. Auslegung nach dem Wortlaut	3
2. Historische Auslegung	3
3. Systematische Auslegung	4
4. Auslegungsergebnis	5
IV. Die Position Andreas von Tuhrs	5
V. Schlussthesen	6

I. Einleitung

Betrachtet man folgenden simplen Fall, der bereits nach dem ersten oder zweiten Semester des Jura-Studiums erfolgreich gelöst werden können sollte, dann drängen sich Anspruchsgrundlage und Lösung auf:

Käuferin K kauft eine Sache von Verkäufer V. Die Kaufsache wird übergeben und übereignet. Sodann ficht K den Kaufvertrag wegen eines – von ihr nicht verschuldeten und für V nicht erkennbaren – Erklärungsirrtums hinsichtlich des Kaufpreises wirksam an. V fordert Rückgabe und Rückübereignung der Kaufsache von K.

Die Lösung wird in Lehr- und Fallbüchern sowie in den Einführungsvorlesungen zum Bürgerlichen Recht folgendermaßen lauten: K hat Besitz und Eigentum an der Kaufsache durch Leistung des V ohne Rechtsgrund erlangt, da der Kaufvertrag (also der ursprüngliche Rechtsgrund) infolge der wirksamen Anfechtung ex tunc nichtig ist. V hat gegen K einen Herausgabeanspruch aus Leistungskondition gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB (oder aber – je nach Ansicht – gem. § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB), gerichtet auf Rückgabe und Rückübereignung der Kaufsache.

Wandert der Blick dann allerdings in die Literatur zum Anfechtungsrecht, so ergibt sich ein überraschendes Bild: Nach h.M. kann ein nach § 122 Abs. 1 BGB Ersatzberechtigter auch im Rahmen seines auf den Ersatz des Vertrauensschadens gerichteten – d.h. am negativen Interesse zu bemessenden¹ – Anspruchs solche Leistungen vom Anfechtenden zurückfordern, die er im Vertrauen auf die Gültigkeit der angefochtenen Erklärung und also im Vertrauen auf die Wirksamkeit eines

* Der Autor ist Wiss. Bibliothekar an der Universitätsbibliothek Mainz.

¹ Siehe allgemein zur (Begrenzung der) Schadensersatzpflicht des Anfechtenden Höpfner, AcP 212 (2012), 853.

entsprechenden Verpflichtungsgeschäfts erbracht hat.² In unserem Fall könnte V demzufolge Rückgabe und Rückübereignung der Kaufsache von K auch aus § 122 Abs. 1 BGB verlangen. Der Anspruch auf Rückgewähr von Leistungen, die in Erfüllung eines später durch Anfechtung vernichteten Verpflichtungsgeschäfts erbracht wurden, stützt sich danach nicht nur auf die Leistungskondition, sondern ergibt sich zusätzlich als Schadensersatzanspruch aus § 122 Abs. 1 BGB.

Auf der Grundlage einer Auslegung von § 122 Abs. 1 BGB soll untersucht werden, ob dieser – herrschenden – Meinung gefolgt werden kann.

II. Der Ansatz der herrschenden Meinung

Der zumeist ebenso knapp wie unmissverständlich formulierte Ansatz der h.M. nimmt die in § 122 Abs. 1 BGB angeordnete Rechtsfolge zum Ausgangspunkt. Danach hat der Anfechtende dem Anspruchsinhaber, also insbesondere seinem Vertragspartner, „den Schaden zu ersetzen, den der andere [...] dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut“. Da gerade auch die zum Zweck der Erfüllung des in Wahrheit nichtigen Verpflichtungsgeschäfts erbrachte Leistung auf dem Vertrauen in die Wirksamkeit des Geschäfts beruht, sei die Rückgewähr dieser Leistung vom Schadensersatzanspruch aus § 122 Abs. 1 BGB umfasst.³

Die h.M. stützt sich zudem auf die Annahme, auf den Schadensersatzanspruch des Anfechtungsgegners aus § 122 Abs. 1 BGB fänden die allgemeinen schadensrechtlichen Regeln der §§ 249 ff. BGB Anwendung.⁴ Danach würde für den Anspruch aus § 122 Abs. 1 BGB insbesondere der Grundsatz der Naturalrestitution gelten, wie er in § 249 Abs. 1 BGB festgeschrieben ist.

Die Bedeutung dieses Ansatzes ergibt sich vor allem daraus, dass der Anspruch aus § 122 Abs. 1 BGB – so die h.M. – nicht dem Entreichungseinwand des § 818 Abs. 3 BGB unterliege.⁵ Gerade damit wird dann auch begründet, dass nicht der Anfechtungsgegner, sondern der Anfechtende das Risiko des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung des Geleisteten trage.⁶

² Ahrens, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2023, § 122 Rn. 5; Armbrüster, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 122 Rn. 18; Arnold, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, § 122 Rn. 6; Baetge, in: juris PraxisKommentar BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, § 122 Rn. 20; Ellenberger, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 122 Rn. 4; Flume, Das Rechtsgeschäft, 1979, § 21, 7; Harke, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2022, § 122 Rn. 7; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 36 Rn. 132; Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 19. Aufl. 2023, § 122 Rn. 5; Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 41 Rn. 158; Prütting/Fischer, Jura 2016, 511 (513 f.); Rehberg, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2023, § 122 Rn. 10; Singer, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 122 Rn. 13; Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 122 Rn. 7; Willems, JuS 2015, 586 (587); unklar dagegen Dörner, in: Schulze/Dörner/Ebert u.a., Handkommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 122 Rn. 3; anders dagegen Gröschler, BGB Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2023, S. 177 Rn. 399.

³ So ausdrücklich etwa Rehberg, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2023, § 122 Rn. 10.2.

⁴ So ausdrücklich Prütting/Fischer, Jura 2016, 511 (513); Rehberg, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2023, § 122 Rn. 7, 9; Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 122 Rn. 6.

⁵ Ahrens, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2023, § 122 Rn. 5; Armbrüster, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 122 Rn. 18; Arnold, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, § 122 Rn. 6; Baetge, in: juris PraxisKommentar BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, § 122 Rn. 20; Harke, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2022, § 122 Rn. 7; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 36 Rn. 132; Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 41 Rn. 158; Prütting/Fischer, Jura 2016, 511 (514); Rehberg, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2023, § 122 Rn. 10.2; Singer, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 122 Rn. 13; Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 122 Rn. 7.

⁶ Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 36 Rn. 132 („daher“); Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 41 Rn. 158 („daher“); Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 122 Rn. 7 („insoweit“); Rehberg, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2023, § 122 Rn. 10.2 („also“); Singer, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, § 122 Rn. 13 („sodass“). Etwas anderes gilt anerkanntermaßen dann, wenn der Untergang oder die Verschlechterung auch beim Anfechtungsgegner eingetreten wäre.

Die h.M. geht – soweit erkennbar – unter anderem auf eine Fußnote in einem Werk *Andreas von Tuhrs* aus dem Jahr 1914 zurück.⁷

III. Die Auslegung des § 122 Abs. 1 BGB

Diese Auffassung vom Inhalt des Schadensersatzanspruchs aus § 122 Abs. 1 BGB kann nur dann richtig sein, wenn sich der Vorschrift ein solcher Inhalt durch Auslegung entnehmen lässt. Um das herauszufinden, sollen die einschlägigen Auslegungskriterien im Einzelnen näher betrachtet werden.

1. Auslegung nach dem Wortlaut

§ 122 Abs. 1 BGB selbst bestimmt die angeordnete Rechtsfolge verhältnismäßig genau, indem die Vorschrift statuiert, der Anfechtende habe dem anderen, also insbesondere seinem Vertragspartner, „den Schaden zu ersetzen, den der andere [...] dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut“. Die recht präzise Beschreibung des Anspruchsinhalts durch die sich insoweit als *lex specialis* darstellende Vorschrift selbst legt es zumindest nahe, dass für die Bestimmung der Rechtsfolge nicht auf andere, allgemeine schadensrechtliche Vorschriften zurückzugreifen ist. Diese genaue Bestimmung der Rechtsfolge, aufgrund derer die Vorschrift für die Ermittlung ihres Inhalts auf Hilfsnormen nicht mehr angewiesen ist, unterscheidet § 122 Abs. 1 BGB von anderen, typischen Schadensersatzvorschriften mit ihrer weniger präzisen Formulierung wie § 280 Abs. 1 BGB („so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen“) oder § 823 Abs. 1 BGB („ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet“).

2. Historische Auslegung

Die Motive zum BGB sind mit Blick auf das hier diskutierte Problem nicht aussagekräftig. Die Motive der 1. Kommission geben noch denjenigen Diskussionsstand wieder, demzufolge die heute in § 122 Abs. 1 BGB geregelte Haftung verschuldensabhängig ausgestaltet werden sollte (§ 99 Abs. 2 des Ersten Entwurfs i.V.m. § 97 Abs. 3 des Ersten Entwurfs). Danach war für den Fall einfacher Fahrlässigkeit eine Schadensersatzpflicht des Erklärenden vorgesehen, bezüglich derer die 1. Kommission davon ausging, dass sie auf den Ersatz des negativen Interesses gerichtet war.⁸ Da es sich bei dem schädigenden Ereignis insofern nicht um das Nichtzustandekommen des Rechtsgeschäfts, sondern um „die Uebermittlung einer unzuverlässigen Erklärung“ handle, seien nur diejenigen Nachteile zu ersetzen, welche ohne die Abgabe der Erklärung nicht eingetreten wären.⁹ Die Notwendigkeit einer Begrenzung dieser Ersatzpflicht durch das Erfüllungsinteresse wurde ebenfalls gesehen: „mehr, als beim Zustandekommen des Rechtsgeschäftes dem anderen Theile wegen Nichterfüllung zu ersetzen wäre, kann beim Nichtzustandekommen nicht geschuldet und gefordert werden“.¹⁰

Im Zweiten Entwurf hat die Vorschrift dann als § 97 Abs. 1 beinahe ihre heutige Form erhalten. Die Fassung des Zweiten Entwurfs lautet:

⁷ v. Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. 2, erste Hälfte, 1914, § 67, dort Fn. 140a; hierauf verweisen *Larenz/Wolf*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8. Aufl. 1997, § 36 Rn. 132, Fn. 101.

⁸ *Mugdan*, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. 1, 1899, S. 459 f.

⁹ *Mugdan*, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. 1, 1899, S. 460.

¹⁰ *Mugdan*, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. 1, 1899, S. 460.

„Ist eine Willenserklärung nach § 93 nichtig oder auf Grund der §§ 94, 95 angefochten, so hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem Anderen gegenüber abzugeben war, diesem, anderenfalls jedem Dritten den Schaden zu ersetzen, welchen derselbe dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hat, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches derselbe an der Gültigkeit der Erklärung hat.“

Dabei findet sich zwar nicht in den Protokollen zur Vorschrift des § 97, aber in den Protokollen zu § 345 (Schadensersatzpflicht bei Versprechen einer unmöglichen Leistung) ein Hinweis auf den Anspruchsinhalt. Dort heißt es nämlich zur Abgrenzung mit Blick auf § 97 Abs. 1:

„Rücksichten auf die Verkehrssicherheit, sowie die Erwägung, daß der Empfänger der Willenserklärung, weil sich der Willensmangel im Innern des Erklärenden vollziehe, außer Stande sei, sich Kenntniß vom wirklichen Willen des Erklärenden zu verschaffen, hätten die Kom. dazu bestimmt, dem Urheber der Willenserklärung dem Empfänger oder dem Dritten gegenüber eine derartige Entschädigungspflicht aufzubürden.“¹¹

Nimmt man die Rede von der „Entschädigungspflicht“ (nicht: Schadensersatzpflicht) ernst, so liegt es nahe, dass jedenfalls die 2. Kommission davon ausging, der Ersatzanspruch des § 97 Abs. 1 sei ausschließlich auf Geldzahlung, nicht aber auf Naturalrestitution gerichtet.

3. Systematische Auslegung

Die Vorschrift des § 122 Abs. 1 BGB findet sich in Buch 1 und also im Allgemeinen Teil des BGB. Der § 249 Abs. 1 BGB, der den Grundsatz der Naturalrestitution statuiert, hat seinen Platz dagegen in Buch 2, Abschnitt 1 (Recht der Schuldverhältnisse), also im allgemeinen Teil des Schuldrechts. Insofern wird durch die äußere Regelungssystematik jedenfalls nicht nahegelegt, dass § 249 Abs. 1 BGB mit seinem Grundsatz der Naturalrestitution auf den Schadensersatzanspruch aus § 122 Abs. 1 BGB Anwendung finden soll.

Die Auslegung der Vorschrift ergibt zudem mit Blick auf ihre innere Systematik, nämlich auf die Begrenzung des Anspruchs in § 122 Abs. 1 BGB a.E., dass der Grundsatz der Naturalrestitution auf diesen Anspruch schwerlich anwendbar sein kann: Aus der Einschränkung „nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere [...] an der Gültigkeit der Erklärung hat“ und insbesondere aus der Bezugnahme auf den „Betrag“ dieses – positiven – Interesses erhellt, dass der Ersatzanspruch auf Geldzahlung gerichtet ist.¹² Denn die betragsmäßige Deckelung eines auf Übergabe und Übereignung gerichteten Herausgabeanspruchs ist – wenn sie auch teilweise konstruiert wird – nur schwer vorstellbar. Jedenfalls liegt es nicht nahe, dass das Gesetz sie mit der aus der Vorschrift sprechenden Selbstverständlichkeit angeordnet haben würde.

Der Schadensersatzanspruch aus § 122 Abs. 1 BGB ist daher bei systematischer Betrachtung von vornherein ausschließlich auf Geldzahlung, nicht aber auf die Rückforderung des im Vertrauen auf die Gültigkeit des angefochtenen Rechtsgeschäfts¹³ Geleisteten gerichtet.

¹¹ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1899, S. 616.

¹² *Gröschler*, BGB Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2023, S. 177 Rn. 399.

¹³ Die §§ 119, 120, 122, 123, 124 BGB sprechen von der Willenserklärung, die §§ 142, 144 BGB dagegen vom Rechtsgeschäft als Objekt der Anfechtung. Insofern besteht anerkanntermaßen kein inhaltlicher Unterschied.

4. Auslegungsergebnis

Der differenzierte Wortlaut des § 122 Abs. 1 BGB mit seiner verhältnismäßig präzisen Beschreibung des Anspruchsinhalts, die Entstehungsgeschichte der Vorschrift, ihre Stellung im Allgemeinen Teil des BGB und das Verhältnis des Schadensersatzanspruchs zu seiner Begrenzung der Höhe nach (§ 122 Abs. 1 BGB a.E.) sprechen dafür, die Norm dahingehend auszulegen, dass der Schadensersatzanspruch des Anfechtungsgegners aus § 122 Abs. 1 BGB stets auf Geldzahlung gerichtet ist und insbesondere nicht die Rückgewähr einer im Vertrauen auf die Gültigkeit der angefochtenen Erklärung und also im Vertrauen auf die Wirksamkeit eines entsprechenden Verpflichtungsgeschäfts erbrachten Leistung umfasst.

IV. Die Position Andreas von Tuhrs

Für die h.M. scheint nach alledem allerdings noch *Andreas von Tuhr* zu sprechen, auf dessen Werk¹⁴ sie sich teilweise stützt. Angeführt wird dabei *v. Tuhrs* Fußnote 140a in § 67 des Werks. Der Satz auf S. 592, auf den sich diese Fußnote bezieht, lautet wie folgt:

„Wird ein obligatorischer Vertrag, z.B. ein Kaufvertrag, angefochten, so bleiben die zu seiner Erfüllung vorgenommenen Verfügungen vermöge ihrer abstrakten Natur gültig und es entsteht eine beiderseitige Verpflichtung zur Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung^{140a}, *condictio ob causam finitam*, § 812.“

Von einer Verpflichtung zur Herausgabe nach § 122 Abs. 1 BGB ist im Text dagegen weder an dieser noch an anderer Stelle die Rede. Auch in der Aufzählung denkbarer Schadenspositionen auf S. 596 f. findet sich nichts Entsprechendes. Unabhängig davon, ob man hier mit *v. Tuhr* einen Fall der *condictio ob causam finitam* nach § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB oder aber einen Fall der *condictio indebiti* nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB sieht, legen die Ausführungen *v. Tuhrs* also nahe, dass er einen Rückgewähranspruch zunächst lediglich aus Leistungskondiktion erkannte.

In seiner notorischen Fußnote 140a ergänzt *v. Tuhr* dann:

„Ist der Anfechtende nicht imstande, die erhaltene Leistung zurückzugeben, so verliert er deshalb sein Anfechtungsrecht nicht [...], muß aber den Schaden des Gegners als negatives Interesse ersetzen [...].“

Diese ergänzende Erläuterung lässt deutlich erkennen, dass *von Tuhr* lediglich für den Fall, dass der anfechtende Leistungsempfänger das Geleistete nicht (mehr) herausgeben kann, einen – nachgelagerten – Anspruch auf Schadensersatz, bemessen anhand des negativen Interesses, für gegeben hält. Das negative Interesse ist in diesem Fall das Interesse am Rückerhalt des Geleisteten. Dahinter steht offenbar folgende Beurteilung: Soweit der eigentlich bereicherungsrechtlich begründete Anspruch des Anfechtungsgegners auf Herausgabe des durch Leistung Erlangten ausgeschlossen ist, erleidet er infolge seines Vertrauens auf die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts einen Schaden, der ihm nach § 122 Abs. 1 BGB zu ersetzen ist. Dieser Anspruch ist notwendig ein in Geld bemessener Zahlungsanspruch. Dieses Ergebnis entspricht dem oben gefundenen Auslegungsergebnis. Insbe-

¹⁴ *v. Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, erste Hälfte, 1914.

sondere kann der so begründete Zahlungsanspruch zwanglos nach § 122 Abs. 1 BGB a.E. auf den Betrag des positiven Interesses begrenzt („gedeckt“) werden.

Wenn sich demgegenüber für die Ansicht, der Anfechtende schulde bereits aus § 122 Abs. 1 BGB die Rückgewähr des im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts Geleisteten, auf die Ausführungen *v. Tuhrs* berufen wird, so liegt darin ein Fehlverständnis seiner Ausführungen, das sich über mehr als 100 Jahre erhalten hat. In Wahrheit entspricht stattdessen die hier auf der Grundlage einer Auslegung des § 122 Abs. 1 BGB entwickelte Ansicht auch der Position *v. Tuhrs* aus dem Jahr 1914.

V. Schlussthesen

Der Schadensersatzanspruch des Anfechtungsgegners aus § 122 Abs. 1 BGB ist stets auf Geldzahlung gerichtet. Der Grundsatz der Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB ist auf den Anspruch aus § 122 Abs. 1 BGB nicht anwendbar.

Der Schadensersatzanspruch aus § 122 Abs. 1 BGB umfasst nicht die Rückgewähr einer im Vertrauen auf die Gültigkeit der angefochtenen Erklärung und also im Vertrauen auf die Wirksamkeit eines entsprechenden Verpflichtungsgeschäfts erbrachten Leistung.

Der Rückgewähranspruch des Anfechtungsgegners ergibt sich stattdessen – wie auch der Rückgewähranspruch des Anfechtenden – allein aus der Leistungskondition nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB beziehungsweise § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB, die den Einschränkungen nach § 818 Abs. 2 und 3 BGB unterliegt. Der Anfechtungsgegner steht dabei insofern besser, als der Entreichereinwand eines Anfechtenden, dem im Hinblick auf seinen Irrtum Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist, nach den §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB i.V.m. § 142 Abs. 2 BGB ausgeschlossen ist.

Ist der Rückgewähranspruch des Anfechtungsgegners aus Leistungskondition nach § 818 Abs. 2 oder Abs. 3 BGB ausgeschlossen, so liegt im Scheitern der Rückerlangung des Geleisteten ein Schaden des Anfechtungsgegners, den dieser dadurch erleidet, dass er auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts vertraut hat und der ihm nach § 122 Abs. 1 BGB in Geld zu ersetzen ist.

Diese Lösung entspricht der Position *v. Tuhrs*. Auf ihn beruft sich die – bisher – h.M. daher zu Unrecht.

Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie der Vorsokratiker und Sophisten

Dr. André Lepej, Heidelberg*

Die juristischen Grundlagenfächer der Rechts- und Staatsphilosophie spielen in der juristischen Ausbildung eine stark untergeordnete Rolle. Dabei ermöglicht eine Reflexion über die Grundlagen von Recht und Staat ein tieferes Verständnis auch des erlernten unmittelbar praktisch anwendbaren Wissens und fördert den kritisch-innovativen Umgang mit historischen Texten. Anhand der antiken griechischen Rechts- und Staatsphilosophie der Vorsokratiker und Sophisten stellt der vorliegende Beitrag wesentliche Gedanken der philosophischen Beschäftigung mit den Materien des Rechts und des Staates in der griechischen Antike vor. Der Beitrag möchte insbesondere Studierende der Rechtswissenschaft sowie Rechtsreferendare mit ausgewählten antiken griechischen Grundannahmen der sich entwickelnden Rechts- und Staatsphilosophie vertraut machen und zugleich für die historische Bedingtheit und Wandelbarkeit des Rechts- und Staatsbegriffes sensibilisieren. Auf dieser Grundlage sollen die Leserinnen und Leser zu fortgeführter, vertiefter Beschäftigung mit der griechischen Rechts- und Staatsphilosophie angeregt werden.

I. Einleitung	7
II. Die Polis als politischer Kosmos der antiken griechischen Philosophie	8
1. Begriffliche Vorüberlegungen	8
2. Die griechische Polis und ihre wechselhafte Geschichte	9
III. Die Rechts- und Staatsphilosophie der Vorsokratiker	11
1. Homer und Hesiod.....	11
2. Tyrtaios	13
3. Solon	14
4. Die ionische Philosophie: Anaximander und Heraklit	15
5. Die Pythagoreer	18

I. Einleitung

In der griechischen Philosophie, so schreibt der klassische Philologe *Werner Jaeger*, „kommt die Kraft, die die Wurzel der griechischen Kunst- und Denkform ist, zur sichtbarsten Entfaltung: der klare Blick für die bleibenden Ordnungen, welche allem Geschehen und Wandel in Natur und Menschenwelt zugrunde liegen.“¹ Dies gilt auch und gerade für die Philosophie der Vorsokratiker, welche „die Begründer aller Philosophie sind, weil sie zum erstenmal auf dieser Erde die philosophischen Grund-

* *André Lepej*, Rechtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Karlsruhe. Der Verf. dankt Herrn Ref. iur. Wiss. Mitarbeiter *Dr. Paul Hüther*, Heidelberg, für die kritische Durchsicht des Manuskripts und hilfreiche Anmerkungen.

¹ *Jaeger*, *Paideia*, Bd. 1, 4. Aufl. 1959, S. 11.

probleme erkannt, d.h. entdeckt und diese Probleme ganz auf eigene Weise, ohne den Druck und die Hilfe einer verwandten Gedankentradition, mit wirklich einzigartiger Originalität, als wahrhaft schöpferische Köpfe, mit erstaunlicher Unbefangenheit, Kühnheit und Konsequenz zu lösen unternommen haben.“² Wenn auch die Rechts- und Staatsphilosophie als Grundlagenfächer im rechtswissenschaftlichen Studium seit einiger Zeit zunehmend in die Defensive geraten sind,³ bleibt eine Auseinandersetzung mit den philosophischen Grundlagen von Recht und Staat weiterhin unabdingbar für ein ganzheitliches Verständnis dieser Materien.⁴ Insbesondere die vorsokratische Philosophie fasziniert durch ihre originelle und unvoreingenommene Beschäftigung mit den Grundlagen einer verfassten menschlichen Gemeinschaft und sensibilisiert für die geschichtliche Wandelbarkeit dessen, was wir – modern ausgedrückt – unter den Begriffen „Staat“ und „Recht“ verstehen. Der vorliegende Aufsatz möchte daher in Form einer Einführung in die griechische Rechts- und Staatsphilosophie der Vorsokratiker und Sophisten zur Beschäftigung mit diesem Gegenstand einladen, wobei die inhaltliche Weite des Untersuchungsgegenstandes lediglich eine Behandlung der wichtigsten Autoren und Entwicklungen gestattet. Die Behandlung der Denker und ihrer Anschauungen erfolgt möglichst nahe an den überlieferten Fragmenten, um eine eigene Interpretation dieser Texte anhand derselben vornehmen zu können. Die Darstellung erfolgt in chronologischer Abfolge in Anknüpfung an die jeweils grundlegenden Denker und ihre Werke (unter III.–IV.). Voranzustellen ist eine kurze Einführung in die antike griechische Vorstellung von Recht und Staat, um für die Zeitgebundenheit bestimmter antiker Gedanken zu sensibilisieren und die Wandlungsfähigkeit dieser Grundbegriffe zu veranschaulichen (unter II.). Die Darstellung schließt mit einem Ausblick, in welchem auch die dem Untersuchungszeitraum nachfolgende Entwicklung der klassischen Rechts- und Staatsphilosophie angedeutet wird (unter V.).

II. Die Polis als politischer Kosmos der antiken griechischen Philosophie

1. Begriffliche Vorüberlegungen

Die Beschäftigung mit den Begriffen *Recht* und *Staat* im Kontext antiker griechischer Philosophie erfordert zunächst eine Vergewärtigung der Zeitgebundenheit und Wandelbarkeit dieser beiden Begriffe. Die Definition des Rechtsbegriffs selbst stellt seit Anbeginn ein zentrales Anliegen der Rechtsphilosophie dar,⁵ wobei eine Annäherung über Teilaspekte des Bedeutungsgehaltes es regelmäßig ermöglicht, zum Kern dessen vorzudringen, was das Recht eigentlich ausmacht.⁶ In diesem Sinne kann Recht gegenwärtig beschrieben werden als „ein geistiges Sinngebilde, das einen normativen Anspruch ausdrückt, der auf ein bestimmtes Verhalten oder Unterlassen gerichtet ist.“⁷ Ein so als geistige Realität verstandenes Sinngebilde wird maßgeblich auch davon beeinflusst, welche Vorstel-

² Capelle, Die Vorsokratiker, 1968, S. 12 f.

³ Zur Entwicklung siehe Sörgel, Die Implementation der Grundlagenfächer in der Juristenausbildung nach 1945, 2014, insb. S. 99 ff., 144 ff.

⁴ Siehe die ähnliche Einschätzung etwa bei Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 1.

⁵ Die Definitionsbestrebungen lassen sich bis in die Antike zurückverfolgen und haben im Verlauf der Geschichte Debatten hervorgebracht, welche noch gegenwärtig andauern; dazu Kirste, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2020, S. 79 ff.; Seelmann/Demko, Rechtsphilosophie, 7. Aufl. 2019, § 2; Zippelius, Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 2011, § 1.

⁶ In der rechtsphilosophischen Debatte hervorgehoben wurden u.a. der normative Anspruch des Rechts, die soziale Ordnungskraft von Recht oder die Wirkung des Rechts als zwischenmenschliche Beziehung, vgl. Seelmann/Demko, Rechtsphilosophie, 7. Aufl. 2019, S. 42 ff., 47 ff., 54 ff.

⁷ Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 3.

lungen von seinem Gegenstand und seiner Reichweite in der jeweiligen Gesellschaft und Kultur vorherrschend sind.⁸ Dieser Umstand ist insbesondere bei der Betrachtung der mündlichen Rechts-traditionen der archaischen Zeit mit ihrer engen Verflechtung zu Religion und Kultus beachtlich.⁹

Auch der Staatsbegriff ist im Hinblick auf seine Verwendung auf geschichtliche Sachverhalte nicht unproblematisch.¹⁰ Im Anschluss an *Carl Schmitt* sind zwei Bedeutungsgehalte des Staatsbegriffs zu trennen: Zunächst kann der Begriff allgemein und losgelöst von zeitlichen Limitierungen verstanden werden als universaler Ordnungsbegriff; zugleich kann der Staatsbegriff indes auf eine konkrete politische Ordnung bezogen, also eingebettet in eine zeitlich-räumliche Begrenztheit, verstanden werden, wobei die zweite Bedeutungsalternative insbesondere den neuzeitlichen europäischen Staat in Bezug nimmt.¹¹ Damit nicht Strukturmerkmale des neuzeitlichen europäischen Staates unbesehen auf antike Sachverhalte projiziert werden, ist die im jeweiligen Sachzusammenhang bediente Begriffsbedeutung stets kritisch zu hinterfragen.¹² Vorliegend wird aufgrund der begrifflichen Problematik vorwiegend von der griechischen Polis¹³ die Rede sein; dadurch wird es notwendig, diesen Begriff zu konturieren und einige maßgebliche Unterschiede zum neuzeitlichen europäischen Staatsbegriff aufzuzeigen. So werden mit dem Staatsbegriff auch genuin neuzeitliche Attribute wie etwa das Gewaltmonopol, die Gebietsherrschaft oder die Souveränität assoziiert, welche in antiken Poleis entweder noch gar nicht oder lediglich rudimentär ausgebildet waren und nicht unhistorisch in die Antike und ihre politischen Ordnungen übertragen werden dürfen.¹⁴ Die folgende Charakterisierung der griechischen Polis wird im Überblick das Bild eines Staatsverbandes im Sinne vornehmlich eines Personenverbandes zeichnen und einige entwicklungsgeschichtliche Stationen der antiken griechischen Poleis beleuchten.

2. Die griechische Polis und ihre wechselhafte Geschichte

Bei der gebräuchlichen Übersetzung als *Stadtstaat* ist zunächst zu beachten, dass das Gebiet einer Polis in der Regel außer dem eigentlichen Stadtgebiet auch ausreichend landwirtschaftlich bewirtschaftete Fläche umfasste, um die Nahrungsversorgung der Bevölkerung sicherzustellen.¹⁵ Die Ordnung der Polis bezog sich auf Religion und Kultus ebenso wie auf sämtliche gesellschaftlichen Belange; eine in modernen Staatsordnungen geläufige Trennung nach staatlichen, gesellschaftlichen

⁸ Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 4: „Die Lebensauffassung der Menschen, die Antwort auf die Frage nach Lebenssinn und Lebensziel, die in einer Zeit und in einer Gesellschaft maßgebend sind, ja die jeweilige Kultur insgesamt, wirken auf das Recht ein. Sie bestimmen mit, als was Recht gewußt wird, was es vermag und wozu es dienlich ist.“

⁹ Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 3 f., 18 f.

¹⁰ Zu den unterschiedlichen Bedeutungsgehalten des Staatsbegriffs und den aus ihnen entsprungenen Kontroversen siehe den Überblick bei Roth, *Genealogie des Staates*, 2. Aufl. 2011, S. 21 ff.; siehe auch Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 4 ff.

¹¹ Schmitt, in: Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954*, 3. Aufl. 1985, S. 375 ff.

¹² Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 5 mit beispielartiger Aufzählung einiger Ordnungs- und Strukturmerkmale, welche bei einer unzureichend reflektierten Verwendung des Staatsbegriffs leicht auf antike Ordnungen übertragen zu werden drohen. Weitergehend wird der Gebrauch des Staatsbegriffs teilweise in Bezug auf antike Sachverhalte abgelehnt, so etwa bei Ottmann, *Geschichte des politischen Denkens*, Bd. 1/1, 2001, S. 8 ff.

¹³ Zur griechischen Polis siehe statt vieler Roth, *Genealogie des Staates*, 2. Aufl. 2011, S. 75 ff.; Welwei, *Die griechische Polis*, 3. Aufl. 2017.

¹⁴ Näher Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 5.

¹⁵ Verdroß-Droßberg, *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie*, 2. Aufl. 1948, S. 1.

und kirchlichen Zuständigkeiten war der griechischen Polis grundsätzlich fremd.¹⁶ Beherrscht wurde die Polis von der zunächst mündlich tradierten und erst allmählich schriftlich aufgezeichneten Gemeinschaftsordnung, dem *Nomos*.¹⁷ Ein für das griechische Rechts- und Ordnungsverständnis zentraler Gedanke stellte dabei die Einhaltung des rechten Maßes dar, dessen Missachtung die Göttin Dike als Personifikation der Gerechtigkeit sanktionierte.¹⁸ Ursprünglich war das Erbkönigtum¹⁹ die „staatsrechtliche“ Organisationsform der Poleis, ehe ab dem 8. Jahrhundert v. Chr. im Rahmen der Adelherrschaft eine weitere Ausdifferenzierung der Staatsgewalt einsetzte.²⁰ Im 7. und 6. Jahrhundert v. Chr. geriet die Adelherrschaft zunehmend in eine Krise, aufgrund derer die Tyrannis in der Mehrzahl der griechischen Poleis eingeführt wurde; die durch diese Entwicklung einsetzende Dynamik brachte Wirtschaft und Kunst zu neuer Blüte.²¹ Unter *Solon* (ca. 640–560 v. Chr.) war in Athen durch die Wirksamkeit eines breit angelegten Reformkonzepts eine (gemäßigte) Volksherrschaft etabliert worden, welche – unterbrochen durch die Tyrannis der Peisistratiden (561–510 v. Chr.) – unter *Kleisthenes* (ca. 570–507 v. Chr.) wiederhergestellt wurde.²² Im Zuge dieser Neuordnung erfolgte auch die Einteilung des Landes in zehn *Phylen* (Bezirke), aus welchen je 50 Mitglieder für den Rat der Fünfhundert gewählt wurden.²³ Zur Teilhabe an der attischen Demokratie waren indes lediglich freie männliche Bürger zugelassen; nur diese Bevölkerungsgruppe konnte auch an der Volksversammlung, dem obersten Organ der Polis, teilnehmen.²⁴ Unter *Perikles* (um 490–429 v. Chr.) wurde die attische Verfassung erneut umgestaltet und die Volksversammlung erheblich aufgewertet, nachdem für den Rat und die übrige Beamtenschaft ein Wahlverfahren durch das Los sowie eine strenge Amtszeitbefristung eingerichtet worden waren.²⁵ Infolge des Großen Peloponnesischen Krieges (ab 431 v. Chr.) kam es in Athen und – aufgrund dessen außenpolitischer Schwächung auch in

¹⁶ Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 18 f.; Verdross-Droßberg, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 1.

¹⁷ Verdross-Droßberg, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 1 f.; zur Vielschichtigkeit des Begriffs instruktiv Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 20 ff.; umfassend Behrends/Sellert, Nomos und Gesetz, 1995.

¹⁸ Verdross-Droßberg, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 2.

¹⁹ Auf die unterschiedliche konkrete Ausgestaltung der Herrschaftsordnung macht Verdross-Droßberg, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 3 aufmerksam, der die Mitwirkungsbefugnisse des Adelsrates neben der umfassenden Gewalt der Könige betont.

²⁰ Im Zuge dieser Differenzierung bildeten sich das hohe Staatsamt der *Archonten* allmählich ebenso heraus wie der *Areopag* als Institution mit Gerichts- und Aufsichtszuständigkeiten, siehe Verdross-Droßberg, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 3. Zur besonderen Entwicklung in Sparta (spartanisches Doppelkönigtum und Volksversammlung) siehe Verdross-Droßberg, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 4.

²¹ Dazu Verdross-Droßberg, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 5.

²² Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 26 ff.; Verdross-Droßberg, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 5.

²³ Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 27 f. In diese Epoche fällt auch die Errichtung des Scherbengerichts (*Ostrakismos*) zur Abstimmung über die Ausweisung attischer Bürger aus der Polis Athen; zu dieser Institution siehe Forsdyke, Exile, ostracism, and democracy, 2005, S. 79 ff.

²⁴ Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 29 f.; Verdross-Droßberg, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 6; zur inneren Gliederung der Polis auch Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 16 f.

²⁵ Die Machtbefugnisse des *Areopags* waren bereits unter Ephialtes (462 v. Chr.) weitgehend auf die Ausübung der Blutgerichtsbarkeit beschränkt worden, wodurch das aristokratische Element entscheidend relativiert worden war, siehe Verdross-Droßberg, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 6 f. mit weiterer Beschreibung der unter Perikles gefestigten Verfassung; zum Ganzen auch Mahlmann, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 7. Aufl. 2023, § 1 Rn. 10 f.

vielen anderen Poleis – zu Umstürzen und der Einrichtung oligarchischer Herrschaftsformen.²⁶ Dagegen etablierte sich nach dem Sieg der Thebaner gegen Sparta in der Schlacht bei Leuktra (371 v. Chr.) die Demokratie erneut als vorherrschende Staatsform der griechischen Poleis.²⁷ Obwohl einzelne Stadtstaaten Bündnisse miteinander eingingen und auch Staatenbünde geschlossen wurden (z.B. der Zweite Attische Seebund), blieb die Polis der maßgebliche Bezugspunkt für die antike griechische Rechts- und Staatsphilosophie.²⁸

III. Die Rechts- und Staatsphilosophie der Vorsokratiker²⁹

1. Homer und Hesiod

Die ersten überlieferten griechischen Überlegungen zum Recht und zur Ordnung politischer Gemeinschaften begegnen bereits in den Homerischen Gedichten *Ilias* und *Odyssee*.³⁰ Während die Stellungnahmen in den Gedichten *Homers* jedoch überwiegend deskriptive Züge tragen und lediglich Teilaspekte von Recht und Gemeinschaft behandeln, tritt die Idee einer rechtlich gebundenen menschlichen Gemeinschaft in der *Theogonie* sowie den *Werken und Tagen* des böotischen Dichters *Hesiod* (wohl erste Hälfte des 7. Jahrhunderts v. Chr.) deutlicher hervor.³¹ Im Gegensatz zu *Homer*, welcher in seiner Dichtung maßgeblich die Verherrlichung von Heldentaten der heroischen Vorzeit an ein adliges Publikum adressierte, verfasste *Hesiod* mahnende und Lehrgedichte, in welchen auch die Lebensverhältnisse der Landbevölkerung thematisiert werden.³² Im Mittelpunkt der in mythologische Formen gekleideten Auseinandersetzung um das Recht steht bei *Hesiod* neben der Rechtsgöttin Themis insbesondere die göttliche Dike (die Personifikation der Gerechtigkeit), welche als Tochter des Zeus und der Themis und eine der drei Horen³³ den Menschen göttliche Rechtsweisungen auf die Erde übermittelt und deren Einhaltung sichert.³⁴ Eine gute Ordnung (Eunomia) sowie Friede (Eirene) auf der Erde entspringen den Menschen aus der Befolgung der göttlichen Rechtsweisungen der Dike; doch versuchen die Göttinnen Eris (Zwietracht), Bia (Gewalt) und Hybris (Hochmut), den Auftrag der

²⁶ *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 7 f.; als oligarchische Episoden sind die Errichtung des Rates der Vierhundert (411/410 v. Chr.) sowie die Herrschaft der Dreißig (404/403 v. Chr.) zu nennen.

²⁷ *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 8.

²⁸ *Böckenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 7, 13; *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 2 f.

²⁹ Die vorliegend angewandte Einteilung der Autoren in die gängigen Epochen der Philosophiegeschichte ist nicht zwingend; so werden teilweise die Sophisten noch in den Kreis der Vorsokratiker einbezogen, während die Ideen der archaischen Dichter teilweise gesondert behandelt werden. Vorliegend werden die Sophisten im Nachgang an die Vorsokratiker in einem eigenen Abschnitt dargestellt.

³⁰ Dazu *Köstler*, ZöR 13 (1944), 373; *Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 7. Aufl. 2023, § 1 Rn. 12; *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 15 f.; Zu Homer und den Homerischen Gedichten siehe *Reichel*, in: Zimmermann, Handbuch der griechischen Literatur der Antike, Bd. 1, 2011, S. 12 ff.

³¹ Zu Hesiod und seinem Werk siehe *Rossi/Rengakos*, in: Zimmermann, Handbuch der griechischen Literatur der Antike, Bd. 1, 2011, S. 78 ff.

³² Siehe etwa die Darstellung bei *Ottmann*, Geschichte des politischen Denkens, Bd. 1/1, 2001, S. 38 f.; *Schmidt*, in: Hesiod, Theogonie, Werke und Tage, 5. Aufl. 2012, S. 149 ff.

³³ Das Wort bedeutet übersetzt aus dem Altgriechischen etwa „Zeit“ bzw. „Jahreszeit“; die drei Horen Dike, Eunomia und Eirene betreuen nach Hesiod lenkend die Werke der sterblichen Menschen, vgl. Theog. 901 ff. Zu den Horen siehe *Rose*, Griechische Mythologie, 4. Aufl. 2022, S. 121.

³⁴ Theog. 135, 901 ff.; dazu *Böckenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 34; *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 16.

Dike zu vereiteln.³⁵ Damit charakterisiert *Hesiod* das Recht als „das Anrecht, de[n] Anspruch, das einem Menschen wesensmäßig Zukommende und seine Zuteilung.“³⁶ Dieses göttlich vermittelte Anrecht eines Menschen realisiert sich indes nicht von selbst, sondern muss gegen unrechtmäßige Handlungsweisen durchgesetzt und verteidigt werden.³⁷ Diese dichterische Mahnung an die Gerechtigkeit hat verschiedene Dimensionen und Adressaten: In einer ersten Dimension ermahnt *Hesiod* seinen Bruder *Perses*, um anschließend den Adressatenkreis zu weiten und von sämtlichen Königen im Rahmen ihrer rechtsprechenden Tätigkeit die Einhaltung der Gerechtigkeit einzufordern. Schließlich richtet der Dichter seine Verse nicht zuletzt auch an die Landbevölkerung, welche im Alltag aufgefordert wird, den Gerechtigkeit verbürgenden göttlichen Weisungen gemäß zu handeln.³⁸ So mahnt *Hesiod* seinen Bruder *Perses*, welcher ihn durch Bestechung der das Richteramt ausübenden Könige (*Basileis*) um seinen Teil des väterlichen Erbes gebracht hatte:

„Perses, hör auf das Recht, nicht mehr vermessene Untat! Das Recht besiegt ja vermessenen Hochmut, wenn das Ende kommt. Auch ein Dummkopf wird sehend im Leide.“³⁹

Und an die Richter-Könige adressiert, formuliert *Hesiod*:

„Denn nah sind unter den Menschen die Götter, um zu schauen, wer alles auf krummen Wegen des Rechtes aufreibt einer den andern, die Vorsicht der Götter mißachtend.“⁴⁰

In diesen Worten des Dichters drückt sich die göttlich sanktionierte Notwendigkeit aus, die den Menschen gegebene Ordnung (den ungeschriebenen *Nomos*) zu achten, indem – mythologisch gewendet – Dike als Vermittlerin göttlichen Rechts geachtet und nicht verdrängt wird.⁴¹ Indem das göttlich vermittelte Recht bei *Hesiod* das dem Menschen natürlicherweise Gemäße ausdrückt, begegnet hier bereits eine frühe Vorform des späteren Naturrechtsgedankens.⁴² Bedeutend erweist sich auch die Verortung der Eris (des personifizierten Streits) im Werk *Hesiods*: Mit seiner Gegenüberstellung einer schlechten (destruktiver Streit) und einer guten Eris (konstruktiver Wettstreit)⁴³ antizipiert *Hesiod* bereits den für die griechische Antike und die nachfolgende westliche Kulturtradition gleichermaßen bedeutsamen Exzellenzgedanken.⁴⁴ Die Gegenüberstellung der schlechten und der guten Eris ergibt sich aus einer Zusammenschau der *Theogonie Hesiods* mit seinen *Werken und Tagen*. In der *Theogonie*, einer dichterisch geordneten Darstellung der Entstehung der Götter, charakterisiert *Hesiod* die Eris

³⁵ Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 34; *Verdroß-Droßberg*, *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie*, 2. Aufl. 1948, S. 16, 18 f.

³⁶ Wolf, *Griechisches Rechtsdenken*, Bd. 1, 1950, S. 133.

³⁷ Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 34.

³⁸ Zur Multidimensionalität der Hesiodischen *Werke und Tage* siehe Ottmann, *Geschichte des politischen Denkens*, Bd. 1/1, 2001, S. 48 f.

³⁹ Hes. Erga 212, 216 f. Die Übersetzung von Hesiods *Werken und Tagen* (Erga) im Folgenden nach v. Schirnding, *Hesiod, Theogonie, Werke und Tage*, 5. Aufl. 2012.

⁴⁰ Erga 248–250.

⁴¹ Zum *Nomos*-Begriff bei Hesiod siehe *Erbse*, *Hermes* 121 (1993), 12 ff.; *Seubert*, *Polis und Nomos*, 2005, S. 74 f.; zu dem doppelten *Nomos*-Begriff bei Hesiod und seinen Folgen siehe *Verdroß-Droßberg*, *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie*, 2. Aufl. 1948, S. 17.

⁴² Insb. Erga 275 ff.; dazu Ottmann, *Geschichte des politischen Denkens*, Bd. 1/1, 2001, S. 51 f.

⁴³ Theog. 225 ff.; Erga 16 ff.; dazu *Verdroß-Droßberg*, *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie*, 2. Aufl. 1948, S. 19 f.

⁴⁴ Vgl. Ottmann, *Geschichte des politischen Denkens*, Bd. 1/1, 2001, S. 6, 15 f., 39, 49.

(den personifizierten Streit) als dunkles, Zwietracht säendes Kind der Nacht.⁴⁵ In den *Werken und Tagen* wird die Eris hingegen als konstruktive, im gegenseitigen Wettstreit zu Höchstleistungen anspornende Kraft verstanden.⁴⁶ Ausgehend von *Hesiods* Ausführungen zur Bedeutung etwa der Gerechtigkeit oder der Arbeit für den Einzelnen und die Gemeinschaft wurden jüngst Ansätze einer politischen Anthropologie anhand *Hesiod* aufgezeigt.⁴⁷

Die Dichtung des *Hesiod* bildet gewissermaßen das Bindeglied zwischen der archaisch-mythologischen Dichtung einerseits und der ionischen Naturphilosophie andererseits; als erster Grieche erhebt *Hesiod* in seinen Dichtungen den Anspruch, etwas uneingeschränkt Wahres vorzutragen und legt in seiner *Theogonie* eine systematisierte Darstellung der Genese der Götter und der Welt selbst vor.⁴⁸ Diese Methode hat sich als wegweisend erwiesen und wurde insbesondere von den ionischen Philosophen aufgegriffen; daher gilt für die Einbeziehung *Hesiods* unter die frühgriechischen Philosophen noch immer das Wort *Hans Dillers*:

„Mit der Erkenntnis dieses notwendigen Zusammenhangs zwischen *Hesiod* einerseits, den Milesiern, Heraklit und Parmenides andererseits wird eine Brücke vom mythischen zum philosophischen Denken geschlagen.“⁴⁹

2. Tyrtaios

Eine völlig andere Sichtweise auf die Gemeinschaft als *Hesiod* vertrat der spartanische Sänger *Tyrtaios* (7. Jahrhundert v. Chr.).⁵⁰ Seine lyrische Dichtung ist vor dem Hintergrund des Niedergangs der aristokratischen Gesellschaftsordnung im 7. und 6. Jahrhundert v. Chr. zu betrachten. In diesen beiden Jahrhunderten setzte ein auf militärischen und gesellschaftlichen Veränderungen basierender massiver Bedeutungsverlust des Adelsstandes ein, welcher auch die Standessolidarität unter den Aristokraten erfasste und grundlegend erschütterte.⁵¹ Zunehmend äußerte sich die Krise der aristokratischen Ordnung in der Auseinandersetzung einzelner Mächtiger oder Adelsgruppen um die Macht; dieser Konkurrenzkampf weichte den überkommenen heroischen Verhaltenskodex empfindlich auf und führte zur Einführung der Tyrannis in zahlreichen Poleis.⁵² Aus dem Lobgesang des *Tyrtaios* auf den Machtstaat, in welchem der Dichter die Adelskrise des 7. Jahrhunderts v. Chr. verarbeitet, sind bei *Platon* die folgenden Verse überliefert:

„Nimmer gedächt' ich des Manns, noch hielt ich ihn wert der Beachtung',
auch wenn einer der reichste von allen Menschen wäre [...] oder viele Vorzüge besäße [...],
der sich nicht im Krieg stets als der Beste erwiese.“⁵³

⁴⁵ Theog. 225 ff.

⁴⁶ Erga 16 ff.

⁴⁷ Varga, *Leben in Gemeinschaft*, 2019.

⁴⁸ Vgl. Diller, *Antike und Abendland* 2 (1946), 140 ff. (insb. 141 f.).

⁴⁹ Diller, *Antike und Abendland* 2 (1946), 140 (151).

⁵⁰ Zu ihm siehe Bagordo, in: Zimmermann, *Handbuch der griechischen Literatur der Antike*, Bd. 1, 2011, S. 160 ff.

⁵¹ Siehe die Skizzierung dieser militärischen sowie gesellschaftlichen Entwicklungen und ihrer Ursachen bei Ottmann, *Geschichte des politischen Denkens*, Bd. 1/1, 2001, S. 56.

⁵² Ottmann, *Geschichte des politischen Denkens*, Bd. 1/1, 2001, S. 56.

⁵³ Plat. Nom. 629a-b; alle Platon-Übersetzungen in dieser Darstellung folgen der Ausgabe von Eigler, *Platon, Werke* in acht Bänden, griechisch und deutsch, 2019.

In diesen Versen tritt ein an heldischem Schlachtenmut ausgerichteter Tugendbegriff hervor; die Polis erscheint jedenfalls nach außen hin an wehrhaftem Streit orientiert und damit an der Göttin Eris ausgerichtet.⁵⁴ Die adlige Tüchtigkeit (*Arete*) wird bei *Tyrtaios* verabsolutiert und auf den Bereich der Politik übertragen; insofern hat man treffend von einer „Politisierung der Arete“⁵⁵ gesprochen. Doch setzt auch das Polis-Konzept des *Tyrtaios* im Inneren des Gemeinschaftsverbandes die Geltung einer Rechtsordnung voraus; insofern herrscht – mythologisch ausgedrückt – innerhalb der Polis die Göttin Dike. Eris und Dike erscheinen folglich bei *Tyrtaios* nicht als Antipoden, sondern als einander bedingende Facetten der Polis.⁵⁶ Doch erscheinen die beiden Facetten in einem kriegerischen Gemeinwesen wie dem spartanischen nicht gleichwertig; zu Recht ist daher auf die bloß dienende Rolle des Rechts im „Staatsverständnis“ des *Tyrtaios* hingewiesen worden.⁵⁷

3. Solon

Aus der Übergangszeit vom 7. zum 6. Jahrhundert v. Chr. sind die Reformvorstellungen *Solons* hervorzuheben, welche im Zuge der Errichtung der attischen Demokratie auch praktische Wirksamkeit erlangen sollten.⁵⁸ Die Reformen des *Solon* reagierten auf die tiefgreifenden Krisenerscheinungen im Griechenland des 7. Jahrhunderts v. Chr. Neben die bereits vom spartanischen Lyriker *Tyrtaios* in Bezug genommene Krise der aristokratischen Gesellschaftsordnung traten zunehmend auch ökonomische und soziale Krisenerscheinungen, welche die Verarmung und Versklavung weiter Teile der bäuerlichen Landbevölkerung zur Folge hatten.⁵⁹ In dieser schwierigen Zeit wird der Staatsmann *Solon* um 594/593 v. Chr. zum Schiedsrichter (*Aisymneten*) der Polis Athen berufen, um diese durch langfristig wirksame Reformen vor dem gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verfall zu bewahren. Aus den überlieferten Staatselegien *Solons* geht hervor, dass dieser im Rahmen eines breit angelegten Reformplans insbesondere die leibliche Darlehenshaftung abschaffte und die politische Struktur der Polis durch Einführung neuer Vermögensklassen erneuerte.⁶⁰

Bei *Solon* wird das Recht (*Dike*) in einer ganzheitlichen Sicht auf die Herstellung einer guten, insbesondere politischen, Ordnung (*Eunomia*) bezogen und so ein Ausgleich der sozialen Spannungen im Gemeinwesen angestrebt.⁶¹ Mit dem Ziel der Herstellung eines Kräftegleichgewichts in der Polis tritt bei *Solon* die Schwester der Dike, *Eunomia*, in den Fokus; damit einher geht die Suche nach dem rechten Maß etwa an sozialen Reformen oder der Ausgestaltung politischer Teilhabe.⁶² *Solon* selbst beschreibt dies so:

⁵⁴ *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 21.

⁵⁵ *Ottmann*, Geschichte des politischen Denkens, Bd. 1/1, 2001, S. 61.

⁵⁶ *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 21.

⁵⁷ *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 21.

⁵⁸ Dazu bereits unter II. 2.; zur Entwicklung siehe *Bleicken*, Die athenische Demokratie, 4. Aufl. 1995, S. 19 ff.; zum lyrischen Werk *Solons* siehe *Bagordo*, in: Zimmermann, Handbuch der griechischen Literatur der Antike, Bd. 1, 2011, S. 169 ff.

⁵⁹ Siehe die Beschreibung der Krisenerscheinungen bei *Ottmann*, Geschichte des politischen Denkens, Bd. 1/1, 2001, S. 95 f.

⁶⁰ Die Reformen sind im Überblick dargestellt bei *Ottmann*, Geschichte des politischen Denkens, Bd. 1/1, 2001, S. 95 ff.

⁶¹ *Böckenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 36 f.; *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 23.

⁶² *Wolf*, Rechtsphilosophische Studien, 1972, S. 140 (149 ff.).

„Ansehn so viel als ihm zukommt, gewährte ich willig dem Volke, nahm seiner Würde nichts weg, fügte auch nichts ihr hinzu. Wiederum duldet' ich's nicht, daß die reichen und mächtigen Herrn mehr besäßen als rechtens ihnen gebührt. So bewehrte mit starkem Schild ich beide Parteien, daß nicht mit unrechter Macht einer den andren bedrückt.“⁶³

Die ganzheitliche Perspektive *Solons* bedingt auch einen Bedeutungswandel der Macht bzw. Gewalt (*Bia*): Der noch bei *Hesiod* zu beobachtende strikte Antagonismus zwischen *Bia* und *Dike* ist der praktischen Einsicht gewichen, dass die politische Durchsetzung des Rechts in der Polis der Machtanwendung bedarf, um Wirksamkeit zu entfalten.⁶⁴ Auch ist bei *Solon* bereits eine gewisse Rationalisierung in der Beschreibung der die Polis bei Missachtung der *Dike* ereilenden Übel (*Stasis*) zu beobachten; der mythologische Gedanke einer göttlichen Rache wegen der Übertretung der Rechtssätze tritt zunehmend in den Hintergrund.⁶⁵

4. Die ionische Philosophie: Anaximander und Heraklit

Mit der ionischen Naturphilosophie entsteht im 6. Jahrhundert v. Chr. das philosophische Nachdenken über die Abläufe der (stofflichen) Natur und deren Ursachen. Die Bezeichnung als *Natur*-Philosophie darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Hauptvertreter dieser Bewegung ihre Gedanken zugleich auch der Polis und ihrer Ordnung zuwandten; eine scharfe begriffliche Trennung etwa zwischen dem Kosmos und der Polis hatte sich zu dieser Zeit noch nicht etabliert, sodass die Ganzheit einer Polis-Ordnung ebenso als Kosmos galt wie die geordnete Welt in ihrer Gesamtheit.⁶⁶ Im Rahmen dieser einführenden Darstellung sollen als Vertreter der ionischen Naturphilosophie die Philosophen *Anaximander* und *Heraklit* herangezogen werden.

Dem Philosophen *Anaximander* (um 610–545 v. Chr.) verdanken wir den ersten Satz der Philosophie; er verknüpft die dem Recht eigenen Steuerungs- und Ordnungsgedanken mit der (stofflichen) Natur und formuliert so die Idee einer als Ganzes geordneten Welt, eines *Kosmos*.⁶⁷ Als den Urgrund der seienden Dinge identifiziert *Anaximander* das *Apeiron* (das Grenzenlose bzw. nicht Bestimmbare):

„Anfang und Ursprung der seienden Dinge ist das *Apeiron* (das grenzenlos-Unbestimmbare). Woraus aber das Werden ist den seienden Dingen, in das hinein geschieht auch ihr Vergehen nach der Schuldigkeit; denn sie zahlen einander gerechte Strafe und Buße für ihre Ungerechtigkeit nach der Zeit Anordnung.“⁶⁸

⁶³ Fr. 7 in Latacz, Die griechische Literatur in Text und Darstellung, Bd. 1, 2. Aufl. 1998.

⁶⁴ Vgl. Sol. fr. 8 bei Latacz, Die griechische Literatur in Text und Darstellung, Bd. 1, 2. Aufl. 1998; zur Konzeption Hesiods siehe oben unter III. 1; zum Ganzen *Böckenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 38.

⁶⁵ Vgl. Sol. fr. 2, 14–19 bei Latacz, Die griechische Literatur in Text und Darstellung, Bd. 1, 2. Aufl. 1998. Dabei ist auch bei Solon der Gedanke einer die Übertretung der Rechtssätze rächenden *Dike* konzeptionell weiterhin präsent, wenn auch abgeschwächt, siehe *Jaeger*, in: Sitzungsberichte der Preußischen Akademie der Wissenschaften, Historisch-philosophische Klasse, 1926, S. 69 (81); *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 24.

⁶⁶ Siehe zur Einführung etwa *Ottmann*, Geschichte des politischen Denkens, Bd. 1/1, 2001, S. 157 ff.

⁶⁷ Vgl. *Diels/Kranz*, Die Fragmente der Vorsokratiker, 6. Aufl. 1951, 2004, Fr. 12 B1; zu Anaximander siehe allgemein *Erlar*, in: Zimmermann, Handbuch der griechischen Literatur der Antike, Bd. 1, 2011, S. 264 f. Zur späteren Fortentwicklung der Kosmos-Idee durch Xenophanes aus Kolophon sowie Anaxagoras siehe *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 25 f.

⁶⁸ *Diels/Kranz*, Die Fragmente der Vorsokratiker, 6. Aufl. 1951, 2004, Fr. 12 B 1; zu diesem in seiner Ausdeutung

Das in seiner Deutung bis heute umstrittene Fragment *Anaximanders* drückt das Werden und Vergehen als prozesshaften Vorgang aus, welcher seinen Ursprung im Grenzenlos-Unbestimmbaren nimmt und letztlich auch wieder dorthin zurückführt; die Sprache *Anaximanders* bezieht sich auf die Prozesse der stofflichen Natur ebenso wie auf den Gerichtsprozess.⁶⁹ Diese Reflexionen stehen bereits auf einer rationalen Grundlage im Gegensatz zu den mythologischen Konzepten der archaischen Dichter und sind Ausfluss des in der frühen ionischen Philosophie aufkommenden Strebens nach einer Ergründung der objektiven Gesetzmäßigkeiten der stofflichen Natur, adressieren die Polis und ihre Ordnung allerdings ebenfalls.⁷⁰

Der berühmte Satz des *Anaximander* kann folgendermaßen interpretiert werden:⁷¹ Alles in der stofflichen Natur Seiende manifestiert sich in der Beanspruchung von Raum, welcher dadurch anderem Seienden nicht mehr zur Verfügung steht; einen Ausgleich in Form einer übergreifenden Ordnung bewirken hierbei allerdings die Zeitgesetze, welche jedem Sein den von ihm beanspruchten Raum wieder entziehen (durch das Vergehen).⁷² Auf die hinter diesen Überlegungen stehende Rechtsidee gewendet, begegnet bei *Anaximander* eine objektivierte, in prozesshaftem Werden sich entfaltende Vorstellung von Recht; das Recht erscheint dabei eingebettet in eine übergreifende Ordnung (Kosmos), welche ihren Ursprung in der unergründlichen Unbegrenztheit (dem Göttlichen) hat.⁷³ Das Göttliche als Ausgangspunkt des Rechts schafft eine Ordnung, in deren Rahmen und Grenzen das Recht sich prozesshaft entwickelt. Doch bleiben die Voraussetzungen und Inhalte eines geregelten Zusammenlebens nicht stets dieselben, sodass Rechtssätze sich verändern können und schließlich vergehen können, um neuem Recht zu weichen, welches sich in der göttlich veranlassten Ordnung entwickelt und entfaltet.

Der mit dieser Konzeption einhergehenden Objektivierung des Rechts wohnt eine Komponente der Gegenseitigkeit inne: Recht wird prozesshaft im Ringen um das einer Person Zukommende gefunden und damit wird ein Ausgleich der widerstreitenden Ansprüche hergestellt; der Prozess selbst, in welchem dieser Ausgleich sich vollzieht, ist in die Zeitnotwendigkeit eingebunden und wird von objektiven Kriterien angeleitet. Dadurch ist der Prozess zugleich maßgeblich von der durch Objektivität veranlassten Gleichheitsidee geprägt.⁷⁴ Wie die Gesetze der Zeit einen Ausgleich zwischen dem jeweils für sich Raum beanspruchenden Seienden in der stofflichen Natur herbeiführen, so gewährleistet der ebenfalls an das Apeiron rückgekoppelte Prozess um die Gewährung von Recht im Zeitablauf einen Ausgleich.⁷⁵

umstrittenen Fragment siehe Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 39 f.; Fränkel, *Dichtung und Philosophie des frühen Griechentums*, 5. Aufl. 2006, S. 300 ff.; Verdroß-Droßberg, *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie*, 2. Aufl. 1948, S. 25.

⁶⁹ Ottmann, *Geschichte des politischen Denkens*, Bd. 1/1, 2001, S. 160.

⁷⁰ Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 39; zum Ganzen *Capelle, Die Vorsokratiker*, 1968, S. 10 ff.

⁷¹ Zu den verschiedenen Interpretationsansätzen siehe Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 39 f.; Fränkel, *Dichtung und Philosophie des frühen Griechentums*, 5. Aufl. 2006, S. 300 ff.; Verdroß-Droßberg, *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie*, 2. Aufl. 1948, S. 25.

⁷² Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 40.

⁷³ Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 40 f.; Jaeger, in: Gadamer, *Um die Begriffswelt der Vorsokratiker*, 1968, S. 49 (72, 78 f.).

⁷⁴ Vgl. Jaeger, in: Gadamer, *Um die Begriffswelt der Vorsokratiker*, 1968, S. 49 (84 ff.); zu weiteren Deutungen auch Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 41 m. Fn. 26.

⁷⁵ Siehe auch Wagner, in: Gigon/Fischer, *Antike Rechts- und Sozialphilosophie*, 1988, S. 220 (222 ff.).

Die bei *Anaximander* festgestellte Reziprozität und Objektivität des Rechts findet sich auch bei *Heraklit* (um 520–460 v. Chr.)⁷⁶ wieder, welcher das Recht mit dem Begriff des Streits in Verbindung bringt:

„Man soll aber wissen, daß der Krieg gemeinsam (allgemein) ist und das Recht der Zwist und daß alles geschieht auf Grund von Zwist und Schuldigkeit.“⁷⁷

Auch bei *Heraklit* verschmelzen Polis und Kosmos miteinander, sodass eine Trennung zwischen einer politisch-rechtlichen und einer naturgesetzlichen Aussage den Bedeutungsgehalt seiner Fragmente verfehlen würde.⁷⁸ Wie das oben zitierte Fragment zeigt, sind die Aussagen des *Heraklit* dialektisch angelegt; der Sinngehalt wird durch einen scheinbaren Gegensatz zunächst verdunkelt, um sodann bei näherer Betrachtung der einzelnen Aussagebestandteile aufgelöst und aufgeklärt zu werden. Auch das Wesen des Rechts als Streit ist hierbei vor dem Hintergrund zu sehen, dass *Heraklit* stets die Gegensätzlichkeit des Seienden betont und aus diesen Gegensätzen heraus Neues sich bilden und behaupten lässt.⁷⁹ Der Streit als Wesen des Rechts meint daher keine aus subjektiven Rechtspositionen folgende Willkür, sondern charakterisiert vielmehr „eine Art reziproker Gesetzlichkeit, die im Streit sich herstellt“⁸⁰. Trotz dieser vordergründigen Betonung der Gegensätze und des Streites bildet die Welt nach *Heraklit* eine verborgene Harmonie: Diese Harmonie ist der göttliche, weltumspannende *Logos* im Sinne einer „coincidentia oppositorum“^{81, 82}. Entstehen und Vergehen bilden vor diesem Hintergrund letztlich keine Gegensätze, sondern führen – da der Krieg *allem* gemeinsam ist – auf Ebene der Natur in ihrer Gesamtheit wieder zu einer widerspruchsfreien Harmonie.⁸³

Für die menschliche Ordnung, die *Nomoi* in den Poleis, folgt daraus, dass sie an dem zu verborgener Harmonie strebenden göttlichen *Nomos* ausgerichtet werden sollen.⁸⁴ Die übergreifende göttliche Ordnung, welche eine widerspruchsfreie Harmonie der Dinge gewährleistet, wird so zum Orientierungspunkt für die ordnungsbedürftigen menschlichen *Nomoi*. Ein bleibendes Verdienst der Rechtsphilosophie *Heraklits* ist nach alledem auch darin zu sehen, dass er – hierin insbesondere von *Hesiod* oder *Pythagoras* verschieden – keine statische Rechtsvorstellung vertritt, sondern in Ausrichtung auf den Streit als Wesen des Rechts dessen Dynamik und Veränderlichkeit anerkennt.⁸⁵

⁷⁶ Zu Heraklit im Allgemeinen siehe *Erler*, in: Zimmermann, Handbuch der griechischen Literatur der Antike, Bd. 1, 2011, S. 269 ff.

⁷⁷ *Diels/Kranz*, Die Fragmente der Vorsokratiker, 6. Aufl. 1951, 2004, Fr. 22 B 80.

⁷⁸ Vgl. auch *Ottmann*, Geschichte des politischen Denkens, Bd. 1/1, 2001, S. 168.

⁷⁹ Siehe dazu *Fränkel*, Dichtung und Philosophie des frühen Griechentums, 5. Aufl. 2006, S. 426 ff.; *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 29 f.

⁸⁰ *Böckenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 41; mit der Gleichsetzung von Recht und Streit tritt Heraklit zugleich in deutliche Opposition zum Dichter Hesiod, welcher *Dike* und *Eris* gerade als Antipoden herausgestellt hatte, vgl. oben unter III. 1.

⁸¹ *Brecht*, Heraklit, 1936, S. 96, 119 ff. Diese göttliche Ordnung (*Nomos*) vermittelt Harmonie dadurch, dass sie Gegensätzliches zugleich zu umfassen vermag: So sind in ihr Tag und Nacht ebenso eins wie Leben und Tod, vgl. *Diels/Kranz*, Die Fragmente der Vorsokratiker, 6. Aufl. 1951, 2004, Fr. 22 B 1, 2, 54, 62, 67, 112, 116, 123; dazu *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 30.

⁸² *Böckenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 41 f.; *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 30, 33.

⁸³ Vgl. auch *Ottmann*, Geschichte des politischen Denkens, Bd. 1/1, 2001, S. 169.

⁸⁴ *Böckenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 42, der die Frage aufwirft, inwieweit die Annahme Heraklits, der göttliche *Nomos* könne von dem Besten der Polis erkannt werden, spätere Positionen der Stoa bereits anklingen lässt.

⁸⁵ Siehe insbesondere hierzu *Diels/Kranz*, Die Fragmente der Vorsokratiker, 6. Aufl. 1951, 2004, Fr. 22 B 102; *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 31, 33 f.; umfassend

5. Die Pythagoreer

Ein harmonisches Prinzip innerhalb der Natur nehmen auch die Pythagoreer an, eine im Anschluss an den Philosophen und Mathematiker *Pythagoras* (um 570–nach 510 v. Chr.) entstandene Philosophenschule.⁸⁶ Die antiken Zeugnisse über das Leben des *Pythagoras* berichten von zahlreichen Legenden und Wundern um die Person dieses Philosophen; seine Lehre wurde beschrieben als „eine eigenartige Mischung von Religion und höchster Rationalität, von Mathematik und Seelenglaube.“⁸⁷ Im Kontext einer rechtsphilosophischen Erschließung interessiert vorrangig das Verständnis der pythagoreischen Lehre vom rechten Maß, da die hierüber vorgefundenen Aussagen sich auf das Recht bzw. die Frage nach der Gerechtigkeit übertragen lassen. Vermittelt werden Harmonie und Maß nach der Lehre der Pythagoreer durch Zahlen bzw. Zahlenverhältnisse, wie sie sich etwa in der Geometrie oder der musikalischen Tonlehre manifestieren.⁸⁸ Gewendet auf die Polis befürworteten die Pythagoreer eine strikte Gliederung und Organisation der verschiedenen Lebensbereiche.⁸⁹ Selbst die Gerechtigkeit wird hierbei als Zahlenverhältnis ausgedrückt: Gerechtigkeit wird repräsentiert durch Quadratzahlen, in deren Entstehung aus der Multiplikation von Gleichem mit Gleichem eine herausgehobene Qualität erblickt wird; besonders hervorgehoben werden die Quadratzahlen 4 und 9.⁹⁰

zur Polis-Konzeption Heraklits *Bremer/Dilcher*, in: Flashar/Bremer/Rechenauer, *Die Philosophie der Antike*, Bd. 1/2, 2013, S. 601 (626 ff.).

⁸⁶ Zu dieser siehe *Erlor*, in: Zimmermann, *Handbuch der griechischen Literatur der Antike*, Bd. 1, 2011, S. 266 ff. Auf die unterschiedliche Manifestation der Harmonie in den Lehren des Heraklit und der Pythagoreer macht zu Recht *Verdroß-Droßberg*, *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie*, 2. Aufl. 1948, S. 33 aufmerksam.

⁸⁷ *Ottmann*, *Geschichte des politischen Denkens*, Bd. 1/1, 2001, S. 161.

⁸⁸ *Böckenförde*, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 42 f.; *Verdroß-Droßberg*, *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie*, 2. Aufl. 1948, S. 27.

⁸⁹ In der aus dieser strikten Organisation resultierenden Überwachung klingen bereits Gedanken an, welche Platon später in seiner *Politeia* weiterentwickeln wird, siehe *Böckenförde*, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 43.

⁹⁰ *Böckenförde*, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 43 mit dem Hinweis, dass in der pythagoreischen Zahlensymbolik der Ursprung der späteren Ausdifferenzierung von ausgleichender (arithmetische Gleichheit) und austeilender Gerechtigkeit (geometrische Gleichheit) liege; *Zeller*, *Die Philosophie der Griechen in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, Bd. 1/1, 6. Aufl. 1919, S. 445 ff.

Streiche im öffentlichen Raum und der Kunstgriff der Kunstbegriffe – Zur Subsumtion unter Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG

Wiss. Mitarbeiter Benjamin Poliak, Düsseldorf*

I. Die Kunstfreiheit im Mittelpunkt zeitgenössischer Diskussionen	20
II. Die Bestimmung von Kunst gemäß Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG	20
1. Verfassungsrechtliche Ausgangslage.....	20
2. Die Kunstbegriffe	21
a) Formaler Kunstbegriff	22
b) Materialer Kunstbegriff	23
c) Offener Kunstbegriff	24
d) Relationaler Kunstbegriff	24
e) Das Verhältnis der Kunstbegriffe zueinander	25
3. Zusätzliche Indizien zur Bestimmung des sachlichen Schutzbereichs	26
4. Unfriedliche Kunst.....	26
5. Reichweite verfassungsrechtlichen Schutzes	27
III. Pranks als Gradmesser für die Kunstbegriffe	28
1. Fallbeispiel.....	28
2. Subsumtion unter Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG	29
a) Formaler Kunstbegriff	29
aa) Prank	29
bb) Film	30
cc) Video.....	30
dd) Schauspielerei.....	31
ee) Straßenkunst.....	32
ff) Aktionskunst	32
b) Materialer Kunstbegriff	33
c) Offener Kunstbegriff	33
d) Relationaler Kunstbegriff	34
e) Sachverständige und Selbstverständnis	34

* Benjamin Poliak ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und interdisziplinäre Rechtsforschung der Ruhr-Universität Bochum (Prof. Dr. Julian Krüper).

3. Zwischenergebnis: Pranks als Kunst	34
---	----

IV. Fazit.....	35
----------------	----

I. Die Kunstfreiheit im Mittelpunkt zeitgenössischer Diskussionen

Das Grundrecht der Kunstfreiheit ist in den letzten Jahren wieder vermehrt zum Gegenstand verfassungsrechtlicher Diskussionen geworden.¹ Die Kunstfreiheit tangierende Themen sind häufig mit (gesellschafts-)politischen Diskussionen verzahnt und von hohem Medien- und Öffentlichkeitsinteresse; genannt seien der Fall *Böhmermann*² oder die Antisemitismus-Diskussionen im Zusammenhang mit der *documenta fifteen*³. Virulent werden vor allem solche Fälle, in denen die Kunstfreiheit mit anderen Grundrechten, insbesondere dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, oder anderen Verfassungsgütern kollidiert. Hingegen scheint die Frage, wie der sachliche Schutzbereich der Kunstfreiheit bestimmt wird und welche Handlungen er erfasst, mittlerweile geklärt. Der vorliegende Beitrag untersucht anhand der in den letzten Jahrzehnten entwickelten Kunstbegriffe, inwieweit neuartige, zeitgeistgeprägte Phänomene – in concreto Streiche im öffentlichen Raum („Pranks“) – unter Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG subsumiert werden können. Neben den inhaltlichen Fragestellungen soll der Beitrag anhand der Kunstfreiheit die methodische und argumentative Arbeit mit grundrechtlichen Schutzbereichen vermitteln. Plädiert wird insbesondere für eine – in Prüfungsarbeiten häufig ausbleibende – präzise Subsumtion unter den sachlichen Schutzbereich der Kunstfreiheit.

II. Die Bestimmung von Kunst gemäß Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG

1. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Bei der Bestimmung von Kunst gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG besteht ein definitorisches Dilemma. Einerseits ist die grundgesetzliche Formulierung unkonkret gefasst („Kunst [...] [ist] frei“)⁴, sodass sich eine inhaltlich ausgestaltende Fixierung des Kunstbegriffs als staatlich verordnetes *Kunst-richtertum* verstehen ließe, welches – eingedenk historischer Erfahrungen, vor allem im Nationalsozialismus⁵ – in besonderem Maße zu verwehren ist.⁶ Andererseits besteht eine praktische Notwen-

¹ Vgl. nur Bülow, Jm 2020, 243; Häberle/Kotzur, ZRP 2022, 24; Hufen, JuS 2022, 91; ders., JuS 2022, 897; Ludyga, NJW 2023, 713; Marsch, JZ 2021, 1129; Papier, Verfassungsblog v. 28.3.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/antisemitismus-auf-der-documenta-fifteen/> (26.12.2023); Piroth, Kunstfreiheit im Verfassungswandel, 2021; Vasel, NJW 2022, 740; Wolf, Verfassungsblog v. 3.5.2021, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/das-ist-alles-von-der-kunstfreiheit-gedeckt/> (15.1.2024); Zechlin, Verfassungsblog v. 19.7.2022, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/die-documenta-und-die-grenzen-der-kunstfreiheit/> (26.12.2023).

² Diese hat nun formal ihren Abschluss gefunden, BVerfG, Beschl. v. 26.1.2022 – 1 BvR 2026/19 = BeckRS 2022, 1484, wobei der Weg zum EGMR noch offenbleibt; instruktiv Vasel, NJW 2022, 740.

³ Ausführlich Möllers, Grundrechtliche Grenzen und grundrechtliche Schutzgebote staatlicher Kulturförderung, 2022; Papier, Verfassungsblog v. 28.3.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/antisemitismus-auf-der-documenta-fifteen/> (26.12.2023).

⁴ Kritisch zur „lapidare[n] Kürze des Satzes“ Beisel, Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen, 1997, S. 2. Grundsätzlich sind Grundrechte jedoch bewusst prägnant, leicht verständlich und offen formuliert, vgl. Voßkuhle, AöR 119 (1994), 35 (41 f., 46 ff., 52 f., 57 f.).

⁵ Im Nationalsozialismus wurde Kunst propagandistisch als Mittel der Herrschaftssicherung instrumentalisiert; Kunstschafter sahen sich massiver Verfolgung ausgesetzt, vielfach wurde ihre Kunst als „entartet“ deklariert, vgl. Erbel, Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie, 1966, S. 66; Hufen, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 4, 2011, § 101 Rn. 10; Germelmann, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 13. Umfassend Brenner, Die Kunstpolitik im Nationalsozialismus, 1963; Roh, Entartete Kunst, 1962.

⁶ Zum Verbot einer staatlichen Stil- und Niveauekontrolle BVerfGE 75, 369 (377); 81, 278 (291); vgl. aus der Literatur

digkeit der Definition durch staatliche Stellen, um Kunst – in Abgrenzung zur Nicht-Kunst und damit auch zu anderen Grundrechten – angemessen und funktionspezifisch schützen zu können.⁷ Bei grenzenloser Subjektivität und Offenheit des Kunstbegriffs droht ein Gleichlauf der Kunstfreiheit mit der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG.⁸ Dennoch setzt Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG eine grundsätzliche Offenheit des Kunstbegriffs voraus.⁹ Es besteht ein „Auftrag des Verfassungsrechts, die Kunstfreiheit nicht durch verengte Kunstdefinitionen, die Ausrichtung an bestimmten ästhetischen Idealen und durch die Ausklammerung der jeweiligen Avantgarde, der politisch engagierten oder auch der gewerbenahmen oder unterhaltenden Kunst zu gefährden.“¹⁰

2. Die Kunstbegriffe

Die Rechtsprechung hat drei Kunstbegriffe entwickelt, um sich der Bestimmung von Kunst anzunähern und den sachlichen Schutzbereich der Kunstfreiheit praktikabel und handhabbar werden zu lassen – stets vor dem Hintergrund einer Unmöglichkeit, Kunst als gesamtheitlichen Lebensbereich (eindeutig und abschließend) definieren zu können.¹¹ Teilweise werden die Begriffe alternativ, teilweise kumulativ herangezogen.¹² Alle Ansätze enthalten nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts „tragfähige Gesichtspunkte, die in ihrer Gesamtheit im konkreten Einzelfall eine Entscheidung ermöglichen, ob ein Sachverhalt in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fällt“.¹³ Letztlich ist es Aufgabe der rechtsanwendenden Instanzen, einzelfallabhängig und unter Zuhilfenahme der verschiedenen Ansätze festzustellen, ob ein Verhalten Kunst i.S.d. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG darstellt.¹⁴ Die Literatur hat sich dem weitgehend angeschlossen, zum Teil aber auch eigene Kunstbegriffe und Methoden entwickelt, um ein Verhalten dem sachlichen Schutzbereich der Kunstfreiheit zuordnen zu können. Kann ein Verhalten unter einen bestimmten Kunstbegriff nicht subsumiert werden, schließt dies die Charakterisierung als Kunst i.S.d. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG nicht aus.¹⁵ Geboten ist jeweils eine einzelfallspezifische, wertende Gesamtbetrachtung.¹⁶ Ausführungen zu den Kunstbegriffen sollten in einer Prüfungsarbeit daher nicht als „Meinungsstreit“ firmieren.

Hinweis: Zu berücksichtigen ist, dass Kunst einen außerrechtlichen, autonomen und eigenen Gesetzmäßigkeiten folgenden Lebensbereich darstellt. Die Kunstbegriffe sollen nicht als naturwissenschaftliche Beweise oder wissenschaftsübergreifend umfassende Kunstdefinition dienen, was ohne Rekurs

Bethge, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 187; *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 43; *Hufen*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 101 Rn. 48 f.; *Lenski*, Jura 2016, 35 (37).

⁷ Vgl. *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 44; *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 420; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 139.

⁸ Vgl. *Hufen*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 101 Rn. 29.

⁹ *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, § 9 Rn. 234.

¹⁰ *Hufen*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 101 Rn. 12.

¹¹ BVerfGE 67, 213 (225); vgl. auch *Häberle/Kotzur*, ZRP 2022, 24 (25).

¹² Vgl. *Lenski*, Jura 2016, 35 (36).

¹³ BVerfGE 67, 213 (226).

¹⁴ BVerfGE 91, 211 (214).

¹⁵ Vgl. *Henschel*, NJW 1990, 1937 (1938); *Lenski*, Jura 2016, 35 (36); *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, § 9 Rn. 234; *Waltke*, Kunst und öffentlicher Frieden, 2021, S. 52.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 67, 213 (225 f.); *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 44; *Lenski*, Jura 2016, 35 (36); *Müller*, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969, S. 39; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 142.

auf kunstgeschichtliche, kunstsoziologische und kunstphilosophische Erkenntnisse ohnehin nicht möglich wäre. Vielmehr fungieren die Kunstbegriffe als Hilfestellungen zur verfassungsrechtlichen Handhabarmachung und Plausibilisierung einer grundsätzlich kontingenten Entscheidung, nämlich ob ein Verhalten Kunst i.S.d. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG darstellt oder nicht.

a) Formaler Kunstbegriff

Der formale (oder: formelle) Kunstbegriff stellt darauf ab, ob bei „formaler, typologischer Betrachtung die Gattungsanforderungen eines bestimmten Werktyps erfüllt sind“.¹⁷ Demnach sind klassische Formen der Kunst die Malerei, Bildhauerei oder Dichtung.¹⁸ Eine gewisse Uneindeutigkeit des formalen Kunstbegriffs liegt indes darin, dass weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur klar abgegrenzt wird, worin genau der konkrete Anknüpfungspunkt für die Bestimmung einer Gattung zu sehen ist. Am ehesten geschieht dies über das Merkmal der Tradition.¹⁹ Zum Teil wird auf die künstlerische Betätigung (Dichten)²⁰, zum Teil auf das künstlerische Ergebnis (Dichtung)²¹, vorwiegend auf beide Aspekte alternativ²² abgestellt.²³

Es stellt sich jedoch die Frage, wie übergreifend oder spezifisch eine Gattung im Sinne des formalen Kunstbegriffs zu verstehen ist, insbesondere inwieweit Gattungen inhaltlich, formal oder auf sonstige Weise abgegrenzt werden können. So könnte bei einem Theaterstück auf verschiedene Begriffe verwiesen werden, etwa Theater(-stück), Schauspielerei, Tragödie, Komödie, gegebenenfalls auch auf Bühnenkunst oder Improvisation. Ähnliches gilt für einen Roman, etwa Roman (oder je nach Thema: Liebesroman, Kriminalroman etc.), Belletristik, Literatur, Buch oder Druckerzeugnis. Wird der Gattungsbegriff weit verstanden, könnte nahezu jede handwerkliche Tätigkeit als Plastik formal verstanden Kunst und jeder profane Werbejingle als Musik formal verstanden Kunst sein.²⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat dementsprechend anklagen lassen, dass ausschließlich der formale Charakter eines Werks als Kunst nicht immer genügen kann, um den Schutzbereich der Kunstfreiheit zu eröffnen.²⁵ Eine genaue inhaltliche Konturierung des Gattungsbegriffs im Rahmen des formalen

¹⁷ BVerfGE 67, 213 (226 f.). Zum Teil wird die Definition in der Literatur leicht abgewandelt, meist aber wortgetreu übernommen, vgl. *Hufen*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 101 Rn. 44; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 118; *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 423; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 141. Anders *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 186, von einem „formale[n] weite[n] Kunstbegriff“ sprechend, inhaltlich indes auf den materialen Kunstbegriff (BVerfGE 30, 173 [188 f.]) rekurrierend.

¹⁸ Vgl. BVerfGE 67, 213 (227). Diese Erscheinungsformen werden auch in der Literatur häufig herangezogen, vgl. *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 423.

¹⁹ Ähnlich *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 45.

²⁰ Vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 118; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 141.

²¹ Vgl. insofern *Müller*, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969, S. 41 f.

²² BVerfGE 67, 213 (227): „die Tätigkeit und die Ergebnisse etwa des Malens, Bildhauens, Dichtens“; *Lenski*, Jura 2016, 35 (36).

²³ Es ist zu vermuten, dass diese sprachlichen Divergenzen keinen inhaltlichen Gehalt haben, sodass das „Dichten“ auch die „Dichtung“ und die „Dichtung“ auch das „Dichten“ erfasst, so auch *Vlachopoulos*, Kunstfreiheit und Jugendschutz, 1996, S. 102 Fn. 132.

²⁴ Vgl. auch *Lenski*, Jura 2016, 35 (36). Noch weitergehend ließe sich fragen, ob beispielsweise auch Fußballfans im Stadion einer künstlerischen Tätigkeit nachgehen, soweit sie zur Anfeuerung einer Mannschaft singen, bemalte Fahnen schwenken und Choreografien durchführen, vgl. *Helmstetter*, Unerlaubte Kunst, 2022, S. 62 Fn. 76.

²⁵ BVerfGE 83, 130 (138): „Die indizierte Schrift fällt in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG. Dabei mag es zweifelhaft sein, ob dies schon deshalb zu bejahen ist, weil sich das Werk als Roman bezeichnet und das

Kunstbegriffs ist jedenfalls nicht präzise möglich und wird auch in der juristischen Literatur nicht weiter vorgenommen.²⁶ Das ist vor allem für die Frage problematisch, ob und gegebenenfalls ab wann sich eine neue Kunstgattung etabliert hat.²⁷ Insbesondere diese fehlende Offenheit des formalen Kunstbegriffs für moderne Entwicklungen ist eine häufig vorgebrachte Kritik,²⁸ weshalb nicht allein auf diesen Kunstbegriff abzustellen ist. Ein weiteres Problem stellt sich für die Subsumtion, wenn einer tradierten Gattung bereits sprachlich der künstlerische Charakter inhärent ist, etwa bei der Baukunst²⁹. Die Kunstwerkeigenschaft eines Bauwerks damit zu begründen, dass es der Gattung Baukunst entspricht, käme einen Zirkelschluss gleich. Erforderlich wäre die klare Festschreibung, was künstlerische Bauten von nicht-künstlerischen Bauten unterscheidet. Der formale Kunstbegriff ist somit einerseits sehr eng gezogen (weil er jedenfalls nicht ohne Weiteres für neuere Gattungen offen ist), andererseits kann er sehr weit reichen (da allein die Zugehörigkeit zu einer Gattung, die wiederum begrifflich konturenlos weit reichen kann, genügt). Trotz der Kritik ist der formale Kunstbegriff als Indiz für die Subsumtion unter Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG heranzuziehen.

b) Materialer Kunstbegriff

Die Kunstfreiheitsgarantie weist einen besonderen Persönlichkeits- und Individualbezug auf, auch im Vergleich zu anderen Grundrechten.³⁰ Durch künstlerische Betätigungen können individuelle Gedanken und Gefühle kreativ verarbeitet werden.³¹ Dabei besteht eine „Freiheit zur individuellen Beliebigkeit“.³² Auf diesen Grundannahmen fußt der materiale (oder: materielle) Kunstbegriff. Demnach ist Wesenskern von Kunst die „freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse [...] durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden“; im Rahmen bewusster und unbewusster Vorgänge wirken „Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen“. Kunst ist diesem Verständnis zufolge „primär nicht Mitteilung, sondern [...] unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit“ der Kunstschaffenden.³³ Der besondere Persönlichkeitsbezug folgt daraus, dass künstlerische Betätigungen höchstindividuell sind und ihnen häufig produktive Schaffensprozesse inhärent sind,³⁴ die sich als langwierig, komplex und intensiv darstellen können.³⁵

Ergebnis einer anerkannten künstlerischen Tätigkeit [...] darstellt.“

²⁶ Diese Kritik artikuliert auch *Vlachopoulos*, Kunstfreiheit und Jugendschutz, 1996, S. 104.

²⁷ *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, § 9 Rn. 234: „Kunst schafft immer wieder Neues, definiert sich sogar gelegentlich selbst neu und verwirklicht sich gegebenenfalls sogar gerade darin, die Grenze zur Nicht-Kunst zu verschieben.“

²⁸ *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 45; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, § 9 Rn. 236; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 141.

²⁹ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 118.

³⁰ Vgl. *Erbel*, Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie, 1966, S. 88 f.; *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 39, 63, 89; *Häberle*, AöR 110 (1985), 577 (597 f.); *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 91; *Ott*, NJW 1981, 2397 (2398). Hiermit soll jedoch kein höherer Wert der Kunstfreiheit insinuiert werden, BVerfGE 3, 225 (231 f.); *Ujica/Loef*, ZUM 2010, 670 (673).

³¹ Vgl. *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 39.

³² *Gärditz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 88. Lfg., Stand: August 2019, Art. 5 Abs. 3 Rn. 30.

³³ Zum Ganzen BVerfGE 30, 173 (188 f.). *Hufen*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 101 Rn. 32 betont die sich in dieser Entscheidung zeigende „Akzeptanz künstlerischer Eigengesetzlichkeit“. Vgl. zum Ausdruck in der Kunst *Adorno*, Ästhetische Theorie, 22. Aufl. 2022, S. 353.

³⁴ Vgl. *Luhmann*, Die Kunst der Gesellschaft, 1997, S. 77.

³⁵ Gesang, Blasmusik, Tanz – um nur einige Beispiele zu nennen – erfordern bereits rein körperlich große

Kritisiert wird an diesem Kunstbegriff vornehmlich, dass er sich zu sehr an einem idealistisch-ästhetischen Verständnis von Kunst orientiert.³⁶ Die Vielzahl an verschiedenen Definitionselementen führt ferner zu einer unsachgemäßen Eingrenzung des Kunstbegriffs.³⁷ Auch der materiale Kunstbegriff ist daher nur als Indiz für die Bestimmung von Kunst gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG heranzuziehen.

c) Offener Kunstbegriff

Merkmal vieler Kunstwerke ist eine weitgehende Interpretierbarkeit.³⁸ Für *Theodor W. Adorno* ist Kunst ein „Rätsel“.³⁹ Nach *Niklas Luhmann* zielt künstlerische Kommunikation meist nicht auf ein Verstehen.⁴⁰ Auf diesen Grundgedanken beruht der offene Kunstbegriff. Hiernach ist „das kennzeichnende Merkmal einer künstlerischen Äußerung [...], daß es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts möglich ist, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutungen zu entnehmen, so daß sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt“.⁴¹ Maßgeblich für die Bestimmung eines Kunstwerks sind hiernach eine stetige Interpretationsfähigkeit und Interpretationsbedürftigkeit.

Kritikpunkt am offenen Kunstbegriff ist seine Verslossenheit gegenüber – gegebenenfalls sogar tradierten – Werken, deren Aussagegehalte eindeutig (beispielsweise politische Kunst) oder überhaupt nicht (beispielsweise Trivialkunst) vorhanden sind.⁴² Die sozialen Funktionen von Kunst liegen aber auch in der Unterhaltung (Trivialkunst) sowie in der Kritik und Provokation (politische Kunst): Würde man einer Interpretierbarkeit konstitutiven Charakter beimessen, würden viele als Kunst etablierte Werke vom Kunstbegriff des Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG nicht erfasst.⁴³ Auch der offene Kunstbegriff hat daher nur indizielle Bedeutung.

d) Relationaler Kunstbegriff

Kunst wird stetig im Kontext bereits bestehender Kunst geschaffen; Künstler*innen lassen sich durch andere Künstler*innen inspirieren und beziehen ihre Werke auf bestehende Kunstwerke.⁴⁴ Das ist die

Anstrengungen.

³⁶ *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 46; vgl. auch *Augsberg*, in: Achermann u.a., Literatur und Recht: Materialität, S. 211 (215); *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 139.

³⁷ *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 139.

³⁸ Vgl. *v. Arnould*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 167 Rn. 74; *Luhmann*, Die Kunst der Gesellschaft, 1997, S. 24, 44, 72; *Müller*, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969, S. 86; *Riedel*, Vermutung des Künstlerischen, 2011, S. 56 ff. Zurückhaltend *Vlachopoulos*, Kunstfreiheit und Jugendschutz, 1996, S. 106, der betont, dass insbesondere avantgardistische Kunstwerke häufig unverständlich und damit nicht der Interpretation zugänglich sind.

³⁹ *Adorno*, Ästhetische Theorie, 22. Aufl. 2022, S. 182; ebd., S. 184 hält er fest, dass „Kunstwerke, die der Betrachtung und dem Gedanken ohne Rest aufgehen, [keine] sind“.

⁴⁰ *Luhmann*, Die Kunst der Gesellschaft, 1997, S. 72.

⁴¹ Vgl. BVerfGE 67, 213 (227).

⁴² Vgl. *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 425.

⁴³ *v. Arnould*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 167 Rn. 23; *Beisel*, Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen, 1997, S. 82 f.

⁴⁴ *v. Arnould*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 167 Rn. 28, 31. Dies zeigt sich etwa beim „Sampling“, also dem Verwenden einer Sequenz bereits geschaffener Musik für die eigene. Zum diesbezüglich Jahrzehnte andauernden Rechtsstreit zwischen der Musikgruppe *Kraftwerk* und dem Produzenten *Moses Pelham* siehe *L. Ott*, LTO v. 14.9.2023, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/52700/ (26.12.2023).

wesentliche Grundannahme des relationalen Kunstbegriffs⁴⁵. Demnach sind Kunstwerke stetig im Gesamtzusammenhang anderer Kunstwerke zu betrachten; jedes Kunstwerk ist als Antwort auf bereits geschaffene Kunst zu verstehen.⁴⁶ Diese Antwort kann vielfältig ausfallen; bisherige Kunst kann aufgegriffen, fortentwickelt, persifliert oder auch dekonstruiert werden.⁴⁷

Gegen einen solchen Kunstbegriff lässt sich einwenden, dass es auch solche Kunst gibt, die um ihrer selbst willen existiert und sich gerade nicht auf vorgefertigte Werke bezieht. Zudem kann es Werke geben, die nicht in künstlerischer Intention geschaffen oder erst retrospektiv als Kunst angesehen wurden, sich im Zeitpunkt der Entstehung also nicht auf andere Kunstwerke bezogen.⁴⁸ Fraglich ist auch, ob nach einem solchen Kunstverständnis neuartige Kunst erfasst würde.⁴⁹ Der relationale Kunstbegriff ist demzufolge ebenfalls nur als Indiz heranzuziehen.

e) Das Verhältnis der Kunstbegriffe zueinander

Alle Kunstbegriffe sind jeweils für sich nicht in der Lage, den verfassungsrechtlichen Begriff der Kunst gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG umfassend zu plausibilisieren. Nimmt der formale Kunstbegriff eine formal-typologische und eher traditionelle Perspektive ein, ist der materiale Kunstbegriff, den Persönlichkeitsbezug von Kunst in den Vordergrund stellend, in der Lage, auch neuartige und ungewöhnliche Formen von Kunst zu erfassen. Die ästhetisch-idealistische Ausrichtung desselben führt indes ebenfalls zu einer Eingrenzung, die wiederum durch den offenen Kunstbegriff aufgefangen werden kann. Dieser betont die Vieldeutigkeit von Kunst, ihre Irrationalität und kommunikativ-interpretative Offenheit, kann somit jedoch beispielsweise politische Kunst nicht erfassen, da diese von einer Eindeutigkeit des Aussageinhalts geprägt ist. Letztlich kann der relationale Kunstbegriff, fundierend auf der kunstintern-kommunikativen Dimension künstlerischer Betätigungen, mögliche Schutzlücken auf Ebene des sachlichen Schutzbereichs ausgleichen. Die Kunstbegriffe schließen sich demnach nicht gegenseitig aus; vielmehr erfassen sie jeweils unterschiedliche Aspekte künstlerischer Betätigungen und ergänzen sich somit gegenseitig.⁵⁰

Hinweis: Häufig wird eine Subsumtion unter die einzelnen Kunstbegriffe nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Etwas anderes ergibt sich aber insbesondere bei solchen Betätigungen und Werken, die nicht (als Kunst) etabliert sind, beispielsweise gilt dies für Computerspiele, deren Kunst-eigenschaft – je nach Kunstbegriff – unterschiedlich bewertet werden kann. Dass ein Verhalten nicht unter jeden Kunstbegriff subsumiert werden kann, schließt Kunst i.S.d. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG nicht aus. Anderes kann gelten, wenn ausschließlich unter einen Kunstbegriff subsumiert werden kann, beispielsweise nur unter den formalen Kunstbegriff. Einen Werbejingle allein aufgrund des musikalischen Charakters als Kunst im Sinne der Kunstfreiheit zu deklarieren, führte zu weit. Argumentiert werden könnte in einem solchen Fall auch mit einem genuin nicht-künstlerischen Kontext (Werbung). Die Subsumtion unter Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG erfordert gerade in Grenzfällen eine wertende Gesamtbetrachtung des Einzelfalls.

⁴⁵ In einer Klausur darf die Eruiierung dieses Kunstbegriffs entfallen, nicht jedoch im Rahmen einer Hausarbeit.

⁴⁶ Grundlegend v. *Arnould*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 167 Rn. 28 ff.

⁴⁷ Vgl. *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 47.

⁴⁸ Vgl. BVerwGE 23, 104 (111); *Adorno*, Ästhetische Theorie, 22. Aufl. 2022, S. 12, 272, 445; *De Niemeyer/Loureiro*, in: Dudley u.a., The Thing about Museums, S. 69 (71).

⁴⁹ Vgl. *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 47.

⁵⁰ Zum Verhältnis der Kunstbegriffe auch *Augsberg*, in: Achemann u. a., Literatur und Recht: Materialität, S. 211 (218 ff.).

3. Zusätzliche Indizien zur Bestimmung des sachlichen Schutzbereichs

Als weiteres Indiz zur Bestimmung des sachlichen Schutzbereichs der Kunstfreiheit wird insbesondere in Zweifelsfällen auf die Meinung von in Kunstfragen sachverständigen Dritten, sowohl aus der tradierten Kunstwelt als auch aus der Avantgarde, rekurriert.⁵¹ Dabei genügt, dass die sachkundige Person es zumindest für vertretbar hält, das jeweilige Werk als Kunst zu bezeichnen.⁵² Für die Beurteilung eines Werks als Kunst darf ein Sachverständigenurteil jedoch nicht konstitutiv sein, schließlich ist es genuine Aufgabe der (demokratisch legitimierten) Rechtsprechung, Rechtsnormen – wie Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG – verbindlich auszulegen. Bezöge man sich für die Entscheidungsfindung eines Rechtsstreits allein auf das Urteil von Sachverständigen, würde dies eine wesensmäßige Aufgabe der Gerichte auf Sachverständige verlagern.⁵³

Ein letzter Gesichtspunkt zur Beantwortung der Frage, ob ein Verhalten Kunst im Sinne der Kunstfreiheit ist, ist das künstlerische Selbstverständnis.⁵⁴ Grundrechte sollen (vor allem individuellen) Freiheitsschutz gewährleisten; definiert sich das Gewährleistete indes ausschließlich objektiv, wird individueller Freiheitsschutz eingebüßt.⁵⁵ Dem Selbstverständnis wird jedoch nur indizielle Wirkung zugeschrieben;⁵⁶ als subjektives Element ist es ohne objektiven Bestimmungsansatz nicht denkbar.⁵⁷ Insbesondere im Zusammenhang mit dem materialen Kunstbegriff ist somit (ergänzend) auf das Selbstverständnis zu rekurrieren. Kunst kann jedoch auch dann vorliegen, wenn die erschaffende Person dies nicht intendiert hat.⁵⁸

4. Unfriedliche Kunst

Eine Beschränkung des sachlichen Schutzbereichs des Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG statuierte das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluss aus dem Jahr 1984 (Sprayer von Zürich)⁵⁹. Demnach erstreckt sich die Reichweite der Kunstfreiheit „von vorneherein nicht auf die eigenmächtige Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden Eigentums zum Zwecke der künstlerischen Entfaltung“.⁶⁰

⁵¹ Vgl. *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 43, 51; *Müller*, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969, S. 118; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 119; *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 427; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 144.

⁵² *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 144.

⁵³ Hierzu etwa *Waltke*, Kunst und öffentlicher Frieden, 2021, S. 38.

⁵⁴ Maßgebend *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 87 ff.

⁵⁵ *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 398 spricht von „persönlich belangvolle[r] Freiheit“, unterscheidet gewährleistete Freiheit also nach individuellem Nutzen.

⁵⁶ *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 184; *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 43, 51; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 143, nach dem die „Anerkennung eines subjektiven Definitionsmonopols die Auflösung des Begriffes Kunst und damit seine juristische Unbrauchbarkeit herbeiführen“ würde.

⁵⁷ *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 89 f., 405 fordert aufgrund einer „eigengesetzlichen und intransparenten Sphäre der künstlerischen Kommunikation“ (S. 89), auf das Selbstverständnis als maßgebliches Kriterium für die Qualifizierung eines Verhaltens als Kunst abzustellen, jedoch objektiv begrenzt durch Plausibilitätsanforderungen; von einer „mitkonstituierenden Bedeutung des Selbstverständnisses“ spricht *Häberle*, AöR 110 (1985), 577 (597).

⁵⁸ *Beisel*, Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen, 1997, S. 73 f.; vgl. auch bereits Fn. 48.

⁵⁹ BVerfG NJW 1984, 1293.

⁶⁰ BVerfG NJW 1984, 1293 (1294).

Diese Einschränkung *unfriedlicher* Kunst ließe sich auf andere Rechtsgüter ausweiten.⁶¹ Restriktionen auf Ebene des sachlichen Schutzbereichs sind jedoch abzulehnen, vielmehr stellen derartige Konstellationen ein Problem der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung dar.⁶² Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG insinuiert eine Freiheit des Tatbestandes – ohne Anknüpfungspunkt für eine Beschränkung. Maßgeblich ist zudem ein systematischer Vergleich zu Art. 8 Abs. 1 GG, der explizit eine Begrenzung des sachlichen Schutzbereichs der Versammlungsfreiheit bei Unfriedlichkeit festlegt. E contrario kann Gleiches nicht für die als frei deklarierte Kunst gelten.⁶³ Eine Ausnahme ist allenfalls dann anzuerkennen, soweit die Inanspruchnahme der künstlerischen Tätigkeit evident menschenunwürdige Handlungen erfasst.⁶⁴

5. Reichweite verfassungsrechtlichen Schutzes

Ist geklärt, wie Kunst inhaltlich zu bestimmen ist, bleibt die Frage der Reichweite des Schutzes, also welche konkreten Verhaltensweisen von Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG erfasst werden.⁶⁵ Der sachliche Schutzbereich der Kunstfreiheit umfasst einen Werk- und einen Wirkungsbereich.⁶⁶ Die Bereiche können ineinander übergehen, ferner zusammenfallen.⁶⁷ Der Werkbereich betrifft alle Verhaltensweisen, die im Zusammenhang mit der Entstehung und Anfertigung des Kunstwerks stehen, also etwa das Malen eines Gemäldes.⁶⁸ Je nach künstlerischer Betätigung setzt der Schutz des Werkbereichs früh an, erfasst mithin den gesamten „kreative[n] Vorgang“, beispielsweise das Proben für ein bevorstehendes Konzert.⁶⁹ Der Wirkungsbereich erfasst wiederum alle Verhaltensweisen, die auf die Verbreitung und Veröffentlichung des Kunstwerks zielen.⁷⁰ Die Kunstfreiheit als besonderes Kommunikationsgrundrecht zielt meist auf Rezeption.⁷¹ Kommunikative Austauschprozesse zwischen Kunstschaffenden und

⁶¹ Vgl. *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 54; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 145.

⁶² So auch die h.M., vgl. *Hufen*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 101 Rn. 125; *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 54; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 145. A.A. *von der Decken*, in: Schmidt-Bleibtreu u.a., Grundgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 43; bei Antisemitismus *Ludyga*, NJW 2023, 713 (716 f.); bei körperlicher Gewalt v. *Coelln*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 123 Rn. 33: „Die Verletzung oder gar die Tötung anderer Menschen ist [...] von vornherein nicht vom Schutz der Kunstfreiheit erfasst. Insofern wirkt der in Art. 8 Abs. 1 GG speziell für die Versammlungsfreiheit ausgedrückte Friedlichkeitsvorbehalt für alle Grundrechte.“ Ähnlich *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 198c. Das BVerfG nimmt von Schutzbereichseinschränkungen mittlerweile Abstand, BVerfGE 119, 1 (23 Rn. 69); 142, 74 (104 Rn. 90).

⁶³ So etwa auch *Kobor*, JuS 2006, 593 (595).

⁶⁴ So der Ansatz von *Dierksmeier*, JZ 2000, 883 (887 ff.), beispielhaft Bezug nehmend auf sexuellen Missbrauch von Kindern. Im Ergebnis ähnlich *Vlachopoulos*, Kunstfreiheit und Jugendschutz, 1996, S. 111 f.

⁶⁵ *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 43.

⁶⁶ BVerfGE 30, 173 (189); *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 52; fußend auf *Müller*, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969, S. 97 ff.

⁶⁷ Vgl. BVerwGE 84, 71 (74) zum Silhouettenschneiden auf öffentlicher Straße; *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 52; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 120.

⁶⁸ *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 53.

⁶⁹ *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 53.

⁷⁰ BVerfGE 30, 173 (189); 119, 1 (21 f.); *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 188; *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 55; *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 428.

⁷¹ *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 188: „Die Kunst braucht Rezeption. Die Kunst benötigt Kontakt nach außen. Die Kunstfreiheit darf nicht auf den bloßen Kreativvorgang reduziert werden.“

Kunst-rezipierenden können für künstlerische Betätigungen wichtig, teilweise sogar konstitutiv sein.⁷² Die Vermittlung von Kunst ist für den grundrechtlichen Schutz deshalb von elementarer Bedeutung.⁷³

III. Pranks als Gradmesser für die Kunstbegriffe

Untersucht wird nun, ob insbesondere die Kunstbegriffe geeignet sind, auch moderne Phänomene vermeintlicher Kunst angemessen zu erfassen. Exemplarisch wird hierfür der Kunstcharakter sogenannter Pranks⁷⁴ analysiert.⁷⁵

Hinweis: In einer Prüfungssituation bedürfte es keiner detaillierten Erläuterung aller Kunstbegriffe, insbesondere die jeweilige Kritik an ihnen spielt insofern keine entscheidende Rolle, als dass die einzelnen Kunstbegriffe ohnehin nur Indizien darstellen.

1. Fallbeispiel

Lucia (L) veröffentlicht auf verschiedenen Internet-Plattformen⁷⁶ in unregelmäßigen Abständen per Handy aufgenommene Kurzvideos, insbesondere Pranks, also in der Öffentlichkeit verdeckt gefilmte Streiche. Der besondere Unterhaltungswert dieser Videos ergibt sich aus den Reaktionen der mit den Streichen konfrontierten Personen. Für diese sind die Pranks nicht als inszeniert erkennbar, sodass die unfreiwilligen Protagonist*innen verwirrt und überrumpelt wirken. Die aufgenommenen Reaktionen schneidet L im Nachgang zusammen und bereitet sie, teilweise mit visuellen und auditiven Spezialeffekten, filmisch nach. Ihre primäre Motivation ist es, anderen Menschen mit den veröffentlichten Videos eine Freude zu bereiten und sich kreativ auszuleben. Von folgenden Pranks ist beispielhaft auszugehen:

L fragt eine zufällig ausgewählte Person nach einem Handy, da sie keinen Akku mehr habe. Wird ihr ein Handy ausgehändigt, geht sie ein paar Schritte zur Seite und simuliert einen lautstarken Streit,

⁷² Vgl. *Erbel*, Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie, 1966, S. 87; *Häberle*, AöR 110 (1985), 577 (617); *ders./Kotzur*, ZRP 2022, 24 (27). Gedacht sei an Applaus während eines Konzerts, Gelächter während eines Theaterstücks sowie an intendiert-partizipatorische Elemente in verschiedenen Kunstkontexten; instruktiv zur Partizipation in der bildenden Kunst *Feldhoff*, Zwischen Spiel und Politik, 2009.

⁷³ BVerfGE 77, 240 (251); 81, 278 (289); v. *Arnauld*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 167 Rn. 28, 35; *Germelmann*, in: *Dreier*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 15, 52, 96; *Häberle*, AöR 110 (1985), 577 (617); *ders./Kotzur*, ZRP 2022, 24 (24, 27); *Henschel*, NJW 1990, 1937 (1943); *Hufen*, in: *Merten/Papier*, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 101 Rn. 47; *Luhmann*, Die Kunst der Gesellschaft, 1997, S. 245 f.; *Marsch*, JZ 2021, 1129 (1129 f.); *Ujica/Loef*, ZUM 2010, 670 (673). Jedoch besteht kein qualitatives Rangverhältnis zwischen Werkbereich und Wirkbereich, *Germelmann*, in: *Dreier*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 52.

⁷⁴ *Helmstetter*, Unerlaubte Kunst, 2022, S. 152 ff. zu Pranks und einer Prankkultur als Grenzbereich von Kunst und Nicht-Kunst; vgl. auch *Hobbs/Grafe*, First Monday 2015, 20 (7). Prankvideos erreichen auf der Videoplattform YouTube teilweise fast 200 Millionen Aufrufe, vgl. *HoomanTV*, SHAMPOO PRANK PART 7!, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=oVm7FkQl4BM> (26.12.2023).

⁷⁵ Neben der Kunstfreiheit können im Kontext von Pranks auch andere Grundrechte virulent werden, etwa die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG, soweit mit den veröffentlichten Pranks Geld erworben wird.

⁷⁶ Mittels des Internets verbreitete Kunst kann in kurzer Zeit eine große Anzahl von Menschen erreichen, vgl. *Helmstetter*, Unerlaubte Kunst, 2022, S. 28, wonach das Internet tradierten Repräsentationsorten der Kunst die Bedeutung streitig mache.

der darin kulminiert, dass sie eine mitgebrachte, täuschend echt aussehende Handyattrappe wuchtig auf den Boden wirft, sodass es von außen so wirkt, als habe sie das echte Handy geworfen.⁷⁷

L stellt sich vor eine zufällig ausgewählte Person und schaut ihr schweigend in die Augen. Sie versucht, den Augenkontakt so lange wie möglich aufrecht zu erhalten. In der Folge improvisiert sie.⁷⁸

2. Subsumtion unter Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG

a) Formaler Kunstbegriff

Es ist zu fragen, ob die Prankvideos in der Gesamtschau (Planung, Anfertigung, Nachbereitung, Veröffentlichung) den Gattungsanforderungen eines bestimmten Werktypen der Kunst unterfallen. Einerseits wird dies hinsichtlich bereits bestehender, historisch gewachsener Kunstgattungen untersucht; andererseits ist zu fragen, ob womöglich auch eine neuartige Kunstgattung vorliegt. Für die Beurteilung von Kunst gelten nicht die gleichen Maßstäbe wie bei Inkrafttreten des Grundgesetzes. Vielmehr ist Kunst auf Entwicklung ausgerichtet.⁷⁹ Kunstgattungen und Kunst insgesamt dürfen sich in ihren Maßstäben verändern, sodass neuartige Formen künstlerischer Betätigung, etwa Happenings, ebenfalls unter den formalen Kunstbegriff fallen.⁸⁰ Jedoch stellt dieser Kunstbegriff bewusst nicht auf eine inhaltliche Beschreibung eines Verhaltens ab, sondern nimmt ausschließlich eine formal-typologische Betrachtung vor, weshalb neuartige Kunstformen nicht beliebig angenommen werden können.⁸¹ Damit der formale Kunstbegriff seine juristisch ordnende Kraft nicht verliert, werden neue Kunstformen wie Happenings oder Flashmobs nur verzögert, bei entsprechender Akzeptanz und Bewährung, erfasst.⁸²

aa) Prank

Als Gattung der Kunst im Sinne des formalen Kunstbegriffs könnte zunächst der Prank an sich, also das (heimliche) Streichespielen (in der Öffentlichkeit) verstanden werden. Zwar ist nicht zu negieren, dass Streiche innerhalb von Werken der Kunst bereits seit vielen Jahrhunderten verarbeitet werden, etwa in den Erzählungen über *Max und Moritz* von *Wilhelm Busch* aus dem Jahr 1865. Jedoch waren die dort verarbeiteten Streiche der Protagonisten nur Mittel zum Zweck des Gesamtkunstwerks, eines Buches. Auch das Format einer versteckten Kamera genügt nicht, um bereits von einer tradierten Kunstgattung sprechen zu können. Haben sich über die letzten Jahrzehnte verschiedene Fernseh- und Videoformate etabliert, bei denen Streichvideos mit versteckter Kamera eine wichtige Rolle spielen (etwa *Verstehen Sie Spaß?*, *Comedystreet*), so waren dies doch stetig reine Unterhaltungsfor-

⁷⁷ Angelehnt an ein Video von *IrtschTV*, Smartphones zerstören, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=AFUuuEVTLSE&t=424s> (26.12.2023).

⁷⁸ Angelehnt an ein Video von *IrtschTV*, Leute ANSTARREN, abrufbar unter https://www.youtube.com/watch?v=-Tmtr_FRsaU&t=36s (26.12.2023).

⁷⁹ *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 43.

⁸⁰ Vgl. *Lenski*, Jura 2016, 35 (37); *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, § 9 Rn. 236. Zur Offenheit des Kunstbegriffs auch *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 422, 425 f. Viele Kunstströmungen haben ihre Berechtigung und Bezeichnung als Kunst erst retrospektiv erhalten, vgl. *Hoffmann*, NJW 1985, 237 (246).

⁸¹ *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 45.

⁸² *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 45; explizit zu Flashmobs *Ernst*, DÖV 2011, 537 (539 f.), der sie nicht per se der Kunstfreiheit unterstellt, anders wiederum *Neumann*, NVwZ 2011, 1171 (1173 f.).

mate, die weder künstlerischen Anspruch hegten noch als Kunst verstanden wurden.⁸³ Obgleich die Unterhaltung eine tradierte Funktion der Kunst ist,⁸⁴ kann sich nicht ausschließlich hieraus ein künstlerischer Charakter ergeben. Pranks statuieren insofern keine etablierte oder sich neu entwickelte eigenständige Kunstgattung.⁸⁵

Hinweis: Auch ohne Hintergrundwissen lassen sich Argumente durch Vergleiche generieren – Bezugnahmen auf alltägliche (Kunst-)Erfahrungen können die Subsumtion erleichtern.

bb) Film

Es könnte auf die tradierte Kunstgattung des Films rekurriert werden. Doch ist zu konstatieren, dass das bloße Medium *Film* viele verschiedene Inhalte haben kann, die nicht alle künstlerischen Charakter aufweisen (private Filmaufnahme aus dem Urlaub, rein informativer Dokumentarfilm etc.). Es lässt sich eine Parallele zu der Gattung *Buch* ziehen, die allein die Verbreitungsart umschreibt und sowohl Kunst (Romane) als auch Nicht-Kunst (Kochbücher) erfasst. Eine unspezifische Kunstgattung des Films ist daher abzulehnen. Gedacht werden kann aber an einen Spielfilm, der künstlerischen Charakter aufweist.⁸⁶ Kennzeichnend hierfür wären ein Drehbuch, eine Handlung und Schauspieler*innen, zumeist auch eine gewisse Länge, obgleich es auch künstlerische Kurzfilme gibt. Die Videos von L weisen indes keine feststehende Handlung auf und folgen keinem Drehbuch, lediglich losen Ideen; es gibt mit Ausnahme der verdeckten Kamera zudem keine echte Regie und auch keine Maske. Ihre Videos sind daher nicht in einem traditionellen Sinne als Kunst darstellende Filme im Sinne des formalen Kunstbegriffs zu verstehen.

Hinweis: Das ließe sich, insbesondere mit Blick auf das – als Kunstform etablierte – Improvisationstheater, das ebenfalls keiner feststehenden Handlung folgt, auch anders entscheiden; auch in Serien und Filmen spielen improvisatorische Elemente teilweise eine Rolle.

cc) Video

Seit den 1960er-Jahren etabliert hat sich als Kunstgattung auch die audiovisuelle Videokunst, bei der das Medium *Video* ästhetisiert, dekonstruiert oder auf sonstige Art und Weise Gegenstand der Kunst wird.⁸⁷ Abgrenzungen zu anderen Kunstgattungen, etwa der Performance, sind häufig schwer zu zie-

⁸³ Selbstverständnis und Fremdwahrnehmung dienen hier als Indizien für die Frage, ob sich eine entsprechende Kunstgattung bereits etabliert hat.

⁸⁴ Vgl. v. *Arnauld*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 167 Rn. 5; *Beisel*, Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen, 1997, S. 57, 96 f., 104 f.; *Germelmann*, in: *Dreier*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 4. Nach *Aristoteles* ist Kunst schon deshalb nützlich, weil sie Freude bereitet und zu Glück beiträgt, *Hauskeller*, Was ist Kunst?, 11. Aufl. 2020, S. 20.

⁸⁵ Auch in der juristischen Fachliteratur findet sich, soweit ersichtlich, kein Beleg für einen Prank oder Streich als Anknüpfungspunkt für eine Gattung der Kunst.

⁸⁶ Vgl. zur Filmkunst *Germelmann*, in: *Dreier*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 96; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 60. Hier kommt indes eine gewisse Konturenlosigkeit des formalen Kunstbegriffs zum Ausdruck; unklar ist, ab wann ein Film Filmkunst darstellt, insbesondere könnte das Absprechen der Künsteigenschaft gewisser Filme zu einer – verbotenen – staatlichen Stil- und Niveauekontrolle führen, vgl. Fn. 6. Auch eine im Fernsehen ausgestrahlte Krimiserie kann Kunst i.S.d. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG sein, BAG NJW 2018, 810 (812).

⁸⁷ Vgl. etwa *Mugaas*, Guggenheim v. 15.7.2010, abrufbar unter <https://www.guggenheim.org/articles/the->

hen. Bei den Prankvideos ist eine solche Anknüpfung indes nicht zu sehen; das Medium ist in künstlerischer Hinsicht für das Werkergebnis (Prankvideos) irrelevant, entscheidend ist allein der Inhalt der Videos (Pranks). Eine Zuordnung zur Videokunst scheidet damit aus.

Jedoch könnte das Format des für Internet- oder Social-Media-Zwecke aufgenommenen Kurzvideos möglicherweise eine eigene Gattung der Kunst darstellen. Insbesondere die leichte Form der Verbreitbarkeit und die Vielzahl an Rezipierenden könnten hierfür sprechen, ferner das häufig für die Wiedergabe auf Smartphones ausgerichtete Hochformat der Aufnahme. Jedoch weisen Kurzvideos als solche – auch im Internet – eine große inhaltliche Spannweite auf. Sie können sich folglich in ausschließlich unterhaltenden oder informativen Zwecken erschöpfen. Zwar sind Pranks und deren Zurschaustellung anhand von Kurzvideos im Internet weit verbreitete, globale Phänomene, doch ist nicht ersichtlich, inwieweit daraus folgt, dass diese Kurzvideos nicht bloß ein Medium, sondern eine eigenständige Gattung der Kunst abbilden. Internationalität, Aktualität und Viralität im Sinne der Verbreitbarkeit solcher Kurzvideos verleihen ihnen nicht den Charakter als Kunst.⁸⁸ Es ergibt sich auch nicht daraus etwas anderes, dass womöglich lediglich besondere Kreise (meist junge, digitalisiert sozialisierte Menschen) diese Kurzvideos als Kunst verstehen. Dass sich, insbesondere über neuartige Entwicklungen im Social-Media-Bereich, eine (internationale) Kurzvideokultur als eigenständige Kunstgattung entwickelt und etabliert hat, ist nicht ersichtlich.

dd) Schauspielerei

Angeknüpft werden könnte ferner an den schauspielerischen Charakter der von L durchgeführten Streiche und somit an die tradierte Kunstgattung der Schauspielerei.⁸⁹ Auch hier stellen sich zunächst terminologische Schwierigkeiten. Insbesondere ist fraglich, ob Schauspielerei als solche eine Gattung der Kunst ist oder erst die konkrete künstlerische Art des Schauspiels (etwa im Rahmen eines Theaterstücks, anders als im Kontext einer Fernsehwerbung). Auch könnte in der Schauspielerei lediglich ein bestimmte technische Fertigkeiten erforderndes Handwerk gesehen werden. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass ein gewisses Maß an technischem, handwerklichem oder motorischem Vermögen für jede Kunstform erforderlich ist, gedacht sei etwa an Gesang und Tanz. Ls gesamte Interaktion mit den zufällig ausgewählten Passant*innen weist schauspielerischen Charakter auf. Insbesondere das für Schauspielerei erforderliche Geschick, eine Rolle zu verkörpern, kommt in ihren Pranks deutlich zum Vorschein, etwa wenn sie einen Streit und damit korrespondierende Emotionen simuliert, die sie eigentlich gar nicht aufweist. Schauspielerei folgt im Theater oder Film zumeist einer bestimmten Regieanweisung oder einem bestimmten Drehbuch, dient der Handlung und soll bestimmte Emotionen evozieren; auch Ls Schauspielerei folgt – wenn auch teilweise improvisatorischen – im Vorfeld festgelegten Leitlinien und soll Reaktionen der geprankten Personen hervorrufen, die für Rezipierende der fertigen Videos humoristisch-unterhaltend sind. Die Schauspielerei ist für L wesentlich, um ihre Videos bestmöglich gestalten zu können. Ls Tätigkeit unterfällt der Kunstgattung der Schauspielerei und damit dem formalen Kunstbegriff.⁹⁰

[take/the-year-video-art-was-born](#) (6.1.2024); *Spannhake*, Deutschlandfunk v. 21.9.2012, abrufbar unter <https://www.deutschlandfunk.de/entstehung-der-videokunst-100.html> (6.1.2024); instruktiv *Spielmann*, Video, 2005.

⁸⁸ Zeitgeist allein formt keine Künste. Denkbar ist lediglich, dass *mittels* solcher Kurzvideos Kunst verbreitet wird.

⁸⁹ Vgl. zur Schauspielkunst im Theater *Fischer-Lichte*, in: Görres-Gesellschaft, Staatslexikon, 8. Aufl. 2021.

⁹⁰ Vgl. zum Legen von Tarotkarten im öffentlichen Raum mit anderem Ergebnis VGH Mannheim NJW 2019, 2876 (2878).

ee) Straßenkunst

Als weiteren Anknüpfungspunkt könnte auf Straßenkunst als orts- und situationszentrierte abstrakte Kunstgattung rekurriert werden.⁹¹ Fußgängerzonen begründen als öffentliche Straßen einen Ort öffentlicher Kommunikation.⁹² Künstlerische Betätigungen wiederum stellen besondere Arten von Kommunikation dar.⁹³ Kunst im öffentlichen Straßenraum ist somit kein Fremdkörper.⁹⁴ Jedoch ist fraglich, ob Straßenkunst sich als Gattung der Kunst allein über das Kriterium der Straße, mithin der Öffentlichkeit definieren lassen kann. Straßenkunst als solche kann verschiedene Formen künstlerischer Ausgestaltung erfassen; unter künstlerischen Straßenperformances ließen sich etwa Straßenmusik⁹⁵, Silhouettenschneiden⁹⁶ oder auch das Straßentheater⁹⁷ subsumieren. Um jedoch eine Konturenlosigkeit des sachlichen Schutzbereichs zu verhindern, kann der bloße Kontext einer Öffentlichkeit nicht jede Art von Aktion und Handeln allein qua Straßenbezugs zu Kunst werden lassen, vielmehr müsste auch rekontextualisiert ein künstlerischer Charakter bestehen. Beispielhaft wäre Straßenmusik auch außerhalb der öffentlichen Straße als Musik Kunst. Deklarierte man die Pranks allein qua ihres Straßenbezugs als Straßenkunst, könnte alles, was auf öffentlichen Straßen passiert und nicht ausschließlich der Fortbewegung dient, Kunst sein. Einer distinkten Bestimmung von Kunst wäre dies unzutraglich. Folglich ist eine Kunstgattung der Straßenkunst generell abzulehnen.⁹⁸

ff) Aktionskunst

In Betracht kommt letztlich eine Anknüpfung an die mittlerweile etablierte Gattung der Aktionskunst.⁹⁹ Hierfür wäre erforderlich, dass L mit den Pranks selbst etwas Bestimmtes ausdrücken will. Das ist indes nicht der Fall; erst die spätere Veröffentlichung der Videos vollendet ihr Werk. Eine für die Aktionskunst typische Teilnahme vieler außenstehender Menschen ist für L sogar hinderlich; sie beschränkt sich jeweils auf konkrete Einzelpersonen. Mit ihren Pranks möchte sie kein kollektives Erlebnis schaffen, sondern stetig aufs Neue mit ausgewählten Menschen interagieren. Ihr Verhalten stellt sich nicht als Aktionskunst dar.¹⁰⁰

⁹¹ BVerwGE 84, 71 (74): „Zu den geschützten Kunstformen gehört auch die Straßenkunst, also das künstlerische Schaffen, das in einem untrennbaren Wechselspiel zwischen Werk- und Wirkungsbereich auf das Medium der öffentlichen Straße und das dort sich aufhaltende Publikum spezifisch angewiesen ist.“ Jedoch wird in der Entscheidung letztlich vor allem der materiale Kunstbegriff subsumiert, sodass Straßenkunst vom BVerwG höchstwahrscheinlich nicht als eigenständige Gattung der Kunst verstanden wurde, vgl. BVerwGE 84, 71 (73 f.).

⁹² Kritisch einordnend Axer, in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, Kap. 6 Rn. 90 ff.; vgl. ferner Herber, in: Kodal, Handbuch Straßenrecht, 8. Aufl. 2021, 24. Kap. Rn. 11 ff.

⁹³ Vgl. BVerfGE 77, 240 (251); 81, 278 (289); v. Arnould, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 167 Rn. 28, 35; Germelmann, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 (Kunst) Rn. 15, 52, 96; Henschel, NJW 1990, 1937 (1943); Hufen, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 101 Rn. 47; Marsch, JZ 2021, 1129 (1129 f.); Ujica/Loef, ZUM 2010, 670 (673).

⁹⁴ Zum Verhältnis von Straßenrecht und Kunstfreiheit ausführlich Würkner, NJW 1987, 1793.

⁹⁵ BVerwG NJW 1987, 1836 (1836 f.).

⁹⁶ BVerwGE 84, 71 (74).

⁹⁷ BVerfGE 67, 213 (227).

⁹⁸ Ähnlich VGH Mannheim NJW 2019, 2876 (2878).

⁹⁹ Vgl. Hufen, JuS 2022, 897 (899 f.). Evident liegt hier auch keine Verbindung von Aktivismus und Kunst vor, die als Kunstgattung „Artivismus“ bezeichnet werden könnte, vgl. Weibel, ZKM Magazin v. 5.12.2013, abrufbar unter <https://zkm.de/de/magazin/2013/12/peter-weibel-global-activism> (6.1.2024).

¹⁰⁰ Vgl. zum Legen von Tarotkarten im öffentlichen Raum mit gleichem Ergebnis VGH Mannheim NJW 2019, 2876 (2878).

b) Materialer Kunstbegriff

Fraglich ist, inwieweit sich die im Zusammenhang mit den Prankvideos stehenden Tätigkeiten von L unter die einzelnen Elementen des materialen Kunstbegriffs subsumieren lassen. Das Anfertigen und Zusammenschneiden der Videosequenzen sind eigenständige freie, schöpferische Gestaltungsakte. Die fertiggestellten und veröffentlichten Videos wiederum stellen im Wege eines produktiven Schöpfungsaktes geschaffene, abgeschlossene Werke dar. Ferner sind sie als für Internet-Plattformen konzipierte Kurzvideos Ausdruck einer bestimmten Formensprache, die über die gewöhnliche und alltägliche Form der Kommunikation hinausgeht.¹⁰¹ Fraglich ist indes, inwieweit in der Tätigkeit Ls ihre Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse zum Ausdruck kommen. Anders als bei vielen anderen Arten der Kunst schafft L Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse durch den Vorgang des Kunstschaffens selbst, nämlich durch die Durchführung der Pranks. Indem sie diese im weiteren Fortgang komprimiert, zusammenschneidet und filmisch nachbereitet, verarbeitet sie diese Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse. Das Schneiden und Anordnen der Kurzvideos ist zudem (zeitlich) aufwendig und erfordert – wie für Kunst typisch – technisch-handwerkliche Fertigkeiten.¹⁰² Die filmische Nachbereitung trägt, etwa durch Schnittwechsel, die Einfügung von Effekten wie retardierendem Tempo oder eine angepasste Farb- und Musikauswahl, zur Erzeugung von Spannung und Komik und somit zum künstlerischen Charakter der Tätigkeit bei. Ferner entspricht die Motivation Ls, anderen Menschen mit ihren Videos eine Freude zu bereiten und sich im Rahmen der gesamten Betätigung (von der Idee über die inhaltliche Konzeption bis hin zur Umsetzung) kreativ auszuleben, der Grundannahme des materialen Kunstbegriffs. Auch die Vielfalt der inhaltlichen Ausgestaltung der Pranks, die zum Teil Requisiten (Handyattrappe) erfordern, belegen die schöpferische Kreativität Ls. Das performative und teilweise spontan-improvisatorische Element insbesondere des zweiten Pranks illustriert ferner die Fantasie und Intuition Ls, aus den selbst geschaffenen Situationen und Interaktionen einen entsprechend unterhaltsamen und künstlerischen Moment generieren zu können. Einwenden ließe sich, dass ein wesentlicher Teil des Werks gar nicht ihrer eigenen schöpferischen Gestaltung entspringt, sondern erst die jeweiligen Reaktionen der (unfreiwilligen) Protagonist*innen entscheidend seien. Dem ist jedoch entgegenzusetzen, dass es gerade Ls eigener Kreativität entspringt, die entsprechenden Reaktionen überhaupt erst zu erzeugen. Letztlich kommt in den Videos auch die eigene Persönlichkeit Ls zum Ausdruck, und zwar insofern, als dass jene ihr humoristisch-kreatives Wesen abbilden. Die Pranks sind damit Kunst im Sinne des materialen Kunstbegriffs.

c) Offener Kunstbegriff

Hinsichtlich des offenen Kunstbegriffs ist zu konstatieren, dass das Durchführen, Aufnehmen und Veröffentlichen der Pranks von einem eindeutigen Aussagegehalt geprägt ist. Die von L veröffentlichten Videos bieten wenig Raum für Interpretationen, sollen vielmehr schlicht unterhalten. Eine Interpretierbarkeit könnte allenfalls daraus folgen, dass L durch die Auswahl der Aufnahmen und einen gezielten Zusammenschnitt der Reaktionen auf der Straße in der Nachbereitung der Videos eine bestimmte Wirkung erzielt, die auf verschiedenen Ebenen liegende Bedeutungen zulassen könnte. So ist es denkbar, dass durch die Videos, etwa anhand der divergierenden Reaktionen der Menschen, der Interpretation zugängliche Aussagen über soziokulturelle Gegebenheiten oder gesellschaftliche

¹⁰¹ Vgl. zur besonderen Form künstlerischer Kommunikation *Adorno*, *Ästhetische Theorie*, 22. Aufl. 2022, S. 171, 186 ff., 274; *Heidegger*, in: von Herrmann, *Der Ursprung des Kunstwerkes*, 2012, S. 34; *Luhmann*, *Die Kunst der Gesellschaft*, 1997, S. 36, 38, 39 f., 47; *Riedel*, *Vermutung des Künstlerischen*, 2011, S. 56.

¹⁰² Daneben besteht auch ein gewisser Ressourcenaufwand: Erforderlich sind jedenfalls ein elektronisches Schnitt-/Videoverarbeitungsprogramm sowie ein Smartphone, Laptop oder Computer.

Phänomene getroffen werden, beispielsweise über Freundlichkeit, Hilfe, Ablehnung oder Verdruss im Kontext ihrer Pranks (insbesondere der erste Prank streift auch das Thema der Zivilcourage), übergeordnet auch über Spießbürgerlichkeit im Allgemeinen. Dies war von L zwar nicht ersichtlich intendiert, doch kann ein Kunstwerk mehr Aussagegehalte aufweisen als von der kunstschaaffenden Person ursprünglich angestrebt. Im vorliegenden Sachverhalt ist jedoch nicht ersichtlich, inwieweit die konkreten Videos tatsächlich solche mannigfaltigen, fortgesetzten Interpretationsmöglichkeiten zulassen.

d) Relationaler Kunstbegriff

Hinsichtlich des relationalen Kunstbegriffs ist festzuhalten, dass L hier zwar an ein bestehendes Internetphänomen anknüpft; jedoch liegt keine Bezogenheit von Kunst (als Kunst) auf Kunst vor. Allenfalls ließ sich L von der grundsätzlichen Idee solcher Videos inspirieren. Dass sie in einen echten künstlerischen Austausch gehen möchte, ist nicht ersichtlich. Ebenwenig wie ein konkreter Bezug auf Kunst(-werke) liegt auch kein Imitieren oder Dekonstruieren anderer Kunst(-werke), etwa der Videokunst, vor.

Hinweis: Mit Hinweis darauf, dass sich die Pranks in eine jahrhundertealte Tradition von Streichen als Sujet künstlerischer Werke einfügen, ließe sich dies auch anders vertreten.

e) Sachverständige und Selbstverständnis

Hinsichtlich eines Sachverständigenurteils stellt sich im vorliegenden Fall bereits die Frage, wer im Kontext von Prankvideos überhaupt sachkundig ist.¹⁰³ Ferner verhält sich der Sachverhalt nicht eindeutig dazu, ob und inwieweit in kunstinternen und fachkundigen Kreisen Ls Verhalten als Kunst bezeichnet wird.

Bezüglich des Selbstverständnisses ist zu konstatieren, dass L mit ihren Videos andere Menschen unterhalten und ihre Kreativität ausleben möchte. Ob sie sich ausdrücklich als Künstlerin versteht, ist unklar, erschiene aber nicht zu weitgehend, schließlich erfordern die Prankvideos in ihrer Gesamtschau Fähigkeiten und Fertigkeiten, die mit denen sonstiger Künste vergleichbar sind, insbesondere ein ausgeprägtes Maß an Kreativität, schauspielerisches Talent sowie technisches Wissen im Umgang mit dem Filmen, Schneiden und Nachbereiten von Videos.

3. Zwischenergebnis: Pranks als Kunst

Eine wertende Gesamtbetrachtung der Erwägungen zum formalen Kunstbegriff, insbesondere zur Schauspielerei, zum materialen Kunstbegriff sowie zum eigenen künstlerischen Selbstverständnis der L ergibt, dass ihre Pranks¹⁰⁴ und Prankvideos Kunst i.S.d. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG darstellen.¹⁰⁵ Dass ihr Verhalten nicht unter alle Kunstbegriffe subsumiert werden kann, ist unschädlich. Dem Werkbereich zuzuordnen sind bei L einerseits das Agieren auf öffentliche Straße, auf der die Video-

¹⁰³ Auch über den konkreten Sachverhalt hinaus ist dies eine häufig vorgebrachte Kritik; das Problem der Bestimmung von Kunst werde von Gerichten auf Sachverständige ausgelagert, vgl. etwa *Waltke*, Kunst und öffentlicher Frieden, 2021, S. 38. Dem kann entgegengehalten werden, dass der künstlerische Sachverstand bei Letzteren durchaus höher eingestuft werden kann als bei Ersteren.

¹⁰⁴ Auch eine Handlung kann ein Kunstwerk darstellen, vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 118.

¹⁰⁵ Selbstredend ließe sich auch ein gegenteiliger Standpunkt gut vertreten.

inhalte originär entstehen, andererseits die kreative Nachbereitung der Videos. Dem Wirkungsbereich unterfallen einerseits die unmittelbaren Reaktionen auf der Straße, andererseits insbesondere die veröffentlichten Videos, folglich die Online-Rezeption der Pranks, vermittelt über Internet-Plattformen. Ls Handlungen im Zusammenhang mit der Aufnahme und Veröffentlichung der Prankvideos sind damit gänzlich vom sachlichen Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG erfasst.

IV. Fazit

Videos von Streichen im öffentlichen Raum bildeten den Anlass, die Dogmatik der zu Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG entwickelten Kunstbegriffe anhand eines modernen Phänomens zu untersuchen. Obgleich eine Analyse ergab, dass insbesondere der formale Kunstbegriff teilweise unklare Konturen aufweist, sind die Kunstbegriffe ein wichtiges Werkzeug zur rechtlichen Plausibilisierung einer originär außerrechtlichen Fragestellung, nämlich derjenigen, was Kunst ist. Eine detaillierte Subsumtion ist unumgänglich, da insbesondere Grenzfälle auf Ebene des sachlichen Schutzbereichs nur so geklärt werden können. Erforderlich für eine Subsumtion unter das Grundrecht der Kunstfreiheit ist eine wertende Gesamtwürdigung des Einzelfalles. Pranks, das hat sich gezeigt, können Kunst gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG darstellen.¹⁰⁶ Dieses Ergebnis ist zu begrüßen, schließlich fungiert die Kunstfreiheit nicht bloß als „Hüterin einer [...] erbaulich-idyllischen Sonntagskunst“, sondern umfasst „gerade auch die formsprengend-experimentierende [...] Kunst“.¹⁰⁷

¹⁰⁶ In einer hypothetischen Prüfungsarbeit könnte die Kunstfreiheit vor allem mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG kollidieren. Bei der Untersuchung einer Verletzung der Kunstfreiheit erfolgt eine Prüfung bei Anlegung *werkgerechter Maßstäbe*, BVerfGE 75, 369 (375). Das bedeutet, dass zunächst die das jeweilige Verhalten prägenden, strukturtypischen Eigenheiten der entsprechenden Kunstform zu erfassen sind, um daraus Aussagegehalte des Kunstwerks ermitteln zu können, *Henschel*, NJW 1990, 1937 (1942); BVerfGE 75, 369 (378 f.); BVerfG NJW 2018, 1744 (1745). Dadurch kann sich beispielsweise ergeben, dass Beeinträchtigungen anderer Verfassungsgüter von vornherein als für die Kunstgattung strukturtypisch hinzunehmen sind, sodass eine Abwägung der widerstreitenden Interessen erst dann erforderlich wird, wenn die werkgerechte Beurteilung ergibt, dass verfassungsrechtlich geschützte Rechte Dritter oder andere konkrete Güter von Verfassungsrang beeinträchtigt sind, *Henschel*, NJW 1990, 1937 (1941 f.). Auf Seiten Ls stünde die Kunstfreiheit einerseits in ihrer abstrakten Ausprägung; andererseits ist L ob der avantgardistisch anmutenden Art ihrer Betätigung kunstintern eine Minderheit und als solche besonders schutzbedürftig. Hinsichtlich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist insbesondere maßgeblich, ob vor Veröffentlichung der Videos eine Einwilligung eingeholt wird. Menschen müssen im öffentlichen Straßenraum damit rechnen, dass sie angesprochen werden; Werbestände von Unternehmen oder Organisationen, Flyer verteilende Menschen und auch Straßenkunst gehören zum Wesen der öffentlichen Straße als Kommunikationsraum. Hervorzuheben ist ferner, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht vor allem vor verfälschenden oder entstellenden Darstellungen der eigenen Person schützt, die bei den Pranks nicht in Rede stehen. Eine bloßstellende Wirkung wird im Übrigen durch die Kontextualisierung im jeweiligen Video dadurch eingeschränkt, dass auch andere Menschen geprankt werden: Die jeweiligen Personen sind nur kurz zu sehen und zudem ist erkennbar, dass ein Streich gespielt wurde, sodass eine verwirrte oder überrumpelte Reaktion verständlich und nicht ehrenrührig erscheint.

¹⁰⁷ *Erbel*, Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie, 1966, S. 27; pointiert zu Grenzüberschreitungen in der Kunst auch *Ladeur*, ZUM 2016, 775 (776).

Das Inquisitionsverfahren als zeitgenössische Errungenschaft – Teil 2*

*Stud. iur. Louisa Voigt, Münster***

IV. Würdigung	37
1. Offizialprinzip, Untersuchungsgrundsatz und Prinzip der materiellen Wahrheit	37
2. Schutz des Beschuldigten durch Unterteilung in General- und Spezialinquisition	38
3. Keine Unmittelbarkeit	38
4. Fehlende Öffentlichkeit	39
5. Keine Rechtsmittel	39
6. Umfassende Information vs. Willkür und psychologische Überforderung	39
7. Beweisrecht	41
a) Beweismittel des germanischen Rechts	41
b) Beweismittel des Inquisitionsverfahrens	42
aa) Geständnisbeweis und die Folter als Geständniserzwingungsmittel	42
(1) Ursprünge und Zweck der Folter	43
(2) Indizienlehre als Festlegung der Voraussetzungen der Folter	43
(3) Durchführung der Folter	44
(4) Absicherung des erfolgterten Geständnisses	45
bb) Zeugenbeweis	45
c) Würdigung	46
aa) Abkehr von Reinigungseid, Gottesurteilen und Zweikampf	46
bb) Abhängigkeit von Geständnissen und Auswirkungen auf die Wahrheitsfindung	46
cc) Rechtssicherheit und Schutz vor richterlicher Willkür	48
dd) Würdigung des Zeugenbeweises	48
ee) Stellung des Beschuldigten als Prozessobjekt	49
ff) Keine freie richterliche Beweismittelwürdigung	49
V. Fazit	50

* Teil 1 ist in Ausgabe 6/2023 erschienen.

** *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.

IV. Würdigung

Zu untersuchen bleibt, inwiefern die Vereinigung der Prozessrollen des Anklägers, Ermittlers, Verteidigers und weitgehend auch des Urteilenden in einer richterlichen Hand als eine zeitgenössische Errungenschaft anzusehen ist und welche Schwächen dieses Charakteristikum des Inquisitionsverfahrens mit sich brachte.

1. **Offizialprinzip, Untersuchungsgrundsatz und Prinzip der materiellen Wahrheit**

In erster Linie stellt das Inquisitionsverfahren insofern eine Errungenschaft gegenüber dem bisher in Deutschland praktizierten Strafverfahren dar, als es die Verfahrensgrundsätze des Offizialprinzips, des Untersuchungsgrundsatzes bzw. der Instruktionsmaxime und des Prinzips der materiellen Wahrheit als wesentliche Neuerungen etablierte.¹

Wie bereits dargelegt war die Verbrechenverfolgung im Inquisitionsverfahren nach dem Offizialprinzip eine staatliche Aufgabe. Dadurch, dass die Strafverfolgung nun bei Vorliegen eines Verdachts einer Straftat von Amts wegen erfolgte und die amtliche Verbrechenverfolgung eingeführt wurde, war die Einleitung eines Strafverfahrens nicht mehr von der Erhebung einer privaten Klage durch den Verletzten oder dessen Angehörige abhängig. Daher ermöglichte die Einführung des Offizialprinzips aus zeitgenössischer Perspektive die Einleitung eines Strafverfahrens unabhängig von dem Willen und den Möglichkeiten des Opfers, eine Klage zu erheben, und gewährleistete somit die Gleichheit der Strafverfolgung.² Als elementares Verfahrensprinzip hat es sich bis heute gehalten (vgl. § 152 Abs. 1 StPO).³

Aus zeitgenössischer Perspektive waren auch die Erforschung der Wahrheit und die Ermittlung der Einzelheiten des Sachverhalts Errungenschaften für das Strafprozessrecht, da sie die Abkehr von der bloßen Schuld- oder Unschuldseststellung durch formale Beweismittel im germanischen Recht ermöglichten und so die Wahrheitsfindung ins Zentrum stellten.⁴ Instruktionsmaxime (bzw. der Untersuchungsgrundsatz) und das Prinzip der materiellen Wahrheit haben sich als inquisitorische Elemente ebenfalls im heutigen Strafverfahren erhalten. Nach dem in § 244 Abs. 2 StPO normierten Amtsermittlungsgrundsatz ist das Gericht in der Hauptverhandlung verpflichtet, den Sachverhalt von Amts wegen ohne Bindung an Anträge oder Erklärungen der Prozessbeteiligten zu erforschen.⁵ Entgegen dem engen Wortlaut des § 244 Abs. 2 StPO gilt der Amtsermittlungsgrundsatz über die Hauptverhandlung hinaus für sämtliche Verfahrensabschnitte.⁶ Ebenso besteht das Ziel des Strafprozesses in der Erforschung der materiellen Wahrheit.⁷ Schon im Inquisitionsverfahren war das Gericht nach dem Untersuchungsgrundsatz verpflichtet, von Amts wegen selbstständig den Tatvergang aufzuklären und nach der materiellen Wahrheit zu forschen.⁸ Damit gehören auch die Instruktionsmaxime und das Prinzip der materiellen Wahrheit zu zentralen Errungenschaften für ein modernes Strafverfahren.

¹ Ebenso *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 17.

² So auch *Ambos*, Jura 2008, 586 (591).

³ *Diemer*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 152 Rn. 2; *Peters*, in: MüKo-StPO, Bd. 2, 2016, § 152 Rn. 21.

⁴ Ebenso *Trusen*, ZRG KA 74 (1988), 168.

⁵ *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 1; *Krehl*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 244 Rn. 27; *Frister*, in: SK-StPO, Bd. 4, 6. Aufl. 2024, § 244 Rn. 10.

⁶ *Becker*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Großkommentar, Bd. 6, 27. Aufl. 2019, § 244 Rn. 39.

⁷ BVerfG NJW 1981, 1719 (1722); *Krehl*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 244 Rn. 28; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 15 Rn. 3.

⁸ Vgl. unter III. 2. in Teil 1 = *Voigt*, ZJS 2023, 1234 (1243).

2. Schutz des Beschuldigten durch Unterteilung in General- und Spezialinquisition

Zwar schützte die Unterteilung des Inquisitionsverfahrens in eine General- und Spezialinquisition den Beschuldigten vor voreiligen Ermittlungen gegen seine Person⁹, jedoch war diese Trennung sehr unscharf und wurde zudem im Laufe der Zeit gänzlich aufgehoben.¹⁰ Nachdem die General- und Spezialinquisition durch ein einheitliches Ermittlungsverfahren ersetzt worden war, hatte der Richter die alleinige Befugnis über den Beginn, die Durchführung, den Abschluss und das Ergebnis der Untersuchung, was zu einem „Übermaß an richterlicher Ermessensfreiheit“ führte.¹¹ Mithin stellte die Unterteilung in General- und Spezialinquisition keine bleibende Errungenschaft dar.

3. Keine Unmittelbarkeit

Das Institut der Aktenversendung, das später bei dem Zustandekommen des Urteils im Inquisitionsverfahren eine bedeutende Rolle spielte, stellte zunächst eine Errungenschaft dar, weil damit ein Kontrollmechanismus geschaffen wurde, der von keiner Initiative der Parteien abhing.¹² Zudem lag die Aktenversendung nach *Ignor* im Interesse des Richters, der Rechtsgelehrten und des Beschuldigten.¹³ Für die Gerichte bedeutete die Aktenversendung eine Entlastung, da sich die Richter in Zweifelsfällen bei der Entscheidung schwerwiegender Fragen der Hilfe Rechtskundiger bedienen konnten. Ferner konnten die Rechtsgelehrten, an die die Akten versendet wurden, ihre Lehren in die Praxis einbringen und so Einfluss auf die Fortbildung des Strafprozesses durch die Strafrechtswissenschaft nehmen. Schließlich durfte auch der Beschuldigte darauf hoffen, dass die juristischen Gelehrten eine für ihn günstigere Entscheidung treffen würden.

Problematisch an einem solchen Vorgehen ist demgegenüber das Fehlen der Unmittelbarkeit der richterlichen Kenntnisaufnahme von den Urteilsgrundlagen, da die juristischen Fakultäten der Universitäten lediglich aufgrund der in den Akten festgehaltenen Ermittlungsergebnisse entschieden, ob sich der Beschuldigte in dem konkreten Fall strafbar gemacht hatte oder ob die Voraussetzungen der Folterung vorlagen. Somit hatten die Rechtsgelehrten im Rahmen ihrer Entscheidungsfindung keinerlei persönlichen Kontakt zu den Beschuldigten oder den vernommenen Zeugen.¹⁴ Die Aktenversendung führte nach *Mittermaier* dazu, dass „der erkennende Richter auf den Grund der von einer anderen Richterperson aufgenommenen Protocolle sein Urtheil fällt“.¹⁵ Da die auswärtigen Spruchkörper, bei denen die Richter Rat einholten, lediglich auf Grundlage der ihnen geschickten Akten eine Entscheidung zu treffen hatten, konnten die Richter den Akteninhalt nach ihrem Belieben bestimmen und somit mittelbar auf die Entscheidung der Rechtsverständigen Einfluss nehmen.¹⁶

Von der für das Inquisitionsverfahren kennzeichnenden Mittelbarkeit der richterlichen Kenntnisaufnahme von den Urteilsgrundlagen hat sich das moderne Strafverfahren durch die Einführung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes abgekehrt. Nach dem Grundsatz der Unmittelbarkeit muss das Gericht

⁹ Vgl. unter III. 3. in Teil 1 = Voigt, ZJS 2023, 1234 (1244).

¹⁰ *Armbrüster*, Die Entwicklung der Verteidigung in Strafsachen, Ein rechtsgeschichtlicher Beitrag von den Anfängen einer Verteidigertätigkeit in Deutschland bis zum Ende der Weimarer Zeit, 1980, S. 95.

¹¹ *Küper*, Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967, S. 112.

¹² Ebenso *Dezza*, Geschichte des Strafprozessrechts in der Frühen Neuzeit, 2017, S. 55.

¹³ Zum Ganzen *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 108.

¹⁴ Ebenso *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 155; *Löhr*, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafprozeßrecht, 1972, S. 27.

¹⁵ *Mittermaier*, Deutsches Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und Landesgesetzbücher und in genauer Vergleichung mit dem englischen und französischen Strafverfahren, Bd. 1, 4. Aufl. 1845, S. 210.

¹⁶ Ähnlich *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 155; *Löhr*, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafprozeßrecht, 1972, S. 30.

die Beweiserhebung in der Hauptverhandlung unmittelbar selbst vornehmen (formelle Unmittelbarkeit) und stets das tatnächste Beweismittel verwenden (materielle Unmittelbarkeit).¹⁷

4. Fehlende Öffentlichkeit

Hinsichtlich des endlichen Rechtstages ist festzuhalten, dass es sich dabei zwar um eine öffentliche Gerichtssitzung handelte. Sie ist jedoch aufgrund ihrer Formstrenge eine bloße „Fiktion des Gerichtsverfahrens“¹⁸ gewesen und somit nicht mit der öffentlich-mündlichen Hauptverhandlung im heutigen Strafverfahren vergleichbar.¹⁹ Der endliche Rechtstag bildete auch keine Grundlage der Urteilsfindung.²⁰ Im Gegensatz dazu liefert die Hauptverhandlung im modernen Strafverfahren nach Maßgabe des § 261 StPO die alleinige Grundlage der Entscheidungsfindung, die damit auch der Kontrolle durch die (Medien-)Öffentlichkeit zugänglich ist. Folglich hat sich das heutige Strafverfahren insoweit eindeutig vom Inquisitionsprozess distanziert.

5. Keine Rechtsmittel

Des Weiteren konnte ein im Wege des Inquisitionsverfahrens gefällttes Urteil aufgrund des Appellationsverbots nicht überprüft werden. Dadurch war es dem Beschuldigten verwehrt, das gegen ihn ergangene Urteil durch eine höhere Instanz nachprüfen zu lassen. Demgegenüber kennt die Strafprozessordnung für das heutige Strafverfahren die Rechtsmittel der Beschwerde (§§ 304 ff. StPO) gegen richterliche Beschlüsse und Verfügungen sowie der Berufung (§§ 312 ff. StPO) und/oder der Revision (§§ 333 ff. StPO) gegen Urteile der Strafgerichte.

6. Umfassende Information vs. Willkür und psychologische Überforderung

Schließlich stellt sich die Frage, welche Stärken und Schwächen die herausragende Stellung des Richters als Ankläger, Ermittler, Verteidiger und größtenteils auch Urteilender mit sich brachte.

Ein Vorteil der uneingeschränkten Verfahrensherrschaft bestand darin, dass sich der Richter vollumfänglich informieren konnte.²¹ Die Durchführung eines Geheimverfahrens konnte ihren Beitrag zu einer effektiven Wahrheitserforschung leisten, da die Inquisition ohne jegliche Behinderung durch die Prozessbeteiligten, insbesondere durch den Verletzten oder Verdächtigen, ermitteln konnte. Auf der anderen Seite führte die Geheimheit des Verfahrens zu völliger Intransparenz, da sich praktisch das gesamte Verfahren hinter verschlossenen Türen abspielte²² und der Richter den Prozess ganz nach seinem Belieben gestalten konnte. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die vollumfassende Verfahrensherrschaft des Richters die Gefahr eines Machtmissbrauchs und der Willkür²³ mit sich brachte.

Vor diesem Hintergrund ist zunächst zu kritisieren, dass allein der Richter befugt war, ein Strafverfahren einzuleiten, und somit das Vorliegen der erforderlichen Verdachtslage auch nur einmal durch ihn kontrolliert wurde. Davon hat sich das heutige Strafverfahren durch die Einführung des

¹⁷ Beulke, JA 2008, 758.

¹⁸ Eb. Schmidt, ZRG GA 83 (1966), 239 (241).

¹⁹ So auch Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 61; Eb. Schmidt, ZRG GA 83 (1966), 239 (241).

²⁰ Vgl. Löhr, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafprozeßrecht, 1972, S. 27 f.

²¹ Ebenso Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 17 Rn. 3.

²² Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 79.

²³ Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 154.

durch § 151 StPO i.V.m § 152 Abs. 1 StPO begründeten Anklagegrundsatzes, wonach die Eröffnung einer gerichtlichen Untersuchung durch eine von der Staatsanwaltschaft erhobene öffentliche Anklage bedingt ist,²⁴ klar abgegrenzt. Der Anklagegrundsatz stellt sicher, dass ein Beschuldigter erst dann den Belastungen eines gerichtlichen Strafverfahrens ausgesetzt wird, wenn das Vorliegen eines gegen ihn bestehenden Tatverdachts durch zwei Instanzen kontrolliert wurde. Zunächst muss die Staatsanwaltschaft bei der Anklageentscheidung nach § 170 Abs. 1 StPO und anschließend das Gericht im Rahmen des Eröffnungsbeschlusses nach § 203 StPO prüfen, ob die erforderliche Verdachtslage gegeben ist.²⁵ Neben der Gewährleistung einer doppelten Kontrolle strebt der Anklagegrundsatz einen Ausgleich zwischen dem Bedürfnis nach einem ausreichenden Schutz des Beschuldigten vor willkürlicher Strafverfolgung einerseits und dem Interesse an einer effektiven Strafverfolgung andererseits an. Die Einführung des Anklagemonopols der Staatsanwaltschaft gehört daher zu den wichtigsten Errungenschaften des reformierten Strafprozesses.²⁶

Darüber hinaus hatte der Richter bei Einleitung des Inquisitionsverfahrens keinen konkreten Tatvorwurf festzulegen. Dadurch war das Gericht nicht an die Klärung eines bestimmten Vorwurfs gebunden und konnte das Verfahren über den Anklagegegenstand hinaus beliebig ausweiten, was ein enormes Willkürpotenzial mit sich brachte. Für das Ermittlungsverfahren hat sich diese Offenheit noch bis heute erhalten. Demgegenüber ist nach § 155 Abs. 1 StPO der Umfang der gerichtlichen Untersuchung in persönlicher und sachlicher Hinsicht begrenzt, sodass das Gericht stets an die Klärung des in der staatsanwaltschaftlichen Anklage bezeichneten Prozessgegenstandes gebunden ist.²⁷

Überdies unterlagen die Auswahl und Anwendung der Ermittlungsmaßnahmen ausschließlich dem Ermessen des Richters, sodass der Inquisit der „fast schrankenlosen Gewalt des untersuchenden Richters“²⁸ ausgeliefert wurde und somit das gesamte Verfahren von der Person des Richters abhing.²⁹

Außerdem stellt sich die Frage, welche Auswirkungen die gleichzeitige Übernahme der anklagenden, ermittelnden, verteidigenden und urteilenden Tätigkeit durch den Richter auf die Ermittlung der materiellen Wahrheit hatte. Die Vereinigung mehrerer Prozessrollen dürfte zu psychologischer Überforderung³⁰ und Befangenheit³¹ des Richters geführt haben, da er das Inquisitionsverfahren nicht nur selbst eingeleitet, sondern auch sämtliche Ermittlungsergebnisse gesammelt hatte. Infolgedessen wurde die gerechte und neutrale Einstellung des Richters zu dem Angeklagten in erheblicher Weise beeinträchtigt, sodass er auch nicht mehr unbefangen darüber urteilen konnte, ob der Beschuldigte tatsächlich überführt war,³² und keine neutrale Stellung³³ gegenüber dem Beschuldigten einnahm. Nach *Eb. Schmidt* war die psychologische Überforderung des Richters unvermeidlich, da „sich nur ein mit unmenschlichen Fähigkeiten ausgestatteter Richter bei seiner Entscheidungsfunktion

²⁴ *Diemer*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 151 Rn. 1; *Peters*, in: MüKo-StPO, Bd. 2, 2016, § 151 Rn. 1.

²⁵ *Heghmanns*, Strafverfahren, 2014, Rn. 185.

²⁶ So auch *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2022, § 34 Rn. 16.

²⁷ *Heghmanns*, Strafverfahren, 2014, Rn. 612; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 40 Rn. 12.

²⁸ *Zachariae*, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, dargestellt auf der Basis einer consequenten Entwicklung des inquisitorischen und des accusatorischen Prinzips, 1846, S. 91.

²⁹ So auch *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 155.

³⁰ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 17 Rn. 3; *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2. Aufl. 1964, Rn. 347; *Sellert*, in: FS Scupin, 1973, S. 161 (178).

³¹ *Küper*, Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967, S. 111; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 13 Rn. 2.

³² *Ranft*, Strafprozeßrecht, 3. Aufl. 2005, Rn. 276.

³³ *Küper*, Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967, S. 111.

von den suggestiven Einflüssen seiner eigenen angreifenden und ermittelnden Tätigkeit freihalten konnte“.³⁴ Auch nach *Zachariae* stieß der Richter bei der Übernahme jeglicher Prozessfunktion an die Grenzen seiner menschlichen Möglichkeiten.³⁵ Die psychologische Überforderung und Befangenheit des Richters führte somit dazu, dass die Wahrscheinlichkeit eines verurteilenden Urteilspruchs viel größer war als die eines Freispruchs.³⁶

Der moderne Strafprozess hat sich durch die Einführung verschiedener Verfahrensprinzipien vom „klassischen“ Inquisitionsverfahren abgekehrt, um die fehlende Neutralität, psychologische Überforderung und Befangenheit des Richters zu überwinden. In erster Linie garantieren die Prinzipien des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) und der Unabhängigkeit der Gerichte (Art. 97 Abs. 1 GG) Neutralität und Distanz des Richters gegenüber den Verfahrensbeteiligten.³⁷ Diese Neutralitätspflicht konnte der Richter im Inquisitionsverfahren durch die Übernahme der anklagenden, ermittelnden, verteidigenden und urteilenden Tätigkeit aus den bereits erwähnten Gründen nicht erfüllen.

Zusätzlich gilt im heutigen Strafverfahren das Prinzip der Unschuldsvermutung (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 2 EMRK), wonach der Beschuldigte bis zu seiner rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig angesehen wird.³⁸ Wie bereits erwähnt war der Richter im Inquisitionsverfahren durch die Wahrnehmung verschiedener Prozessrollen und die dadurch entstandene psychologische Überforderung dazu verleitet, den Beschuldigten eher für schuldig als unschuldig anzusehen.

7. Beweisrecht

Ein weiteres Charakteristikum des Inquisitionsverfahrens bestand in seinem starren Beweisrecht. Gleichwohl bildeten sie aus zeitgenössischer Sicht zunächst einmal einen erheblichen Fortschritt gegenüber dem tradierten germanischen Recht.

a) Beweismittel des germanischen Rechts

Eid, Gottesurteil und Zweikampf waren die formalen Beweismittel des germanischen Rechts,³⁹ die dazu dienten, die Schuld oder Unschuld des der Tat Verdächtigen festzustellen.⁴⁰

Der Reinigungseid eröffnete dem Angeklagten die Möglichkeit, sich von dem Tatvorwurf zu befreien, indem er mit einem Eid bekräftigte, dass die gegen ihn erhobene Klage und Anschuldigungen unzutreffend waren. Abhängig von der Bedeutung der Sache waren zusätzlich Eideshelfer heranzuziehen, die keine Tatzeugen waren, sondern lediglich die Glaubwürdigkeit des Eides des Angeklagten durch ihren eigenen Eid beschworen.⁴¹ Mithin bekräftigte der Reinigungseid nicht bestimmte Einzel-

³⁴ *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2. Aufl. 1964, Rn. 347.

³⁵ *Zachariae*, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, dargestellt auf der Basis einer consequenten Entwicklung des inquisitorischen und des accusatorischen Prinzips, 1846, S. 140.

³⁶ *Armbrüster*, Die Entwicklung der Verteidigung in Strafsachen, Ein rechtsgeschichtlicher Beitrag von den Anfängen einer Verteidigertätigkeit in Deutschland bis zum Ende der Weimarer Zeit, 1980, S. 164.

³⁷ BGH, Beschl. v. 9.5.2012 – 2 StR 620/11, Rn. 4 (juris).

³⁸ *Heghmanns*, Strafverfahren, 2014, Rn. 217; *Fischer*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, Einleitung Rn. 135 f.

³⁹ *Biener*, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte, Neudruck 1965 der Ausgabe 1827, S. 137; v. *Hippel*, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, Neudruck 1971 der Ausgabe 1925, S. 107; *Schild*, Alte Gerichtsbarkeit, Vom Gottesurteil bis zum Beginn der modernen Rechtsprechung, 2. Aufl. 1985, S. 154.

⁴⁰ *Sellert*, in: FS Scupin, 1973, S. 161 (165 f.).

⁴¹ *E. Peters*, Geschichte der Peinlichen Befragung, 2. Aufl. 2003, S. 70; *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011, Rn. 22; *Schmitt*, Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess, 1992, S. 86 ff.

heiten der Aussage, sondern lediglich die Glaubwürdigkeit und Unschuld des Angeklagten.⁴² Ausgeschlossen war dieses Beweismittel, wenn der Täter auf frischer Tat erwischt wurde.⁴³

Durch Gottesurteile sollte die Entscheidung über Schuld oder Unschuld des Angeklagten Gott überlassen werden.⁴⁴ Dieses Verfahren konnte auf verschiedene Weise erfolgen, wie beispielsweise im Wege der Kaltwasserprobe. Dabei wurde der gefesselte Verdächtige ins Wasser geworfen und galt als unschuldig, wenn er unterging bzw. als schuldig, wenn er oben schwamm.⁴⁵

Das Beweismittel des Zweikampfes wird teilweise ebenfalls als Gottesurteil klassifiziert und bestand darin, dass die beteiligten Parteien einen vom Gericht angeordneten Zweikampf ausfochten.⁴⁶ Wenn der Beklagte den Kampf gewann, galt er als unschuldig.⁴⁷

b) Beweismittel des Inquisitionsverfahrens

Dem Inquisitionsverfahren lag eine gesetzliche Beweislehre zugrunde, nach der der Richter den Beschuldigten nur verurteilen durfte, wenn bestimmte vorgeschriebene Beweise vorlagen. Die gesetzlichen Beweisregeln gaben dem Richter also klare Anweisungen darüber, wann er eine Tatsache als erwiesen anzusehen hatte.⁴⁸ Als Beweismittel kamen ausschließlich Zeugenaussagen und das Geständnis des Beschuldigten in Betracht. Nach der Beweisregel des Art. 22 CCC⁴⁹ i.V.m. Art. 67 CCC⁵⁰ durfte eine Verurteilung des Beschuldigten nur auf Grundlage eines glaubwürdigen Geständnisses des Angeklagten oder einer Überführung durch das Zeugnis von zwei oder drei glaubwürdigen guten Zeugen aus eigener Wahrnehmung erfolgen.⁵¹

aa) Geständnisbeweis und die Folter als Geständniserzwingungsmittel

Das Geständnis des Beschuldigten hatte im Inquisitionsverfahren einen sehr hohen Stellenwert und galt als Garantie für die Erforschung der materiellen Wahrheit.⁵² Damit nahm das Geständnis, die „Königin des Beweises“ (regina probationum), innerhalb der Beweishierarchie den höchsten Rang ein, sodass dem Zeugenbeweis nur eine subsidiäre Bedeutung zukam und das gesamte Inquisitions-

⁴² Sellert/Rüping, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, 1989, S. 64; ausführlich zum Reinigungseid mit Eidshelfen: v. Kries, Der Beweis im Strafprozess des Mittelalters, 1878, S. 1 ff.

⁴³ Rüping/Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011, Rn. 22; Sellert/Rüping, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, 1989, S. 64.

⁴⁴ Rüping/Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011, Rn. 23 mit weiteren Beispielen für Gottesurteile; Sellert/Rüping, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, 1989, S. 64.

⁴⁵ Rüping/Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011, Rn. 23.

⁴⁶ E. Peters, Geschichte der Peinlichen Befragung, 2. Aufl. 2003, S. 70.

⁴⁷ Schmitt, Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess, 1992, S. 89.

⁴⁸ Vgl. Jerouschek, GA 1992, 493 (497); Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 45 Rn. 42.

⁴⁹ Art. 22 CCC: „[...] dann soll jemant entlich zu peinlicher straff verurtheylt werden, das muß auß eygen bekennen, oder beweisung [...] beschehen, vnd nit auff vermutung oder anzeygung“, zitiert nach Radbruch, in: Kaufmann, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 5. Aufl. 1980, S. 41.

⁵⁰ Art. 67 CCC: „Item so eyn missethat zum wenigsten mit zweyen oder dreien glaubhaftigen guten Zeugen, die von eynem waren wissen sagen, bewiesen wirdt, darauff soll, nach gestalt der verhandlung mit peinlichen rechten volnfarn vnd geurtheylt werden.“, zitiert nach Radbruch, in: Kaufmann, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 5. Aufl. 1980, S. 61.

⁵¹ Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, 2. Aufl. 1962, S. 414; Sellert/Rüping, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, 1989, S. 208; Schmitt, Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess, 1992, S. 130 f.; v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, Neudruck 1971 der Ausgabe 1925, S. 209.

⁵² Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 67; van Dülmen, Theater des Schreckens, Gerichtspraxis und Strafrituale in der frühen Neuzeit, 6. Aufl. 2014, S. 36.

verfahren auf die Erlangung des Geständnisses zugeschnitten war.⁵³ Nach Art. 69 CCC sollte sich das Gericht sogar im Falle zweier übereinstimmender Zeugenaussagen darum bemühen, zusätzlich ein Geständnis des Beschuldigten herbeizuführen, das jedoch dann nicht erfoltert werden durfte.⁵⁴

(1) Ursprünge und Zweck der Folter

Im Zuge des wachsenden Interesses an der Erlangung des Geständnisses des Beschuldigten gewann auch die Folter immer mehr an Bedeutung. Die Folter hatte sich seit Ende des zwölften Jahrhunderts in Deutschland etabliert und war seither verbreitet.⁵⁵ Sie blieb lange Zeit allein dem Ermessen der Richter überlassen und unterlag keinerlei gesetzlichen Regelungen. Erst durch die Carolina im Jahr 1532 wurde die Folteranwendung gesetzlich normiert und an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen geknüpft, um eine stärkere Kontrolle zu gewährleisten.⁵⁶

Abgesehen von der großen Bedeutung des Geständnisses ist die Etablierung der Folter im Inquisitionsverfahren auf verschiedene weitere Faktoren zurückzuführen. In erster Linie hatten die Menschen seinerzeit eine andere Auffassung von Körper und Seele. Demnach ist der Körper bloß als summenhafte Zusammensetzung von Leib und Gliedern empfunden worden, sodass durch die Folter auch nur einzelne Glieder betroffen wurden und nicht der ganzheitliche Mensch oder seine Seele.⁵⁷ Außerdem herrschte eine andere Haltung zum Körperschmerz vor, da es für die meisten Menschen in jener Zeit fast schon normal war, während des Lebens mit Schmerzen konfrontiert zu werden, die in ihrer Häufigkeit, Dauer und Intensität weit über das hinausgingen, was die heutige Gesellschaft als normal empfindet.⁵⁸

Das oberste Ziel der Folter bestand in der Erlangung des die „Wahrheit“ garantierenden Geständnisses, sodass die Folter auch als „Wahrheitserforschungsmittel“ galt.⁵⁹ Anwendbar war sie auf alle Verdächtigen, denen ein schweres Delikt vorgeworfen wurde. Ausgenommen waren lediglich Irre, Kranke, Jugendliche, Alte und schwangere Frauen.⁶⁰

(2) Indizienlehre als Festlegung der Voraussetzungen der Folter

Grundsätzlich durfte es zur Anwendung der Folter erst kommen, wenn weder ein ausreichender Zeugenbeweis vorlag noch der Beschuldigte freiwillig ein Geständnis ablegte.⁶¹ Weiterhin setzte die Folteranwendung nach Art. 20 CCC „redlich anzeygen der mißthat“⁶² voraus, d.h. nach heutiger Terminologie war der hinreichende Tatverdacht⁶³ erforderlich. Davon durfte das Gericht ausgehen,

⁵³ E. Peters, Geschichte der Peinlichen Befragung, 2. Aufl. 2003, S. 73; Rüping/Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011, Rn. 106.

⁵⁴ Eigene neudeutsche Übersetzung, vgl. Art. 69 CCC, zitiert nach Radbruch, in: Kaufmann, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 5. Aufl. 1980, S. 61.

⁵⁵ Vgl. zur Entstehungsgeschichte der Folter Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 74.

⁵⁶ van Dülmen, Theater des Schreckens, Gerichtspraxis und Strafrituale in der frühen Neuzeit, 6. Aufl. 2014, S. 29.

⁵⁷ Boehm, ZStW 61, 300 (378 f.).

⁵⁸ Boehm, ZStW 61, 300 (379); Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 63.

⁵⁹ Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 67; E. Peters, Geschichte der Peinlichen Befragung, 2. Aufl. 2003, S. 80; van Dülmen, Theater des Schreckens, Gerichtspraxis und Strafrituale in der frühen Neuzeit, 6. Aufl. 2014, S. 29.

⁶⁰ van Dülmen, Theater des Schreckens, Gerichtspraxis und Strafrituale in der frühen Neuzeit, 6. Aufl. 2014, S. 36.

⁶¹ Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2022, § 34 Rn. 11; Sellert/Rüping, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, 1989, S. 208.

⁶² Zitiert nach Radbruch, in: Kaufmann, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 5. Aufl. 1980, S. 40.

⁶³ Geppert, Jura 2015, 143 (152); Sellert/Rüping, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Straf-

wenn entweder ein Zeuge die Tat selbst bekundete oder zwei Zeugen eine „genugsame anzeigung“, nach heutigem Verständnis ein Indiz, beweisen konnten.⁶⁴ Mithin wurde die Folteranwendung von dem Vorliegen bestimmter Indizien für die Täterschaft des Verdächtigen abhängig gemacht.⁶⁵

Die Aufnahme der Indizienlehre in die Carolina diente dazu, die Folter zu beschränken.⁶⁶ Nach ihr wurde in erster Linie zwischen allgemeinen Indizien, die sich auf alle Straftaten bezogen, und besonderen Indizien, die sich nur auf bestimmte Verbrechen bezogen, unterschieden.⁶⁷ Die allgemeinen Indizien wurden wiederum dahingehend differenziert, ob sie allein oder nur zusammen mit anderen Indizien die Folter rechtfertigten. Allein genügte es zum Beispiel im Falle des Tatvorwurfs des Mordes nach Art. 33 CCC, wenn der Beschuldigte zur Tatzeit mit blutigen Kleidern oder Waffen gesehen wurde (Art. 29 CCC⁶⁸), wohingegen zum schlechten Ruf des Verdächtigen (Art. 25 CCC⁶⁹) noch weitere Indizien hinzutreten mussten.

Sofern danach überzeugende Indizien für die Täterschaft des Verdächtigen sprachen, konnte er gefoltert werden. Stellte sich jedoch im Nachhinein heraus, dass der Verdächtige ohne ausreichende Indizien gefoltert worden war, war das unrechtmäßig erfolgte Geständnis unwirksam und durfte daher nicht als Urteilsgrundlage verwertet werden.⁷⁰ Mithin bestand in diesem Fall ein umfassendes „Beweisverwertungsverbot“.⁷¹

(3) Durchführung der Folter

Die Entscheidung über das Maß und den Umfang der Folter lag wiederum im alleinigen Ermessen eines „guten vernünftigen Richters“, der abzuwägen hatte, wie häufig und in welcher Stärke der Beschuldigte zu foltern war.⁷² Allgemein wurde die Folter geheim und unter Ausschluss der Öffentlichkeit durchgeführt.⁷³ Lediglich der Richter, zwei Schöffen, ein Schriftführer und gegebenenfalls ein Arzt waren anwesend. Die eigentliche Ausführung der Folter lag in den Händen des Scharfrichters.⁷⁴

Zwar konnte die Folterung auf verschiedene Weise erfolgen, jedoch sollte grundsätzlich in drei Stufen vorgegangen werden. In der ersten Stufe wurde die Folter durch eine Vorstellung der Folterinstrumente zunächst angedroht (sog. Territion). Konnte der Beschuldigte durch den bloßen Anblick der Folterwerkzeuge noch nicht zu einem Geständnis bewegt werden, ging der Scharfrichter in die zweite Stufe über, in der der Beschuldigte entkleidet und ihm Daumen- und Beinschrauben angelegt wurden. Gestand der Beschuldigte weiterhin nicht, schritt der Scharfrichter zur letzten Stufe über,

rechtspflege, Bd. 1, 1989, S. 208.

⁶⁴ Vgl. Art. 23 CCC, zitiert nach *Radbruch*, in: Kaufmann, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 5. Aufl. 1980, S. 41.

⁶⁵ *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 62.

⁶⁶ *Eb. Schmidt*, ZRG GA 83 (1966), 239 (242).

⁶⁷ Vgl. Art. 25 f. zu den allgemeinen Indizien, Art. 33 ff. CCC zu den besonderen Indizien, zitiert nach *Radbruch*, in: Kaufmann, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 5. Aufl. 1980, S. 47 ff.

⁶⁸ Zitiert nach *Radbruch*, in: Kaufmann, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 5. Aufl. 1980, S. 45.

⁶⁹ Zitiert nach *Radbruch*, in: Kaufmann, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 5. Aufl. 1980, S. 42.

⁷⁰ *Koch*, in: FS Rüping, 2008, S. 393 (397); *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, 1989, S. 209; vgl. Art. 20 CCC, zitiert nach *Radbruch*, in: Kaufmann, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 5. Aufl. 1980, S. 40.

⁷¹ *Koch*, in: FS Rüping, 2008, S. 393 (397).

⁷² *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, 1989, S. 208; *van Dülmen*, Theater des Schreckens, Gerichtspraxis und Strafrituale in der frühen Neuzeit, 6. Aufl. 2014, S. 31.

⁷³ *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 79.

⁷⁴ *van Dülmen*, Theater des Schreckens, Gerichtspraxis und Strafrituale in der frühen Neuzeit, 6. Aufl. 2014, S. 31.

der „peinlichen Befragung“, die sich wiederum in drei Grade gliederte. Im ersten Grad wurden Finger und/oder Beine zwischen zwei Eisenplatten gelegt und zusammengepresst. Der zweite Schritt bestand im Aufziehen auf eine Leiter. Dabei wurde der Inquisit auf eine Leiter gelegt, an den Füßen festgebunden und schließlich mit hinter dem Rücken zusammengebundenen Armen nach oben gezogen. Im letzten Grad der peinlichen Befragung wurde der Beschuldigte auf einem Bock sitzend ausgepeitscht und sein Körper mit glühenden Fackeln, Schwefel und Feuer verbrannt.⁷⁵

Sofern der Beschuldigte alle Stufen und Grade der Folterung überstanden hatte, ohne ein Geständnis abzulegen, galt er als unschuldig. Dies bedeutete jedoch nicht, dass er für die Folter und die damit verbundenen Schmerzen entschädigt wurde. Im Gegenteil, der Unschuldige wurde von der Gesellschaft gemieden und musste schwören, wegen der Folter keine Rache zu üben.⁷⁶

(4) Absicherung des erfolgten Geständnisses

Wenn der Beschuldigte jedoch durch die Folter zur Ablegung eines Geständnisses bewegt werden konnte, bedurfte das erfolgte Geständnis einer darüberhinausgehenden Absicherung. Aufgrund der großen Bedeutung, die dem Geständnis in Bezug auf die Wahrheitsfindung zugesprochen wurde, musste es ein weiteres Mal außerhalb der Folter wiederholt werden (Ratifizierung des Geständnisses).⁷⁷ Darüber hinaus war das Geständnis zu verifizieren, d.h. das Gericht musste es auf seine Wahrheit hin sorgfältig überprüfen und kontrollieren, ob in der Schilderung der Einzelheiten der Tat „solche warheyt befunden wirdt, die keyn vnschuldiger also sagen vnnd wissen kundt“⁷⁸. Sofern der Angeklagte sein Geständnis widerrief oder sich weigerte, das unter der Folter abgelegte Geständnis zu wiederholen, konnte er allerdings erneut gefoltert werden.⁷⁹

bb) Zeugenbeweis

Abgesehen von einem Geständnis war es möglich, den Beschuldigten durch Zeugenaussagen zu überführen. Wurde seine Täterschaft durch mindestens zwei glaubwürdige Zeugen bekundet, galt dies als ganzer Beweis („beweisung“), wohingegen die Aussage eines Tatzeugen lediglich einen halben Beweis („eyn halb beweisung“) erbrachte.⁸⁰ Ferner mussten die Zeugen von gutem Leumund⁸¹ sein und durften nur über Tatsachen aus ihrem eigenen Wissen aussagen, sodass Zeugen vom Hörensagen nicht zugelassen waren.⁸² Das den Zeugen verhörende Gericht sollte mit Personen besetzt

⁷⁵ Ignor, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846*, 2002, S. 63; Schild, *Alte Gerichtsbarkeit, Vom Gottesurteil bis zum Beginn der modernen Rechtsprechung*, 2. Aufl. 1985, S. 160, 162; van Dülmen, *Theater des Schreckens, Gerichtspraxis und Strafrituale in der frühen Neuzeit*, 6. Aufl. 2014, S. 31 f.

⁷⁶ Piel, in: FS T.Fischer, 2018, S. 1193 (1198); van Dülmen, *Theater des Schreckens, Gerichtspraxis und Strafrituale in der frühen Neuzeit*, 6. Aufl. 2014, S. 33.

⁷⁷ Ignor, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846*, 2002, S. 67; E. Peters, *Geschichte der Peinlichen Befragung*, 2. Aufl. 2003, S. 89; Sellert/Rüping, *Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Bd. 1, 1989, S. 209; van Dülmen, *Theater des Schreckens, Gerichtspraxis und Strafrituale in der frühen Neuzeit*, 6. Aufl. 2014, S. 33; vgl. Art. 56 CCC, zitiert nach Radbruch, in: Kaufmann, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina)*, 5. Aufl. 1980, S. 57 f.

⁷⁸ Ignor, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846*, 2002, S. 67; vgl. Art. 60 CCC, zitiert nach Radbruch, in: Kaufmann, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina)*, 5. Aufl. 1980, S. 59.

⁷⁹ Schild, *Alte Gerichtsbarkeit, Vom Gottesurteil bis zum Beginn der modernen Rechtsprechung*, 2. Aufl. 1985, S. 160; Sellert/Rüping, *Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Bd. 1, 1989, S. 209; vgl. Art. 57 CCC, zitiert nach Radbruch, in: Kaufmann, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina)*, 5. Aufl. 1980, S. 58.

⁸⁰ Ignor, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846*, 2002, S. 62.

⁸¹ Unter „gutem Leumund“ ist im Inquisitionsverfahren der gute Ruf oder das hohe Ansehen einer Person in der Gesellschaft zu verstehen.

⁸² Vgl. Art. 65 f. CCC, zitiert nach Radbruch, in: Kaufmann, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532*

sein, die über ausreichende Sachkunde und Verstand hinsichtlich der Zeugenvernehmungen verfügten, und die Aussagen sorgfältig darauf prüfen, ob sie konstant und inhaltlich schlüssig waren. Überdies war der Zeuge in seiner Gestik und Mimik genau zu beobachten.⁸³

c) Würdigung

aa) Abkehr von Reinigungseid, Gottesurteilen und Zweikampf

Zunächst war das Beweisrecht des Inquisitionsverfahrens aus zeitgenössischer Perspektive eine Errungenschaft, weil die Beweisführung mit Tatzeugen und Geständnis die Abkehr von den irrationalen Beweismitteln des Reinigungseides, Gottesurteils und Zweikampfes des alten Rechts bedeutete. Das Beweissystem des Germanischen Rechts hatte sich als ineffektiv erwiesen, um die tatsächlichen Umstände der Tat aufzudecken und den Täter zu überführen.⁸⁴ Dies lässt sich damit begründen, dass die Ablegung des Reinigungseides von der Gewissenhaftigkeit des Einzelnen abhing und die Gottesurteile untauglich waren, um die Einzelheiten des Sachverhalts aufzuklären.⁸⁵ Nach *Mittermaier* war die Unzuverlässigkeit des Reinigungseides auf den Ansehensverlust der Religion zurückzuführen, da sich die Menschen immer weniger für die religiöse Bedeutung der Ablegung eines Reinigungseides interessierten und infolgedessen die Angeklagten häufig falsch die Unwahrheit der Anschuldigungen beschworen.⁸⁶ Mithin konnte dem Reinigungseid angesichts des ausufernden Verbrechertum nicht mehr vertraut werden⁸⁷ und erwies sich bei der Bekämpfung wachsender Massenkriminalität als ungeeignet. Darüber hinaus dienten der Reinigungseid, das Gottesurteil und der Zweikampf nicht der Aufklärung des konkreten Falls und der Bildung einer eigenen Überzeugung durch das Gericht. Stattdessen lag die Verantwortung allein bei den Parteien, die Beweise für ihre Behauptungen vorzulegen. Das Gericht hatte lediglich die Aufgabe zu prüfen, ob die klägerische oder beklagte Partei den Beweis gemäß den vorgeschriebenen Formen erbracht hatte. Somit verfügte das Gericht über keine Möglichkeit, sich eine gegensätzliche Ansicht zu bilden oder selbst Beweise zu sammeln.⁸⁸ Demzufolge waren der Geständnis- und Zeugenbeweis im Vergleich zu Reinigungseid, Gottesurteilen und Zweikampf wesentlich geeignetere Beweismittel, um den wahren Tathergang aufzuklären.

bb) Abhängigkeit von Geständnissen und Auswirkungen auf die Wahrheitsfindung

Auf der anderen Seite führte die gesetzliche Beweislehre des Inquisitionsverfahrens zu einer enormen Abhängigkeit von der Ablegung eines Geständnisses durch den Beschuldigten. Dies hängt damit

(Carolina), 5. Aufl. 1980, S. 60.

⁸³ Vgl. Art. 71 CCC: „So nun das selbig peinlich gericht mit personen, die solche kuntschafft rechtmessiger weiß zu verhören geschickt vnd verstendig seind, besetzt ist, so soll der richter [...] mit fleiß verhören vnd sunderlich eygentlich auffmercken, ob der zeug inn seiner sage würd wanckelmütig vnd vnbestendig erfunden, solch vmbestende, vnd wie er den zeugen inn eusserlichen geberde vermerckt zu dem handel auffschreiben.“, zitiert nach *Radbruch*, in: Kaufmann, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 5. Aufl. 1980, S. 62.

⁸⁴ Ebenso *Schmitt*, Die richterliche Beweismittelwürdigung im Strafprozess, 1992, S. 108.

⁸⁵ Ähnlich *Schmitt*, Die richterliche Beweismittelwürdigung im Strafprozess, 1992, S. 108.

⁸⁶ *Mittermaier*, Handbuch des peinlichen Processes, mit beständiger vergleichender Darstellung des gemeinen deutschen Rechts, und der Bestimmungen der französischen, österreichischen, preussischen und bairischen Criminalgesetzgebung, Bd. 2, 1812, S. 421 f.

⁸⁷ *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 73.

⁸⁸ Vgl. *Glaser*, Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess, 1883, S. 2 f.

zusammen, dass die Aussagen zweier Tatzeugen von gutem Leumund nur selten verfügbar waren⁸⁹ und eine Verurteilung allein aufgrund von Indizien nach dem starren Beweisrecht unzulässig war.⁹⁰ Abgesehen von der begrenzten Verfügbarkeit eines hinreichenden Zeugenbeweises stieß man aufgrund der damaligen Verkehrsverhältnisse und Transportmittel auf erhebliche praktische Probleme bei der Beweisführung, sobald Ermittlungen außerhalb des unmittelbaren gerichtlichen Machtbereichs durchzuführen waren.⁹¹ Trotz dieser Hürden wurden sie in einigen Fällen dennoch vorgenommen. Beispielsweise hat der Rat von Braunschweig zwischen 1338 und 1350 den Rat von Hildesheim gebeten, Verbrecher zu befragen, ob sie möglicherweise Komplizen hätten, für die Braunschweig sich interessieren könnte.⁹² Ungeachtet dessen lag es weiterhin im Interesse der Verfahrensbeschleunigung und -erleichterung, solche Ermittlungen nach Möglichkeit zu vermeiden, und man fokussierte sich daher auf den Beschuldigten als das „bequemste Beweismittel“. Mithin entwickelte sich ein Interesse daran, den Beschuldigten zur Ablegung eines Geständnisses zu bewegen.⁹³

Die Abhängigkeit von der Ablegung eines Geständnisses durch den Beschuldigten führte zwangsläufig zu einer verstärkten Folteranwendung, was fatale Auswirkungen auf die Wahrheitsfindung hatte. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass wahrscheinlich jeder Verdächtige unter den Qualen der Folter die vorgeworfene Tat gesteht und somit häufig auch Unschuldige ein Falschgeständnis ablegten.⁹⁴ Zwar musste das erfolgte Geständnis außerhalb der Tortur ratifiziert und verifiziert werden, jedoch drohte dem Beschuldigten eine erneute Folterung, sofern er die Wiederholung des Geständnisses verweigerte. Daher waren auch die erforderliche Ratifizierung und Verifizierung des Geständnisses untaugliche Mittel, um der Gefahr falscher Selbstbezeichnungen zu begegnen.⁹⁵

Darüber hinaus war die Folter nach *Mittermaier* hinsichtlich ihrer Zweckmäßigkeit zu hinterfragen.⁹⁶ In Fällen, in denen man aufgrund fehlender Zeugenaussagen auf die Ablegung eines Geständnisses angewiesen war, hänge der Ausgang des Strafverfahrens und die Verurteilung des Verdächtigen von dessen Konstitution, Gewohnheit und der Fähigkeit zum Ertragen körperlicher Übel ab.⁹⁷ Ein abgehärteter Mensch überstehe die Schmerzen der Folter leichter und könne daher, auch wenn er schuldig war, einer Verurteilung entkommen.⁹⁸ Auf der anderen Seite könne derjenige Verdächtige, der das Erdulden von Schmerzen nicht gewohnt ist, zur Ablegung eines Geständnisses gezwungen werden, obwohl er unschuldig war.⁹⁹ *Bauer* sprach in diesem Zusammenhang zutreffend von einer

⁸⁹ *Schild*, Alte Gerichtsbarkeit, Vom Gottesurteil bis zum Beginn der modernen Rechtsprechung, 2. Aufl. 1985, S. 160; *Schmitt*, Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess, 1992, S. 132.

⁹⁰ *Schmitt*, Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess, 1992, S. 132.

⁹¹ Vgl. *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 73; *Wohlers*, Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft, 1994, S. 50.

⁹² *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 73.

⁹³ So auch *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, § 73.

⁹⁴ Ebenso *Gmür/Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl. 2018, Rn. 329; *Schmitt*, Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess, 1992, S. 108, 132.

⁹⁵ Ebenso *Heghmanns*, Strafverfahren, 2014, Rn. 17.

⁹⁶ *Mittermaier*, Handbuch des peinlichen Processes, mit beständiger vergleichender Darstellung des gemeinen deutschen Rechts, und der Bestimmungen der französischen, österreichischen, preussischen und baierischen Criminalgesetzgebung, Bd. 2, 1812, S. 158.

⁹⁷ *Mittermaier*, Handbuch des peinlichen Processes, mit beständiger vergleichender Darstellung des gemeinen deutschen Rechts, und der Bestimmungen der französischen, österreichischen, preussischen und baierischen Criminalgesetzgebung, Bd. 2, 1812, S. 158.

⁹⁸ *Mittermaier*, Handbuch des peinlichen Processes, mit beständiger vergleichender Darstellung des gemeinen deutschen Rechts, und der Bestimmungen der französischen, österreichischen, preussischen und baierischen Criminalgesetzgebung, Bd. 2, 1812, S. 158 f.

⁹⁹ *Mittermaier*, Handbuch des peinlichen Processes, mit beständiger vergleichender Darstellung des gemeinen deutschen Rechts, und der Bestimmungen der französischen, österreichischen, preussischen und baierischen

„doppelten Zweckwidrigkeit“ der Folter. Diese bestünde darin, dass die Folter einerseits zu unverdienter Bestrafung Unschuldiger und andererseits zu unverdientem Freispruch Schuldiger führe.¹⁰⁰

cc) Rechtssicherheit und Schutz vor richterlicher Willkür

Ungeachtet der Tatsache, dass die starren Beweisregeln und die Indizienlehre zur Legitimation der Folter führten, boten diese Elemente des Inquisitionsverfahrens gleichzeitig auch Rechtssicherheit und Schutz vor richterlicher Willkür.¹⁰¹ In diesem Zusammenhang wurde das Ermessen des Richters einerseits durch das Erfordernis zweier Tatzeugen oder eines Geständnisses für die Verurteilung¹⁰² und andererseits durch die Indizienlehre hinsichtlich der Entscheidung über die Anwendung der Folter eingeschränkt. Demzufolge hatte der Richter durch das starre Beweisrecht des Inquisitionsverfahrens klare Anweisungen darüber, wann er den Beschuldigten zu verurteilen hatte und wann nicht. Zudem gab die Indizienlehre dem Richter eindeutige Vorgaben, unter welchen Voraussetzungen er die Folter einsetzen durfte. Auf der anderen Seite führten die starren Beweisregeln jedoch auch dazu, dass es unmöglich war, die Besonderheiten des Einzelfalls angemessen zu berücksichtigen.¹⁰³

dd) Würdigung des Zeugenbeweises

Zudem durften im Inquisitionsverfahren Zeugenaussagen nur als Urteilsgrundlage verwendet werden, wenn die Zeugen aus eigenem Wissen und eigener Wahrnehmung aussagten. Die Beweisführung mit Zeugen vom Hörensagen war also keinesfalls möglich.¹⁰⁴ Demgegenüber stellt der Zeuge vom Hörensagen im heutigen Strafverfahren nach herrschender Meinung¹⁰⁵ eine zulässige Beweisperson dar, die in diesem Zusammenhang auch mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz nach § 250 StPO vereinbar ist, jedoch einen deutlich geringeren Beweiswert besitzt. Zwar berichtet der Zeuge vom Hörensagen lediglich von den Erzählungen anderer, jedoch spricht trotzdem für seine Zulässigkeit als Beweisperson, dass auch der Zeuge vom Hörensagen letztlich eigene Wahrnehmungen bekundet.¹⁰⁶ Mithin führte die Unzulässigkeit eines Zeugen vom Hörensagen im Inquisitionsverfahren dazu, dass die Möglichkeiten eines Zeugenbeweises noch stärker eingeschränkt wurden und erneut alles von der Erlangung eines Geständnisses durch den Beschuldigten abhing.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass der Richter schon im Inquisitionsverfahren die Aufgabe hatte, die Glaubwürdigkeit von Zeugenaussagen zu beurteilen. In Bezug auf das heutige Strafverfahren geht die Rechtsprechung davon aus, dass die Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Zeugenaussagen „zum Wesen richterlicher Rechtsfindung“¹⁰⁷ gehöre und ausschließlich „das Recht und die Pflicht des Tatrichters“¹⁰⁸ sei, weshalb der geltende Strafprozess in dieser Hinsicht einen Teilaspekt des Inquisitionsverfahrens übernommen hat.

Criminalgesetzgebung, Bd. 2, 1812, S. 159 f.

¹⁰⁰ Bauer, Grundsätze des Criminalprocesses, 1805, § 191 (S. 296 f.).

¹⁰¹ Schmitt, Die richterliche Beweismwürdigung im Strafprozess, 1992, S. 78

¹⁰² Schmitt, Die richterliche Beweismwürdigung im Strafprozess, 1992, S. 133.

¹⁰³ Ebenso Schmitt, Die richterliche Beweismwürdigung im Strafprozess, 1992, S. 81.

¹⁰⁴ Vgl. unter b) bb).

¹⁰⁵ BGH NJW 1969, 196 (197); BGH NJW 1989, 3291 (3292); Diemer, in: KK-StPO, 9. Auf. 2023, § 250 Rn. 10; Kreicker, in: MüKo-StPO, Bd. 2, 2016, § 250 Rn. 42.

¹⁰⁶ Ebenso Kreicker, in: MüKo-StPO, Bd. 2, 2016, § 250 Rn. 44.

¹⁰⁷ BGH NJW 1955, 1644.

¹⁰⁸ BGH NJW 1952, 1064.

ee) Stellung des Beschuldigten als Prozessobjekt

Wenn kein hinreichender Zeugenbeweis geführt werden konnte, konnte der Richter bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen im Wege der Folter gegen den Inquisiten vorgehen. Dementsprechend kam dem Beschuldigten keine Subjektstellung innerhalb des Inquisitionsverfahrens zu¹⁰⁹ und er hatte die Stellung eines bloßen Prozessobjekts.¹¹⁰ Der Inquisitionsprozess lieferte den Beschuldigten nach *Zachariae* der „fast schrankenlosen Gewalt des Inquirenten“¹¹¹ aus, da er keinerlei Möglichkeiten hatte, auf den Fortgang des Verfahrens Einfluss zu nehmen sowie sich der Anwendung der Folter zu entziehen.

Im Gegensatz dazu wird der Beschuldigte im heutigen Strafverfahren als vollwertiges Prozesssubjekt einer gerichtlichen Untersuchung angesehen und ist mit eigenständigen Rechten ausgestattet.¹¹² Konnte der aussagepflichtige Beschuldigte im Inquisitionsverfahren zur Ablegung eines Geständnisses und somit zur Mitwirkung an seiner eigenen Überführung gezwungen werden, so hat er im modernen rechtsstaatlichen Strafverfahren nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO ein Schweigerecht. Ferner darf nach dem *nemo-tenetur*-Grundsatz (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) niemand gezwungen werden, mit eigenen Angaben an seiner Überführung mitzuwirken.¹¹³ Damit wurde durch die Aussagefreiheit des Beschuldigten ein wichtiger Gegenpol zu dem auf Aussagepflicht und Folter gegründeten Inquisitionsprozess geschaffen.

Insgesamt liegt in der Objektstellung des Beschuldigten im Inquisitionsverfahren eine grundlegende Schwäche. Demgegenüber bedeutete die Anerkennung der Stellung des Beschuldigten als vollwertiges Prozesssubjekt eine elementare Errungenschaft des modernen Strafverfahrens.¹¹⁴

ff) Keine freie richterliche Beweiswürdigung

Ein weiterer Kritikpunkt am Inquisitionsverfahren bestand in dem Fehlen einer freien Beweiswürdigung. Zwar ermöglichte das Beweisrecht des Inquisitionsverfahrens im Vergleich zum alten Beweisrecht erstmals eine Beweiswürdigung durch den Richter, jedoch war der Richter durch die strengen Beweisregeln in seiner Überzeugungsbildung nicht frei. Im Gegenteil, falls ein Geständnis nicht erlangt werden konnte und insbesondere die vorhandenen Indizien nicht ausreichten, um die Anwendung der Folter zu rechtfertigen, musste der Richter den Angeklagten selbst gegen seine persönliche Überzeugung freisprechen.¹¹⁵ Gleichzeitig war der Richter verpflichtet, auch wenn er persönlich von der Unschuld des Angeklagten überzeugt war, ihn schuldig zu sprechen, sofern die Schuld des Angeklagten nach Anwendung der Beweisregeln als nachgewiesen galt.¹¹⁶

Weiterhin konnte der Beschuldigte im Inquisitionsverfahren nicht allein aufgrund von Indizien verurteilt werden, sondern lediglich seine Folterung konnte auf Indizien gestützt werden.¹¹⁷ Wie

¹⁰⁹ Wohlers, Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft, 1994, S. 50.

¹¹⁰ Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl. 2005, Rn. 276; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 18 Rn. 1.

¹¹¹ *Zachariae*, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, dargestellt auf der Basis einer consequenten Entwicklung des inquisitorischen und des accusatorischen Prinzips, 1846, S. 91.

¹¹² Heghmanns, Strafverfahren, 2014, Rn. 216; Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2. Aufl. 1964, Rn. 99.

¹¹³ BVerfG NJW 1981, 1431; Heghmanns, Strafverfahren, 2014, Rn. 229; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 25 Rn. 1.

¹¹⁴ Ebenso Kudlich, in: MüKo-StPO, Bd. 2, 2016, 2. Aufl. 2023, Einleitung Rn. 282.

¹¹⁵ v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, Neudruck 1971 der Ausgabe 1925, S. 229.

¹¹⁶ Piel, in: FS T. Fischer, 2018, S. 1193 (1198).

¹¹⁷ Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 166.

bereits dargelegt, durfte die Folter beispielsweise im Falle des Tatvorwurfs des Mordes zur Erzwingung eines Geständnisses eingesetzt werden, wenn der Täter zur Tatzeit mit blutigen Kleidern oder Waffen gesehen worden war. Erst im Verlauf des 18. Jahrhunderts begann man damit, auch eine Verurteilung allein aufgrund von Indizien, ohne Anwendung der Folter zur Erlangung eines Tatgeständnisses, zuzulassen.¹¹⁸ Die Legitimation der Verurteilung aufgrund von Indizien war darauf zurückzuführen, dass die im Wege des Inquisitionsverfahrens zu erforschende Wahrheit nicht mehr als absolute Wahrheit verstanden und der Wahrheitsbegriff in eine möglichst hohe Wahrscheinlichkeit umdefiniert wurde.¹¹⁹ Dadurch konnte ein Urteil nunmehr auch aufgrund von Indizien ergehen, da diese ausreichten, um ein hohes Maß an Wahrscheinlichkeit zu erforschen.¹²⁰

Ausgehend von der Tatsache, dass es ohnehin nicht möglich ist, die absolute Wahrheit über eine Tat herauszufinden, lässt sich schlussfolgern, dass die Folter häufig eine unnötige und menschenunwürdige Qual für den Beschuldigten darstellte, die man durch eine vorzeitige Verurteilung auf Grundlage der Indizien hätte vermeiden können. Mithin stellten das Fehlen einer freien richterlichen Beweiswürdigung und die damit einhergehende Unzulässigkeit eines Indizienbeweises als Urteilsgrundlage erhebliche Schwächen des Inquisitionsverfahrens dar.

V. Fazit

Das Inquisitionsverfahren führte die Strafverfolgung von Amts wegen ein und ermöglichte durch die Beweisführung mit Geständnis- und Zeugenbeweis die Abkehr von den irrationalen Beweismitteln des Reinigungseides, der Gottesurteile und des Zweikampfes. Daher stellte das Inquisitionsverfahren zweifellos einen Fortschritt zu dem vorher praktizierten Strafverfahren dar. Darüber hinaus waren die Etablierung des Officialprinzips, des Untersuchungsgrundsatzes und des Prinzips der materiellen Wahrheit sowohl aus zeitgenössischer Perspektive als auch für das heutige Strafverfahren Errungenschaften, da diese inquisitorischen Elemente auch noch den modernen Strafprozess kennzeichnen.

Zugleich wies das Inquisitionsverfahren erhebliche Schwächen auf. Zum einen führte die Aktenversendung im Rahmen der Urteilsfindung zum Verlust der Unmittelbarkeit der richterlichen Kenntnisnahme von den Urteilsgrundlagen. Zum anderen brachten Schriftlichkeit und Geheimheit des Strafverfahrens in Verbindung mit der starken Stellung des Richters Gefahren des Machtmissbrauchs, der Willkür sowie der psychologischen Überforderung mit sich.

Das starre Beweisrecht verhinderte eine freie Beweiswürdigung und die Beweislehre des Inquisitionsverfahrens führte zu einer enormen Abhängigkeit von der Ablegung eines Geständnisses durch den Beschuldigten. Die damit einhergehende verstärkte Folteranwendung erbrachte zwangsläufig eine Vielzahl von Falschgeständnissen, was fatale Auswirkungen auf die Wahrheitsfindung hatte. Der Beschuldigte wurde als Objekt des Verfahrens angesehen und hatte praktisch keine Möglichkeit mehr, freigesprochen zu werden, sobald er erst einmal gefoltert wurde.

Damit markierte das Inquisitionsverfahren zwar einen wichtigen Entwicklungsschritt in der Geschichte des Strafprozesses und ist als zeitgenössische Errungenschaft einzuordnen. Auch das heutige Strafverfahren hat einige seiner inquisitorischen Elemente übernommen. Dennoch steht außer Frage, dass das Inquisitionsverfahren verheerende Probleme mit sich brachte, die erst durch das moderne reformierte Strafverfahren überwunden wurden.

¹¹⁸ *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 166.

¹¹⁹ *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 167.

¹²⁰ *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, 2002, S. 167.

Die gestörte Gesamtschuld – Einführung, Bewertung und Kommentar

Stud. iur. Felix Jurgovsky, Erlangen*

I. Einleitung	52
II. Kurze Einführung in die Haftungsprivilegierungen	52
III. Problemaufriss	53
IV. Lösungsansätze	54
1. Lösung zulasten des nicht privilegierten Schuldners	54
a) Herleitung	54
b) Bewertung	55
aa) Gesetzliche Privilegierungen	55
bb) Vertragliche Privilegierung	56
c) Ergebnis	56
2. Lösung zulasten des privilegierten Schädigers	57
a) Herleitung	57
aa) Unwirksamkeit der vertraglichen Beschränkung	57
bb) Gesamtschuldskonstruktion	57
cc) Lösung des Reichsgerichts in RGZ 69, 224	58
b) Bewertung	58
aa) Gesetzliche Privilegierung	58
bb) Vertragliche Privilegierung	59
c) Ergebnis	59
3. Lösung zulasten des Gläubigers.....	59
a) Herleitung	60
aa) Regresskreisel	60
bb) Anspruchskürzung	60
b) Bewertung	60
aa) Vertragliche Privilegierungen	61
bb) Gesetzliche Privilegierungen	62

* Der Autor ist Student im 5. Semester an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Der Beitrag beruht auf einer im Sommersemester 2023 verfassten Proseminararbeit; für die wertvollen Hinweise und Kommentare sei Herrn Florian Eckert (Lehrstuhl Prof. Dr. Mathias Rohe) gedankt.

cc) Sonderfall des § 1664 Abs. 1 BGB	62
c) Ergebnis	63
V. Fazit.....	63

I. Einleitung

Die gestörte Gesamtschuld ist ein juristisches Problem, welches sowohl im Studium als auch in der Praxis immer wieder auftaucht. Es ergehen bis heute Gerichtsentscheidungen zum Thema¹ und es zählt vor allem im Familienrecht zum klausur- und examensrelevanten² Prüfungstoff. Dort finden sich mit dem Ehegattenprivileg i.S.d. § 1359 BGB und Elternprivileg i.S.d. § 1664 Abs. 1 BGB zwei besonders relevante Haftungserleichterungen, welche in eine Vielzahl von Sachverhalten eingebaut werden können. Eine solche Erleichterung gibt es auch für eingetragene Lebenspartner, § 4 Lebenspartnerschaftsgesetz. Doch auch außerhalb dieses Gebietes kann die gestörte Gesamtschuld auftreten, da Privilegierungen im gesamten Zivilrecht zu finden sind.³

Dieser Aufsatz soll einen fundierten Zugriff auf die gestörte Gesamtschuld vermitteln. Daher wird zunächst kurz in die Haftungsprivilegierungen eingeführt, bevor das Problem erläutert wird. Es werden darauffolgend die verschiedenen Lösungsansätze vorgestellt, einer kritischen Würdigung unterzogen und kommentiert.

II. Kurze Einführung in die Haftungsprivilegierungen

Ganz allgemein gesprochen hat der Schuldner in der Regel Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten; dieser Grundsatz findet sich in § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB. Doch bereits in dieser Norm deutet das Gesetz an, dass dies keineswegs immer der Fall sein muss. Im zweiten Halbsatz heißt es nämlich: „wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses [...] zu entnehmen ist.“ Eine solche mildere Haftung kann sich aus dem Gesetz, einer Abrede oder dem genannten sonstigen Inhalt ergeben.⁴

Zunächst kann die Haftung gesetzlich explizit auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt werden, etwa beim Schenker (§ 521 BGB) oder beim Finder (§ 968 BGB). Ferner existieren die Fälle der sog. „Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten“, welche begrifflich durch § 277 BGB konkretisiert wird. Hierbei haftet der Schuldner nur im Rahmen der Sorgfalt, welche er üblicherweise an den Tag legt.⁵ Angewandt wird dieser Maßstab etwa bei unentgeltlichen Verwahrern (§ 690 BGB), Ehegatten (§ 1359 BGB) oder Eltern (§ 1664 Abs. 1 BGB). Pflegt jemand in eigenen Angelegenheiten etwas nachlässig zu sein, so haftet er nach diesem Maßstab nicht, solange er sich nach seinen Gewohnheiten noch „normal“ verhält.⁶

¹ Vgl. allein zum praxisrelevanten Arbeitgeberprivileg § 104 Abs. 1 SGB VII BGH NJW 2008, 2116; BGH NJW 2005, 3144; BGHZ 157, 9 = NJW 2004, 951; BGHZ 155, 205 = NJW 2003, 2984; BGHZ 110, 114 = NJW 1990, 1361; BGHZ 94, 173 = NJW 1985, 2261.

² Exemplarisch seien hier § 18 Abs. 2 Nr. 1 lit. d BayJAPO (Bayern), § 11 Nr. 1 Abs. 2 lit. e JAG (NRW), § 14 Abs. 3 Nr. 1 lit. e SächsJAPO (Sachsen) und § 3 Abs. 3 Nr. 1 lit. e JAVO (Schleswig-Holstein) genannt.

³ Siehe hierzu die folgenden Abschnitte II und III.

⁴ Walker, JuS 2015, 865 (865).

⁵ Lorenz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 277 Rn. 8 f.

⁶ Vereinfacht: ist jemand besonders sorgfältig, haftet er u.U. auch für normale Fahrlässigkeit nach § 276 Abs. 1 BGB, jedoch nie darüber hinaus, siehe Schulze, in: Schulze u.a., Handkommentar zum BGB, 12. Aufl. 2023, § 277 Rn. 3.

Vertragliche Privilegierungen sind ebenfalls möglich.⁷ Hier setzt das Gesetz jedoch gewisse Grenzen: So kann etwa die Haftung für eigenen Vorsatz niemals im Voraus erlassen werden, § 276 Abs. 3 BGB.⁸ Ferner sind die Einschränkungen des AGB-Rechts zu beachten, welche ebenfalls bestimmte Haftungsausschlüsse verbieten, zu finden in den §§ 307 ff. BGB.

Der „sonstige Inhalt des Schuldverhältnisses“ wird hauptsächlich bei Haftungserweiterungen relevant und ist daher hier zu vernachlässigen.⁹

Im Ergebnis ist derjenige, dem ein Haftungsprivileg zugutekommt, in bestimmten Situationen nicht zum Schadensersatz verpflichtet, in denen er es sonst wäre. Dies gilt insbesondere in Fällen einfacher Fahrlässigkeit.

III. Problemaufriss

Nun kann ein Schaden nicht nur von einer Person, sondern auch von mehreren verursacht werden. Im Deliktsrecht findet sich hierzu in § 830 BGB eine solche Vorschrift. Rechtsfolge ist nach § 840 Abs. 1 BGB die gesamtschuldnerische Haftung (§§ 421 ff. BGB). Eine solche gesamtschuldnerische Haftung bei Schädigung ist aber auch in anderen Rechtsgebieten zu finden, so etwa im Datenschutzrecht in Art. 82 Abs. 4 DSGVO,¹⁰ im Kapitalgesellschaftsrecht¹¹ oder im europäischen Wettbewerbsrecht¹². Der Übersichtlichkeit und Prägnanz halber soll im Folgenden aber nur das ausbildungsrelevante Deliktsrecht mit § 840 Abs. 1 BGB behandelt werden.

Das Problem der gestörten Gesamtschuld tritt stets dann auf, wenn von mehreren Schädigern einer haftungsprivilegiert ist, der andere hingegen nicht.

Beispielfall: Bernd (B) nahm Arthur (A) gefälligkeitshalber in seinem Auto mit. Vor der Fahrt vereinbarten B und A rechtsgültig, dass B für leicht fahrlässige Schäden nicht haften soll. Während der Fahrt kommt es zu einem Unfall mit Claudia (C), den B und C jeweils hälftig verschuldet haben. B handelte nur leicht fahrlässig. A erleidet Verletzungen, sein Schaden beträgt 200 €. Ansprüche des A gegen B und C?

B ist gegenüber A vertraglich haftungsprivilegiert, wodurch er nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzustehen hat. Da er den Unfall jedenfalls nicht absichtlich oder grob fahrlässig herbeiführte, ist er mithin nicht zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

Anders hingegen bei C: Diese kann sich nicht auf eine Haftungsprivilegierung berufen, haftet also regulär aus § 7 Abs. 1 StVG bzw. § 18 Abs. 1 StVG oder auch § 823 Abs. 1 BGB. Da A als Schuldner aufgrund der Haftungsprivilegierung wegfällt, bleibt C als einzige Schuldnerin und muss damit den vollen Schaden allein ersetzen. Entgegen der verwirrenden Begrifflichkeit entsteht daher gerade keine Gesamtschuld.¹³ Die „Verantwortlichkeit“ i.S.d. § 840 Abs. 1 BGB gründet sich auf die Ersatz-

⁷ Hirsch, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2018, § 19 Rn. 402 ff.

⁸ Für Erfüllungsgehilfen hingegen schon, § 278 S. 2 BGB.

⁹ Vgl. Lorenz, JuS 2007, 611 (612 f.); Schulze, in: Schulze u.a., Handkommentar zum BGB, 12. Aufl. 2023, § 276 Rn. 23.

¹⁰ In Art. 77 Abs. 2 DSGVO-E(PARL) noch explizit „joint and severally liable“; Radtke, Gemeinsame Verantwortlichkeit unter der DSGVO, 2021, S. 306 ff.

¹¹ Ausführlich zur Behandlung der gestörten Gesamtschuld im Konzern Hoss, Gesamtschuldnerische Vorstandshaftung, 2021, S. 112 ff.

¹² Braun, Das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften im europäischen Wettbewerbsrecht, 2018, S. 50 ff.

¹³ Vieweg/Lorz, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, § 840 Rn. 22.

pflicht;¹⁴ C ist allein verantwortlich, wodurch die Voraussetzung (mehrere Verantwortliche) fehlt. Insofern existieren auch keine Regressansprüche gegen andere Schuldner gem. § 426 BGB. A kann von C also 200 € verlangen, obwohl sie den Unfall nur zur Hälfte verursacht hat, was C ohne Rückgriffmöglichkeit bei B hinnehmen muss.

Diese Disparität zwischen Verursachung und Haftung bildet den Kern der gestörten Gesamtschuld – die zentrale Frage ist, wie derartige Sachverhalte einer gerechten und für alle Seiten befriedigenden Lösung zuzuführen sind.

IV. Lösungsansätze

Es haben sich drei Hauptrichtungen zur Lösung des Problems herausgebildet: Belastung des haftenden Schuldners, Belastung des privilegierten Schädigers und Belastung des Gläubigers.¹⁵ Im folgenden Abschnitt sollen diese Ansätze sowie deren Konstruktionen dargestellt und bewertet werden. Es sei im Voraus darauf hingewiesen, dass im Folgenden nicht alle denkbaren Herleitungen zu den einzelnen Lösungen behandelt werden können.¹⁶ Es sollen nur besonders wichtige bzw. nach Auffassung des Verf. interessante Varianten präsentiert werden.

Ebenfalls sei erwähnt, dass sich einige Lösungen nur auf bestimmte Situationen beziehen und daher nicht ohne weiteres als allgemeines Prinzip angesehen werden können. Auch eine Übertragbarkeit ist daher zum Teil nur eingeschränkt möglich. Dies rührt hauptsächlich daher, dass die gestörte Gesamtschuld eine besonders ausgeprägte Zersplitterung aufweist und bis heute keine konsensfähigen, allgemeingültigen Antworten gefunden wurden.

1. Lösung zulasten des nicht privilegierten Schuldners

Zunächst ist denkbar, den nicht privilegierten Schuldner zu belasten. Hierbei wird dem Gläubiger der Zugriff auf den nicht haftenden Schädiger verwehrt, er kann den haftenden Schädiger jedoch in voller Höhe in Anspruch nehmen.¹⁷

a) Herleitung

Die Herleitung dieses Ansatzes ist relativ einfach und belässt es bei der Ausgangssituation: Haftet ein Schuldner aufgrund einer Privilegierung nicht, so ist er nicht „verantwortlich“ i.S.d. § 840 Abs. 1 BGB, es entsteht somit keine Gesamtschuld nach § 421 BGB. Damit muss der allein verantwortliche Schädiger im Rahmen der Totalreparation den gesamten Schaden ersetzen, der entstanden ist.¹⁸ Für eine Anwendung des § 426 BGB gibt es mangels Gesamtschuld keinen Raum.¹⁹

¹⁴ Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 840 Rn. 1.

¹⁵ Grüneberg, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 83. Aufl. 2023, § 426 Rn. 18; i.E. Looschelders, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 426 Rn. 158.

¹⁶ Es gibt eine kaum überschaubare Vielfalt an Meinungen, von denen sich jedoch kaum eine als definitiv bezeichnen kann. Teilüberblicke bei Christensen, MDR 1989, 948 (948 ff. zu §§ 1359, 1664 Abs. 1 BGB); Fischinger/Schröder, JA 2022, 982 (982 ff.); Legner, JuS 2022, 398 (401 ff.); ausführliche Darstellung bei Preißer, JuS 1987, 710 (710 ff.).

¹⁷ Fischinger/Schröder, JA 2022, 982 (983 f.).

¹⁸ Brand, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2023, § 249 Rn. 62.

¹⁹ Heinemeyer, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 426 Rn. 59.

Diese Lösung ist relativ alt. So verneinte das Kammergericht im Falle einer vertraglichen Privilegierung des Fahrzeughalters die Pflicht zum Ausgleich im Rahmen einer Gesamtschuld, wenn mehrere Schädiger vorhanden sind.²⁰ Aber auch der BGH bedient sich dieser Lösung, etwa im Falle gesetzlicher Privilegierung der Eltern.²¹ Von Interesse ist hier jedoch, dass der BGH dies nur tut, sofern es um familienrechtliche Haftungsbeschränkungen geht (§§ 1664 Abs. 1, 1359 BGB).²²

b) Bewertung

aa) Gesetzliche Privilegierungen

Für diesen Ansatz spricht vor allem seine dogmatische Klar- und Einfachheit. Er kommt insbesondere ohne komplizierte Konstruktionen aus und basiert dabei auf wortgetreuer Gesetzesauslegung.²³ Nach strenger Gesetzesanwendung entsteht von vorneherein keine Gesamtschuld nach § 421 BGB, wodurch für etwaige Ausgleichsforderungen kein Raum mehr besteht.

Ein in der einschlägigen Literatur bisher eher unberücksichtigtes²⁴ Argument für eine solche Belastung im Bereich der gesetzlichen Privilegierungen ist die Wertung des § 840 Abs. 3 BGB. Dort ist gesetzlich angeordnet, dass im Falle einer Drittbeteiligung am Schaden nach den §§ 833–838 BGB der Dritte allein verantwortlich ist. Es handelt sich dabei um eine Bestimmung bezüglich des Innenverhältnisses bei § 426 Abs. 1 S. 1 BGB.²⁵ Zwar setzt dies voraus, dass der Erstschädiger überhaupt haftet (was im Privilegierungsfall gerade nicht zutrifft), eignet sich daher aber gut für einen „erst recht“-Schluss: Wenn schon im Falle einer Haftung des Erstschädigers der Dritte den Schaden im Verhältnis zwischen beiden Schädigern allein zu ersetzen hat, muss dies erst recht der Fall sein, wenn der Erstschädiger überhaupt nicht haftet. Es erscheint daher folgerichtig, zumindest in den Fällen der §§ 833–838 BGB keinen Regressanspruch zuzugestehen, sofern der Zweitschädiger aus Verschulden haftet.²⁶

Abgesehen von dieser seltenen Konstellation ist diese Lösung jedoch nicht völlig überzeugend. Es bleibt die grundlegende Frage, weshalb von einem Schädiger für mehr gehaftet wird, als er verursacht hat, und ob dies gesetzlich gewollt sein kann. So haftet selbst ein Schädiger mit noch so minimalem Verursachungsbeitrag auf den vollen Schaden. Dies wirft ernsthafte Bedenken im Hinblick auf Grundprinzipien des Schuld- und Schadensersatzrechts auf. Denn neben dem Verschulden sind auch die Verursachungsbeiträge für die Ausgleichspflicht maßgeblich.²⁷ „Ein anderes“ i.S.v. § 426 Abs. 1 BGB ist nämlich auch der Rechtsgedanke des § 254 BGB.²⁸ Jeder hat also nur für das einzustehen, was er tatsächlich verursacht hat.

Der BGH rechtfertigt seine Rechtsprechung²⁹ im Familienrecht damit, dass etwa in den Fällen des

²⁰ Ludewig, Der gestörte Gesamtschuldnerausgleich zwischen mehreren Schädigern, 1968, S. 13.

²¹ BGHZ 103, 338 (347) = NJW 1988, 2667 (2669).

²² Fischinger/Schröer, JA 2022, 982 (983 f.).

²³ Vgl. Janda, VersR 2012, 1078 (1079).

²⁴ In etwas anderem Kontext erwähnt in BGHZ 157, 9 (15) = NJW 2004, 951 (953).

²⁵ BGHZ 157, 9 (15) = NJW 2004, 951 (952 f.).

²⁶ Vgl. Fuchs/Pauker/Baumgärtner, Delikts- und Schadensersatzrecht, 9. Aufl. 2017, S. 268.

²⁷ Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 840 Rn. 16.

²⁸ St. Rspr. seit RGZ 75, 251; vgl. BGHZ 43, 227 (231) = NJW 1965, 1175 (1176); BGHZ 51, 275 (279) = NJW 1969, 653 (654); BGHZ 59, 97 (103) = NJW 1972, 1802 (1803 f.); BGH NJW 1980, 2348 (2349); vgl. Ahrens/Spickhoff, Deliktsrecht, 2022, § 9 Rn. 38; Wurm, JA 1986, 177 (177).

²⁹ BGHZ 103, 338 (347 ff.) = NJW 1988, 2667 (2669); BGHZ 159, 318 (323) = NJW 2004, 2892 (2892).

§ 1664 Abs. 1 BGB andernfalls das Kind faktisch die wirtschaftlichen Folgen zu tragen hätte.³⁰ Auch wird das Vorliegen einer Gesamtschuld i.S.d. § 840 Abs. 1 BGB insgesamt verneint.³¹ Zu beachten ist hierbei jedoch, dass § 1664 Abs. 1 BGB und § 1359 BGB im Straßenverkehr nicht anwendbar sind.³²

Bezogen auf den Beispielsfall: Wäre B der Vater von A, könnte er sich nicht auf § 1664 Abs. 1 BGB berufen.

bb) Vertragliche Privilegierung

Insbesondere bei Betrachtung vertraglicher Haftungsprivilegierungen tritt eine ganz erhebliche Schwäche dieses Ansatzes zu Tage. In seiner Konsequenz führt er namentlich dazu, dass ein Dritter als Schädiger durch eine Verabredung zweier Vertragsparteien über seinen Verursachungsbeitrag hinaus haftet. Aus einem Vertrag zwischen fremden Personen erwachsen dem Dritten somit negative Folgen. Eine derartige Verabredung käme mithin einem Vertrag zulasten Dritter gleich,³³ wobei ein solcher unzulässig ist.³⁴ Wenn man daher einen solchen Vertrag hier als gegeben ansieht,³⁵ ist eine Anwendung der Lösung auf vereinbarte Haftungserleichterungen von vorneherein ausgeschlossen. Dieser Bewertung schließt sich auch die ganz h.M. an.³⁶

Selbst wenn man diesen Verstoß hinnähme, bestünde die Kritik bezüglich der Haftung unabhängig vom tatsächlichen Verursachungsbeitrag freilich auch im Bereich der vertraglichen Erleichterungen fort.

c) Ergebnis

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Lösung zulasten des privilegierten Schädigers im Rahmen gesetzlicher Haftungserleichterung in der Klausur vertretbar ist. Bei vertraglichen Privilegierungen ist sie dies jedoch nur unter großem Begründungsaufwand, da das Vorliegen eines Vertrages zulasten Dritter überzeugend abgelehnt werden müsste. Insgesamt erfährt die Lösung mit Ausnahme von den §§ 1664 Abs. 1, 1359 BGB praktisch keine Unterstützung mehr.³⁷

³⁰ BGHZ 103, 338 (347 ff.) = NJW 1988, 2667 (2669).

³¹ BGHZ 103, 338 (347) = NJW 1988, 2667 (2669); so auch OLG Bamberg, Urt. v. 14.2.2012 – 5 U 149/11, Rn. 10.

³² Zu § 1664 Abs. 1 BGB OLG Hamm NJW 1993, 542 (543); zu § 1359 BGB BGHZ 53, 352 (355) = NJW 1970, 1271 (1272). Dies beruht auf dem einleuchtenden Gedanken, dass im Verkehr kein Platz für eigenübliche Sorgfalt ist – ansonsten wäre die unsinnige Aussage, man pflege die Verkehrsregeln etwas zu missachten, eine valide Verteidigung vor Gericht. Warum dies nicht genauso für andere drittschützende Sorgfaltspflichten geht, bleibt indes offen.

³³ Vgl. Katzenstein, Haftungsbeschränkungen zugunsten und zulasten Dritter, 2004, S. 30 f.

³⁴ Wendland/Janoschek, in: Bamberger u.a., Kommentar zum BGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, § 328 Rn. 5; vgl. Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 47. Aufl. 2023, § 4 Rn. 3; Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 19. Aufl. 2021, § 54 Rn. 37; Emmerich, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 2; Löwisch/Feldmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2013, § 311 Rn. 12.

³⁵ A.A. Janda, VersR 2012, 1078 (1080 f.), welche sowohl Unmittelbarkeit als auch kollusives Zusammenwirken fordert.

³⁶ Gehrlein, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 426 Rn. 14; Jousen, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2021, Rn. 1434; Lumm, Zu den Voraussetzungen und der Funktion des Ausgleichs unter Gesamtschuldnern, 1968, S. 181; Wurm, JA 1986, 177 (181); PreiBer, JuS 1987, 710 (713); Looschelders, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 426 Rn. 176.

³⁷ Vgl. PreiBer, JuS 1987, 710 (713).

Zum Beispielfall: Es bleibt also bei der Ausgangslage. A kann von C 200 € verlangen, welche dies ohne Regressmöglichkeit hinnehmen muss und insofern „draufzahlt“.

2. Lösung zulasten des privilegierten Schädigers

Dieser zweite Ansatz will das als unbillig empfundene Ergebnis³⁸ des ersten (1.) korrigieren und schlägt eine Lösung zulasten des privilegierten Schädigers vor. Hierbei wird dem Zweitschädiger ein Regressanspruch gegen den Erstschädiger zugestanden. Hierzu gibt es mehrere denkbare Konstruktionen.

a) Herleitung

aa) Unwirksamkeit der vertraglichen Beschränkung

Ein sehr weitgehender Ansatz im Falle vertraglicher Erleichterungen wäre, die zugrundeliegende Haftungsbeschränkung in bestimmten Situationen insgesamt für unwirksam zu erklären. In einem vom Reichsgericht entschiedenen Fall hatten die Parteien einen Haftungsausschluss für den Fall vereinbart, dass ein Dritter am Schaden beteiligt ist. Dies wurde nach § 138 BGB für unwirksam erklärt.³⁹ Nimmt man eine Lösung zulasten des nicht privilegierten Schädigers an, läge hier nämlich ein unzulässiger Vertrag zulasten Dritter vor. Konsequenz der Unwirksamkeit ist eine „normale“ Gesamtschuld nach § 421 BGB mit Regressansprüchen nach § 426 BGB.

bb) Gesamtschuldskonstruktion

Eine weitere Möglichkeit ist, eine Gesamtschuld nach § 421 BGB ohne Unwirksamkeit der Beschränkung anzunehmen oder zu fingieren.⁴⁰

Eine solche ließe sich etwa über die Beschränkung der Privilegierung auf das Innenverhältnis erreichen.⁴¹ Hierbei wird angenommen, dass sich ein Haftungsausschluss zwischen X und Y nur im Innenverhältnis auswirkt, und zwar dergestalt, dass X von Y nichts fordern kann. Im Außenverhältnis entsteht dagegen ungehindert eine Gesamtschuld zwischen Y und Z, in der Z bei Y nach § 426 BGB Regress nehmen kann.⁴²

Ebenfalls denkbar ist die einfache Fiktion einer Gesamtschuld aufgrund eines allgemeinen Rechtsgedankens.⁴³ Hiernach könnte Z bei Y im Wege einer analogen Anwendung des § 426 BGB Regress nehmen.

Des Weiteren wäre es auch möglich, die Haftungsabrede als einen Erlass der Schuld gem. § 397 BGB auszulegen.⁴⁴ Folgt man der Ansicht, dass die Entstehung von Forderungen durch Haftungsfreistellungen nicht gehemmt wird,⁴⁵ so besteht eine Forderung zumindest für eine juristische Sekun-

³⁸ Thiele, JuS 1968, 149 (156 f.).

³⁹ RG DR 1939, 1318 (1319 Rn. 27) mit Anm. Booß.

⁴⁰ Janda, VersR 2012, 1078 (1079).

⁴¹ So BGHZ 12, 213 = NJW 1954, 875 (876); BGHZ 35, 317 = NJW 1961, 1966 (1967).

⁴² Vgl. Medicus, JZ 1967, 398 (398); allgemeiner Schwedhelm, Das Gesamtschuldverhältnis, 2003, S. 180.

⁴³ Heinemeyer, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 426 Rn. 59; gegen Fiktion wendet sich Selb, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldner, 1984, S. 129.

⁴⁴ Geigel, JZ 1954, 505 (507 f.).

⁴⁵ Nur, falls die Abrede nicht die Entstehung schlechthin ausschließen soll, vgl. Schlüter, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 397 Rn. 7; abl. Selb, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldner, 1984, S. 127; Looschelders,

de; darauf folgt jedoch ihr sofortiger Erlass.⁴⁶ Faktisch würde dies eine nachträgliche Befreiung eines Gesamtschuldners darstellen. Ein wirksam entstandenes Gesamtschuldverhältnis und einhergehende interne Ausgleichspflicht würden dadurch jedoch nicht mehr beeinträchtigt,⁴⁷ sodass ein regulärer Rückgriff aus § 426 BGB möglich ist.

cc) Lösung des Reichsgerichts in RGZ 69, 224

Eher von historischem Interesse ist die Ansicht des RG, welches wie folgt argumentierte:

„Das Gemeinschaftsverhältnis aber, das (abgesehen von einem konkreten zwischen den Gesamtschuldnern ohnehin bestehenden Rechtsverhältnisse) von Gesetzes wegen den Anspruch auf Ausgleich begründet, gelangt schon von vorneherein durch diejenige Tatsache zur Existenz, welche nach geltendem Rechte die gesamtschuldnerische Haftung erzeugt; also bei unerlaubten Handlungen sofort durch die gemeinsame Begehung des Delikts [...]“⁴⁸

Das RG löst somit die Frage der Ausgleichspflicht von der Frage des Vorliegens einer Gesamtschuld und stellt sie separat nebeneinander. Eine solche Pflicht wäre demnach immer gegeben, wenn mehrere zusammen oder nebeneinander eine unerlaubte Handlung begehen.⁴⁹

b) Bewertung

Allen Konstruktionsmöglichkeiten ist gemein, dass sie das als unbillig empfundene Ergebnis des ersten Lösungsansatzes zu korrigieren versuchen. Es wird versucht, „eine Kongruenz zwischen Tatbeitrag und Haftung herzustellen.“⁵⁰ Grundsätzlich ist dem auch, wie bereits gezeigt, zuzustimmen.

aa) Gesetzliche Privilegierung

Für die Lösung zulasten des privilegierten Schädigers spricht generell vor allem, dass keine Haftung unabhängig vom Verursachungsbeitrag eingeführt wird. Der Zweitschädiger muss nicht mehr für den ganzen Schaden aufkommen; damit wird eine große Schwäche der Lösung zulasten des haftenden Schädigers beseitigt.

Teleologisch ist dieses Resultat im Rahmen der gesetzlichen Privilegierungen jedoch zu beanstanden. Allgemeiner Sinn von solchen Haftungserleichterungen ist die Bewahrung des Begünstigten vor jeglichen Schadensersatzansprüchen des anderen.⁵¹ Dies wird zwar nominell gewahrt, indem dem Geschädigten der direkte Zugriff auf den Privilegierten verwehrt wird. Doch faktisch haftet dieser dennoch, da er nun Regressansprüchen des anderen Schädigers ausgesetzt ist. Dies kann nicht Sinn einer gesetzlichen Erleichterung sein, sie würde in ausnahmslos allen Fällen mit Drittbeteili-

in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 426 Rn. 175.

⁴⁶ Ludewig, Der gestörte Gesamtschuldnerausgleich zwischen mehreren Schädigern, 1968, S. 16; zur Thematik, ob künftige Forderungen überhaupt erlassfähig sind, vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 22. Aufl. 2021, § 25 Rn. 3; Wolber, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2023, § 397 Rn. 33 m.w.N.; historisch a.A. RGZ 124, 325 (326).

⁴⁷ Heinemeyer, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 426 Rn. 9; sehr ausführlich zur Thematik, ob dies zutrifft Meier, Gesamtschulden, 2010, S. 672 ff.

⁴⁸ RGZ 69, 422 (426).

⁴⁹ Christensen, MDR 1989, 948 (949).

⁵⁰ Lumm, Zu den Voraussetzungen und der Funktion des Ausgleichs unter Gesamtschuldern, 1968, S. 192.

⁵¹ Vgl. Medicus, JZ 1967, 398 (399); Thiele, JuS 1968, 149 (157).

gung am Schaden vollständig leerlaufen.⁵² Nicht die Parteien, sondern der Gesetzgeber selbst hat den Schutz einer Person vor Schadensersatzansprüchen bezweckt.

bb) Vertragliche Privilegierung

Im Bereich der vertraglichen Haftungsbeschränkungen ist diese Lösung zunächst grundsätzlich haltbar, da nunmehr kein Vertrag zulasten Dritter vorliegt. In der Rechtsprechung wurde die Beschränkung auf das Innenverhältnis auch bereits vertreten.⁵³ Begründet wurde dies damit, dass es nicht vom Parteiwillen abhängen könne, ob die gesetzlichen Regeln zum Gesamtschuldnerausgleich zur Anwendung kämen.⁵⁴

Im Ergebnis führen die Korrekturversuche jedoch zu nicht minder ungerechten Resultaten. Besonders hervor sticht hierbei folgendes Szenario: Vereinbaren X und Y einen Haftungsausschluss und verursacht Y fahrlässig einen Schaden bei X, so hat er nichts zu befürchten. Verursacht nun aber neben Y auch Z hälftig den Schaden, so muss Y faktisch für den halben Schaden haften, obwohl er weit weniger Verursachungsbeiträge als im ersten Fall erbracht hat (worauf bereits *Medicus*⁵⁵ zutreffend hingewiesen hat). Ein solches Ergebnis ist praktisch nicht zu erklären und widerspricht ebenso dem Gerechtigkeitsempfinden wie die alleinige Belastung des nicht privilegierten Schuldners.⁵⁶

Speziell die Unwirksamkeit der Haftungsabrede dürfte auch nicht dem Parteiwillen entsprechen, ferner ist die Vereinbarung an sich einwandfrei.⁵⁷ Eine derartige Beschränkung ließe die Privatautonomie und die im Gesetz ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit der vertraglichen Haftungserleichterung⁵⁸ im Ergebnis leerlaufen, da nie vorhersehbar ist, ob an einem Schaden einer Partei auch ein Dritter beteiligt sein könnte. Mithin würden fast alle Haftungsbeschränkungen unwirksam werden.

c) Ergebnis

Die Lösung ist sowohl bei gesetzlichen als auch vertraglichen Erleichterungen vertretbar. Nach Erachten des *Verf.* ist es jedoch begründungstechnisch einfacher, sie abzulehnen und sich der Lösung zulasten des Gläubigers zu bedienen.

Zum Beispielfall: A kann von C immer noch 200 € fordern. C hat nun jedoch einen Regressanspruch nach § 426 BGB gegen B entsprechend dessen Verursachungsbeitrag, also $0,5 \times 200 \text{ €} = 100 \text{ €}$.

3. Lösung zulasten des Gläubigers

Als letzte Möglichkeit bleibt übrig, den Gläubiger zu belasten.⁵⁹ Auch hierzu gibt es wiederum mehrere mögliche Konstruktionsansätze.⁶⁰

⁵² Zust. *Lumm*, Zu den Voraussetzungen und der Funktion des Ausgleichs unter Gesamtschuldern, 1968, S. 198 f.

⁵³ BGHZ 12, 213 = NJW 1954, 875.

⁵⁴ BGHZ 12, 213 = NJW 1954, 875.

⁵⁵ *Medicus*, JZ 1967, 398 (399); zust. *Legner*, JuS 2022, 398 (401); *Wurm*, JA 1986, 177 (181); diff. *Böhmer*, MDR 1968, 13 (14); a.A. *Hager*, NJW 1989, 1640 (1643 Fn. 29); *Lumm*, Zu den Voraussetzungen und der Funktion des Ausgleichs unter Gesamtschuldern, 1968, S. 195.

⁵⁶ Vgl. auch *Christensen*, MDR 1989, 948 (949).

⁵⁷ *Böhmer*, MDR 1968, 13 (13); *Fischinger/Schröer*, JA 2022, 982 (984).

⁵⁸ *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 83. Aufl. 2023, § 276 Rn. 34 ff.; *Walker*, JuS 2015, 865 (869 ff.).

⁵⁹ *Schmidt*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, Rn. 1134.

⁶⁰ Eingehender zur Herleitung bei §§ 1359, 1664 Abs. 1 BGB *Christensen*, MDR 1989, 948 (949 ff.).

a) Herleitung

aa) Regresskreisel

Die erste denkbare Lösung geht vom soeben gezeigten zweiten Ansatz zulasten des privilegierten Schädigers aus, räumt diesem aber nun seinerseits einen Regressanspruch gegen den Gläubiger ein.⁶¹ Dogmatisch begründet wird dies in vertraglichen Konstellationen durch Interpretation der Abrede als Freistellungsanspruch des privilegierten Schädigers gegenüber dem Geschädigten.⁶² In gesetzlichen Konstellationen ist die Herleitung umstritten. Denkbar ist sowohl ein Anspruch aus der haftungsausschließenden Norm selbst,⁶³ als auch § 677 BGB⁶⁴ oder § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB⁶⁵.

bb) Anspruchskürzung

Ebenfalls wird vertreten, den Anspruch des Gläubigers von vorneherein auf den Verursachungsbeitrag des haftenden Schuldners zu kürzen.⁶⁶ Im Falle vertraglicher Haftungsfreistellungen wäre dies dogmatisch dann ein Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB.⁶⁷ Diese Lösung ist bei vertraglicher Privilegierung h.M.⁶⁸ Auch die Rechtsprechung bedient sich dieses Ansatzes, so etwa im Bereich der Unternehmerprivilegierung bei Arbeitsunfällen (§ 104 Abs. 1 SGB VII).⁶⁹ Auch in Fällen der vertraglichen Privilegierung entschied der BGH so, wenn besondere Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass die Abrede als Vertrag zugunsten Dritter wirken soll.⁷⁰

Im Falle der gesetzlichen Privilegierung kann naturgemäß nicht auf eine Auslegung der Abrede abgestellt werden, die Rechtsprechung begründet dies dann im Falle des § 104 Abs. 1 SGB VII folgendermaßen:

„Die Beschränkung der Haftung des Zweitschädigers beruht dabei auf dem Gedanken, dass einerseits die haftungsrechtliche Privilegierung nicht durch eine Heranziehung im Gesamtschuldnerausgleich unterlaufen werden soll, es aber andererseits bei Mitberücksichtigung des Grundes der Haftungsprivilegierung, nämlich der anderweitigen Absicherung des Geschädigten durch eine gesetzliche Unfallversicherung nicht gerechtfertigt wäre, den Zweitschädiger den Schaden alleine tragen zu lassen.“⁷¹

b) Bewertung

Es soll – abweichend von vorheriger Praxis – hier zunächst die Anwendung in vertraglichen Konstellationen betrachtet werden, da sich dort die Argumente besser veranschaulichen lassen.

⁶¹ Fischinger/Schröer, JA 2022, 982 (984 f.); Legner, JuS 2022, 398 (401).

⁶² Muscheler, JR 1994, 441 (443).

⁶³ Hanau, VersR 1967, 516 (523).

⁶⁴ Als Leistung auf fremde Schuld verstehend Schmieder, JZ 2009, 189 (190).

⁶⁵ Vgl. Hager, NJW 1989, 1640 (1643); Schmieder, JZ 2009, 189 (190).

⁶⁶ Looschelders, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 426 Rn. 179 m.w.N.

⁶⁷ Looschelders, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 426 Rn. 182 ff.

⁶⁸ Legner, JuS 2022, 398 (401); Gehrlein, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 426 Rn. 14; Heinemeyer, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 426 Rn. 61; Meier, Gesamtschulden, 2010, S. 671 f.; Preißer, JuS 1987, 710 (710).

⁶⁹ Vgl. BGH NJW 2008, 2116 (2117); BGH NJW 2005, 3144 (3145); BGHZ 157, 9 (14) = NJW 2004, 951 (952); ausführlich Wellner, in: Geigel, Der Haftpflichtprozess, 29. Aufl. 2024, Kap. 31 Rn. 92 ff.

⁷⁰ BGH NJW 2000, 1942.

⁷¹ Wörtlich zitiert aus BGH NJW 2008, 2116 (2117).

aa) Vertragliche Privilegierungen

Kritikwürdig an der Auslegung der Parteienabrede allgemein erscheint zunächst, dass hierfür dem Gläubiger des Ersatzanspruches stets eine selbst gewollte Benachteiligung unterstellt wird. Ein Verzichtwille ist gegenüber dem Erstschädiger zwar eindeutig erkennbar, es ist jedoch fraglich, ob dies auch gegenüber Dritten gelten soll, deren Ersatzpflicht zum Zeitpunkt der Abrede weder berechenbar noch bestimmbar war.⁷² Generell scheint es wenig überzeugend, in die Erklärung des Gläubigers eine solche Inkaufnahme (oder sogar ein Wollen) dieses Nachteils bereitwillig hineinzulesen.⁷³ Aus dem Willen, einer Person die Haftung zu erleichtern, kann nicht geschlossen werden, dass er von anderen Personen dementsprechend weniger will. Ferner ist auch generell fragwürdig, ob den Parteien eine derart differenzierte Vorstellung von ihrer Abrede unterstellt werden kann.⁷⁴ Näherliegender ist es wohl zumindest im alltäglichen Bereich, dass sie sich kaum Gedanken um Dritte und korrespondierende Ersatzpflichten machen.⁷⁵

Nachteilig am Regresskreisel erscheint insbesondere der Umstand, dass es nicht weniger als drei separate Ansprüche benötigt, um die Situation zu klären.⁷⁶ Dadurch wird die gesamte Konstruktion anfällig, speziell im Hinblick auf etwaige Insolvenzen.⁷⁷ Letztlich trüge der privilegierte Schädiger das Insolvenzrisiko des Deliktsgläubigers, welcher selbst aufgrund des Delikts eingeschränkt leistungsfähig sein könnte. Ferner verlagert es damit zumindest ein Restrisiko des Unterlaufens der Privilegierung stillschweigend nun doch zurück an den nicht haftenden Schädiger, welcher in einem solchen Fall auf seinem Schaden sitzenbleiben würde (und somit faktisch Lösung 2 vorliegt). Damit erscheint es unbillig, dass er sich die Wirkung seiner Privilegierung erst durch Geltendmachung eines Anspruchs gegen den Gläubiger „erarbeiten“ muss.

Kritikwürdig an der Anspruchskürzung ist wiederum die prozessuale Nachteiligkeit für den nicht privilegierten Schädiger.⁷⁸ Verklagt der Deliktsgläubiger ihn auf die volle Summe, und kennt er die Freistellung des Erstschädigers nicht, würde der Gläubiger in der Regel ein rechtskräftiges Urteil über vollständigen Ersatz erlangen. Will der Zweitschädiger nun gegen den Gläubiger vorgehen, um doch nicht alles zahlen zu müssen, kann er dies aufgrund der Rechtskraft des Urteils nur unter hohen Voraussetzungen, so etwa wegen sittenwidriger Schädigung, § 826 BGB.⁷⁹ Ferner wäre er für Vorliegen und Reichweite der Abrede beweispflichtig.⁸⁰ Entschärfen ließe sich dies praktisch nur durch eine Hinweispflicht des Gläubigers bzw. eine Beweislastumkehr.

Letztlich ist es dennoch die Anspruchskürzung, welche anzustreben ist. Sie trägt der Interessenlage der Parteien am besten Rechnung.⁸¹ Der haftende Schädiger muss nur für das einstehen, was er tatsächlich selbst verursacht hat. Der privilegierte Schädiger wird gar nicht erst in Anspruch genommen, seine Haftungserleichterung entfaltet damit volle Wirkung. Schließlich ist es auch für den Gläubiger eine sachgerechte Lösung: Er hat sich im Voraus im Rahmen der Haftungsabrede bereit erklärt, seinen Schaden schlimmstenfalls gar nicht liquidieren zu können. Tritt nun ein Dritter hinzu, erlangt

⁷² Janda, VersR 2012, 1078 (1082).

⁷³ Vgl. Preißer, JuS 1987, 710 (711), welcher hier sogar eine „böswillige Auslegung“ (interpretatio maligna) sieht.

⁷⁴ Wurm, JA 1986, 177 (182).

⁷⁵ Vgl. Janda, VersR 2012, 1078 (1082); Reinicke, NJW 1954, 1641 (1641).

⁷⁶ Den Regresskreisel insgesamt für unzumutbar haltend Medicus, JZ 1967, 398 (400).

⁷⁷ Schwedhelm, Das Gesamtschuldverhältnis, 2003, S. 180 f.

⁷⁸ Fischinger/Schröer, JA 2022, 982 (985).

⁷⁹ Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 826 Rn. 251 ff.

⁸⁰ Fischinger/Schröer, JA 2022, 982 (985).

⁸¹ Zust. Wagner, Deliktsrecht, 14. Aufl. 2021, S. 300; Medicus, JZ 1967, 398 (401); Prölss, JuS 1966, 400 (402); Schwedhelm, Das Gesamtschuldverhältnis, 2003, S. 181; Thiele, JuS 1968, 149 (157).

er statt „keinem“ immerhin einen anteiligen Ersatz.⁸² Die prozessualen Nachteile stellen sich hier mehr als zwar unangenehme, aber letztlich notwendige Nebenfolgen einer gerechten materiellen Rechtslage dar; eine Ergänzung der ZPO wäre daher in Betracht zu ziehen.

bb) Gesetzliche Privilegierungen

Für die Argumente Pro und Contra Regresskreisel und Kürzung kann hier zunächst sinngemäß auf obige Ausführungen verwiesen werden. Nach Auffassung des *Verf.* stellt auch hier die Kürzung des Anspruches den besten Weg dar.⁸³

Dass der Gesetzgeber selbst festlegt, dass eine bestimmte Person in einer Situation nicht haften soll, ist ein Indiz für einen besonders starken Schutz. Bei der bestehenden Strukturgleichheit⁸⁴ zwischen vertraglicher und gesetzlicher Privilegierung ist es daher unverständlich, dass etwa der schuldige Ehegatte durch Hinzutreten eines Dritten schlechter steht. Gerade aufgrund der gesetzgeberischen Intention, eine Person vor Inanspruchnahme zu schützen, kann der gangbare Weg wiederum nur eine Kürzung des Anspruches sein.⁸⁵ Ein Ignorieren der Privilegierung würde die gesetzliche Wertung missachten.⁸⁶ Hier rechtfertigt also nicht der Verzichtwille des Gläubigers, sondern der besonders starke Schutz des Erstschädigers eine Kürzung des Anspruches.

Ergänzend sei anzumerken, dass teils danach unterschieden wird, ob das gesetzliche Privileg besagt, dass der Geschädigte den Schaden letztlich selbst tragen muss.⁸⁷ Nach Ansicht des *Verf.* ist dies aber abzulehnen, da der Kern der Privilegierung stets nur der Schutz des Privilegierten sein kann. Geht man von diesem Standpunkt aus, so bleibt als Lösung ohnehin nur die Kürzung des Anspruches: alle anderen Ansätze belasten ihn entweder direkt (Regress des Dritten) oder indirekt (Notwendigkeit des Regresses beim Gläubiger). Eine weitergehende Debatte über dieses Thema würde den Rahmen dieses Aufsatzes jedoch sprengen.

cc) Sonderfall des § 1664 Abs. 1 BGB

In den Argumenten gegen eine Anspruchskürzung im Falle gesetzlicher Privilegierungen sticht die Behandlung des § 1664 Abs. 1 BGB hervor. Die Ansicht, dass dieser eine „absolute Schutzwirkung“⁸⁸ für die Familie besitzt und daher der Zweitschädiger voll hafte (Lösung 1),⁸⁹ vermag nach Auffassung des *Verf.* jedoch nicht zu überzeugen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern diese Belastung gerechtfertigt ist.

Vielmehr ist nach Ansicht des *Verf.* die Kürzung des Anspruches der richtige Weg,⁹⁰ denn die Interessenlage ist gleich: auch hier begehren beide Schädiger, nicht mehr zu haften als notwendig. Wichtig ist jedoch, dass sich auch die Position des Gläubigers, in diesem Fall des Kindes, nicht verändert hat. Denn der anfängliche Betrachtungspunkt ist und bleibt ein vollständiges Unterbleiben der Schadensliquidation, sofern ein Elternteil das Kind im Rahmen eigenüblicher Sorgfalt fahrlässig schädigt.

⁸² Böhmer, MDR 1968, 13 (13); Reinicke, NJW 1954, 1641 (1641).

⁸³ Zust. Böhmer, MDR 1968, 13 (13 f.); Medicus, JZ 1967, 398 (401); Prölss, Jus 1966, 400 (402); Wurm, JA 1986, 177 (182); abl. Hager, NJW 1989, 1640 (1646 f.); Looschelders, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2022, § 426 Rn. 159.

⁸⁴ So BGHZ 35, 317 = NJW 1961, 1966.

⁸⁵ Wurm, JA 1986, 177 (182).

⁸⁶ Prölss, JuS 1966, 400 (401 f.).

⁸⁷ Prölss, JuS 1966, 400 (401 f.).

⁸⁸ Veit, in: BeckOK BGB, Stand: 1.1.2023, § 1664 Rn. 1.1; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 22. Aufl. 2021, § 66 Rn. 25.

⁸⁹ BGHZ 103, 338 (346 ff.) = NJW 1988, 2667 (2669); bestätigt durch BGH NJW 2004, 2892.

⁹⁰ Zust. Medicus, JZ 1967, 398 (401); abl. Christensen, MDR 1989, 949 (951); Hager, NJW 1989, 1640 (1646 f.).

Insofern ist auch hier die anteilige Befriedigung durch einen hinzutretenden Zweitschädiger gerade kein „Minus“ zur kompletten, sondern ein „Plus“ zur unterbliebenen Schadensliquidation. Eine wirtschaftliche Benachteiligung des Kindes ist allein dadurch ausgeschlossen, dass es besser steht, als wenn der Schaden nur von Mutter oder Vater verursacht wurde.

Das vorgebrachte Argument, dass das Kind andernfalls faktisch den Schaden trüge,⁹¹ verkennt auch die Wertung des Gesetzes. Bereits die Existenz des § 1664 Abs. 1 BGB beweist, dass der Gesetzgeber dem Kind den Schaden gerade zumuten wollte; eine leicht fahrlässige Schädigung durch einen Elternteil dürfte den absoluten Regelfall darstellen. Insofern kann die Aussage des Gesetzes nur lauten, dass ein Kind den Schaden im Interesse des Familienfriedens⁹² in der Regel hinnehmen müsse.⁹³ Dies bedeutet, dass der Grundfall kein Ersatz ist, wodurch jede Art von Schadensersatz notwendigerweise ein „mehr“ darstellen muss. Das Gesetz gebietet somit keine darüber hinausgehende Belastung des Zweitschädigers; aufgrund der gleichen Interessenlage ist ebenfalls nur ein gekürzter Anspruch zu gewähren.

c) Ergebnis

Die Lösung zulasten des Gläubigers ist sowohl bei gesetzlichen als auch vertraglichen Privilegierungen gut vertretbar. Nach Ansicht des *Verf.* ist sie den anderen Lösungen vorzuziehen, da es für sie besonders viele überzeugende Argumente gibt. Hier ist insbesondere die bestmögliche Berücksichtigung aller Interessen zu nennen.

Zum Beispielfall: Im Falle des Regresskreises ergibt sich folgende Konstellation: A kann von C 200 € fordern. Diese hat einen Regressanspruch nach § 426 BGB gegen B i.H.v. 100 €. B kann nun wiederum Rückgriff bei A nehmen und von diesem 100 € verlangen, sodass B schadlos steht. Im Falle der Anspruchskürzung kann A von C von vorneherein nur Ersatz in Höhe ihres Verursachungsbeitrages fordern, also 100 €.

V. Fazit

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die gestörte Gesamtschuld trotz ihrer einfachen Ausgangssituation eine beachtliche Tiefe aufweist. Es existieren neben dogmatischen Schwierigkeiten auch Wertungsfragen, da eine Partei stets mehr oder weniger benachteiligt werden muss.⁹⁴ Insbesondere die schier unüberschaubare Anzahl an Partikularlösungen für einzelne Teilaspekte und -konstellationen macht sie zu einem in der Tiefe schwer zu durchdringenden Problem.

In der Klausur ist vor allem die Erkennung und Darstellung des Konfliktes sowie eine begründete Entscheidung wichtig. Hierfür liefert dieser Aufsatz Argumente für und gegen die jeweilige Lösung im Falle vertraglicher und gesetzlicher Privilegierungen. Klausurrelevant dürften dabei jedoch vor allem die gesetzlichen Erleichterungen, insbesondere die §§ 1359 und 1664 Abs. 1 BGB, sein. Hier kann eine Kenntnis dieser Vorschriften (Schutzwirkung...) der Argumentation viel Qualität geben.

⁹¹ BGHZ 103, 338 (348) = NJW 1988, 2667 (2669).

⁹² Veit, in: BeckOK BGB, Stand: 1.1.2023, § 1664 Rn. 1 f.; Huber, in: MüKo-BGB, Bd. 10, 8. Aufl. 2020, § 1664 Rn. 2.

⁹³ Im ähnlichen Falle des § 1359 BGB so Wurm, JA 1986, 177 (182).

⁹⁴ Sieht man einmal von der arbeitsrechtlichen Konstellation der Privilegierung des § 104 Abs. 1 SGB VII ab: Ein Arbeitnehmer als Deliktsgläubiger bekommt nur anteiligen Ersatz vom Zweitschädiger (Anspruchskürzung), steht aber durch den Ausgleich der Sozialversicherung insofern trotzdem schadlos. Dies ist Rechtfertigung für die Kürzung.

In Anbetracht des Umstandes, dass selbst in der Wissenschaft noch keine konsensfähige, allgemeine Stellung zur gestörten Gesamtschuld besteht, kann eine dogmatische Herleitung und Erklärung jedoch kaum erwartet werden. Insofern ist mit Problemverständnis bereits viel gewonnen. Wichtig ist daher vor allem, die drei Lösungsmöglichkeiten zu kennen und durch Abwägung der widerstreitenden Interessen zu einem begründeten Ergebnis zu kommen.

Examensübungsklausur: Spiel-Verderberin*

Wiss. Mitarbeiter Florian Brüderlin, Wiss. Mitarbeiterin Lilly Mögn,
Stud. Hilfskraft Sophia Eder, Passau**

Die Klausur behandelt das neue Recht der digitalen Produkte (§§ 327 ff. BGB) und setzt dabei einen Schwerpunkt auf Vertragsbeendigung und Widerruf. Einen weiteren Schwerpunkt bildet der methodisch saubere Umgang mit europarechtlichen Bezügen – namentlich richtlinienkonforme Auslegung.

Sachverhalt

Veronika (V) entdeckt am 4.5.2023 auf der Webseite der Unity Software Solutions GmbH (U-GmbH) eine Anzeige für ein Computerspiel. Gegen Zahlung von 120 € kann das Spiel heruntergeladen und für 24 Monate genutzt werden. Für das bestmögliche Spielerlebnis ist zudem eine überdurchschnittlich gute Grafikkarte erforderlich. Daher kann auf der Website der U-GmbH direkt in Kombination mit dem Spiele-Abo eine passende Grafikkarte für zusätzliche 800 € erworben werden, die theoretisch auch für andere Computerprogramme verwendet werden kann. Nach Ablauf der 24 Monate kann die Nutzbarkeit des Spiels durch erneute Zahlung entsprechend verlängert werden. Die Grafikkarte kann unabhängig von der Fortführung des Spiele-Abos behalten werden.

V ist begeistert und möchte sich dieses günstige Angebot nicht entgehen lassen. Sie legt daher das Computerspiel für 24 Monate – beginnend ab dem 5.5.2023 – und die dazu angebotene Grafikkarte in den Warenkorb. Zwar verfügt ihr Computer bereits über eine Grafikkarte, die für ihre aktuell verwendeten Programme ausreichend ist, jedoch möchte sie sich die maximale Auflösung des Spiels nicht entgehen lassen. Bevor V ihren Einkauf abschließen kann, wird sie aufgefordert, unter mehreren tauglichen Betriebssystemen dasjenige ihres Computers auszuwählen. Sie setzt sodann zutreffend bei dem Betriebssystem ihres Computers ein Häkchen und klickt anschließend auf die Schaltfläche „zahlungspflichtig bestellen“. Wenige Minuten später erhält sie per E-Mail eine Bestellbestätigung mit Zahlungsaufforderung. Nach Bezahlung des gesamten Entgelts für die 24 Monate sowie die Grafikkarte erhält sie auch den Download-Link für das Basisprogramm des Computerspiels. Dieses lässt sich problemlos installieren. Das Basisprogramm ist erforderlich, um das Spiel auf dem Rechner zu starten. Anschließend greift die Software notwendigerweise auf die Server des Spieleanbieters zu, wodurch insbesondere auch mit anderen Spielern gemeinsam gespielt und kommuniziert werden kann. Wenige Tage später wird V zudem per Post die voll funktionsfähige Grafikkarte zugesendet.

Als V am 6.6.2023 das Spiel starten will, lässt sich jedoch das Basisprogramm nicht mehr öffnen. Nach kurzer Recherche im Internet ergibt sich, dass die U-GmbH das Spiel zum 5.6.2023 auf modernere Betriebssysteme umgebaut hat. Auf das veraltete und mittlerweile eher unübliche Betriebssystem von V wurde das Spiel dabei nicht mehr angepasst, da die U-GmbH dazu ihre Serverkapazitäten erheblich hätte erweitern müssen, obwohl dadurch nur wenige zusätzliche Spieler gewonnen wer-

* Die Klausur behandelt das neue Recht der digitalen Produkte (§§ 327 ff. BGB) und setzt dabei einen Schwerpunkt auf Vertragsbeendigung und Widerruf. Einen weiteren Schwerpunkt bildet der methodisch saubere Umgang mit europarechtlichen Bezügen – namentlich richtlinienkonforme Auslegung.

** Der Autor *Brüderlin* ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Rechtsdidaktik der Universität Passau – Lehrprofessur für Zivilrecht (Prof. Dr. Tomas Kuhn). Die Autorin *Eder* ist Stud. Hilfskraft ebenda. Die Autorin *Mögn* war Stud. Hilfskraft ebenda und ist nun Wiss. Mitarbeiterin am Institut für Rechtsdidaktik der Universität Passau – Lehrprofessur für Öffentliches Recht (Prof. Dr. Urs Kramer).

den können. V meldet sich sogleich bei der U-GmbH und erklärt dem Support-Mitarbeiter, sie wolle sich von dem Vertrag lösen. Ihr sei klar, dass eine Erweiterung auf ihr Betriebssystem für die U-GmbH wirtschaftlich keinen Sinn ergebe – was auch tatsächlich zutrifft. Allerdings habe die restliche Laufzeit des Spiels für sie so keinen Nutzen mehr. Sie verlange daher die gezahlten 120 € zurück. Außerdem habe sie dadurch auch keine Verwendung mehr für die Grafikkarte, da ihr Rechner ja selbst über eine ansonsten ausreichende Grafikkarte verfüge. Daher solle die U-GmbH ihr auch die diesbezüglich gezahlten 800 € zurückerstatten.

Der Support gibt jedoch an, die U-GmbH werde ihre Serverkapazität in naher Zukunft entsprechend erweitern, sodass dann das Spiel auch wieder auf dem Betriebssystem von V funktioniere. V müsse sich nur ein wenig gedulden. Dies erfolgt jedoch nicht. Daraufhin kontaktiert V am 12.9.2023 erneut den Support der U-GmbH und verlangt nochmals das Entgelt für Spiel und Grafikkarte zurück. Die U-GmbH lehnt dies aber weiterhin ab; jedenfalls müsse V die Grafikkarte zurückgeben und für deren „Abnutzung geradestehen“.

Bearbeitungsvermerk

In einem Gutachten, das – gegebenenfalls hilfsgutachterlich – auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, ist zu beantworten, ob V der geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung des Entgelts für das Spiel und die Grafikkarte zusteht.

Es ist davon auszugehen, dass die U-GmbH alle gesetzlichen Informationspflichten erfüllt hat und ordnungsgemäß gegründet und vertreten war.

Auf Art. 4, ErWG 65 S. 1 und Art. 14 Abs. 2 RL (EU) 2019/770 (Digitale-Inhalte-Richtlinie; im Folgenden DURL) wird bezüglich der §§ 327 ff. BGB, die der Umsetzung der DURL dienen, hingewiesen:

Art. 4 DURL: Grad der Harmonisierung

Sofern in dieser Richtlinie nichts anderes bestimmt ist, dürfen die Mitgliedstaaten in ihrem nationalen Recht keine von den Bestimmungen dieser Richtlinie abweichenden Vorschriften aufrechterhalten oder einführen; dies gilt auch für strengere oder weniger strenge Vorschriften zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutzniveaus.

ErWG 65 S. 1 DURL:

Ist die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen rechtlich oder tatsächlich unmöglich oder weigert sich der Unternehmer, den vertragsgemäßen Zustand der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen herzustellen, da ihm dies unverhältnismäßige Kosten verursachen würde, oder hat der Unternehmer den vertragsgemäßen Zustand der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht innerhalb einer angemessenen Frist kostenlos und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher hergestellt, so sollte der Verbraucher Anspruch auf Abhilfe in Form einer Preisminderung oder einer Beendigung des Vertrags haben.

Art. 14 DURL: Abhilfe bei Vertragsmäßigkeit

(1) [...]

(2) Der Verbraucher hat Anspruch auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen, es sei denn, dies wäre unmöglich oder würde dem Unternehmer Kosten verursachen, die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls unverhältnismäßig wären; zu diesen Umständen zählt Folgendes:

- a) der Wert, den die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen hätten, wenn keine Vertragswidrigkeit vorläge, und
 b) die Erheblichkeit der Vertragswidrigkeit.
 [...]

Lösungsvorschlag

I. Anspruch der V gegen die U-GmbH auf Rückzahlung des Entgelts für das Spiel und die Grafikkarte, §§ 355 Abs. 3 S. 1, 312g Abs. 1 Fall 2 BGB.....	69
1. Rechtsfähigkeit der U-GmbH	69
2. Wirksamer Vertrag, § 355 Abs. 1 S. 1 BGB	69
3. Widerrufserklärung, § 355 Abs. 1 S. 3 und 4 BGB	69
4. Bestehen des ausübbareren Widerrufsrechts, § 355 Abs. 1 S. 1, 5, Abs. 2 BGB.....	70
a) Widerrufsrecht, § 312g Abs. 1 Fall 2 BGB	70
aa) Anwendungsbereich, § 312 BGB.....	70
bb) Fernabsatzvertrag, § 312c BGB.....	70
cc) Keine Ausnahme nach § 312g Abs. 2, Abs. 3 BGB.....	70
dd) Zwischenergebnis	71
b) Kein Fristablauf, § 355 Abs. 2 BGB.....	71
c) Zwischenergebnis.....	72
5. Ergebnis	72
II. Anspruch der V gegen die U-GmbH auf Rückzahlung des Entgelts für das Spiele-Abonnement, (§§ 535, 578b Abs. 2 S. 1 und 2 BGB,) § 327o Abs. 2 und Abs. 3 BGB	72
1. Mietvertrag i.S.d. §§ 535, 578b Abs. 1 BGB.....	72
a) Vertragsschluss und Verbrauchervertrag	73
b) Vertragsgegenstand	73
c) Pflichten eines Mietvertrags, § 535 BGB	74
d) Zwischenergebnis.....	75
2. Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB	75
3. Recht zur Vertragsbeendigung wegen Produktmangels, §§ 327i Nr. 2, 327e, 327m Abs. 1 Nrn. 1 oder 2 BGB	75
a) Produktmangel, § 327e BGB	75
aa) Abweichung von den Anforderungen nach § 327e Abs. 1 S. 1 BGB	75
bb) Zur maßgeblichen Zeit, § 327e Abs. 1 S. 2, S. 3 BGB	76
cc) Kein Produktmangel wegen zulässiger Änderung gem. § 327r Abs. 1 BGB.....	76
dd) Zwischenergebnis	79
b) Grund zur Vertragsbeendigung, § 327m BGB	79

aa) Ausschluss der Nacherfüllung gem. §§ 327m Abs. 1 Nr. 1, 327l Abs. 2 Fall 2 BGB	79
bb) Nacherfüllung nicht innerhalb angemessener Frist erfolgt, §§ 327m Abs. 1 Nr. 2, 327l Abs. 1 BGB	80
c) Kein Ausschluss gem. § 327m Abs. 2 S. 1 BGB	80
d) Zwischenergebnis.....	81
4. Recht zur Vertragsbeendigung wegen Änderung des digitalen Produkts, § 327r Abs. 3 S. 1 BGB.....	81
a) Voraussetzungen nach § 327r Abs. 1, Abs. 3 S. 1 BGB.....	81
b) Kein Ausschluss nach § 327r Abs. 4 BGB	81
c) Zwischenergebnis.....	82
5. Erklärung der Vertragsbeendigung, § 327o Abs. 1 S. 1 BGB	82
6. Umfang der Rückzahlung nach Vertragsbeendigung, § 327o Abs. 2–4 BGB i.V.m. § 327r Abs. 5 BGB	82
7. Fälligkeit und Durchführung der Erstattungspflicht, §§ 327o Abs. 4, 327n Abs. 4 S. 2–5 BGB	83
8. Ergebnis	83
III. Anspruch auf Rückzahlung des Entgelts für die Grafikkarte gem. §§ 346 Abs. 1 Fall 1, 327m Abs. 4 bzw. 5 BGB Zug um Zug gegen Rückgabe und Rücküberweisung sowie Nutzungersatz gem. §§ 348, 320, 322 BGB	83
1. Vertragsschluss hinsichtlich Grafikkarte	83
2. Gesetzliches Rücktrittsrecht, §§ 327i Nr. 2, 327m Abs. 4 S. 1 bzw. Abs. 5 BGB	84
a) Recht zur Vertragsbeendigung wegen Produktmangels, §§ 327i Nr. 2, 327m Abs. 1 BGB.....	84
b) Analoge Anwendung von § 327m Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 BGB auf Fälle von § 327r Abs. 3 S. 1 BGB.....	84
c) Vertragstyp nach § 327a Abs. 2 oder 3 BGB	85
d) Weitere Voraussetzungen nach §§ 327c Abs. 6 S. 1, 327m Abs. 4 S. 1 BGB analog.....	88
3. Rücktrittserklärung, § 349 BGB	89
4. Rechtsfolge	89
IV. Gesamtergebnis.....	89

I. Anspruch der V gegen die U-GmbH auf Rückzahlung des Entgelts für das Spiel und die Grafikkarte, §§ 355 Abs. 3 S. 1, 312g Abs. 1 Fall 2 BGB

1. Rechtsfähigkeit der U-GmbH

Die U-GmbH ist gem. § 13 Abs. 1 GmbHG rechtsfähig.

2. Wirksamer Vertrag, § 355 Abs. 1 S. 1 BGB

Nach der Formulierung von § 355 Abs. 1 S. 1 BGB ist nicht zwingend ein wirksamer Vertrag notwendig. Diese Voraussetzung könnte sich jedoch daraus ergeben, dass im Falle eines nicht wirksamen Vertrages nichts vorhanden ist, was widerrufen werden kann. Dieser Aspekt kann jedoch dahinstehen, wenn ein wirksamer Vertrag vorliegt. Dieser setzt zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus (§§ 145 ff. BGB). Dabei könnte die öffentlich zugängliche Webseite der U-GmbH mit dem Hinweis auf das Spiele-Abonnement (und das Kombi-Angebot mit der Grafikkarte) bereits ein Angebot darstellen. Wäre dies so, dann würde die U-GmbH aber Gefahr laufen, sich über ihre Kapazitäten (im Falle des Spiele-Abonnements ihre Serverkapazitäten) hinaus zu binden. Zudem ist wegen der möglichen Verlängerung des Abonnements der U-GmbH auch zuzugestehen, ggf. die Bonität von Personen vor Vertragsschluss zu prüfen, sodass nur eine *invitatio ad offerendum* vorliegt (§§ 133, 157 BGB).

Durch Anklicken der eindeutig beschrifteten Schaltfläche gibt V einen Antrag auf Abschluss des Abonnements und Erwerb einer Grafikkarte ab (§§ 133, 157 BGB).

Diesen Antrag könnte die U-GmbH mit der Bestellbestätigung angenommen haben. Mit Blick auf die Pflicht der U-GmbH gem. § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB (Vertragsschluss über Telemedien mit der U-GmbH als Unternehmerin, § 14 BGB) kann in der Bestellbestätigung im Zweifel keine Willenserklärung, sondern nur eine Information gesehen werden. Hier enthielt die Bestellbestätigung jedoch auch schon eine Zahlungsaufforderung, sodass jedenfalls darin eine Annahme der U-GmbH zu sehen ist (§§ 133, 157 BGB).

Dem Zustandekommen des Vertrages mit V als Verbraucherin (§ 13 BGB) steht schon aufgrund der eindeutig bezeichneten Schaltfläche nicht § 312j Abs. 4, Abs. 3 und 2 BGB entgegen.¹

Insgesamt liegt ein wirksamer Vertrag vor, womit auch die Frage offenbleiben kann, ob dies Voraussetzung für einen Widerruf ist.²

3. Widerrufserklärung, § 355 Abs. 1 S. 3 und 4 BGB

Bereits die erste Erklärung am 6.6.2023 sowie die zweite Erklärung am 12.9.2023 könnte eine Widerrufserklärung sein. V selbst hat das zugrunde liegende Gestaltungsrecht nicht konkret benannt, schon deshalb muss ermittelt werden (§§ 133, 157 BGB), ob sie als rechtliche Laiin damit tatsächlich das Recht aus § 355 BGB meinte. Im Zweifel ist anzunehmen, dass V unter mehreren in Frage kommenden Rechten dasjenige erklärt, das für sie am günstigsten ist.³ All dies kann aber dahinstehen, wenn ein Widerruf bei beiden Erklärungen ohnehin ausgeschlossen war.

¹ Einer Nichtigkeit nach § 125 S. 1 BGB i.V.m. § 510 Abs. 1 S. 1 BGB steht bereits entgegen, dass das Spiel keine Sache (§ 90 BGB) ist.

² Nach wohl h.M. ist kein wirksamer Vertrag nötig. Zum Streitstand siehe *Fritsche*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 355 Rn. 31 f.; *Mörsdorf*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2023, § 355 Rn. 40.

³ Kommen in einer Klausur also Ansprüche aus mehreren Rechten in Betracht, die nur alternativ nebeneinander denkbar sind (anders z.B. Schadensersatz statt der ganzen Leistung und Rücktritt hinsichtlich der Rückgabe der Leistung, siehe dafür § 325 BGB) und ist die Erklärung nicht eindeutig auf ein bestimmtes Recht gerichtet,

4. Bestehen des ausübaren Widerrufsrechts, § 355 Abs. 1 S. 1, 5, Abs. 2 BGB

a) Widerrufsrecht, § 312g Abs. 1 Fall 2 BGB

aa) Anwendungsbereich, § 312 BGB

Bei dem Vertrag handelt es sich um einen Vertrag zwischen V als Verbraucherin (§ 13 BGB) und der U-GmbH als Unternehmerin (§ 14 BGB). Somit liegt ein Verbrauchervertrag (§ 310 Abs. 3 BGB) vor, bei dem sich V zur Zahlung eines Preises verpflichtet, sodass der Anwendungsbereich nach § 312 Abs. 1 BGB eröffnet ist.

bb) Fernabsatzvertrag, § 312c BGB

Der Vertragsschluss (Vertragsverhandlungen fanden nicht statt) zwischen der U-GmbH und V fand ausschließlich über die Webseite der U-GmbH als Telemedium (§ 312c Abs. 2 BGB a.E.) statt. Zudem sind die Website und das Geschäftsmodell gerade auf Vertragsabschlüsse ausgerichtet, sodass die Vermutung eines für den Fernabsatz organisierten Dienstleistungssystems (§ 312c Abs. 1 BGB a.E.) nicht widerlegt ist.

cc) Keine Ausnahme nach § 312g Abs. 2, Abs. 3 BGB

Die Ausnahme nach § 312g Abs. 2 Nr. 6 BGB scheidet bereits daran, dass die digital übermittelte Computersoftware nicht versiegelt⁴ war.

sollten in einer Klausur alle in Frage kommenden Rechte geprüft werden und anhand der Ergebnisse als Ausdruck von §§ 133, 157 BGB das für den Erklärenden günstigste ausgewählt werden.

⁴ Zu der Frage, ob von § 312 g Abs. 2 Nr. 6 BGB wegen des Wortlauts „versiegelte Packung“ überhaupt digital übermittelte Daten erfasst sein können siehe *Wendehorst*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 312g Rn. 35; *Busch*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2023, § 312g Rn. 39; siehe zudem *Pech*, MMR 2022, 262 (264 f.) mit interessantem Hinweis auf die verschiedenen sprachlichen Fassungen. Eine Ausdehnung der Ausnahme über den Wortlaut „Ton- oder Videoaufnahmen oder Computersoftware“ hinaus auf alle digitalen Inhalte (oder gar Produkte) im Wege der Rechtsfortbildung schlägt *Pech*, MMR 2022, 262 (264) vor. Die Vollharmonisierung nach Art. 4 RL 2011/83/EU (VRRRL) steht nicht grundsätzlich entgegen. Liegt die rechtliche Frage schon außerhalb des Anwendungsbereichs europäischen Rechts, dann sind die nationalen Gerichte mangels Vorgaben des europäischen Rechts ohnehin frei; die Vollharmonisierung bezieht sich stets nur auf den Regelungsgehalt der RL (dazu und zur schwierigen Bestimmung des Anwendungsbereichs *Gsell/Schellhase*, JZ 2009, 20 ff.; *Kuhn*, EuR 2015, 216 ff.; siehe auch *Ahmling*, Analogiebildung durch den EuGH, 2012, S. 179 f.). Innerhalb des Anwendungsbereichs europäischen Rechts verbietet die Vollharmonisierung zwar, dass nationale Gerichte allein auf Basis des nationalen Rechts Rechtsfortbildung entgegen den Vorgaben aus den RL betreiben (Art. 288 UAbs. 3 AEUV), jedoch ist auch dem europäischen Recht die Rechtsfortbildung nicht fremd (*Ahmling*, Analogiebildung durch den EuGH, 2012, S. 97 ff., 185 ff.; siehe auch BVerfGE 75, 223 (243); zu den dogmatischen Unterschieden bei der Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung siehe *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, S. 353 ff.). Ist also auf europäischer Ebene nach europäischer Methodik (die Voraussetzungen sind weitgehend vergleichbar mit der deutschen Methodik; siehe zu den Details *Ahmling*, Analogiebildung durch den EuGH im Europäischen Privatrecht, 2012, S. 147 ff.) eine Analogie zu bilden, so sind die nationalen Gerichte aufgrund des Gebots richtlinienkonformer Auslegung sogar verpflichtet, eine solche europäische Analogie mit den Mitteln der nationalen Methodik auf das nationale Recht zu übertragen (*Ahmling*, Analogiebildung durch den EuGH, 2012, S. 196 ff.). Ob es in solchen Fällen für nicht-letztinstanzliche nationale Gerichte bei dem bloßen Vorlagerecht nach Art. 267 UAbs. 2 AEUV bleibt oder der EuGH über den Wortlaut hinaus (in bestimmten Fällen der Rechtsfortbildung) eine allgemeine Vorlagepflicht annehmen würde, ist offen. Insbesondere bei einer teleologischen Reduktion könnte wegen Nichtanwendung europäischen Rechts eine Vorlagepflicht für alle nationalen Gerichte bestehen (vgl. EuGH NJW 1988, 1451 zur Ungültigkeit von EU-Akten). Wenn die vollharmonisierende RL den Mitgliedstaaten Spielräume zugesteht, ist innerhalb des Anwendungsbereichs eine Analogiebildung rein auf Ebene des nationalen Rechts aus europäischer Sicht dagegen wieder kein Problem, solange die Analogie innerhalb des gesetzten Spielraums bleibt (*Riehm*, EuZW 2010, 567 [571]; *Ahmling*, Analogiebildung durch den EuGH, 2012, S. 190 ff.).

dd) Zwischenergebnis

Somit bestand ursprünglich ein Widerrufsrecht.

b) Kein Fristablauf, § 355 Abs. 2 BGB

Die Widerrufsfrist beträgt 14 Tage und beginnt grundsätzlich mit Vertragsschluss (§ 355 Abs. 2 BGB).

V möchte sich hinsichtlich beider Teile des einheitlichen Vertrags⁵ lösen, sodass sich für jeden Vertragsteil unterschiedliche Zeitpunkte für den Fristbeginn ergeben könnten; eine einheitliche Frist nach § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. b BGB scheitert an der fehlenden Wareneigenschaft des Spiele-Abonnements. Betrachtet man die Grafikkarte isoliert, kommt § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB in Frage. Bei der isolierten Betrachtung des Spiele-Abonnements kommt dagegen § 356 Abs. 2 Nr. 2 BGB in Betracht, jedenfalls wenn man von einem digitalen Inhalt ausgeht.⁶

Eine solche isolierte Betrachtung scheidet aus, wenn es sich *nach dem Gesetz* bei den beiden Vertragsteilen um einen einheitlichen Vertragsgegenstand handelt. Ein solcher Fall findet sich in §§ 475b f. BGB bzw. § 327a Abs. 3 BGB.⁷ Jedenfalls gewährleistet das Spiel nicht die Funktionen der Grafikkarte; wenn überhaupt dient die Grafikkarte umgekehrt der (grafischen) Nutzung des digitalen Produkts, weshalb ein Fall von § 327a Abs. 3 BGB eindeutig ausscheidet.

Ob ein einheitlicher Vertragsgegenstand vorliegt, muss jedoch nicht entschieden werden, wenn die Frist in jedem Fall bereits abgelaufen ist.⁸

Alle Informationspflichten wurden erfüllt, sodass ein späterer Fristbeginn nach § 356 Abs. 3 S. 1 BGB nicht gegeben ist. Damit war die Frist bereits am 6.6.2023 als erster möglicher Termin für die Widerrufserklärung eindeutig abgelaufen.

Somit kann hier ebenfalls dahinstehen, ob das Spiel tatsächlich ein digitaler Inhalt i.S.d. § 327 Abs. 2 S. 1 BGB und deshalb das Widerrufsrecht ggf. bereits vor Fristablauf gem. § 356 Abs. 5 Nr. 2 BGB mit Herunterladen/Nutzung des Spiels erloschen ist, oder ob es sich um eine digitale Dienstleistung i.S.d. § 327 Abs. 2 S. 2 BGB handelt, wofür § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB nur eine Ausnahme enthält, wenn die Frist länger läuft als der Zeitraum bis zur vollständigen Erbringung der Dienstleistung.⁹

⁵ Da ein einheitlicher Vertrag vorliegt, scheidet eine Anwendung von § 360 BGB und damit hier ein Anspruch nach §§ 355 Abs. 3 S. 1, 312g Abs. 1, 360 BGB aus. § 360 Abs. 2 S. 1 BGB macht bereits im Wortlaut deutlich, dass zwei getrennte Verträge (die dann zusammenhängen) vorausgesetzt werden (so auch *Kaesling*, in: juris-PraxisKommentar BGB, 10. Aufl. 2023, § 327a Rn. 6).

⁶ Digitale Dienstleistungen sind nicht von § 356 Abs. 2 Nr. 2 BGB erfasst, sodass hier einfach § 355 Abs. 2 S. 2 BGB gilt. Für digitale Inhalte, die von § 356 Abs. 2 Nr. 2 BGB erfasst sind, ergibt sich allerdings im Ergebnis nichts anderes (jeweils „mit Vertragsschluss“). § 356 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist insoweit jedenfalls klarstellend (siehe zur Notwendigkeit von § 356 Abs. 2 Nr. 2 BGB *Mörsdorf*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2023, § 356 Rn. 34).

⁷ Dies entspricht – jedenfalls seit Anpassung durch Art. 4 Nr. 1 lit. a RL (EU) 2019/2161 – auch dem Verständnis von Art. 2 Nr. 3 VRRL (i.V.m. Art. 2 Nr. 5 RL [EU] 2019/771 [WKRL]). Jedenfalls diesen Fall übersieht wohl *Mörsdorf*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2023, § 356 Rn. 25. Ein weiterer gesetzlicher Fall, in dem eine Sache und ein digitales Produkt als einheitlicher Vertragsgegenstand behandelt werden könnten, liegt wohl vor, wenn das digitale Produkt – ohne bereits ein digitales Element zu sein – Zubehör der Kaufsache i.S.d. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, Abs. 3 S. 1 Nr. 4 BGB ist. Ebenso im Falle, dass eine Sache Zubehör eines digitalen Produkts ist (§ 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 2, Abs. 3 S. 1 Nr. 4 BGB). Zubehör meint dabei nicht Zubehör i.S.d. § 97 BGB (*Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, § 434 Rn. 85; *Bernzen/Specht-Riemenschneider*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, § 327e Rn. 22).

⁸ Angesichts des nach h.M. (*Fritsche*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 355 Rn. 33; *Mörsdorf*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2023, § 355 Rn. 41) möglichen Teilwiderrufs, steht einer isolierten Betrachtung (sofern es sich nach dem Gesetz um mehrere Vertragsgegenstände handelt) nach den Vertragsgegenständen des einheitlichen Vertrags nicht entgegen, dass dadurch ggf. der Vertrag auch nur hinsichtlich einzelner Vertragsgegenstände widerrufen werden kann.

⁹ Ausführlich zu Abgrenzungsmöglichkeiten *Pech*, MMR 2022, 348 ff.; siehe auch *Riehm*, RD 2022, 209 (210 f.).

Anmerkung: Während der Gesetzgeber bei der Umsetzung der WKRL und DURL wohl noch selbst davon ausging, dass die teils sehr schwierige Unterscheidung zwischen digitalem Inhalt und digitaler Dienstleistung für die Rechtsanwendung weitgehend keinen Unterschied machen wird,¹⁰ ist diese Aussage jedenfalls für § 356 Abs. 4 und 5 BGB nicht mehr zutreffend. Im Sinne der möglichst weitreichenden Verwirklichung der Verbraucherschutzrechte¹¹ wäre im Zweifel – weil längerer Erhalt des Widerrufsrechts – eine (digitale) Dienstleistung anzunehmen. Diesen Gedanken bestätigt jedenfalls im Ergebnis ErWG 30 RL (EU) 2019/2161 a.E.

c) Zwischenergebnis

V steht im Zeitpunkt einer möglichen Widerrufserklärung schon kein Widerrufsrecht mehr zu, sodass offenbleiben kann, ob sich die Erklärung als Widerruf auslegen ließe.

5. Ergebnis

V steht gegen die U-GmbH hinsichtlich des Spiele-Abonnements und/oder der Grafikkarte kein Anspruch aus §§ 355 Abs. 3 S. 1, 312g Abs. 1 Fall 2 BGB zu.

II. Anspruch der V gegen die U-GmbH auf Rückzahlung des Entgelts für das Spiele-Abonnement, (§§ 535, 578b Abs. 2 S. 1 und 2 BGB,) § 327o Abs. 2 und Abs. 3 BGB

1. Mietvertrag i.S.d. §§ 535, 578b Abs. 1 BGB

Anmerkung: Für den hier geprüften Anspruch ist die Qualifikation des Vertrags als Mietvertrag eigentlich irrelevant, denn § 578b BGB stellt nur klar, was sich ohnehin schon aus den §§ 327 ff. BGB als Spezialregelung ergibt: Im Falle eines Vertrags i.S.d. § 327 Abs. 1 BGB, wofür der genaue Vertragstyp gerade egal ist, gelten die besonderen Vorschriften der §§ 327 ff. BGB. Daraus könnte man schlussfolgern, dass in der Klausur dieser Punkt gar nicht zu prüfen ist.¹²

Andererseits könnte man die einzelnen Verweisungsvorschriften als Spezialregelungen gegenüber § 327 BGB begreifen und diese daher vorrangig prüfen und nur auf § 327 BGB selbst zurückgreifen, wenn das BGB keinen eigens geregelten Vertragstyp enthält.¹³

Im Anwendungsbereich der WKRL stellt sich dieses Problem nur sehr vereinzelt, da dort die speziellen Vorschriften zum Kauf von Waren mit digitalen Elementen weitgehend im Kaufrecht geregelt sind

¹⁰ Siehe Brüderlin/Mögn/Eder, Jura 2022, 1314 (1316 Fn.13) mit Verweis auf BT-Drs. 19/27653, S. 39. Die vom Europäischen Parlament beabsichtigte „klare Unterscheidung“ zwischen digitalem Inhalt und digitaler Dienstleistung (Sitzungsdokument des Europäischen Parlaments A8-0375/2017, S. 99) ist ausgeblieben.

¹¹ Siehe bereits Art. 1 VRRL. Auch der EuGH tendiert dazu, Ausnahmen, die die Verbraucherrechte einschränken, eng auszulegen. Siehe etwa EuGH NJW 2019, 1507 Rn. 34; 2020, 3771 Rn. 43.

¹² In diesem Sinne z.B. Heiderhoff/Rüsing, Jura 2022, 1243; Mayer/Wiesehöfer, Jura 2023, 80 (81). Aus diesem Grund ist der gesamte Prüfungspunkt II. 1. in Klammern gesetzt. Allgemein zu dem Aspekt, in einer Klausur nur für die Beantwortung der Fallfrage Relevantes (an der relevanten Stelle) zu prüfen, siehe etwa Kuhn, JuS 2008, 956; ders., in: Griebel, Vom juristischen Lernen, 2018, S. 25; ders., in: Griebel u.a., Rechtsdidaktik, Erreichtes – Misslungenes – Zukünftiges, 2023, S. 246 f. Allgemein zur Notwendigkeit und Relevanz einer Abgrenzung der Vertragstypen für die §§ 327 ff. BGB Gansmeier/Kochendörfer, ZfPW 2022, 1 (19 ff.).

¹³ Kalle/Zilz, Jura 2022, 1032 f.; ebenso Kirchhefer-Lauber, JuS 2022, 1125 (1126). Für einen Mittelweg Kock, Jura 2023, 610 (617). Auch Gansmeier/Kochendörfer, Jura 2022, 1447 (1451) halten es jedenfalls für notwendig, den Vertragstyp zu erwähnen und auf die Spezialvorschrift (dort § 453 Abs. 1 S. 2 BGB) hinzuweisen.

(siehe auch § 327 Abs. 3 S. 1 BGB), sodass ein Eingehen auf das Vorliegen eines Kaufvertrags im vorgenannten Sinne für das Gutachten ohnehin relevant ist.¹⁴

Berücksichtigt man, dass der Gesetzgeber die Vorschriften §§ 327 ff. BGB unabhängig vom jeweiligen Vertragstyp ausgestaltet,¹⁵ aber zusätzlich dennoch Verweisungsvorschriften geschaffen hat, erscheint es wohl am konsequentesten, stets – soweit vorhanden¹⁶ – beide Vorschriften zu zitieren.¹⁷ Dann könnte man zwar noch immer erwägen, die Verweisungsnorm neben §§ 327 ff. BGB zu zitieren und schlicht feststellen, dass die Frage, ob es sich um den Vertragstyp der jeweiligen Verweisungsnorm handelt, wegen § 327 Abs. 1 BGB (ggf. i.V.m. § 327a Abs. 1 oder Abs. 2 BGB) offenbleiben kann. Dem muss man jedoch entgegenen, dass – jedenfalls wenn der Bearbeitungsvermerk dies fordert – im Gutachten auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen ist und die Art des Vertragstyps – gerade wenn es eine (wenn auch im Ergebnis irrelevante) Verweisungsnorm gibt – eine solche aufgeworfene Rechtsfrage ist. Anstatt diese Frage dann isoliert als „Hilfsgutachten“ zu prüfen, kann dies auch an einer inhaltlich passenden Stelle wie hier in die Prüfung integriert werden – ggf. mit dem Hinweis, dass die Feststellung streng genommen für die (weitere) Prüfung irrelevant ist (siehe II. 1. d) a.E.).

a) Vertragsschluss und Verbrauchervertrag

Zum Vertragsschluss als solchen, sowie zum Vorliegen eines Verbrauchervertrags siehe bereits I. 4.

a) aa).

b) Vertragsgegenstand

Bei dem Vertragsgegenstand handelt es sich um digitale Inhalte i.S.d. § 327 Abs. 2 S. 1 BGB, wenn die Daten nach dem Vertragsinhalt in digitaler Form¹⁸ sowohl erstellt als auch bereitgestellt werden sollen¹⁹. Der Vertrag sieht vor, dass V nach Abschluss des Vertrags ein Datenpaket herunterladen und auf ihrem Computer damit ein Programm installieren kann, über das das Spiel später gestartet werden kann. Das Datenpaket als solches besteht aus digitalen Daten, die über das Internet auch digital bereitgestellt werden sollen. Allerdings dient dieses Programm gerade nur dazu, mit den Servern des Spieleanbieters in Kontakt zu treten und dadurch das rein online-basierte²⁰ Computerspiel spielen zu können. Das Spiel ist jedoch nur in Verbindung mit dem Serverdienst verwendbar, sodass für die Einordnung wohl vernachlässigt werden kann, dass der bei V installierte Datensatz ggf. einen nicht ganz unerheblichen Teil des Spiele-Abonnements ausmacht. Dieser Teil stellt damit eher eine digitale Dienstleistung i.S.d. § 327 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 BGB dar.

Ob es sich im Ergebnis tatsächlich um eine digitale Dienstleistung handelt, kann hier aber weiterhin offenbleiben; Vertragsgegenstand ist jedenfalls ein digitales Produkt. Dass sich der Vertrags-

¹⁴ Brüderlin/Mögn/Eder, Jura 2022, 1314 f.

¹⁵ Siehe ErWG 12 S. 2, Art. 3 Abs. 10 DURL und BT-Drs. 19/27653, S. 26, 37 f., sowie Art. 3 Abs. 6 WKRL.

¹⁶ Zur Unvollständigkeit dieser Verweisungsvorschriften siehe bereits Brüderlin/Mögn/Eder, Jura 2022, 1314 (1316).

¹⁷ In diesem Sinne bereits Brüderlin/Mögn/Eder, Jura 2022, 1314 f. mit kritischem Hinweis auf die Intention hinsichtlich der Verweisungsvorschriften.

¹⁸ Digital meint dabei die Darstellung von Information durch diskrete Werte. Siehe Brüderlin/Mögn/Eder, Jura 2022, 1314 (1316 Fn. 10 f. m.w.N.).

¹⁹ Spätestens aus § 327b BGB ergibt sich, dass es nicht auf die Erfüllung dieser Bereitstellungspflicht ankommt, sondern darauf, dass der Unternehmer nach dem Vertrag verpflichtet ist, die Daten digital bereitzustellen. Siehe dazu ebenfalls Brüderlin/Mögn/Eder, Jura 2022, 1314 (1316 Fn. 11).

²⁰ Ein Computerspiel, das als solches auf einem Computer läuft, ist daher wohl ein digitaler Inhalt, da Vertragsgegenstand die fertig programmierten Daten für das Spiel sind (vgl. Brüderlin/Mögn/Eder, Jura 2022, 1314 [1316]; siehe auch Riehm, RD 2022, 209 [211 Rn. 9]).

gegenstand somit auf digitale Produkte bezieht (§ 327 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB), steht der Annahme eines Mietvertrags nicht entgegen (§ 548a BGB²¹; zudem § 578b BGB).

c) Pflichten eines Mietvertrags, § 535 BGB

Ob ein Mietvertrag (über digitale Produkte) vorliegt, bestimmt sich danach, ob dem Gläubiger der „Gebrauch der Mietsache“ (hier digitale Produkte, § 548a BGB) auf Zeit („während der Mietzeit“), § 535 Abs. 1 S. 1 BGB, gegen ein Entgelt, § 535 Abs. 2 BGB, gewährt wird.

Im Vordergrund steht die Interaktion mit den Servern der U-GmbH, die das Online-Spiele-Erlebnis überhaupt erst ermöglichen. Dabei ist nach Inhalt des Vertrags nicht entscheidend, dass V über die Server einmalig Daten zur Verfügung gestellt werden, die sie bei sich abspeichern kann, sondern dass sie sich über die Zeit des Vertrages mit den Servern verbinden kann und diese Daten verarbeiten bzw. ihr (neue²²) Daten zur Verfügung stellen. Bei dieser Bereitstellung über die Vertragslaufzeit handelt es sich um einen Gebrauch auf Zeit i.S.d. § 535 BGB.

Anmerkung: Im Falle einer dauerhaften Bereitstellung i.S.d. § 327e Abs. 1 S. 2 BGB wird in aller Regel ein Mietvertrag vorliegen.²³ Eine dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts im Kaufrecht ist ausnahmsweise nur denkbar, wenn das digitale Produkt in Form eines digitalen Elements mit der Kaufsache verbunden ist (§ 327a Abs. 3 BGB). Dann ist trotz des mietrechtlichen Charakters hinsichtlich des digitalen Elements dennoch Kaufrecht anwendbar (siehe § 475c BGB).²⁴ Vorsicht ist geboten bei Abonnements, die eine wiederkehrende einmalige Bereitstellung zum Inhalt haben.²⁵

Das auf dem Computer der V zu installierende Datenpaket stellt dagegen nur den Zugang zu dem Online-Service sicher (vergleichbar mit einem Schlüssel bei einem analogen Mietvertrag) und hat daher auf die Einordnung des Vertrages keinen Einfluss. Dass diese Daten nach Vertragsschluss nicht „zurückgegeben“ werden müssen, steht dem nicht entgegen, sondern ist gerade Ausprägung der Besonderheit solcher Verträge über digitale Produkte (siehe auch § 327p Abs. 1 BGB und § 327o Abs. 5 S. 1 BGB e contrario).

Für die Nutzung wird ein Entgelt von 120 € für 24 Monate entrichtet.

²¹ Zur Frage, inwieweit § 548a BGB dafür konstitutiv bzw. nur klarstellend ist siehe *H. Schmidt*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2023, § 548a Rn. 3. Nach der ursprünglichen Konzeption war mit „Mietsache“ nur eine körperliche Sache i.S.d. § 90 BGB gemeint (Mot. II, 369); siehe zudem den unterschiedlichen Wortlaut bei der Miete einerseits („Mietsache“) und der Pacht andererseits („Gegenstand“).

²² Dass die Server auch Daten verarbeiten und nicht nur dort gespeicherte Daten zum Abruf bereit halten (wie etwa bei einem Cloud-Service), ist für die Einordnung als Mietvertrag nicht entscheidend, da in beiden Fällen die Server-Infrastruktur über eine gewisse Zeit hinweg gebraucht wird (so schon vor Einführung der §§ 327 ff. BGB BGH NJW 2007, 2394 [2394 Rn. 12]). Im Falle der Verarbeitung kommt nur ein zusätzlicher Gebrauch hinsichtlich des Verarbeitungsprozesses dazu (siehe zudem die Gleichstellung in § 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 und 2 BGB).

²³ Kritisch *Riehm*, RD 2022, 209 (212 ff.). Allerdings sollte jedenfalls die dauerhafte Versorgung der Server für eine digitale Dienstleistung mit Strom nicht der Annahme eines Mietvertrags entgegenstehen (so aber *Riehm*, RD 2022, 209 [212 f. Rn. 14–16]), da die Versorgung mit Energie, Wasser, Wärme gerade typische Pflicht eines Mietvertrags sein kann (*Häublein*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 535 Rn. 92; *Börstinghaus/Siegmund*, in: Blank/Börstinghaus/Siegmund, Miete, Kommentar, 7. Aufl. 2023, BGB § 535 Rn. 277), wie etwa auch §§ 556 ff. BGB zeigen.

²⁴ BT-Drs. 19/27424, S. 34. Siehe dazu auch *Brüderlin/Mögn/Eder*, Jura 2022, 1314 (1319 Fn. 31 m.w.N.).

²⁵ ErwG 56 S. 2 DIRL mit dem Beispiel eines wöchentlichen Downloadlinks für jeweils ein neues E-Book.

d) Zwischenergebnis

Somit liegt ein Mietvertrag i.S.d. § 578b Abs. 1 S. 1 BGB vor, was für § 327 Abs. 1 BGB aber letztlich unerheblich ist. Dass daneben hinsichtlich der Grafikkarte auch ein Kaufvertrag und damit ein typen-gemischter Vertrag vorliegt, ist für die Einordnung als Mietvertrag unerheblich, da jeder Vertragsteil des einheitlichen Vertrages nach seinem Vertragsgegenstand zu behandeln ist (vgl. § 327a Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 BGB).²⁶

2. Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB

Es handelt sich um einen Verbrauchervertrag (§§ 327 Abs. 1 S. 1, 310 Abs. 3 BGB; siehe oben I. 4. a) aa)) über digitale Produkte gegen Zahlung eines Preises (§ 327 Abs. 2 S. 1 BGB; siehe oben unter 1. c) und I. 4 a) aa)).

3. Recht zur Vertragsbeendigung wegen Produktmangels, §§ 327i Nr. 2, 327e, 327m Abs. 1 Nr. 1 oder 2 BGB

a) Produktmangel, § 327e BGB

aa) Abweichung von den Anforderungen nach § 327e Abs. 1 S. 1 BGB

Indem V vor dem Download des Spiels aus der Auflistung der geeigneten Betriebssysteme das Betriebssystem ihres Computers auswählte, könnte die Möglichkeit der Nutzung des Spiels mit eben diesem Betriebssystem eine vertraglich vereinbarte Beschaffenheit nach § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a BGB darstellen.

Hiervon erfasst sind auch Anforderungen an die Kompatibilität und die Interoperabilität. Nach der gesetzlichen Definition (§ 327e Abs. 2 S. 3 und 4 BGB) unterscheiden sich diese danach, ob das digitale Produkt mit der üblichen oder anderen Soft- und Hardware funktioniert. Für die subjektiven Anforderungen muss es maßgeblich auf die Vereinbarung ankommen und nur nachrangig auf das, was üblicherweise zu erwarten ist.²⁷

Die Funktionsfähigkeit mit dem Betriebssystem der V wurde durch die Auflistung und die anschließende Auswahl ihres Betriebssystems wohl konkludent vereinbart (§§ 133, 157 BGB). Sieht man dies anders, so wurde hierdurch jedenfalls die Verwendung mit dem Betriebssystem der V vertraglich vorausgesetzt, sodass eine Abweichung i.S.v. § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. b BGB vorliegt.

Daher ist eine Abweichung von den subjektiven Anforderungen gegeben.

Daneben ist eine Abweichung von § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB möglich. Selbst wenn man eine Abweichung von § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a BGB mangels Vereinbarung verneint, so kann – auch schon wegen der Angaben durch die U-GmbH auf der Website, siehe dazu auch § 327e Abs. 3 S. 2 BGB – ein Verbraucher jedenfalls die Kompatibilität mit dem von V genutzten Betriebssystem erwarten.

²⁶ Somit kommt es i.R.v. § 327a Abs. 1 und 2 BGB nicht mehr auf die Frage an, ob bei einem typengemischtem Vertrag die Art des Vertrages nach der Absorptions- oder Kombinationsmethode zu bestimmen ist. So auch *Weiß*, ZVertriebsR 2021, 208 (209), *Gansmeier/Kochendörfer*, ZfPW 2022, 1 (20). Siehe auch *Walkusz/Dreßler*, JuS 2023, 44 (46).

²⁷ Die Formulierung „in der Regel“ in § 327e Abs. 2 S. 3 BGB erweist sich als Fremdkörper bei der Bestimmung der subjektiven Anforderungen. In diese Richtung auch *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327e Rn. 15. Zur Entstehungsgeschichte *Staudenmayer*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, 2020, DCD Art. 7 Rn. 36 f.

Somit ergibt sich auch hieraus ein Produktmangel.²⁸

Zudem könnte das Online-Spiel den Anforderungen nach §§ 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5, 327f BGB nicht entsprechen. Aufgrund der dauerhaften Bereitstellung (§ 327e Abs. 1 S. 3 BGB) hat die U-GmbH über die gesamte Dauer des Abonnements (§ 327f Abs. 1 S. 1, S. 3 Nr. 1 BGB) Aktualisierungen zum Erhalt der Vertragsmäßigkeit des Spiels bereitzustellen.²⁹ Die durch die Änderung ausgelöste Abweichung vom vertraglich geschuldeten Zustand kann durch eine Aktualisierung wiederhergestellt werden; diese würde mithin dem Erhalt der Vertragsmäßigkeit (§§ 327d, 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB) dienen. Dass V hier ggf. selbst die Installation der neuen Version durchgeführt und dadurch die vertragswidrige Änderung selbst herbeigeführt hat, ändert daran schon wegen der sie treffenden Obliegenheit nach § 327f Abs. 2 BGB nichts;³⁰ siehe zudem den Rechtsgedanken aus § 327e Abs. 4 S. 1 Nr. 2 BGB. Bisher hat die U-GmbH keine Aktualisierung bereitgestellt³¹, sodass dies ebenfalls einen Produktmangel begründet.

bb) Zur maßgeblichen Zeit, § 327e Abs. 1 S. 2, S. 3 BGB

Die Abweichungen lagen zwar noch nicht im Zeitpunkt der Bereitstellung vor. Aufgrund der dauerhaften Bereitstellung (siehe oben 3. a) aa)) des Spiele-Abonnements ist gem. § 327e Abs. 1 S. 3 BGB jedoch der gesamte Bereitstellungszeitraum maßgeblich.

cc) Kein Produktmangel wegen zulässiger Änderung gem. § 327r Abs. 1 BGB

§ 327r Abs. 1 BGB erlaubt dem Unternehmer unter weiteren Voraussetzungen Änderungen des digitalen Produkts („darf [...] nur vornehmen, wenn“). Schon dieser Wortlaut deutet darauf hin, dass aus der Befugnis zur Änderung folgt, dass eine solche zulässige Änderung keinen Produktmangel begründen kann. Diese Rechtsfolge ergibt sich spätestens daraus, dass ein Produktmangel grundsätzlich die Pflicht zur Nacherfüllung auslöst (§§ 327i Nr. 1, 327l Abs. 1 BGB), was in aller Regel auf Beseitigung der Änderung hinaus- und damit dem Sinn einer Änderungsbefugnis nach § 327r BGB zuwiderlaufen

²⁸ Dass die Abweichung erst nachträglich durch eine Aktualisierung erfolgte, ist für die Abweichung als solche zunächst unerheblich (zum nach § 327e BGB maßgeblichen Zeitpunkt siehe den übernächsten Prüfungspunkt). Vgl. zu fehlerhaften oder unvollständigen Aktualisierungen ErwG 44 S. 4 DURL.

²⁹ § 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BGB ist im Grunde nur eine Klarstellung, da bei einer dauerhaften Bereitstellung bereits nach § 327e Abs. 1 S. 3 BGB für die Bestimmung des Mangels auf den gesamten Bereitstellungszeitraum abzustellen ist.

³⁰ Da die Obliegenheit nach § 327f Abs. 2 BGB nur für Aktualisierungen i.S.d. Abs. 1 gilt, könnte man überlegen, die Zurechnung der Abweichung zum Unternehmer aufgrund der Installation durch den Verbraucher nur dann nicht zu verneinen, wenn es sich bei der Installation, die den Fehler herbeigeführt hat und nun durch eine (erneute) Aktualisierung behoben werden soll, auch schon um eine Aktualisierung i.S.d. § 327f Abs. 1 BGB handelte. Mit Blick darauf, dass der Verbraucher in der Regel nicht bewerten können wird, ob es sich bei den Daten, die er installieren soll, um eine Aktualisierung, Änderung oder eine Mischung daraus handelt, wird man dies aber wohl verneinen (siehe zu diesem letzten Gedanken *Martens*, Schuldrechtsdigitalisierung, 2022, Rn. 281).

³¹ Ein Produktmangel nach § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB wird bereits durch die Bereitstellung der (vollständigen und fehlerlosen) Aktualisierung beseitigt; nichts anderes ist ja auch durch § 327f Abs. 1 S. 1 BGB geschuldet. Eine Installation ist nicht notwendig; dies obliegt dem Verbraucher, was auch nochmals § 327f Abs. 2 BGB zeigt. Für eine einmalige Bereitstellung, bei der sich *nach* Bereitstellung nachträglich ein Produktmangel immer nur aus § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB ergeben kann (siehe §§ 327e Abs. 1 S. 2, 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB), führt dies zu einer weitreichenden faktischen Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 327f Abs. 2 BGB, der an die nach § 327f Abs. 1 BGB gerade nicht geschuldete Aktualisierung anknüpft (siehe dazu *Leithäuser*, RD 2023, 274 [278 Rn. 28 ff.]). Dasselbe Problem stellt sich im Kaufrecht hinsichtlich der identischen Regelung in § 475b Abs. 5 BGB (dies nicht kritisierend *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 475b Rn. 34).

würde.³² Zudem führt eine vertraglich eingeräumte³³ Änderungsmöglichkeit (siehe § 327r Abs. 1 Nr. 1 BGB) dazu, dass der Unternehmer mit einer (zulässigen) Änderung den Inhalt des Vertrags ändert, der gerade Maßstab für die Bestimmung des Produktmangels nach § 327e BGB ist.³⁴

Anmerkung: Umgekehrt schließt eine Änderung i.S.d. § 327r BGB, die dessen Anforderungen nicht erfüllt und sofern infolgedessen eine Abweichung von § 327e BGB eintritt (also insbesondere bei für den Verbraucher negativen Änderungen), einen Produktmangel und daran anknüpfende Rechte des Verbrauchers nicht aus (ErwG 77 S. 4 DURL).

Entsprechend dem Wortlaut erfasst § 327r BGB nur Änderungen des digitalen Produkts selbst und gerade keine Änderung der äußeren Umstände.³⁵ Zudem sind alle Änderungen, die für die Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit erforderlich sind, von § 327r BGB nicht erfasst (siehe Wortlaut); also alle Änderungen, die (zielführend³⁶) im Rahmen der Aktualisierungspflicht (§§ 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 3, Abs. 3 S. 1 Nr. 5, 327f Abs. 1 BGB) bereitgestellt oder im Rahmen der Nacherfüllungspflicht (§ 327i Nr. 1, 327l Abs. 1 BGB) zur Vermeidung bzw. Beseitigung von Mängeln vorgenommen werden.³⁷

Durch den „Umbau“ wurde das digitale Produkt durch den Unternehmer geändert. Da diese Änderung einen Produktmangel begründet hat, indem eine Funktion des digitalen Produkts entfernt wurde, geht die Änderung über das zur Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit erforderliche Maß hinaus. Zudem liegt die von § 327r Abs. 1 BGB vorausgesetzte dauerhafte³⁸ Bereitstellung vor (siehe oben 3. a) aa)).

³² Vgl. ErwG 77 S. 3 und 4 DURL.

³³ *Martens*, Schuldrechtsdigitalisierung, 2022, Rn. 278. Siehe auch *Fries*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2023, § 327r Rn. 15, 17.

³⁴ Dies gilt auch für die objektiven Anforderungen nach § 327e Abs. 2 BGB, die grundsätzlich nicht am Maßstab des (subjektiven) Vertragsinhalts, sondern eben objektiv bestimmt werden, soweit es um die vertragliche Abweichungsbefugnis von objektiven Anforderungen geht (siehe § 327h BGB). Zum Verhältnis von § 327r BGB zu § 327h BGB siehe unten Fn. 40.

³⁵ So auch *Martens*, Schuldrechtsdigitalisierung, 2022, Rn. 278.

³⁶ Werden zum Zwecke der Mängelvermeidung bzw. -beseitigung Änderung am digitalen Produkt vorgenommen, ohne den Mangel zu beseitigen, so sind solche Änderungen auch nicht für die Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit erforderlich. Wird durch die Aktualisierung (neben einer Fehlerbeseitigung auch) ein oder mehrere neue Fehler eingebaut, so führt dies ebenfalls zu einem Produktmangel und einer Aktualisierungspflicht, ErwG 44 S. 4 DURL (siehe auch ErwG 30 WKRL). Siehe auch Fn. 31.

³⁷ Die in Fn. 36 vorgenommene theoretische Abgrenzung zwischen bloßer Änderung und Aktualisierung kann in der Praxis freilich sehr kompliziert oder gar unmöglich werden. Da aber dogmatisch eine klare Abgrenzung möglich ist, sollte es gerade mit Blick auf die Schaffung eines hohen Verbraucherschutzniveaus (Art. 1 sowie insb. ErwG 3 DURL) kritisch gesehen werden, wenn zur Lösung vorgeschlagen wird, dem Unternehmer ein gerichtlich nur einschränkbar überprüfbares Ermessen einzuräumen, was zur Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit erforderlich ist (so aber *Martens*, Schuldrechtsdigitalisierung, 2022, Rn. 282).

³⁸ Die für eine analoge Anwendung des § 327r BGB auf eine einmalige Bereitstellung notwendige Planwidrigkeit scheint aufgrund der klaren Unterscheidung in einmalige und dauerhafte Bereitstellung fernliegend (zustimmend *Wendland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 327r Rn. 8; ebenso aber kritisch *Možina*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, 2022, DCD Art. 19 Rn. 23 f.). Die Vollharmonisierung steht einer Analogie allerdings nicht grundsätzlich entgegen (so aber etwa *Wendland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 327r Rn. 8 f.). Da Änderungen im Falle einmaliger Bereitstellung wohl auch noch vom Anwendungsbereich der DURL erfasst sind (Art. 3 Abs. 1 DURL; siehe allerdings den nicht ganz eindeutigen ErwG 74 S. 1 DURL), gilt das in Fn. 4 zur Analogiebildung Gesagte (dem grundsätzlich zustimmend *Možina*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, 2022, DCD Art. 19 Rn. 24; nicht überzeugend dagegen *Wendland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 327r Rn. 8). Aus diesem Grund wird man § 327r BGB auch als abschließend ansehen und im Umkehrschluss eine Änderung im Falle einmaliger Bereitstellung generell als unzulässig einstufen müssen; eine dennoch bestehende (vertragliche) Vereinbarung verstieße folglich gegen § 327s BGB (*Bach*, NJW 2019, 1705 [1707]; *Možina*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, 2022, DCD Art. 19 Rn. 23 f.; a.A. wohl *Wendland*, in: BeckOK BGB,

Allerdings scheitert die Berechtigung zur Änderung bereits am Fehlen eines Änderungsvorbehalts im Vertrag³⁹ (§ 327r Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 BGB),⁴⁰ sodass sich bezüglich der festgestellten Mangelhaftigkeit auch nach § 327r BGB nichts anderes ergibt.

Stand: 1.8.2023, § 327r Rn. 9, da im Falle einmaliger Bereitstellung auf § 308 Nr. 4 BGB verwiesen wird). Insbesondere erscheint dies für die DURL auch wertungsmäßig überzeugend, besteht doch bei einmaliger Bereitstellung auf Seite des Unternehmers kein legitimes Interesse an Änderungen (*Schreiber/Esner*, RDi 2022, 317 [319]), jedenfalls wenn er seine Pflicht bereits vollständig durch die einmalige Bereitstellung erfüllt hat. *Martens*, Schuldrechtsmodernisierung, 2022, Rn. 280 nimmt ebenfalls an, dass Art. 19 DURL und damit § 327r BGB abschließend sind, hält aber noch als Minus zur Aktualisierung eine Änderung für möglich, solange dadurch nicht die Vertragsmäßigkeit nach § 327d BGB berührt wird. Die WKRL sieht gar keine spezielle Vorschrift für Änderungen vor. Im Anwendungsbereich der WKRL (Waren mit digitalen Elementen) kann durchaus das Interesse an Änderungen bestehen, gerade wenn das digitale Element i.S.d. § 475c BGB dauerhaft bereitgestellt wird. Mit Blick auf die klare Begrenzung des § 327r BGB im Anwendungsbereich der DURL auf die dauerhafte Bereitstellung, dem teilweise fast schon zufälligen Umstand, welche RL zur Anwendung kommt (Stärke der Verbindung zwischen digitalem Produkt und Sache bzw. Beweglichkeit der Sache, siehe § 327a Abs. 2 und 3 BGB) und der Tatsache, dass Waren mit digitalen Elementen nur aus Gründen des näheren Sachzusammenhangs in der WKRL und nicht in der DURL geregelt wurden (siehe hierzu Sitzungsdokument des Europäischen Parlaments A8-0375/2017, S. 100; Dokument des Rats der Europäischen Union ST 9261 2018 INIT, S. 4 ff.), liegt es sehr nahe, dass der europäische Gesetzgeber eine entsprechende Vorschrift in der WKRL schlicht vergessen hat. Daher sollte § 327r BGB auf dauerhaft bereitgestellte digitale Elemente (§ 475c BGB) analog angewandt werden, mit der Folge, dass dann auch nur im Falle der dauerhaften Bereitstellung des digitalen Elements nach § 327r BGB analog Vereinbarungen eines Änderungsvorbehalts zulässig sind und ansonsten gegen § 476 BGB verstoßen. Da die WKRL mit der Regelung von Aktualisierungspflichten abschließend normiert hat, wann Änderungen zulässig sind, liegt die Frage der analogen Anwendung noch im Anwendungsbereich der WKRL (a.A. *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 475b Rn. 40), sodass bereits auf europäischer Ebene die Voraussetzungen für die analoge Anwendung des Art. 19 DURL vorliegen müssen (siehe erneut zur Rechtsfortbildung Fn. 4).

³⁹ Ist eine Änderungsmöglichkeit nicht vereinbart, kann selbstverständlich für die geänderte Version ein neuer Vertrag geschlossen werden (ErwG 75 S. 7 DURL). Dann sollte es auch möglich sein, durch einvernehmliche Änderung des bestehenden Vertrags nachträglich eine Änderungsmöglichkeit i.S.d. § 327r Abs. 1 Nr. 1 BGB zu vereinbaren (a.A. *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327r Rn. 6); siehe allerdings die Ausführungen in der folgenden Fn. 40 zu § 327h BGB.

⁴⁰ Ist im Vertrag ein solcher Änderungsvorbehalt vereinbart, so muss dieser auch wirksam sein. Für diese Frage wird insbesondere relevant, ob die Vereinbarung eines Änderungsvorbehalts hinsichtlich objektiver Anforderungen i.S.d. § 327e Abs. 3 BGB auch den Beschränkungen von § 327h BGB unterliegt. Zwar verlangen sowohl Art. 8 Abs. 5 DURL als auch § 327h BGB, dass der Verbraucher bereits bei Vertragsschluss informiert wird, wenn das digitale Produkt von den objektiven Anforderungen „abweicht“ und nicht nur abweichen kann; jedoch deutet jedenfalls ErwG 74 S. 5 DURL an, dass für Änderungsvorbehalte bezüglich objektiver Anforderungen ebenfalls strengere Maßstäbe gelten könnten. Der ErwG fordert nach seinem Wortlaut, dass der Verbraucher dann „ausdrücklich zustimmt“, wenn die Änderungen hinsichtlich objektiver Anforderungen bereits „bei Vertragsschluss vorhersehbar sind“, sodass jedenfalls § 327r Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 BGB in einem solchen Fall dahingehend einzuschränken ist, dass eine konkludente Vereinbarung nicht genügt (Letzteres wird jedenfalls in der Praxis wegen der erforderlichen Angabe triftiger Gründe für die Änderungsmöglichkeit, § 327r Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 BGB, ohnehin eher unüblich sein). Ob der europäische Gesetzgeber mit diesem Hinweis intendiert hat, dass § 327h BGB gelten soll (also neben der Ausdrücklichkeit insbesondere die Erklärung auch „gesondert“ zu erfolgen hat; so im Ergebnis ohne Bezugnahme auf ErwG 74 DURL *Fries*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2023, § 327r Rn. 17) bleibt offen. Daneben stellt sich die Frage, ob § 327r BGB abschließend die Anforderungen an die vertragliche Vereinbarung bestimmt oder ob auch andere Unwirksamkeitsgründe – namentlich § 308 Nr. 4 BGB im Falle von AGB – zu berücksichtigen sind. Anders als bei § 651f BGB (siehe dessen Abs. 3) sah sich der deutsche Gesetzgeber bei der DURL durch die ausführlichen Regelungen und die Vollharmonisierung nicht gezwungen, sich im Normtext zum AGB-Recht zu äußern. In BT-Drs. 19/27653, S. 77 geht er jedenfalls von einer parallelen Geltung beider Regelungen aus. Siehe auch *Hunzinger*, CR 2022, 349 (352 ff.) zu den wohl deckungsgleichen Anforderungen an § 308 Nr. 4 BGB und § 327r Abs. 1 Nr. 1 BGB (auch mit Verweis auf den Wortlaut der Klausel-RL). Auch wenn man AGB als Aspekte des allgemeinen Vertragsrechts begreift, hilft Art. 3 Abs. 10 DURL nicht weiter, da dieser selbst einschränkt: „soweit diese Aspekte nicht in dieser Richtlinie geregelt werden“.

dd) Zwischenergebnis

Ein Produktmangel liegt damit vor und V stehen die Rechte aus § 327i BGB offen.

b) Grund zur Vertragsbeendigung, § 327m BGB**aa) Ausschluss der Nacherfüllung gem. §§ 327m Abs. 1 Nr. 1, 327l Abs. 2 Fall 2 BGB**

Gem. § 327l Abs. 2 Fall 2 BGB ist die Nacherfüllung im Falle von unverhältnismäßigen Kosten ausgeschlossen. Die U-GmbH hätte ihre Serverkapazitäten umfangreich aufstocken müssen, was aber nur einer sehr geringen Zahl von Spielern zugutekommen würde, sodass sich daraus durchaus eine Unverhältnismäßigkeit der Kosten ergibt.⁴¹

Für den Ausschluss der Nacherfüllung gem. § 327l Abs. 2 S. 1 Fall 2 BGB genügt dem Wortlaut nach bereits das Vorliegen der Unverhältnismäßigkeit. § 327l Abs. 2 S. 1 BGB stimmt weitgehend mit dem zugrundeliegenden Art. 14 Abs. 2 DURL überein; auch dieser verlangt seinem Wortlaut nach nur das Vorliegen unverhältnismäßiger Kosten für den Ausschluss der Nacherfüllung. Demgegenüber fordert ErwG 65 S. 1 DURL, der Art. 14 Abs. 2 DURL näher erläutern soll, dass der Unternehmer sich im Falle von unverhältnismäßigen Kosten „weigert“, nachzuerfüllen.

Durch die Ausgestaltung als Einwendung wird dem Unternehmer das Recht zur zweiten Andienung genommen.⁴² Anders als etwa in § 439 Abs. 4 S. 1 BGB⁴³, wo der deutsche Gesetzgeber dem Unternehmer die Möglichkeit offenlassen wollte, sein Recht zur zweiten Andienung dennoch wahrzunehmen⁴⁴, läge es damit in der Hand des Verbrauchers, ob dieser sofort seine Sekundärrechte geltend macht. Vor dem Hintergrund, dass der Unternehmer die Kosten der Nacherfüllung zu tragen hat (siehe § 327l Abs. 1 S. 1 BGB a.E.⁴⁵) macht eine Einschränkung bei Unverhältnismäßigkeit für Unternehmer durchaus Sinn. Dabei muss zusätzlich berücksichtigt werden, dass der Ausschluss des Rechts zur zweiten Andienung durch Art. 14 Abs. 2 Hs. 2 DURL klar als Ausnahme geregelt ist („es sei denn“); denn es stellt für den Unternehmer die einzige Möglichkeit dar, die Geltendmachung von Sekundärrechten abwenden zu können. In der Konsequenz sollte er entscheiden können, ob er trotz unverhältnismäßig hoher Kosten die Nacherfüllung (überobligatorisch) dennoch vornimmt.

Dementsprechend wurde Art. 14 Abs. 2 Fall 2 DURL als Einrede und nicht als Einwendung ausgestaltet.⁴⁶ Dies ist im Wege der teleologischen Reduktion richtlinienkonform auf § 327l Abs. 2 S. 1 Fall 2

⁴¹ Im vorliegenden Fall würde die U-GmbH durch die Nacherfüllung über den Vertrag mit V hinaus auch keine weiteren Spieler gewinnen, sodass offenbleiben kann, ob solche Synergieeffekte über den individuellen Vertrag hinaus für die Bewertung der Unverhältnismäßigkeit relevant sind (so BT-Drs. 19/653, S. 67), oder ob dies erst recht ein Argument ist, dem Unternehmer in Fällen der Unverhältnismäßigkeit des einzelnen Vertrags die Entscheidung, die Nacherfüllung trotzdem zu erbringen (dazu sogleich), selbst zu überlassen. Ausführlicher zur Bestimmung der Unverhältnismäßigkeit m.w.N. *Gansmeier/Kochendörfer*, Jura 2022, 1447 (1451 f.).

⁴² Kritisch bereits *Schmidt-Kessel*, Stellungnahme zum deutsche Umsetzungsgesetz, S. 14.

⁴³ Die früher zugrunde liegende Regelung in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 VerbGKRL war fast identisch wie Art. 14 Abs. 2 DURL formuliert (auch ErwG 11 S. 1 VerbGKRL stellte nicht klar, ob es sich, wie schon damals vom deutschen Gesetzgeber umgesetzt, um eine Einrede handelt). Der nun geltende Art. 13 Abs. 2 WKRL ist insoweit leider nicht klarer. Erst aus Art. 13 Abs. 3 DURL für den Fall der Unverhältnismäßigkeit beider Nacherfüllungsvarianten (i.V.m. ErwG 49 S. 2 DURL für den Fall, dass eine Variante unmöglich und die andere unverhältnismäßig ist bzw. allgemein ErwG 51 S. 2 DURL; beide ErwG sprechen allerdings dann vom Verweigern bei Unverhältnismäßigkeit und der typischerweise als Einwendung ausgestalteten Unmöglichkeit) ergibt sich, dass der europäische Gesetzgeber wohl grundsätzlich von einer Einrede für den Fall der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung im Kaufrecht ausgeht.

⁴⁴ BT-Drs. 14/6040, S. 232.

⁴⁵ Art. 14 Abs. 3 DURL.

⁴⁶ Offengelassen bei *Gansmeier/Kochendörfer*, Jura 2022, 1447 (1451 f.). Im Ergebnis ohne weitere Begründung *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 327l Rn. 4, wobei offenbleibt, ob § 327l

BGB zu übertragen.

Vorliegend hat sich die U-GmbH nicht auf die Einrede nach § 327I Abs. 2 S. 2 Fall 2 BGB berufen, sodass kein Fall von § 327m Abs. 1 Nr. 1 BGB gegeben ist. Dieses Recht zur Vertragsbeendigung scheidet folglich aus.

bb) Nacherfüllung nicht innerhalb angemessener Frist erfolgt, §§ 327m Abs. 1 Nr. 2, 327I Abs. 1 BGB

Seit der Information durch V gegenüber der U-GmbH am 6.6.2023 über den Mangel⁴⁷ (siehe zur Relevanz dieses Zeitpunkts § 327I Abs. 1 S. 2 BGB) sind circa drei Monate vergangen, ohne dass die U-GmbH nacherfüllt hat. Dies entspricht mehr als 10 % der Vertragslaufzeit des Abonnements. Auch wenn die nötige Erweiterung der Serverkapazität möglicherweise eine längere Zeit beansprucht, sind – auch angesichts der Äußerung gegenüber V, sie müsse sich nur kurz gedulden – circa drei Monate als angemessen i.S.v. § 327I Abs. 1 S. 2 BGB anzusehen.⁴⁸ Der Nacherfüllungsanspruch wurde nicht erfüllt, sodass der Vertragsbeendigungsgrund nach § 327m Abs. 1 Nr. 2 BGB gegeben ist.

c) Kein Ausschluss gem. § 327m Abs. 2 S. 1 BGB

Durch den Produktmangel wird der Zugriff der V auf das Spiel mit ihrem aktuellen System komplett aufgehoben. Bereits dies spricht gegen einen nur unerheblichen Mangel. Zudem bildet das Betriebssystem die Grundlage des Systems der V, sodass ein Update auf ein aktuelleres Betriebssystem nicht nur Zeit und – soweit kostenpflichtig – Geld beanspruchen würde, sondern auch Kompatibilitäts-

Abs. 2 BGB insgesamt als Einrede verstanden wird. A.A. *Bernzen/Specht-Riemenscheider*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, § 327I Rn. 12; *Fries*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2023, § 327I Rn. 11; *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327I Rn. 12; *Stürner*, Jura 2022, 159 (160). *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, 2020, DCD Art. 14 Rn. 42 spricht sich aus Gründen der Rechtsklarheit ebenfalls gegen eine Einrede aus. Insoweit widersprüchlich ist, dass dann aber überlegt wird, dass bei trotzdem erfolgter Nacherfüllung den Sekundärrechten der Einwand treuwidrigen Verhaltens entgegengehalten werden kann. Ähnlich *Martens*, Schuldrechtsmodernisierung, 2022, Rn. 300. Der deutsche Gesetzgeber bejaht unter Bezugnahme auf ErwG 65 DURL ebenfalls die Möglichkeit des Unternehmers, sich zu weigern, und verweist in diesem Zusammenhang aber auf das Recht aus § 327m Abs. 1 Nr. 5 BGB (BT-Drs. 19/27653, S. 67). Dabei verkennt er jedoch, dass ErwG 65 S. 1 DURL erstens einen klaren Bezug zu der Fallgruppe der Unverhältnismäßigkeit herstellt und zweitens § 327m Abs. 1 Nr. 5 BGB kein „Recht des Unternehmers [...], die Nacherfüllung zu verweigern“ (BT-Drs. 19/27653, S. 67) für den Fall der Unverhältnismäßigkeit schafft, da der Verbraucher bereits nach § 327m Abs. 1 Nr. 1 BGB den Vertrag beenden kann. Anders bei § 475d Abs. 1 BGB, wo – neben der klaren Ausgestaltung von § 439 Abs. 4 BGB als Einrede („kann...verweigern“) – die Fälle von § 327m Abs. 1 Nr. 1 und 5 BGB in § 475d Abs. 1 Nr. 4 BGB quasi kombiniert wurden und sich dieses Problem daher dort nicht ergibt.

⁴⁷ Dies entspricht dem Wortlaut des Art. 14 Abs. 3 DURL; ein ausdrückliches Nacherfüllungsverlangen nach § 327I Abs. 1 S. 1 BGB ist demnach nicht nötig. Siehe dazu *Heiderhoff/Rüsing*, Jura 2022, 1243 (1247). Mangels Wahlmöglichkeit bei § 327I Abs. 1 BGB ist auch nicht erforderlich, dass der Verbraucher die Art der Nacherfüllung bestimmt. Zu diesem Aspekt i.R.d. WKRL siehe ausführlich *Brüderlin/Mögn/Eder*, Jura 2022, 1314 (1322).

⁴⁸ Anders als § 439 Abs. 1 BGB unterscheidet § 327I Abs. 1 BGB nicht zwischen verschiedenen Arten der Nacherfüllung, sodass für den Verbraucher noch unklarer ist, ob der Unternehmer zur Beseitigung des Mangels auf Handlungen des Verbrauchers – insbesondere Ermöglichung des Zugriffs auf Computer – angewiesen ist. Da auch die DURL dem Nacherfüllungsanspruch grundsätzlich Vorrang vor anderen weiteren Rechten des Verbrauchers einräumt, wird man die Rspr. zu Art. 3 VerbrGKRL übertragen können und verlangen müssen, dass der Verbraucher die Nacherfüllung nicht dadurch vereitelt, dass er sich weigert, dem Unternehmer das digitale Produkt bereitzustellen. Es bleibt dann Aufgabe des Unternehmers dem Verbraucher mitzuteilen, ob, wie und ggf. wo er das digitale Produkt benötigt. Ob Handlungen dann vom Verbraucher verlangt werden können oder allein vom Unternehmer durchzuführen sind, richtet sich danach, ob sich die Nacherfüllung als kostenfrei und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher i.S.d. § 327I Abs. 1 BGB bzw. Art. 14 Abs. 3 DURL erweist (grundlegend EuGH, Urt. v. 23.5.2019 – C-52/18 = NJW 2019, 2007 [2011 Rn. 57 ff.] – Füllä/Toolport GmbH).

und Integrationschwierigkeiten mit sich bringen kann.⁴⁹ Daher liegt kein Ausschluss nach § 327m Abs. 2 S. 1 BGB für das bejahte Recht aus § 327m Abs. 1 Nr. 2 BGB vor.

d) Zwischenergebnis

V hat gem. §§ 327m Abs. 1 Nr. 2, 327l Abs. 1 BGB ein Recht zur Vertragsbeendigung.

4. Recht zur Vertragsbeendigung wegen Änderung des digitalen Produkts, § 327r Abs. 3 S. 1 BGB

a) Voraussetzungen nach § 327r Abs. 1, Abs. 3 S. 1 BGB

Eine Änderung i.S.d. § 327r Abs. 1 BGB liegt vor (siehe oben 3. a) cc)). Durch die Änderung der U-GmbH kann V mit ihrem Betriebssystem nicht mehr auf das Spiel zugreifen, sodass eine Einschränkung der Zugriffsmöglichkeit des digitalen Produkts i.S.d. § 327r Abs. 3 S. 1, Abs. 2 S. 1 BGB vorliegt.⁵⁰ Indem der Wortlaut nur die tatsächliche Vornahme der Änderung voraussetzt, zeigt sich, dass Abs. 3 trotz seiner systematischen Stellung nicht nur für Änderungen gilt, die nach Abs. 1 zulässig sind.⁵¹ Jedenfalls erscheint es, wenn Abs. 3 für die genannten Einschränkungen bei einer zulässigen Änderung nach Abs. 1 dem Verbraucher ein besonderes Recht zur Vertragsbeendigung gewährt, zudem erst recht gefertigt, dem Verbraucher dieses Recht zu gewähren, wenn er noch zusätzlich dadurch beeinträchtigt ist, dass die Änderung nicht gem. Abs. 1 zulässig war.⁵² Zwar hat dies zur Folge, dass dem Unternehmer anders als bei einem Recht zur Vertragsbeendigung nach § 327m Abs. 1 Nr. 2, 3 und 5 BGB die Möglichkeit zur Nacherfüllung genommen wird, da diese bei § 327r Abs. 3 BGB schlicht nicht vorgesehen ist. Allerdings erfolgt die Änderung aktiv durch den Unternehmer, sodass es durchaus gerechtfertigt erscheint, ihm dann – stützt man die Vertragsbeendigung auf § 327r Abs. 3 S. 1 BGB – kein Recht zur Nacherfüllung zugestehen; dies gerade auch dann, wenn die Änderung zusätzlich einen Produktmangel begründet, der gem. §§ 327m Abs. 1 Nr. 2, 327l Abs. 1 BGB grundsätzlich erst nach Fristablauf zu einem Recht auf Vertragsbeendigung führt.⁵³

Die Information ist allein für die Frist der Vertragsbeendigung und nicht für das Recht zu dieser erheblich (§ 327r Abs. 3 S. 2 BGB). Mangels Information, die den Anforderungen nach Abs. 2 genügt, hat die Frist noch nicht einmal begonnen. Damit ergibt sich grundsätzlich ein Recht zur Vertragsbeendigung nach § 327r Abs. 3 S. 1 BGB.

b) Kein Ausschluss nach § 327r Abs. 4 BGB

Aus den unter 3. c) genannten Gründen ist auch ein Ausschluss nach § 327r Abs. 4 Nr. 1 BGB für § 327r

⁴⁹ Angesichts der Schwere dieser Umstände muss es wohl ausreichend sein, dass bereits abstrakt ein Risiko für solche Schwierigkeiten durch ein Update des Betriebssystems besteht. Im Übrigen wäre der Ausschlussgrund („ist ausgeschlossen“) für die U-GmbH positiv, sodass sie ohnehin die Darlegungs- und Beweislast tragen würde.

⁵⁰ Mit einer Einschränkung des Zugriffs geht notwendigerweise eine Einschränkung der Nutzbarkeit für die betroffene Person einher. Um dem Begriff „Nutzbarkeit“ in § 327r Abs. 2 BGB daher eine eigenständige Bedeutung zukommen zu lassen, sollte darunter die abstrakte Tauglichkeit des digitalen Produkts zur vertragsgemäß geschuldeten Verwendung verstanden werden (überzeugend *Bernzen/Specht-Riemenschneider*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, § 327r Rn. 21).

⁵¹ *Bernzen/Specht-Riemenschneider*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, § 327r Rn. 28.

⁵² Im Ergebnis *Fries*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2023, § 327r Rn. 17; wohl auch *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327r Rn. 16 f., wonach das Recht unabhängig von der Erfüllung der Informationspflicht, die für eine zulässige Änderung notwendig wäre, bestehen soll.

⁵³ Siehe zu § 327m BGB bereits oben unter II. 3.

Abs. 3 S. 1 BGB zu verneinen. Eine Nutzungsmöglichkeit des unveränderten Produkts nach § 327r Abs. 4 Nr. 2 BGB besteht ebenfalls nicht.

c) Zwischenergebnis

Somit ergibt sich für V auch aus § 327r Abs. 3 S. 1 BGB ein Recht zur Vertragsbeendigung.

5. Erklärung der Vertragsbeendigung, § 327o Abs. 1 S. 1 BGB

Eine mögliche Vertragsbeendigung könnte bereits am 6.6.2023 erklärt worden sein. Indem V die Rückzahlung des Entgelts verlangt, bringt sie ausreichend zum Ausdruck, dass der Vertrag nicht weiter durchgeführt und stattdessen rückabgewickelt werden soll (§§ 133, 157 BGB). Allerdings kann V sich am 6.6.2023 mangels Fristablaufs noch nicht auf das Recht zur Vertragsbeendigung nach §§ 327m Abs. 1 Nr. 2, 327l Abs. 1 BGB stützen (siehe oben II. 4. a)). Jedoch besteht das Recht zur Vertragsbeendigung gem. § 327r Abs. 3 S. 1 BGB ab der Änderung und damit bereits am 6.6.2023 (siehe oben II. 4. c)); § 327o Abs. 1 S. 1 BGB gilt gem. § 327r Abs. 5 BGB für dieses Recht entsprechend.

Somit kommt es nicht mehr darauf an, dass am 12.9.2023 theoretisch eine Vertragsbeendigung auf §§ 327m Abs. 1 Nr. 2, 327l Abs. 1 BGB hätte gestützt werden können. Da die Rechtsfolgen sich jeweils aus §§ 327o f. BGB ergeben (im Falle von § 327r Abs. 3 S. 1 BGB i.V.m. § 327r Abs. 5 BGB) und damit keine Unterschiede für V bestehen, muss auch nicht geklärt werden, ob V mit ihrer Erklärung sich alleine auf ein Recht aus den §§ 327m Abs. 1 Nr. 2, 327l Abs. 1 BGB stützen wollte, sondern es ist davon auszugehen, dass sie den Vertrag zum frühestmöglichen Zeitpunkt beenden wollte (§§ 133, 157 BGB).

6. Umfang der Rückzahlung nach Vertragsbeendigung, § 327o Abs. 2–4 BGB i.V.m. § 327r Abs. 5 BGB

Gem. §§ 327r Abs. 5, 327o Abs. 2 S. 1 BGB hat der Unternehmer grundsätzlich das gesamte bereits geleistete Entgelt zu erstatten. Dies erfasst, wie § 327o Abs. 2 S. 2 BGB klarstellt, auch den im Voraus entrichteten Teil des Entgelts für die verbleibende Zeit des Abonnements.

Nach Abs. 3 S. 1 entfällt bei einer dauerhaften Bereitstellung (zum Vorliegen dieser siehe 3. a) aa)) nicht nur der Anspruch auf das im Voraus erbrachte Entgelt, sondern auch der Teil des Entgelts für bereits erbrachte Leistungen – aber nur, soweit das digitale Produkt mangelhaft war. Insoweit ist Abs. 3 S. 1 auch eine Einschränkung der umfassenden Erstattungspflicht nach Abs. 2 S. 1.⁵⁴ Zu erstatten ist für bereits erbrachte Leistungen dann nur dieser Teil (Abs. 3 S. 2).⁵⁵ Das Spiel hat von 24 Monaten

⁵⁴ Daher ist es etwas irritierend, dass Abs. 3 S. 1 einleitet mit „Abweichend von Absatz 2 Satz 2“. Der deutsche Gesetzgeber wollte wohl neben der Erstattungspflicht in Abs. 3 S. 2 klarstellen, welcher Teil des Anspruchs nachträglich erlischt. Da er aber in Abs. 2 S. 1 für bereits erbrachte Leistungen nur die Erstattung anspricht (und damit ein Erlöschen nur implizit annimmt) und nur für zukünftige Leistungen das Erlöschen anspricht in Abs. 2 S. 2, musste er in Abs. 3 S. 1 für die Rechtsfolge „erlischt [...] auch“ konsequenterweise auf Abs. 2 S. 2 Bezug nehmen. Insoweit sind § 327o Abs. 2 und 3 BGB sprachlich sehr ungeschickt formuliert. Insoweit zu Recht kritisch *Martens*, Schuldrechtsmodernisierung, 2022, Rn. 332 f.

⁵⁵ Damit steht der Unternehmer für Produktmängel, die erst nach der Bereitstellung auftreten, im Falle der dauerhaften Bereitstellung deutlich besser als im Falle der einmaligen Bereitstellung, wo wegen § 327f Abs. 1 S. 3 BGB i.V.m. § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 3, Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB (sowohl wegen nicht erfüllter Aktualisierung, als auch wegen des Entstehens neuer Fehler durch – fehlerhaft vorgenommene – Aktualisierung) aber ebenfalls ein nachträglich auftretender Produktmangel und damit ein Recht auf Vertragsbeendigung möglich ist. Folge dort ist nach § 327o Abs. 2 BGB aber immer Erstattung des gesamten Entgelts mangels Nutzungsersatzansprüchen des Unternehmers gegen den Verbraucher (zu dieser Schlechterstellung siehe auch *Riehm/Abold*, CR 2021, 530 [539]; *Hubert/Hengstler*, MMR 2022, 623 [627]). Wegen des aus § 327f Abs. 1 S. 3 BGB folgenden Dauerschuldcharakters auch bei einmaliger Bereitstellung besteht eine Vergleichbarkeit zu der Situ-

nur einen Monat lang funktioniert, daher ergibt sich für die bereits für 24 Monate gezahlten 120 € ein Erstattungsbetrag von $120 \text{ €} \div 24 \times 23 = 115 \text{ €}$.

7. Fälligkeit und Durchführung der Erstattungspflicht, §§ 327o Abs. 4, 327n Abs. 4 S. 2–5 BGB

Dieser Betrag ist jedenfalls innerhalb von 14 Tagen nach der erfolgten Erklärung zur Vertragsbeendigung (§ 327n Abs. 4 S. 2 und 3 BGB) in Form des ursprünglich verwendeten Zahlungsmittels zu erstatten (§ 327n Abs. 4 S. 4 Hs. 1 BGB).

8. Ergebnis

V hat gegen die U-GmbH einen Anspruch auf Rückzahlung von 115 € seit spätestens dem 20.6.2023 gem. (§§ 535, 578b Abs. 2 S. 1, S. 2 BGB,⁵⁶) §§ 327o Abs. 2 und 3 i.V.m. § 327r Abs. 3 S. 1, Abs. 4 BGB.

III. Anspruch auf Rückzahlung des Entgelts für die Grafikkarte gem. §§ 346 Abs. 1 Fall 1, 327m Abs. 4 bzw. 5 BGB Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung sowie Nutzungsersatz gem. §§ 348, 320, 322 BGB

1. Vertragsschluss hinsichtlich Grafikkarte

V und die U-GmbH haben hinsichtlich der Grafikkarte ebenfalls einen Vertrag⁵⁷ geschlossen. Für das

ation bei dauerhafter Bereitstellung, sodass eine analoge Anwendung von § 327o Abs. 3 BGB auf die einmalige Bereitstellung und damit gleichzeitig eine teleologische Reduktion von § 327o Abs. 2 BGB in Betracht kommt. Zustimmung m.w.N. *Bernzen/Specht-Riemenschneider*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, § 327o Rn. 12; offengelassen bei *Kramme*, RD 2020, 21 (26 f.); kritisch einer Analogie gegenüber *Fries*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2023, § 327o Rn. 6. Einer Analogie steht wohl die Wertung aus Art. 17 Abs. 3 DIRL nicht entgegen, da dort ausdrücklich nur Ansprüche für den Zeitraum ausgeschlossen werden sollen, in dem das digitale Produkt mangelhaft war und gerade nicht für den Zeitraum der Nutzung im mangelfreien Zustand (siehe auch ErWG 72 S. 1 DIRL). Insoweit ist die Begründung in BT-Drs. 19/27653, S. 71 ungenau, wenn dort der Ausschluss für Wertersatz insgesamt auf Art. 17 Abs. 3 DIRL gestützt wird. Für eine dauerhafte Bereitstellung ist dies im Ergebnis sogar unzutreffend, da der Unternehmer das Entgelt für den mangelfreien Zeitraum gem. Art. 16 Abs. 1 und Abs. 2 DIRL (umgesetzt in § 327o Abs. 3 S. 1 BGB) behält; für eine einmalige Bereitstellung folgt dies bereits aus Art. 16 Abs. 1 und Abs. 1 DIRL (umgesetzt durch § 327o Abs. 2 S. 1 BGB). Erblickt man in diesem Umstand einen von der DIRL gewährten Handlungsspielraum, so richtet sich die Rechtsfortbildung nach den für das deutsche Recht geltenden Regeln. Wer dies anders sieht, hat auf die in Fn. 4 erläuterten Grundsätze zurückzugreifen, was im Ergebnis aber auch keinen Unterschied machen sollte. Dann stellt sich allerdings die Frage, welchen Regelungsgehalt Art. 17 Abs. 3 DIRL hat. Einen Anwendungsfall könnte man darin erblicken, dass die bereits fällige Zahlungspflicht des Verbrauchers für einen Zeitraum, in dem ein Mangel vor Rücktritt vorlag, aber der Verbraucher dieser Zahlungspflicht noch nicht nachgekommen ist, erlischt (siehe hierzu *Twigg-Flesner*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, 2020, DCD Art. 17 Rn. 31 ff.). Dies ist jedenfalls in Art. 16 Abs. 1 DIRL nicht in dieser Deutlichkeit angesprochen. Im Anwendungsbereich der WKRL gilt nach § 346 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB, dass im Falle des Rücktritts auch für die Nutzung eines digitalen Elements grundsätzlich Nutzungsersatz zu leisten ist. Wieso ein digitales Element anders als ein sonstiges digitales Produkt behandelt werden soll, erschließt sich auch an dieser Stelle nicht (für mögliche Argumente für die Rechtsfortbildung siehe oben Fn. 38 zur analogen Anwendung von § 327r BGB auf die WKRL). Nach dem zuvor Gesagten bietet sich auch hier an, die Regelung von § 327o Abs. 3 BGB insgesamt (also sowohl einmalige als auch dauerhafte Bereitstellung) auf das digitale Element im Wege der Analogie zu übertragen. Hier hat der deutsche Gesetzgeber hinsichtlich der Modalitäten der Rückabwicklung – anders als bei der DIRL – ausdrücklich einen Spielraum (ErWG 60, Art. 16 Abs. 3 und Abs. 2 WKRL).

⁵⁶ Ein Anspruch auf Rückzahlung von im Voraus entrichteter Miete aufgrund von Kündigung (§ 543 BGB i.V.m. § 547 Abs. 1 BGB bzw. § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 1 BGB) bzw. auf Rückzahlung für Mietzahlungen während der Nutzung des Abonnements (§§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 536 Abs. 1 S. 1 bzw. 2 BGB) scheidet wegen § 578b Abs. 1–3 BGB aus.

⁵⁷ Es handelt sich hier recht eindeutig um einen Kaufvertrag, da die Grafikkarte unabhängig von dem Abonne-

Zustandekommen des Vertrags wird auf die Ausführungen unter I. 1. entsprechend verwiesen.

2. Gesetzliches Rücktrittsrecht, §§ 327i Nr. 2, 327m Abs. 4 S. 1 bzw. Abs. 5 BGB

a) Recht zur Vertragsbeendigung wegen Produktmangels, §§ 327i Nr. 2, 327m Abs. 1 BGB

Ein Recht zur Vertragsbeendigung wegen Produktmangels ergibt sich hier nach §§ 327m Abs. 1 Nr. 2, 327l Abs. 1 BGB (siehe oben II. 4. a)).⁵⁸ Dieses Recht besteht allerdings erst ab Ablauf der angemessenen Frist und hätte daher erst eine Vertragsbeendigung jedenfalls zum 12.9.2023 erlaubt (siehe oben II. 3. b). aa)).

Wie oben festgestellt, besteht auch ein Recht zur Vertragsbeendigung nach § 327r Abs. 3 S. 1 BGB. Dieses müsste aber auch zur Beendigung hinsichtlich des Vertrags über die Grafikkarte nach § 327m Abs. 4 S. 1 bzw. Abs. 5 BGB berechtigen. § 327i BGB, der in seiner Nr. 2 auch auf Abs. 4 und 5 von § 327m BGB verweist, verlangt, genauso wie § 327m Abs. 1 BGB, auf den die Abs. 4 und 5 von § 327m BGB verweisen, dass das digitale Produkt mangelhaft ist. Wie gezeigt (siehe oben unter II. 3. a)), kann sich aus einer unzulässigen Änderung ein Mangel ergeben. Das Recht aus § 327r Abs. 3 S. 1 BGB knüpft aber gerade nicht an den Umstand an, dass ein Mangel besteht, sondern allein daran, ob eine Änderung i.S.d. § 327r Abs. 1 BGB vorliegt. Es besteht gerade sogar im Falle einer zulässigen Änderung nach § 327r Abs. 1 BGB. Zudem ist das Recht gerade nicht in § 327m Abs. 1 BGB genannt, worauf aber § 327m Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 BGB verweisen.⁵⁹

b) Analoge Anwendung von § 327m Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 BGB auf Fälle von § 327r Abs. 3 S. 1 BGB

In Betracht kommt allerdings eine analoge Anwendung von § 327m Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 BGB auf Fälle von § 327r Abs. 3 S. 1 BGB. § 327m Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 BGB formulieren die Rechtsfolge mit „vom Vertrag lösen“ ohne Bezug zu spezifischen Rechten zur Lösung vom Vertrag (z.B. Rücktritt, Kündigung, etc.), sodass hieraus bereits geschlussfolgert werden kann, dass der Gesetzgeber Normen schaffen wollte, die möglichst alle Vertragskonstellationen erfasst.⁶⁰ Dass die in § 327m Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 BGB genannten Rechte nicht spezifisch mit einem Mangel des digitalen Produkts einhergehen müssen, zeigt der Gesetzgeber, indem er dieselben Rechte im Falle der unterbliebenen Bereit-

ment gegen Zahlung der 800 € behalten werden darf. Anders als oben bei II. 1. ist hier aber nach den zu prüfenden Normen nicht die Vertragsart zu klären. Insbesondere wird kein Recht nach §§ 437 Nr. 2, 434, 323 BGB geltend gemacht. Zudem ist der Vertragstyp recht eindeutig und daher nicht wirklich eine aufgeworfene Rechtsfrage.

⁵⁸ Die teilweise geäußerte Kritik an der sprachlichen Ungenauigkeit hinsichtlich der Rechtsfolge (*Rosenkranz ZUM 2021, 195 [200]*) überzeugt nicht. Es ist ausdrücklich vorgesehen, dass sich der Verbraucher „im Hinblick auf alle Bestandteile [...] vom Vertrag lösen [kann]“; die Norm ist ihrer Rechtsfolge entsprechend eindeutig als spezieller Grund zur Vertragsauflösung ausgestaltet (siehe auch BT-Drs. 19/27653, S. 52). Die von *Rosenkranz* aufgeworfene Frage, ob es sich um eine Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweisung handelt, stellt sich mangels Verweisung nicht. Der hier gewählte Aufbau, den Grund zur Lösung vom Vertrag mit dem jeweiligen Rechtsbehelf (hier Rücktritt) des betroffenen Vertragstyps zu prüfen, entspricht der gesetzgeberischen Konzeption (BT-Drs. 19/27653, S. 52).

⁵⁹ Ist ein digitales Produkt mit dem anderen Vertragsgegenstand, der durch Kaufvertrag erworben wurde, verbunden oder in ihm enthalten (§ 327a Abs. 2 BGB) und liegt kein Fall von § 327a Abs. 3 BGB vor, ermöglichen §§ 327c Abs. 7, 327m Abs. 5 BGB bei den dort genannten Problemen hinsichtlich des digitalen Teils auch einen Rücktritt hinsichtlich des Kaufs der Sache. Dass dieses nicht in der WKRL vorgesehene Rücktrittsrecht hinsichtlich der gekauften Sache nicht gegen die Vollharmonisierung von Art. 4 WKRL verstößt, ergibt sich nicht schon aus Art. 3 Abs. 6 DURL, der den Mitgliedstaaten einen Spielraum für die Beendigung bei Paketverträgen (Vertrag zwischen denselben Personen) gibt, sondern wohl erst aus ErwG 34 S. 2 DURL.

⁶⁰ So ausdrücklich BT-Drs. 19/27653, S. 52 und 70.

stellung gewährt (§ 327c Abs. 6 S. 1 bzw. Abs. 7 BGB). Den Situationen ist demnach gemein, dass ein leistungsbezogener Umstand, der ein Recht zur Vertragsbeendigung gewährt, auch zur Beendigung des anderen Vertragsteils berechtigen soll. Im Falle von §§ 327c und 327m BGB ist der Umstand eine Pflichtverletzung durch den Unternehmer. Jedenfalls im Falle der Vertragsbeendigung nach § 327r Abs. 3 S. 1 BGB wegen einer *unzulässigen* Änderung würde es sich genauso um eine Pflichtverletzung handeln.

Hinzu kommt, dass die Rechte in § 327m Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 BGB bzw. § 327c Abs. 6 S. 1 und Abs. 7 BGB darauf abstellen, ob der andere Teil des Vertrags für den Verbraucher auch ohne den digitalen Teil in irgendeiner Form Sinn ergibt und nicht völlig sinnlos ist (siehe „ohne das [...] Produkt kein Interesse hat“ bzw. „sich die Sache nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignet“). Die Sinnlosigkeit des anderen Vertragsteils bei einer Verbindung beider Vertragsteile (sei es durch die Zusammenfassung in einem Vertrag oder durch eine innere Verbindung von digitalem Produkt und anderem Gegenstand) stellt sich sogar unabhängig vom Umstand, der dem Recht zur Vertragsbeendigung des digitalen Teils zugrunde liegt. Es erscheint daher als durchaus überzeugend, dass der Gesetzgeber schlicht übersehen hat, diese Erweiterung auch beim Recht nach § 327r Abs. 3 S. 1 BGB vorzusehen. Daher sind die §§ 327c Abs. 6 S. 1, Abs. 7, 327m Abs. 4 S. 1, Abs. 5 BGB analog⁶¹ auf eine Vertragsbeendigung nach § 327r Abs. 3 S. 1 BGB – jedenfalls bei einer unzulässigen Änderung durch den Unternehmer – anzuwenden.⁶²

c) Vertragstyp nach § 327a Abs. 2 oder 3 BGB

Aus § 327a BGB ergibt sich nicht eindeutig, wie sich Abs. 1 und 2 zueinander verhalten; klar ist nur, dass jedenfalls kein Fall von Abs. 3 vorliegen darf. Diese Frage kann allerdings offenbleiben, wenn nur einer der Absätze erfüllt ist.

Anmerkung: Teilweise wird vertreten, dass es sich bei § 327a Abs. 2 BGB schlicht um einen Unterfall von Abs. 1 handele, der vollständig in Abs. 1 aufgehe.⁶³ Dies verkennt jedoch die gesetzliche Konzeption. Stehen die Leistungsgegenstände zueinander in dem in § 327a Abs. 2 BGB geforderten Verhältnis, könnte eine solche Konstellation zwar durchaus unter Abs. 1 fallen. Dies setzt jedoch nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Abs. 1 voraus, dass die Leistungsgegenstände Teil eines einheitlichen Vertrags zwischen denselben Personen sind. Für Abs. 2 ist dies aber nicht zwingend der Fall; so kann

⁶¹ Mit §§ 327c Abs. 6 S. 1, Abs. 7, 327m Abs. 4 S. 1, Abs. 5 BGB hat der deutsche Gesetzgeber keine europäischen Vorgaben umgesetzt, sondern war gem. Art. 3 Abs. 6 und Abs. 3 DURL in der Gestaltung frei (dies muss in der Klausur natürlich nicht bekannt sein). Daher kann die Analogie allein auf nationaler Ebene gebildet werden (siehe hierzu bereits oben Fn. 4).

⁶² Für den umgekehrten Fall, dass allein ein Recht zum Lösen vom nicht-digitalen Teil besteht, hat der Gesetzgeber keine Erweiterung auf den digitalen Teil vorgesehen. Art. 3 Abs. 6 und Abs. 3 DURL und ErWG 34 S. 2 DURL würden dem wohl nicht entgegenstehen. Mangels Regelungen für diesen Fall und Anhaltspunkten in den Gesetzesmaterialien muss eine Analogie hierzu aber wegen fehlender Planwidrigkeit abgelehnt werden, obwohl der Grund – die erwähnte Sinnlosigkeit des einen ohne den anderen Vertragsteil – genauso für diesen umgekehrten Fall passen würde. Im Ergebnis ebenso *Fries*, in: BeckOGK, Stand: 1.7.2023, § 327c Rn. 20, der allerdings ohne nähere Begründung die vergleichbare Interessenlage für die Analogie verneint. Nach deutschem Recht bleiben damit in einem solchen Fall nur die Rechte nach § 313 BGB, der auch in Übereinstimmung mit Art. 3 Abs. 6 und Abs. 3 DURL und ErWG 34 S. 2 DURL angewandt werden darf. Warum *Fries*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2023, § 327c Rn. 20 hier eine Analogie zu § 313 BGB für erforderlich hält (deren Anwendung er ablehnt), erschließt sich nicht.

⁶³ *Gansmeier/Kochendörfer*, ZfPW 2022, 1 (8 ff.). So wohl auch *Rieländer*, GPR 2021, 257 (264) und *Tamm/Tonner*, Das neue Schuldrecht, 2022, § 2 Rn. 62. Eine nur teilweise Doppelung sieht *Martens*, Schuldrechtsmodernisierung, 2022, Rn. 209, allerdings ohne genaue Erklärung, worin diese Doppelung genau liegt.

schon rechtlich ohne Weiteres eine andere Person sich zur Erfüllung hinsichtlich des digitalen Teils verpflichten, auch wenn nachher dieselbe Person die fremde (§ 267 Abs. 1 BGB) und ihre eigene Pflicht erbringt. Aber auch rein tatsächlich ist es ohne Weiteres denkbar, dass eine Person den digitalen Teil und eine andere Person den nicht digitalen Teil erbringt und so beide die vertraglich aufgeteilten Pflichten selbst erfüllen. Gerade für digitale Dienstleistungen, die meist von „außen“ mit dem nicht digitalen Vertragsteil interagieren, ist dies möglich, aber auch für digitale Daten, zumal nach der Richtlinie eine beabsichtigte Verbindung ja auch gerade nachträglich erfolgen kann.⁶⁴ All dies wird jedoch übersehen, wenn Abs. 2 allein als Unterfall von Abs. 1 angesehen wird.⁶⁵ Auch Abs. 3 hilft bei der Bestimmung des Verhältnisses der Absätze zueinander nicht weiter. Klar ist: Abs. 3 geht jedenfalls Abs. 1 und 2 zwingend vor; Kaufverträge über Waren mit digitalen Elementen sind durch die WKRL geregelt. Darüber hinaus lässt sich nur wenig aus Abs. 3 ableiten. Dieser nimmt zwar in seinem Wortlaut Bezug auf Abs. 2 und könnte daher als dessen Spezialfall angesehen werden, dies würde jedoch unberücksichtigt lassen, dass Abs. 3 auch einen inhaltlichen Bezug zu Abs. 1 hat. So ist, wie sich aus Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 475b Abs. 1 BGB ergibt, erforderlich, dass der Unternehmer sich neben der Lieferung der Ware auch zur Bereitstellung des digitalen Elements verpflichtet.⁶⁶ Damit hat Abs. 3 mit Abs. 1 gemein, dass jedenfalls dieselben Personen Vertragspartner sein müssen und diese Verpflichtung auch Teil desselben Vertrags sein muss.⁶⁷ Abgesehen von der durch § 327a Abs. 1 und 2 BGB beabsichtigten Klarstellung, dass die umfassende Geltung der §§ 327 ff. BGB für digitale Produkte eines Vertrags nicht durch Kombinationsverträge mit nicht digitalen Gegenständen umgangen werden können⁶⁸, enthalten § 327a Abs. 1 und 2 BGB keine weitergehende Regelung, sodass es für ihr Verhältnis untereinander durchaus sinnvoll ist, auf die Konsequenzen zu schauen, die der Gesetzgeber an die verschiedenen Konstellationen nach Abs. 1 und 2 knüpft. §§ 327c Abs. 6 S. 1, Abs. 7, 327m Abs. 4 S. 1, Abs. 5 BGB sehen als autonom-nationale Bestimmungen⁶⁹ ein Recht zur Lösung vom Vertrag für den nicht digitalen Teil vor und sind damit eine Entscheidung gegen das Interesse des Unternehmers an der Erfüllung des Vertrags – jedenfalls hinsichtlich des nicht beeinträchtigten Vertragsteils. Dabei unterscheiden sich die Voraussetzungen, die für eine Vertragsbeendigung für den gesamten Kombinationsvertrag gefordert werden. Auch dieser Umstand spricht stark dafür, dass § 327a Abs. 2 BGB nicht in Abs. 1 vollständig aufgehen soll, der deutsche Gesetzgeber also eine bewusste Unterscheidung treffen wollte.⁷⁰ Bei einem Vertrag nach § 327a Abs. 2 BGB liegt eine tatsächliche Verbindung in Form des Enthaltens-/Verbundenseins zwischen dem digitalen und nicht digitalen Leistungsgegenstand des Vertrags vor. Somit hängen die beiden Gegenstände auf tatsächlicher Ebene voneinander ab, sodass es wegen dieser starken Abhängigkeit der Leistungsgegenstände einer gerechten Interessenabwägung ent-

⁶⁴ Grundsätzlich deutet ErwG 21 UAbs. 1 S. 7 DIRL an, dass ein Verbundensein/Enthaltensein nicht zwingend bereits bei Vertragsschluss schon bestehen muss, sondern auch erst im Nachhinein erfolgen kann. Siehe auch *Fries*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2023, § 327a Rn. 10 mit dem wichtigen zusätzlichen Hinweis, dass für ein Enthaltensein, bei dem die Sache nur „Behältnis“ für das digitale Produkt ist, § 327 Abs. 5 BGB gilt. Daher ist die im Text genannte „Installation“ insofern wichtig, als das digitale Produkt quasi arbeitsfähig enthalten sein muss.

⁶⁵ So aber *Gansmeier/Kochendörfer*, ZfPW 2022, 1 (8 f.).

⁶⁶ Zur etwas ungeschickten Umsetzung dieses Aspektes durch den deutschen Gesetzgeber siehe bereits *Brüderlin/Mögn/Eder*, Jura 2022, 1314 (1317 f. Fn. 22 f.).

⁶⁷ ErwG 15 S. 2–12 WKRL.

⁶⁸ BT-Drs. 19/27653, S. 45 f.

⁶⁹ BT-Drs. 19/27653, S. 52 und 70.

⁷⁰ So ebenfalls *Meyer/Wiesehöfer*, Jura 2023, 80 (85 Fn. 30 m.w.N.) unter Hinweis auf das Gesetzgebungsverfahren, in dem diese Unterscheidung bereits umstritten war.

spricht, das Interesse des Unternehmers an der Vertragserfüllung insgesamt einzuschränken, wenn der Verbraucher bereits kein Interesse mehr am nicht-digitalen Vertragsteil hat. Dass damit § 327c Abs. 6 S. 1 BGB bzw. § 327m Abs. 4 S. 1 BGB recht oft erfüllt sein werden, ist – wie gesagt – darin begründet, dass bereits die innere tatsächlichen Verbindung der Vertragsgegenstände sehr stark sein muss und die Parteien sich dadurch auch im Klaren sein müssen – selbst wenn die Parteien für digitalen und nicht digitalen Teil nicht identisch sind, was bei § 327a Abs. 2 BGB denkbar ist⁷¹ –, dass ohne den digitalen Teil der Vertrag hinsichtlich des nicht digitalen Teils wenig Sinn ergibt.

Folgerichtig stellt der Gesetzgeber für den Paketvertrag, bei dem allein eine rechtliche Verbindung der Vertragsgegenstände, nämlich durch denselben Vertrag zwischen denselben Parteien, Voraussetzung ist, höhere Anforderungen an die Beendigung des Vertrags insgesamt, indem er beim Paketvertrag verlangt, dass der Verbraucher hinsichtlich des nicht digitalen Teils (gar) kein Interesse mehr hat (§§ 327c Abs. 6 S. 1, 327m Abs. 4 S. 1 BGB).⁷²

Auf dieser Grundlage ergibt sich, dass Abs. 2 gegenüber Abs. 1 spezieller ist, denn liegt ein Fall vor, der sowohl die Voraussetzungen von Abs. 1 als auch Abs. 2 erfüllt, ist es nicht gerechtfertigt, die an die Situation des Abs. 1 (Paketvertrag) anknüpfenden grundsätzlich höheren Voraussetzungen (kein Interesse) für die Vertragsbeendigung nach §§ 327c Abs. 6 S. 1, 327m Abs. 4 S. 1 BGB zu verlangen, da es eben eine innere tatsächliche Verbindung der Vertragsgegenstände gibt, die eine Beendigung des Vertrags insgesamt bereits ab der Schwelle von § 327c Abs. 7 BGB bzw. § 327m Abs. 5 BGB (fehlende Eignung zur gewöhnlichen Verwendung) rechtfertigt.⁷³ Entsprechend überzeugt auch die Systematik in § 327a BGB grundsätzlich; Abs. 1 ist demnach zwar nicht der Grundfall (da eben auch Fälle von Abs. 2 denkbar sind, die nicht die Voraussetzungen nach Abs. 1 erfüllen; siehe oben), ist aber nachrangig gegenüber Abs. 2 und 3. Abs. 2 geht als speziellere Vorschrift Abs. 1 vor, ist aber – insoweit direkt aus dem Wortlaut ablesbar – selbst nachrangig gegenüber Abs. 3.

Das Spiele-Abonnement ist nicht auf der Grafikkarte als Sache⁷⁴ in irgendeiner Form installiert und somit nicht in der Grafikkarte als Sache enthalten. Auch wenn die Grafikkarte während des Betriebs

⁷¹ Siehe Wortlaut (im Unterschied zu § 327a Abs. 1 und Abs. 3 S. 2 BGB) und oben vor Fn. 64.

⁷² Aus den vorgenannten Gründen ist die vorgenommene Differenzierung durch den Gesetzgeber bei der Lösung vom ganzen Vertrag durchaus nachvollziehbar (in diese Richtung ebenso Meyer/Wiesehöfer, Jura 2023, 80 [85 Fn. 30]). Daher ist der Vorschlag von Gansmeier/Kochendörfer, ZfPW 2022, 1 (12), im Wege der Rechtsfortbildung stets auf das Kriterium des fehlenden Interesses abzustellen, wegen fehlender Planwidrigkeit und fehlender vergleichbarer Interessenlage abzulehnen. Ebenfalls kritisch hinsichtlich der unterschiedlichen Kriterien für die Lösung vom ganzen Vertrag Rieländer, GPR 2021, 257 (264) und Rosenkranz, ZUM 2021, 195 (205). Soweit sich die vorgebrachte Kritik darauf bezieht, dass im Falle eines Kombinationsvertrags, der gar nicht von § 327 ff. BGB erfasst wird, nach § 323 Abs. 5 S. 1 BGB stets der einheitliche Maßstab des fehlenden Interesses für die Lösung vom gesamten Vertrag gilt und nicht unterschieden wird nach der Stärke der Verbindung der Leistungsgegenstände, vermag auch dies nicht zu überzeugen. So könnte man schon überlegen, ob das Konzept nach §§ 327c Abs. 6 S. 1, Abs. 7, 327m Abs. 4 S. 1, Abs. 5 BGB nicht überzeugender ist, da es – wie gezeigt – detaillierter die Interessen beider Parteien zum Ausgleich bringt. Zudem richtet sich die Prüfung des fehlenden Interesses bei § 323 Abs. 5 S. 1 BGB maßgeblich nach der bei Vertragsschluss beabsichtigten Verwendung (allgemein Schwarze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 323 Rn. B 142), mit der Folge, dass es keine Unterschiede zur Bewertung der Fälle geben sollte, bei denen es auf die Eignung zur gewöhnlichen Verwendung ankommt. Insoweit könnte man in der begrifflichen Differenzierung durch den Gesetzgeber eine zu begrüßende Klarstellung der Voraussetzungen sehen.

⁷³ So bereits Brüderlin/Mögn/Eder, Jura 2022, 1314 (1316 Fn. 9). Ggf. meint Reinking, DAR 2021, 185 (187) dies, wenn er davon spricht, dass § 327a Abs. 2 BGB „[w]eitergehenden Schutz gewährt“.

⁷⁴ Wieso § 327a Abs. 2 BGB anders als Abs. 1 auf Sachen eingeschränkt wurde und sich nicht auf jeden beliebigen anderen nicht-digitalen Vertragsgegenstand bezieht, erschließt sich nicht. Nach der Gesetzesbegründung ist Abs. 2 genauso wie Abs. 1 eine Klarstellung dahingehend, dass eine (rechtliche oder tatsächliche) Verbindung zwischen digitalem Produkt und nicht-digitalem Gegenstand nichts an der Anwendbarkeit der §§ 327 ff. BGB (auf das digitale Produkt) ändert (BT-Drs. 19/27653, S. 45 f.). Unabhängig davon, ob man diese Klarstellung

Daten des Spiels in ihren Speicher laden wird, erfolgt dies nur temporär und nur in dem Umfang, wie es für die Grafik des Spiels notwendig ist. Daher wird man dies ebenfalls nicht als Enthaltensein ansehen können.⁷⁵

Der Begriff des Verbundenseins sollte gegenüber dem Merkmal des Enthaltenseins eine eigene Bedeutung haben. Dazu bietet sich an, es im Gegensatz zum Enthaltensein nicht als – jedenfalls metaphorisch – physische Verbindung zu verstehen. Ein Verbundensein setzt dem natürlichen Wortsinn entsprechend voraus, dass Sache und digitales Produkt gegenseitig in Austausch stehen.⁷⁶ Damit könnte man hier ein Verbundensein schon deshalb ablehnen, da das Spiel zwar Daten für die grafische Verarbeitung an die Grafikkarte meldet, dies allerdings erstens über den Umweg des Computers erfolgt (das Spiel kann nicht allein mit der Grafikkarte als Komponente des Computers kommunizieren) und zweitens die Grafikkarte voraussichtlich nichts an das Spiel, sondern nur an die Anzeigeräte des Computers etwas zurückmeldet. Ob eine solche einseitige Kommunikation ausreicht, ist nicht ausdrücklich in § 327a Abs. 2 BGB geregelt, allerdings deutet der Wortlaut, der eine Verbindung der Sache mit dem digitalen Produkt verlangt und nicht umgekehrt, darauf hin, dass jedenfalls ein Datenaustausch vom digitalen Produkt an die Sache erfolgen soll.⁷⁷ Nach all diesen Aspekten liegt kein Fall von § 327a Abs. 2 BGB vor.⁷⁸

Jedoch ist der Verbrauchervertrag (siehe oben I. 4. a) aa)) hinsichtlich Grafikkarte und Spiele-Abonnement zwischen V und der U-GmbH als Vertragsparteien zustande gekommen und es handelt sich um einen einheitlichen Vertrag, sodass ein Paketvertrag i.S.d. § 327a Abs. 1 S. 1 BGB vorliegt.

d) Weitere Voraussetzungen nach §§ 327c Abs. 6 S. 1, 327m Abs. 4 S. 1 BGB analog

V ist nur dann auch zum Rücktritt hinsichtlich der Grafikkarte berechtigt, wenn sie an dieser ohne das geänderte digitale Produkt kein Interesse hat.

V hat sich die Grafikkarte nur für das Spiele-Abo angeschafft, da sie auch dieses Spiel mit guter Grafik spielen wollte, aber ihre Hardware dafür nicht ausgereicht hätte. Für ihren sonstigen Gebrauch ist dagegen ihre Grafikkarte völlig ausreichend, sodass sowohl subjektiv als auch objektiv kein Inte-

für erforderlich hält, ergibt sich aus § 327a Abs. 2 BGB jedenfalls nicht der (ohnehin gegen EU-Recht verstößende) Umkehrschluss, dass bei einer tatsächlichen Verbindung zwischen digitalem Produkt und nicht-digitalem Gegenstand, der nicht unter den Sachenbegriff und damit unter § 327a Abs. 2 BGB fällt, die §§ 327 ff. BGB für den digitalen Teil nicht gelten. Spätestens für die besonderen Rechtsfolgen im Fall von § 327a Abs. 2 BGB, die der Gesetzgeber autonom für deutsches Recht (siehe oben Fn. 61) in §§ 327c Abs. 7, 327m Abs. 5 BGB vorgesehen hat, sollte § 327a Abs. 2 BGB dann aber über Sachen hinaus auf alle nicht-digitalen Gegenstände (analog) angewandt werden. Die notwendige Planwidrigkeit könnte daraus abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber sich bei der Schaffung von Abs. 2 zu sehr am Warenbegriff des Abs. 3 orientiert hat (in diese Richtung BT-Drs. 19/27653, S. 45 f.; siehe auch den früheren § 327a BGB-E in BR-Drs. 60/21, der in Abs. 3 noch von „Sachen mit digitalem Element“ sprach) und daher übersehen hat, dass durchaus weitere Gegenstände mit digitalen Produkten i.S.d. § 327a Abs. 2 BGB in Verbindung stehen können. A.A. *Martens*, Schuldrechtsmodernisierung, 2022, Rn. 209 a.E.

⁷⁵ Siehe oben Fn. 64.

⁷⁶ Auf diese Auslegung deuten auch andere Sprachfassungen hin, die auch als „Vernetzung“ übersetzt werden können (*Mayer/Möllnitz*, RD 2021, 333 [337 Rn. 24]). Dies wird auch gestützt durch ErWG 14 WKRL, der jedenfalls andeutet, dass ein Enthaltensein regelmäßig bei digitalen Inhalten und ein Verbundensein regelmäßig bei digitalen Dienstleistungen in Betracht kommt.

⁷⁷ Diese Auslegung wird auch dadurch gestützt, dass §§ 327a Abs. 3 S. 1, 475b Abs. 1 S. 1 BGB verlangen, dass das digitale Produkt für das Funktionieren der Sache und nicht die Sache für das Funktionieren des digitalen Produkts Voraussetzung ist. ErWG 14 S. 4 WKRL nennt auch als Beispiel für eine digitale Dienstleistung, die mit der Ware verbunden ist, die fortlaufende Bereitstellung von Verkehrsdaten in einem Navigationssystem; auch dort werden die Verkehrsdaten in aller Regel nur an das Navigationsgerät gesendet.

⁷⁸ Zum Verhältnis der Absätze in § 327a BGB siehe oben III. 2. c); kritisch zur deutschen Umsetzung durch § 327a BGB *Martens*, Schuldrechtsmodernisierung, 2022, Rn. 209 f.

resse der V an der Grafikkarte besteht und damit offenbleiben kann, wie genau das fehlende Interesse zu bestimmen ist.⁷⁹

3. Rücktrittserklärung, § 349 BGB

V bringt bereits am 6.6.2023 klar zum Ausdruck, dass sie auch hinsichtlich der Grafikkarte ihr Geld zurück und daher den Vertrag beenden möchte (§§ 133, 157 BGB).

4. Rechtsfolge

Gem. § 346 Abs. 1 BGB hat die U-GmbH daher V das gezahlte Geld (800 €) zurückzugewähren. Allerdings kann die U-GmbH dem gem. §§ 346 Abs. 1, 348, 320 Abs. 1 BGB die Rückgabe und Rückübereignung der Grafikkarte, sowie die gezogenen Nutzungen (§ 346 Abs. 1 BGB a.E.) Zug um Zug entgegenhalten – worauf sich die U-GmbH auch berufen hat (§§ 133, 157 BGB). Da die Nutzungen in Form der Gebrauchsvorteile der V nicht herausgegeben werden können, kann die U-GmbH stattdessen Wertersatz (§ 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 2 BGB) verlangen.

IV. Gesamtergebnis

Der von V geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung der 920 € besteht nur i.H.v. 915 € abzüglich des Nutzungersatzes für die Grafikkarte. Hinsichtlich 800 € folgt bereits aus §§ 348, 320 Abs. 1 BGB die Zug-um-Zug-Einrede bezogen auf Rückgabe und Rückübereignung der Grafikkarte. Bezüglich der restlichen 115 € ergibt sich dies aus § 273 Abs. 1 BGB – auch darauf hat sich die U-GmbH berufen (§§ 133, 157 BGB).

⁷⁹ BT-Drs. 19/27653, S. 52 verweist auf die Rspr. zum gleichlautenden § 323 Abs. 5 S. 1 BGB, sodass von einem objektiven Begriff unter Berücksichtigung der individuellen Vertragsgegebenheiten auszugehen ist (*Schwarze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 323 Rn. B 140 ff.).

Examensübungsklausur: Nur Ärger mit dem Infotainment*

Ref. iur. Nico Krause, Dresden**

Die Klausur behandelt typische Fragen des Leasingdreiecks zwischen Lieferant, Leasinggeber und Leasingnehmer. Die ersten beiden Fragen adressieren dabei Gewährleistungsansprüche bezüglich analoger und digitaler Komponenten des Leasinggegenstandes. Die dritte Frage beschäftigt sich mit der Rückabwicklung.

Sachverhalt

K will einen neuen Pkw der Marke M zur privaten Nutzung erwerben. Dabei wird er auf das Autohaus der X-OHG aufmerksam, das Vertragspartner des Autoherstellers M ist. K interessiert sich wegen des Aussehens, des Chassis und dem modernen Infotainmentbereich mit Schnittstelle für Android Auto, Carplay etc. für ein Fahrzeug der Serie Performance S, Erste Generation, Baujahr 2021. Da K den Kaufpreis i.H.v. 30.000 € nicht erbringen kann, schlägt die X-OHG ihm vor, den Pkw von der L-GmbH zu „leasen“. K ist darüber erfreut und erhält von der L-GmbH am 7.1.2022 ein Vertragsformular mit handschriftlichen Ergänzungen mit folgender Regelung:

§ 3 Hauptpflichten der Vertragsparteien, Vertragsdauer

- (1) Die L-GmbH verpflichtet sich zum Erwerb und zur Überlassung des Pkw M, Performance S, Erste Generation, Baujahr 2021 von einem durch den Vertragspartner gewählten Händler.
- (2) ¹Der Vertragspartner hat an die L-GmbH monatliche Raten i.H.v. 500 € zu entrichten. ²Mit Übergabe des Pkw wird eine Anzahlung i.H.v. 6.000 € fällig.
- (3) ¹Der Vertrag wird für eine Dauer von vier Jahren geschlossen und beginnt zum 1.2.2022. ²Mit Vertragsende räumt die L-GmbH dem Vertragspartner eine Kaufoption ein. ³Bei Ausübung der Kaufoption wird eine Sonderzahlung i.H.v. 5.000 € fällig.

§ 4 Ansprüche und Rechte bei mangelhaftem Fahrzeug

- (1) ¹Dem Vertragspartner stehen gegen die L-GmbH keine Gewährleistungsansprüche zu. ²Ausgenommen davon sind Schäden aus der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit, die auf einem fahrlässigen oder vorsätzlichen Handeln des Leasinggebers oder seiner Erfüllungsgehilfen beruhen sowie sonstige Schäden, die auf einem vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Handeln des Leasinggebers oder seiner Erfüllungsgehilfen beruhen.
- (2) Für den Ausschluss der Aktualisierungspflicht wird auf das Extrablatt verwiesen.
- (3) ¹Die L-GmbH tritt sämtliche Ansprüche und Rechte gegen den Lieferanten des Fahrzeugs an den Vertragspartner ab. ²Der Vertragspartner nimmt die Abtretung an.

§ 5 Halterpflichten

Der Vertragspartner trägt die Aufwendungen, die mit dem Betrieb und der Haltung des Fahrzeugs verbunden sind.

* Die Klausur wurde als Teil des Examensklausurenkurses an der Universität Leipzig gestellt.

** Der Autor ist Rechtsreferendar und war bis März 2023 Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Gesellschaftsrecht und Steuerrecht, Universität Leipzig (Prof. Dr. Gregor Roth).

Dem Vertrag liegt ein zu unterschreibendes Extrablatt nebst Informationsschreiben bei, in dem die L-GmbH ihre Aktualisierungspflicht ausdrücklich ausschließt und auf die X-OHG verweist. K unterschreibt beide Dokumente und sendet sie zurück an die L-GmbH. Sodann leistet K die Anzahlung und die L-GmbH kauft auf Wunsch des K den Pkw von der X-OHG. Man vereinbart, dass der Pkw am 1.2.2022 von der X-OHG an K auszuliefern ist.

Bereits wenige Wochen darauf bemerkt K, dass sich eine der Walzen am Multifunktionslenkrad zur Bedienung des Infotainmentbereichs nicht drehen lässt, sodass der Infotainmentbereich nur über die Wippschalter und Bedienelemente an der Mittelkonsole gesteuert werden kann. Die Walze am Multifunktionslenkrad ist zwar an die Bordelektronik angeschlossen, aber physisch zu fest eingebaut.

Frage 1

Kann K von der L-GmbH die Reparatur der Walze verlangen?

Fortsetzung

Am 13.3.2023 wird bekannt, dass in der Programmbibliothek, auf der das Betriebssystem in den Fahrzeugen der Marke M, Serie Performance S, Erste Generation basiert, wegen einer weiterentwickelten Angriffstechnik eine neue Sicherheitslücke entstanden ist. Dadurch könnte man sich über die Schnittstelle für Over-the-Air-Updates in den Infotainmentbereich des Betriebssystems einhacken, diesen mit Ransomware verschlüsseln und damit deaktivieren und sodann Lösegeld etc. verlangen. Der Zugriff auf Steuerungseinheiten, etwa für die Bremsen, ist zwar ausgeschlossen. Der Infotainmentbereich umfasst aber auch die digitale Anzeige von Drehzahl- und Geschwindigkeitsmesser, die bei einer Deaktivierung ebenfalls ausgeblendet bleibt.

Bereits am 15.3.2023 erklärt der Autohersteller M, dass ein Software-Update zur Verfügung stehe. K wendet sich daraufhin am 17.3.2023 an die X-OHG und verlangt die Bereitstellung des Software-Updates zur Behebung der Sicherheitslücke. Die X-OHG meint, dass K keine Verbraucherschützenden Rechte aus dem Kaufvertrag zwischen der L-GmbH und der X-OHG herleiten könne. K erwidert, dass der Schutz vor Sicherheitslücken in einem vernetzten Pkw nichts mit Verbraucherschutz gemein habe; es gehe um die fortwährende Fahrsicherheit, die – auch gegenüber einem Unternehmer – geschuldet sei. Das müsse jedenfalls der Wille der Vertragsparteien gewesen sein. Die X-OHG meint, dass ihr das Problem jedenfalls zu spät angezeigt worden sei und sie daher keine Gewährleistung übernehmen müsse. K meint, dass ihn eine solche Rügepflicht nicht treffen könne. Jedenfalls habe er sie rechtzeitig erfüllt.

Frage 2

Kann K von der X-OHG die Installation des Software-Updates verlangen? Könnte K dies auch von der L-GmbH verlangen?

Fortsetzung 2

Schon am 26.3.2023 häufen sich die Beschwerden zu Fahrzeugen mit dem neuen Software-Update. Zwar schließe es die Sicherheitslücke im Infotainmentbereich des Betriebssystems, habe aber gleichwohl wider Erwarten zur Folge, dass auch die bestehende Schnittstelle des Infotainmentbereich für Android Auto, Carplay etc. nicht mehr funktioniert. Damit ist zwar nicht die Verkehrssicherheit des

Pkw beeinträchtigt; jedoch stellt die Schnittstelle für K einen wesentlichen Qualitätsaspekt dar, der auch in der Fahrzeugbeschreibung des Kaufvertrages enthalten war. Es ist unklar, ob M in absehbarer Zeit ein Software-Update entwickeln kann, das die Defizite des letzten Software-Updates beseitigt.

K weist die X-OHG daher auf die bekannt gewordenen Probleme im Zuge des möglichen Software-Updates hin. Er möchte seinen Pkw daher nicht updaten, sondern durch einen neuen Pkw eintauschen, der nicht von der Sicherheitslücke bzw. dem Softwarefehler betroffen ist. Die X-OHG erklärt, dass sämtliche Fahrzeuge der Marke M aus der Serie Performance S, Erste Generation, davon betroffen seien. Mit dem Nachfolgemodell der Reihe Performance S, Zweite Generation, deren Betriebssystem auf einer anderen Programmbibliothek basiert und bei der keines dieser Probleme auftritt, könne die X-OHG nicht dienen. Das Modell sei zudem leistungstärker und das Chassis abgewandelt und passe daher nicht zum ursprünglichen Fahrzeugwunsch des K. Die X-OHG lehnt deshalb den Austausch der Fahrzeuge ab. Auch K findet das Nachfolgemodell nicht ansprechend. Weil ihm die Beschaffenheit mit der integrierten Schnittstelle für Android Auto, Carplay etc. besonders wichtig war, möchte K nun „den Pkw aufgrund der Probleme loswerden“ und verlangt von der L-GmbH sein „Geld zurück“. Er erklärt daher am 31.3.2023 sowohl der L-GmbH den Rücktritt vom Leasingvertrag als auch der X-OHG den Rücktritt vom Kaufvertrag. Die X-OHG erkennt den Rücktritt aufgrund des auch aus ihrer Sicht erheblichen Mangels an. Dagegen lehnt die L-GmbH das Verlangen des K mangels eigener Verantwortlichkeit ab. Hilfsweise müsse von der Rückzahlung eine der Höhe nach angemessene Nutzungsentschädigung i.H.v. 5.000 € abgezogen werden.

Frage 3

Kann K von der L-GmbH die Rückzahlung der geleisteten Anzahlung und der geleisteten Raten verlangen?

Lösungsvorschlag

Frage 1: Anspruch K gegen L-GmbH auf Reparatur aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB	94
I. Bestehen eines Mietvertrages	94
II. Bestehen eines Mietmangels	95
1. Anwendbarkeit der mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften	95
2. Fehlende Vertragsmäßigkeit	96
3. Zwischenergebnis.....	96
III. Kein Ausschluss der Gewährleistung	96
1. Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen	96
2. Einbeziehungskontrolle	97
3. Inhaltskontrolle	97
a) Verstoß gegen Klauselverbote	97
b) Verstoß gegen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	98
c) Verstoß gegen Kardinalspflichten gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB	98
d) Zwischenergebnis.....	98

4. Zwischenergebnis.....	98
IV. Ergebnis.....	98
Frage 2: Ansprüche des K auf Installation des Software-Updates	99
I. Anspruch K gegen X-OHG aus §§ 439 Abs. 1, 437 Nr. 1 BGB i.V.m. § 398 BGB	99
1. Abtretung nach § 398 S. 1 BGB.....	99
2. Bestehen eines Nacherfüllungsanspruchs der L-GmbH gegen die X-OHG.....	99
a) Bestehen eines Kaufvertrages	99
b) Bestehen eines Sachmangels bei Gefahrübergang.....	99
aa) Anwendbarkeit der kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften	99
bb) Subjektive Anforderungen gem. § 434 Abs. 2 BGB.....	100
cc) Objektive Anforderungen gem. § 434 Abs. 3 BGB	100
dd) Bei Gefahrübergang gem. § 446 S. 1 BGB	100
ee) Zwischenergebnis	101
c) Bestehen einer Aktualisierungspflicht nach Gefahrübergang im maßgeblichen Zeitraum	101
d) Kein Gewährleistungsausschluss gem. § 377 HGB	102
e) Zwischenergebnis.....	102
3. Ergebnis	102
II. Anspruch K gegen L-GmbH aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB	103
III. Anspruch K gegen L-GmbH aus §§ 327I Abs. 1 S. 1, 327i Nr. 1 BGB	103
1. Bestehen eines Verbrauchervertrages über Sachen mit digitalen Produkten	103
2. Bestehen eines Produktmangels	103
3. Kein Ausschluss der Gewährleistung	104
4. Ergebnis	104
Frage 3: Anspruch K gegen L-GmbH auf Rückzahlung der geleisteten Anzahlung und der geleisteten Raten aus §§ 346 Abs. 1, 313 Abs. 1, Abs. 3 BGB	104
I. Bestehen eines Rücktrittsrechts aus § 323 Abs. 1 BGB	104
II. Bestehen eines Rücktrittsrechts aus § 313 Abs. 1, 3 BGB	105
1. Reales Element	105
a) Bestehen eines Rücktrittsrechts	105
aa) Bestehen eines Kaufvertrages	105
bb) Bestehen einer nicht vertragsgemäßen Leistung	105
cc) Fristsetzung bzw. deren Entbehrlichkeit	106
dd) Kein Ausschluss.....	107
ee) Zwischenergebnis	107

b) Rücktrittserklärung	107
c) Zwischenergebnis.....	107
2. Hypothetisches Element	108
3. Normatives Element.....	108
4. Kein Vorrang anderer Gestaltungsmöglichkeiten	108
5. Zwischenergebnis.....	109
III. Rücktrittserklärung.....	109
IV. Teilweises Erlöschen durch Aufrechnung gem. § 389 BGB.....	109
V. Ergebnis.....	109

Frage 1: Anspruch K gegen L-GmbH auf Reparatur aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB

K kann von der L-GmbH nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB die Reparatur der Walze am Multifunktionslenkrad verlangen, wenn K und die L-GmbH einen Mietvertrag über den Pkw abgeschlossen haben, ein Mangel besteht und die Mängelgewährleistung nicht vertraglich ausgeschlossen ist.

Die L-GmbH ist gem. § 13 Abs. 1 GmbHG eine juristische Person und kann damit Trägerin von Rechten und Pflichten sein.

I. Bestehen eines Mietvertrages

Es müsste eine Willenseinigung darüber bestehen, dass die L-GmbH den Pkw dem K entgeltlich zum Gebrauch überlässt. Dies setzt zwei inhaltlich übereinstimmende und in Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen voraus. K und die L-GmbH, vertreten durch deren Geschäftsführer G gem. § 35 GmbHG, vereinbarten im Januar 2022, dass K den Pkw gegen Zahlung einer monatlichen Rate i.H.v. 500 € sowie einer Anzahlung i.H.v. 6.000 € für 48 Monate von der L-GmbH „leasen“ soll und bei Vertragsende bei Zahlung weiterer 5.000 € das Eigentum an dem Fahrzeug erwerben kann. Damit besteht eine Willenseinigung zwischen der L-GmbH und K. Fraglich ist jedoch, wie diese Willenseinigung einzuordnen ist.

Gegen die Einordnung als Mietvertrag spricht die Pflicht der L-GmbH gem. § 3 Abs. 1 des Vertrages, die Sache von der X-OHG zu erwerben und die erforderliche Finanzierung des Erwerbs zu organisieren. K kann nach § 3 Abs. 3 S. 2 des Vertrages zudem nach Ablauf der Vertragszeit eine Kaufoption ausüben und Eigentümer des Fahrzeugs werden. Zudem ist der Vermieter grundsätzlich gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB zu Wartungs- und Instandsetzungsleistungen verpflichtet, während in § 5 des Vertrages eine Halterpflicht für K vereinbart wird.

Für die Einordnung als Mietkauf spricht, dass der Fokus von vornherein auf den späteren Eigentumserwerb des Mieters gerichtet ist. Bei diesem besteht bis zur Ausübung der Kaufoption die mietrechtliche Gewährleistung, welche allerdings auch nicht abbedungen wird.¹ Gegen den Mietkauf spricht, dass K die Kaufoption nach § 3 Abs. 3 des Vertrages erst nach Vertragsende eingeräumt wird. Zudem wird das mietrechtliche Gewährleistungsrecht in § 4 des Vertrages durch das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht eines Dritten ersetzt.

¹ Ziemßen, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2024, § 535 Rn. 805; Stoffels, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2018, Leasing Rn. 39 ff.

Gegen die Einordnung als Operating-Leasing spricht, dass K durch den Vertrag mit der L-GmbH der dauerhafte Erwerb für K ermöglicht werden soll. Beim Operating-Leasing ist die Vertragslaufzeit unbestimmt oder sehr kurz und die Kündigung erleichtert möglich, weshalb die §§ 535 ff. BGB anwendbar sind. Die Amortisation wird erst durch mehrfaches Verleasen an verschiedene Leasingnehmer oder Veräußerung auf eigene Rechnung erreicht.² Der Vertrag zwischen K und der L-GmbH läuft aber über einen festen Zeitraum (48 Monate), wobei die L-GmbH durch das Leasen eine Vollamortisation (Anzahlung i.H.v. 6.000 € und monatliche Leasingraten i.H.v. 500 € entsprechen dem Kaufpreis i.H.v. 30.000 €) und bei Ausübung der Kaufoption durch K zudem einen wirtschaftlichen Vorteil i.H.v. 5.000 € erreicht. Dies spricht vielmehr für das Finanzierungsleasing, bei dem eine Vollamortisation erfolgen soll und der Preis bei der Kaufoption als komplikationslose Restwertrealisierung zu verstehen ist.³ Damit handelt es sich um ein Finanzierungsleasing.

Die dogmatische Einordnung des Finanzierungsleasings ist jedoch umstritten. Nach einer Ansicht handelt es sich bei dem Finanzierungsleasing um einen typengemischten Vertrag, bei dem Elemente der Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB) und des Darlehens (§ 488 BGB) dominieren.⁴ Nach anderer, in der Literatur stärker werdenden Ansicht handelt es sich um einen gesetzlich nicht geregelten Vertrag sui generis. Es bestehe danach ein eigenständiges Leitbild des Leasingvertrages, welches durch die Rechtsprechung und Rechtspraxis gebildet wurde und bei dem Einzel- oder Gesamtanalogien zu gesetzlichen Vertragstypen, insbesondere zum Mietrecht möglich sind.⁵ Nach (noch) h.M. handelt es sich um einen atypischen Mietvertrag. Grundsätzlich soll danach das Mietrecht anwendbar sein, sofern das Amortisationsprinzip des Leasingvertrages keine Abweichung erfordert.⁶ Dafür spricht, dass das Finanzierungsleasing der Miete wegen der Gebrauchsüberlassung auf Zeit gegen Entgelt ähnlich ist. Das Finanzierungsleasing ist daher als atypischer Mietvertrag einzuordnen.

Es besteht zwar kein Mietvertrag. Gleichwohl sind die §§ 535 ff. BGB und damit das mietrechtliche Gewährleistungsrecht auf den Leasingvertrag anwendbar.

Hinweis: Nimmt man einen Vertrag sui generis an, schließt sich die – dann allein auf den vertraglichen Regeln basierende – Frage der Gewährleistung an. Die zu erfolgende AGB-Prüfung des vereinbarten Gewährleistungsausschlusses (dazu sogleich unter III.) ist dann am eigenständigen Leitbild des Leasingvertrages auszurichten.

II. Bestehen eines Mietmangels

Es müsste ein Mietmangel i.S.d. § 536 Abs. 1 BGB bestehen.

1. Anwendbarkeit der mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften

Die mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften sind gem. § 578b Abs. 3, Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB unan-

² BGHZ 111, 84 = NJW 1990, 1785 (1788); BGH NJW 2003, 505 (507); *Stoffels*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2018, Leasing Rn. 16 ff.; *Ziemßen*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2024, § 535 Rn. 1321.

³ BGHZ 128, 255 = NJW 1995, 1019 (1021); *Stoffels*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2018, Leasing Rn. 10 ff.; *Zehelein*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 535 Rn. 68.

⁴ *Canaris*, NJW 1982, 305 (312); *Canaris*, AcP 190 (1990), 410 (450 ff.).

⁵ *Koch/Harnos*, in: MüKo-BGB, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, Anh. § 515 Rn. 35 ff.; *Stoffels*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2018, Leasing Rn. 76; *Greiner*, NJW 2012, 961.

⁶ BGHZ 68, 118 = NJW 1977, 848 (849 f.); BGHZ 96, 103 = NJW 1986, 179; BGHZ 109, 368 = NJW 1990, 1113 (1115); *Zehelein*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 535 Rn. 67; *Ziemßen*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2024, § 535 Rn. 787.

wendbar, wenn ein Verbrauchervertrag (§ 310 Abs. 3 BGB) vorliegt, bei dem der Unternehmer sich verpflichtet, dem Verbraucher eine Sache zu vermieten, die ein digitales Produkt enthält oder mit ihm verbunden ist. Für die Bestandteile des digitalen Produkts gelten dann gem. § 578b Abs. 3, Abs. 1 S. 2 BGB die §§ 327 ff. BGB.

Indem K das Fahrzeug zur privaten Nutzung erwerben will, ist er Verbraucher (§ 13 BGB). Die L-GmbH handelt als juristische Person stets im Rahmen ihrer gewerblichen Tätigkeit und ist daher Unternehmerin (§ 14 BGB). Damit liegt ein Verbrauchervertrag vor. Unter digitalen Produkten sind digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen zu verstehen (§ 327 Abs. 1 S. 1 BGB). Digitale Inhalte sind gem. § 327 Abs. 2 S. 1 BGB in digitaler Form erstellte und bereitgestellte Daten und damit maschinenlesbare, kodierte Information.⁷ Die Walze am Multifunktionslenkrad dient zwar der Steuerung des Infotainmentbereichs und ist an die Bordelektronik angeschlossen. Es handelt sich bei ihr aber um ein physisches Bauteil und damit um kein digitales Produkt.

Die mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften sind daher nicht gem. § 578b Abs. 3, Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB unanwendbar.

2. Fehlende Vertragsmäßigkeit

Unter einem Mietmangel i.S.d. § 536 Abs. 1 BGB ist jede für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache von dem vertraglich vereinbarten Zustand zur Zeit der Überlassung zu verstehen, der die Tauglichkeit der Sache nicht unerheblich mindert oder aufhebt. Mit den Walzen am Multifunktionslenkrad soll als Fahrer eine erleichterte Bedienung des Infotainmentbereichs ermöglicht werden. Weil die Walze physisch zu fest eingebaut wurde, lässt sie sich nicht drehen. Dadurch kann von ihr kein Signal an die Bordelektronik zur Bedienung des Infotainmentbereichs gesendet werden. Zwar kann der Infotainmentbereich noch immer über die Wippschalter und Bedienelemente an der Mittelkonsole gesteuert werden. Allerdings stellt die zusätzliche (fahr-sicherere) Bedienung für den Fahrer eine Erleichterung dar, sodass deren Fehlen eine nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache von dem vertraglich vereinbarten Zustand darstellt. Diese mindert die Tauglichkeit eines solchen modernen Fahrzeugs in nicht unerheblicher Weise.

3. Zwischenergebnis

Folglich liegt ein Mietmangel i.S.d. § 536 Abs. 1 BGB vor.

III. Kein Ausschluss der Gewährleistung

Jedoch könnten K nach § 4 Abs. 1 des Vertrages keine Gewährleistungsansprüche gegen die L-GmbH zustehen. Dazu müsste die Bestimmung nach den § 305 ff. BGB wirksam in den Vertrag einbezogen und zudem inhaltlich wirksam sein.

1. Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Nach § 305 Abs. 1 S. 1 BGB liegen AGB vor, wenn eine Vertragsbedingung für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert ist und von einer Vertragspartei der anderen Vertragspartei einseitig „gestellt“, d.h. nicht im Einzelnen ausgehandelt wird. Bei § 4 Abs. 1 des Vertrages handelt es sich um eine Ver-

⁷ Metzger, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327 Rn. 7.

tragsbedingung, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und einseitig von der L-GmbH dem K gestellt wurde. Auch die handschriftlichen Ergänzungen in § 3 des Vertrages dienen nur der Bestimmung der vertragswesentlichen Bestandteile; sie stellen keine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften i.S.d. § 307 Abs. 3 BGB dar. Sie führen zu keinen individuell ausgehandelten Bedingungen gem. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB. Mithin handelt es sich bei § 4 Abs. 1 des Vertrages um eine AGB.

2. Einbeziehungskontrolle

AGB werden gem. § 305 Abs. 2 BGB nur dann Bestandteil eines Vertrages, wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist und der Verwender bei Vertragsschluss die andere Vertragspartei ausdrücklich oder zumindest durch einen deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses auf diese hinweist, sodass der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft wird, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Die AGB der L-GmbH befanden sich im Vertragsformular, das die L-GmbH dem K zugeschickt hat. K konnte davon Kenntnis nehmen und gab durch seine Unterschrift sein Einverständnis.

Eine Einbeziehung scheidet aber gem. § 305c Abs. 1 BGB aus, wenn es sich um eine überraschende Klausel handelt. Das ist der Fall, wenn sie von den Erwartungen der durchschnittlichen Verkehrskreise deutlich abweicht und der Vertragspartner nach den Umständen mit ihr vernünftigerweise nicht rechnen musste. Gewährleistungsbeschränkungen sind in einem Leasingvertrag nicht ungewöhnlich; vielmehr ist der mietrechtliche Gewährleistungsausschluss gerade charakteristisch für die Gewährleistung beim Finanzierungsleasing. Damit scheidet eine wirksame Einbeziehung auch nicht an § 305c BGB.

3. Inhaltskontrolle

Die Regelung in § 4 Abs. 1 des Vertrages ist gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB nur wirksam, wenn sie K nicht entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Unangemessen ist die Benachteiligung, wenn der Verwender mit der Klausel einseitig seine eigenen Interessen verfolgt und keine hinreichende Rücksicht auf diejenigen seines Vertragspartners nimmt.

a) Verstoß gegen Klauselverbote

Eine AGB ist gem. § 309 Nr. 7 BGB unwirksam, wenn die Klausel einen Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung bei Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit oder für sonstige Schäden, die auf grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz beruhen, zum Nachteil von K vorsieht. Allerdings gilt der Gewährleistungsausschluss nach § 4 Abs. 1 S. 2 des Vertrages für diese Fälle nicht. Ein Verstoß gegen § 309 Nr. 7 BGB liegt somit nicht vor.

Eine AGB ist gem. § 309 Nr. 8 lit. b sublit. aa BGB unwirksam, wenn die Klausel Ansprüche des Verbrauchers gegen den Verwender auf die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte beschränkt. Allerdings gilt dies nur für Verträge über die Lieferungen neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen. Zwar ist der Pkw eine neu hergestellte Sache. Jedoch meint „Lieferung“ nur die Besitzverschaffung zu Übereignungszwecken.⁸ Beim Finanzierungsleasing steht jedoch zunächst die Gebrauchsüberlassung im Vordergrund; die Kaufoption kann erst nach Ablauf der Vertragsdauer ausgeübt werden.

Ein Verstoß gegen Klauselverbote liegt daher nicht vor.

⁸ *Wurmnest*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 309 Nr. 8 Rn. 14.

b) Verstoß gegen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Eine unangemessene Benachteiligung ist gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB anzunehmen, wenn die Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Grundsätzlich ist dabei auf das Leitbild des Mietvertrages abzustellen, der dem Mieter gegen seinen Vermieter Gewährleistungsansprüche zuspricht. Zwischen der L-GmbH und K werden sämtliche Gewährleistungsrechte ausgeschlossen. Jedoch sind die Besonderheiten des typischen Leasingvertrages zu berücksichtigen. Danach ist das Finanzierungsleasing durch das Dreiecksverhältnis und den Ausschluss der mietrechtlichen Ansprüche geprägt. Typisch ist auch die Abtretung der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche gegen den Lieferanten an den Leasingnehmer. Die mietrechtliche Gewährleistung wird daher gem. § 4 Abs. 3 des Vertrages durch die kaufrechtliche Gewährleistung ersetzt. Damit verstößt § 4 Abs. 1 nicht gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

c) Verstoß gegen Kardinalspflichten gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB

Eine unangemessene Benachteiligung ist gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB anzunehmen, wenn die Klausel wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet ist. Wesentlich sind Rechte und Pflichten, mit denen die Durchführung des Vertrages „steht und fällt“ und auf deren Erfüllung der Vertragspartner berechtigterweise vertraut (sog. Kardinalspflichten). Unwirksam wäre eine Klausel, durch die der Leasingnehmer rechtlos gestellt würde. Dies wäre beispielsweise bei einer Abtretung der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte unter Vorbehalt oder bei Vereinbarung eines Haftungsausschlusses zwischen dem Leasinggeber und seinem Lieferanten der Fall.⁹ Durch die vorbehaltlose Abtretung der Gewährleistungsrechte der L-GmbH gegen die X-OHG gem. § 4 Abs. 3 des Vertrages erfolgt aber eine angemessene Kompensation für den Haftungsausschluss. Ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB liegt nicht vor.

d) Zwischenergebnis

K wird durch § 4 Abs. 1 des Vertrages nicht unangemessen benachteiligt.

4. Zwischenergebnis

§ 4 Abs. 1 des Vertrages ist somit gem. §§ 305 ff. BGB wirksam einbezogen und auch inhaltlich wirksam. Die Gewährleistungspflicht wurde somit wirksam ausgeschlossen.

IV. Ergebnis

K hat gegen die L-GmbH keinen Anspruch auf Reparatur der Walze am Multifunktionslenkrad nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB.

⁹ *Wurmnest*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 307 Rn. 115; *Koch/Harnos*, in: MüKo-BGB, Bd. 4/2, 9. Aufl. 2023, Anh. § 515 Rn. 146.

Frage 2: Ansprüche des K auf Installation des Software-Updates

I. Anspruch K gegen X-OHG aus §§ 439 Abs. 1, 437 Nr. 1 BGB i.V.m. § 398 BGB

K kann von der X-OHG die Installation des Software-Updates nach §§ 439 Abs. 1, 437 Nr. 1 BGB i.V.m. § 398 BGB verlangen, wenn der L-GmbH ein Nacherfüllungsanspruch gegen die X-OHG zusteht und dieser wirksam auf K übertragen wurde.

Die L-GmbH ist gem. § 13 Abs. 1 GmbHG eine juristische Person und kann damit Trägerin von Rechten und Pflichten sein. Auch die X-OHG kann gem. § 105 Abs. 2 HGB auch Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen und ist damit rechtsfähig.

1. Abtretung nach § 398 S. 1 BGB

Die L-GmbH hat sämtliche Gewährleistungsrechte durch § 4 Abs. 3 des Vertrages an K abgetreten. Hierzu würde auch ein Nacherfüllungsanspruch der L-GmbH gegen die X-OHG gehören. Der Anspruch war – obwohl er zum Zeitpunkt der Abtretung noch nicht bestand – auch hinreichend bestimmbar und konnte somit wirksam übertragen werden.

2. Bestehen eines Nacherfüllungsanspruchs der L-GmbH gegen die X-OHG

Der L-GmbH steht gegen die X-OHG ein Nacherfüllungsanspruch zu, wenn diese einen Kaufvertrag abgeschlossen haben, ein Mangel besteht und die Mängelgewährleistung nicht vertraglich ausgeschlossen ist.

a) Bestehen eines Kaufvertrages

Die L-GmbH, vertreten durch deren Geschäftsführer G gem. § 35 GmbHG, und die X-OHG, vertreten durch ihren geschäftsführenden Gesellschafter B gem. § 124 Abs. 1 HGB, haben einen Kaufvertrag gem. § 433 BGB über den Pkw geschlossen.

b) Bestehen eines Sachmangels bei Gefahrübergang

Weiterhin müsste am verschafften Pkw bei Gefahrübergang ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 BGB vorliegen. Ein Sachmangel besteht, wenn der tatsächliche Zustand der Sache von den subjektiven und objektiven Anforderungen negativ abweicht.¹⁰

aa) Anwendbarkeit der kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften

Die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften könnten nach § 475a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB unanwendbar sein. Danach sind die §§ 434 ff. BGB auf einen Verbrauchsgüterkaufvertrag über eine Ware, die in einer Weise digitale Produkte enthält oder mit digitalen Produkten verbunden ist, dass die Ware ihre Funktionen auch ohne diese digitalen Produkte erfüllen kann, auf diejenigen Bestandteile des Vertrages, welche die digitalen Produkte betreffen, nicht anzuwenden. In diesem Fall gelten nach den §§ 475a Abs. 2 S. 2, 327a Abs. 2, 3 BGB für diejenigen Bestandteile des Vertrages, welche die digitalen Produkte betreffen, die §§ 327d ff. BGB.¹¹

¹⁰ Zu den Mängelbegriffen nach §§ 327e f., 434 und 475b f. BGB ausführlich *Gelbrich/Timmermann*, NJOZ 2021, 1249.

¹¹ Es ist streitig, ob die Ware nur für ihre Grundfunktionalität auf das digitale Produkt angewiesen sein muss

Weil Zweckgebilde wie eine OHG oder eine GmbH aber keine Privatsphäre haben, handeln diese stets als Unternehmer (§ 14 BGB), sodass bereits kein Verbrauchervertrag (§ 310 Abs. 3 BGB) und damit kein Verbrauchsgüterkaufvertrag vorliegt. Damit sind die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften nicht gem. § 475a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB unanwendbar.

bb) Subjektive Anforderungen gem. § 434 Abs. 2 BGB

Die Sache entspricht nicht den subjektiven Anforderungen, wenn sie gem. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist oder sich gem. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB nicht für die vom Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet. Eine ausdrücklich oder konkludent geschlossene Beschaffenheitsvereinbarung zur Software kann dem Kaufvertrag zwischen der X-OHG und der L-GmbH nicht entnommen werden. Unter der Eignung zur vom Vertrag vorausgesetzten Verwendung ist eine bis zum Vertragsschluss vom Käufer zum Ausdruck gebrachte Verwendung der Kaufsache zu verstehen, der der Verkäufer zugestimmt hat.¹² Zwar könnte eine funktionsfähige und sichere Software für die vom Vertrag vorausgesetzten Verwendung, nämlich der sicheren Fahrt, erforderlich sein. Es bestehen allerdings keine Anhaltspunkte für eine Vereinbarung der L-GmbH und X-OHG.

cc) Objektive Anforderungen gem. § 434 Abs. 3 BGB

Nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 BGB entspricht die Sache nicht den objektiven Anforderungen, wenn sie sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet oder nicht die übliche Beschaffenheit aufweist, die der Käufer erwarten darf. Zur üblichen Beschaffenheit nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB gehört insbesondere die Sicherheit. Ein funktionsfähiges und sicheres Betriebssystem könnte für die gewöhnliche Verwendung – die sichere Fahrt – erforderlich sein. Ein Pkw mit einer Sicherheitslücke würde daher nicht die übliche Beschaffenheit aufweisen. Eine Entscheidung kann aber dahinstehen, wenn der Sachmangel jedenfalls nicht bei Gefahrübergang bestand.

dd) Bei Gefahrübergang gem. § 446 S. 1 BGB

Die Sache ist nur dann mangelhaft, wenn sie bei Gefahrübergang nicht den subjektiven und objektiven Anforderungen entspricht. Nach § 446 S. 1 BGB geht die Gefahr mit Übergabe der verkauften Sache auf den Käufer über. Unter einer Übergabe i.S.v. § 446 S. 1 BGB versteht man die vollständige Aufgabe des Besitzes durch den Verkäufer und den Erwerb von unmittelbarem Besitz durch den Käufer.¹³ Weil nach dem Sinn und Zweck des § 446 S. 1 BGB diejenige Vertragspartei das Risiko des zufälligen Untergangs trägt, welche die tatsächliche Sachherrschaft hat, genügt der Erwerb mittelbaren Besitzes grundsätzlich nicht.¹⁴ K erwarb den unmittelbaren (Fremd-)Besitz an dem Fahrzeug und mittelbar der L-GmbH auf Grundlage des Leasingvertrages den Besitz (§ 868 BGB). Die L-GmbH erwarb somit lediglich mittelbaren Besitz. Dieser Erwerb mittelbaren Besitzes reicht jedoch aus, wenn die Parteien privat-autonom § 446 S. 1 BGB insoweit abbedungen und vereinbart haben, dass die Ware an einen benannten Dritten ausgeliefert werden soll. In diesem Fall geht die Gefahr mit dem Vollzug des anstelle der

(Pkw ohne Anzeige von Drehzahl und Geschwindigkeit; kann noch fahren) oder die Ware eine ihrer nach dem Kaufvertrag geschuldeten Verwendungsmöglichkeiten ohne das digitale Produkt nicht erfüllen kann (Abfrage von Informationen zum Pkw und multimediales Entertainment gehört zum Fahren dazu), vgl. *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 475a Rn. 10; *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327a Rn. 12.

¹² Zu den geänderten Anforderungen seit 2022 vgl. *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 434 Rn. 52 ff.

¹³ *Tröger*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2023, § 446 Rn. 32; *Faust*, in: BeckOK-BGB, Stand: 1.11.2023, § 446 Rn. 6.

¹⁴ *Westermann*, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 446 Rn. 1; *Tröger*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2023, § 446 Rn. 2 ff.

Übergabe vereinbarten Vorgangs auf den Käufer über.¹⁵ Die X-OHG und die L-GmbH haben die Auslieferung des Fahrzeugs an K vereinbart, sodass mit dessen Vollzug der Gefahrübergang i.S.d. § 446 S. 1 BGB vorliegt.

Zu diesem Zeitpunkt bestand die neue Sicherheitslücke aber noch nicht; sie entstand erst durch eine weiterentwickelte Angriffstechnik.¹⁶ Damit lag bei Gefahrübergang kein Sachmangel vor.

ee) Zwischenergebnis

Folglich bestand bei Gefahrübergang kein Sachmangel, welcher eine Nacherfüllungspflicht mit einem Software-Update auslöst.

c) Bestehen einer Aktualisierungspflicht nach Gefahrübergang im maßgeblichen Zeitraum

Jedoch könnte sich eine Verpflichtung der X-OHG zur Bereitstellung eines Software-Updates aus ergänzender Vertragsauslegung ergeben. Dies setzt eine planwidrige Regelungslücke im Vertrag und eine fehlende Lückenfüllung durch dispositives Recht voraus und bestimmt sich nach dem hypothetischen Parteiwillen.¹⁷ Im Kaufvertrag zwischen der X-OHG und der L-GmbH wurde keine Regelung zur Aktualisierung des Betriebssystems bestimmt. Diese Lücke kann mangels Anwendbarkeit des § 475b Abs. 3 Nr. 2, Abs. 4 Nr. 2 BGB bzw. des § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 3, Abs. 3 S. 1 Nr. 5 Var. 1 BGB i.V.m. § 327f Abs. 1 BGB auch nicht durch das dispositive Recht geschlossen werden. Die Regelungen beziehen sich aufgrund einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers nur auf Verbraucherverträge und sind daher weder direkt noch analog anwendbar. Allerdings kommt den gesetzlichen Regelungen zur Aktualisierungspflicht – anders als der Beweislastumkehr gem. §§ 327k, 477 BGB oder den Anforderungen an abweichende Vereinbarungen gem. §§ 327h, 327s, 476 BGB – kein spezifisch verbraucher-schützender Charakter zu.¹⁸ Sie ist vielmehr eine Notwendigkeit bei Sachen, die mit digitalen Produkten verbunden sind. Auch bei einem Kaufvertrag über Sachen, die mit digitalen Produkten verbunden sind, an dem nur Unternehmer i.S.d. § 14 BGB beteiligt sind, besteht daher der (hypothetische) Wille, dass sicherheitsrelevante Aktualisierungen zumindest für einen bestimmten Zeitraum bereitgestellt werden. Dies muss jedenfalls für die Behebung von Sicherheitslücken angenommen werden, die 14 Monate nach Abschluss des Vertrages und Lieferung des Pkw auftreten. Durch die Sicherheitslücke besteht die Gefahr, dass der Pkw ohne die Anzeige von Drehzahl- und Geschwindigkeitsmesser gefahren wird, was ein erhebliches Risiko im Straßenverkehr darstellt. Daher kann dem Kaufvertrag zwischen der X-OHG und der L-GmbH in ergänzender Vertragsauslegung eine Verpflichtung der X-OHG zur Bereitstellung eines Software-Updates entnommen werden.

Hinweis: Weil die Pflicht zur Bereitstellung von Aktualisierungen originär entsteht, ist ihre Einordnung als Nacherfüllungspflicht umstritten. Einem Nacherfüllungsanspruch liegt stets ein Erfüllungsanspruch zugrunde. Es kann daher auch ein originärer Anspruch auf Bereitstellung von Aktualisierungen geprüft werden.¹⁹ Der Gesetzgeber wollte die Regelungen zu Verträgen über Sachen, die mit digitalen Produkten verbunden sind, nur auf Verbraucherverträge (B2C-Verträge) beschränken, obwohl in Erwägungsgrund 16 der Digitale-Inhalte-Richtlinie die Möglichkeit einer Erweiterung des

¹⁵ Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 446 Rn. 8; Tröger, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2023, § 446 Rn. 15.

¹⁶ Allgemein zur Haftung für unsichere Software Raue, NJW 2017, 1841.

¹⁷ Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 157 Rn. 28, 44 ff.

¹⁸ Metzger, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, Vor § 327 Rn. 39; Wendland/Soritz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 327 Rn. 28 ff.

¹⁹ Dazu vgl. nur Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, 18.

Anwendungsbereichs auch auf B2B-Verträge (oder C2C-Verträge) ausdrücklich eröffnet wurde. Die Lösung über die ergänzende Vertragsauslegung kann kaum erwartet werden. Es ist aber positiv zu bewerten, wenn die Problemlage erkannt und ein eigener Lösungsversuch unternommen wird. Auch die andere Ansicht, wonach der unternehmerische Käufer das Software-Update nur gegen eine Gegenleistung „kaufen“ kann, ist gut vertretbar.

d) Kein Gewährleistungsausschluss gem. § 377 HGB

Der Anspruch auf Nacherfüllung könnte aber gem. § 377 Abs. 2 HGB ausgeschlossen sein. Dazu müsste bei einem beiderseitigen Handelskauf die unverzügliche Anzeige eines Mangels der abgelieferten Ware unterlassen worden sein.

Der Kaufvertrag zwischen der L-GmbH und der X-OHG stellt ein beiderseitiges Handelsgeschäft (vgl. § 343 Abs. 1 HGB) zwischen Formkaufleuten i.S.d. § 6 Abs. 1 HGB dar. Ablieferung bedeutet, dass der Käufer oder eine von ihm benannte Person in eine solche tatsächliche räumliche Beziehung zu der Ware kommt, dass er deren Beschaffenheit überprüfen kann.²⁰ Grundsätzlich wird an den Käufer geliefert. Der Pkw wurde jedoch im Einvernehmen mit der L-GmbH von der X-OHG direkt an K übergeben (sog. Streckengeschäft). Eine Ablieferung liegt daher vor, wenn die Ware in den Machtbereich des Abnehmers gelangt.²¹ Somit liegt auch eine Lieferung nach § 377 Abs. 1 HGB vor. Der Pkw hat kein sicheres Betriebssystem und war damit mangelhaft. Mangels Ausschlussgrund gem. § 377 Abs. 5 HGB ist daher die Gewährleistung gem. § 377 Abs. 2 BGB ausgeschlossen, wenn keine unverzügliche Rüge erfolgt ist. Die Rechtzeitigkeit hängt davon ab, ob es sich um einen offenen oder um einen versteckten Mangel handelt. Bei Unterlassen der Rüge eines offenen Mangels gilt die Ware nach § 377 Abs. 2 HGB als „genehmigt“, wodurch der Mangel geheilt wird. Sicherheitslücken in Software sind bei ordnungsgemäßer Untersuchung nicht erkennbar und daher regelmäßig versteckte Mängel. Sie sind unverzüglich und damit ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 BGB) nach ihrer Entdeckung anzuzeigen (§ 377 Abs. 3 HGB). Die Sicherheitslücke wurde am 13.3.2023 bekannt, muss damit aber noch nicht zwingend wahrgenommen und damit entdeckt worden sein. Am 15.3.2023 wurde sodann bereits ein Software-Update abgekündigt, welches ebenfalls nicht sofort bekannt sein muss. Die Rüge am 17.3.2023 kann daher als unverzüglich angesehen werden. K kann dabei, ohne Vertragspartner zu sein, aufgrund der Abtretung in § 4 Abs. 3 des Vertrages auch als zur Rüge berechtigt angesehen werden.

Da K unverzüglich den Mangel gerügt hat, sind die Mängelgewährleistungsrechte gegen die X-OHG nicht ausgeschlossen.

e) Zwischenergebnis

Damit stand der L-GmbH gegen die X-OHG ein Nacherfüllungsanspruch zu.

3. Ergebnis

Damit kann K von der X-OHG die Installation eines Software-Updates nach den §§ 439 Abs. 1, 437 Nr. 1 BGB i.V.m. § 398 BGB verlangen.

²⁰ Grunewald, in: MüKo-HGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 377 Rn. 18.

²¹ Grunewald, in: MüKo-HGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 377 Rn. 21.

II. Anspruch K gegen L-GmbH aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB

K kann von der L-GmbH nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB die Installation eines Software-Updates verlangen, wenn die §§ 535 ff. BGB anwendbar sind, ein Mangel vorliegt und kein vertraglicher Ausschluss besteht. Ein Leasingvertrag liegt vor, auf den auch die §§ 535 ff. BGB grundsätzlich anwendbar sind. Die mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften sind jedoch gem. § 578b Abs. 3 BGB i.V.m. § 578b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB unanwendbar, wenn ein Verbrauchervertrag vorliegt, bei dem der Unternehmer sich verpflichtet, dem Verbraucher eine Sache zu vermieten, die ein digitales Produkt enthält oder mit ihm verbunden ist. Der Leasingvertrag zwischen K und der L-GmbH ist auch ein Verbrauchervertrag. Bei der Software des Infotainmentbereichs handelt es sich zudem um ein digitales Produkt i.S.d. § 327 Abs. 1 S. 1 BGB, sodass für diesen Bestandteil des digitalen Produkts gem. § 578b Abs. 3 BGB i.V.m. § 578b Abs. 1 S. 2 BGB die §§ 327 ff. BGB gelten. Damit sind die mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften gem. § 578b Abs. 3 BGB i.V.m. § 578b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB unanwendbar. Folglich steht K auch kein Anspruch gegen die L-GmbH nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB auf Installation eines Software-Updates zu.

III. Anspruch K gegen L-GmbH aus §§ 327I Abs. 1 S. 1, 327i Nr. 1 BGB

K kann von der L-GmbH nach den §§ 327I Abs. 1 S. 1, 327i Nr. 1 BGB die Installation eines Software-Updates verlangen, wenn ein Verbrauchervertrag über eine Sache besteht, die ein digitales Produkt enthält oder mit einem solchen verbunden ist, das digitale Produkt einen Mangel aufweist und der Anspruch nicht ausgeschlossen ist.

1. Bestehen eines Verbrauchervertrages über Sachen mit digitalen Produkten

Mit dem Leasingvertrag über den Pkw mit eingebautem Infotainmentbereich lag zwischen K und der L-GmbH ein Verbrauchervertrag über eine Sache vor, die ein digitales Produkt enthält (vgl. § 327a Abs. 2 BGB).

2. Bestehen eines Produktmangels

Das digitale Produkt darf weiterhin nicht frei von Produkt- und Rechtsmängeln i.S.d. §§ 327e ff. BGB bereitgestellt worden sein (vgl. § 327d BGB). Es ist gem. § 327e Abs. 1 S. 1 BGB frei von Produktmängeln, wenn es zur maßgeblichen Zeit den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Anforderungen an die Integration entspricht. Zu den subjektiven Anforderungen gehört dabei nach § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB i.V.m. § 327f Abs. 1 BGB insbesondere, dass die im Vertrag vereinbarten Aktualisierungen während des nach dem Vertrag maßgeblichen Zeitraums bereitgestellt werden. Eine solche Vereinbarung wurde allerdings nicht getroffen. Gleichwohl gehört zu den objektiven Anforderungen nach § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 Var. 1 BGB, dass dem Verbraucher gem. § 327f Abs. 1 S. 1 BGB Aktualisierungen für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts im maßgeblichen Zeitraum bereitgestellt werden. Hierzu gehören nach § 327f Abs. 1 S. 2 BGB insbesondere Sicherheitsaktualisierungen. Maßgeblicher Zeitraum ist dabei der Bereitstellungszeitraum (§ 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BGB) und damit die Leasingzeit von 48 Monaten. Daher ist die im Pkw verbaute Software 14 Monate nach Abschluss des Leasingvertrages und Lieferung des Pkw auch zu aktualisieren. Somit kann K grundsätzlich das Software-Update verlangen.

3. Kein Ausschluss der Gewährleistung

Jedoch könnte § 4 Abs. 1 des Vertrages zu einem Haftungsausschluss führen, wenn darin die Pflicht zur Aktualisierung nach § 327f Abs. 1 BGB wirksam ausgeschlossen wurde. Nach § 4 Abs. 1 des Vertrages haftet die L-GmbH dem K nicht für Mängel der Sache. Die AGB wurden in den Leasingvertrag einbezogen und halten grundsätzlich einer Inhaltskontrolle stand. Bei Verbraucherverträgen über digitale Produkte bestehen aber strengere Anforderungen. So kann vom Gewährleistungsregime der §§ 327 ff. BGB nach § 327s Abs. 1 BGB vor Mitteilung des entstandenen Mangels generell nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. Allerdings kann nach § 327h BGB (zulässig über § 327s Abs. 5 BGB) die Bereitstellung von Aktualisierungen ausdrücklich und gesondert ausgeschlossen werden, wenn der Verbraucher hierauf vor Abgabe seiner Vertragserklärung auch eigens in Kenntnis gesetzt wurde. Die gesonderte Vereinbarung verlangt eine Hervorhebung, damit der Verbraucher sie bewusst in seine Kaufentscheidung einbeziehen kann. Ein „Verstecken“ neben zahlreichen anderen Vereinbarungen genügt dagegen nicht.²² Dem Formularvertrag lag ein zu unterschreibendes Extrablatt bei, in dem die L-GmbH ihre Aktualisierungspflicht ausdrücklich ausschließt. Damit liegt eine ausdrückliche und gesonderte Vereinbarung vor. K wurde darauf durch ein Informationsschreiben der L-GmbH auch besonders hingewiesen. Damit wurde die Aktualisierungspflicht gem. § 327h BGB wirksam ausgeschlossen.

4. Ergebnis

K hat keinen Anspruch auf Installation eines Software-Updates gegen die L-GmbH nach den §§ 327l Abs. 1 S. 1, 327i Nr. 1 BGB.

Hinweis: An dieser Stelle ist auch eine andere Argumentation vertretbar. Verneint man aber den Gewährleistungsausschluss der digitalen Komponente, wird man annehmen müssen, dass der Leasinggeber seinen Anspruch gegen den Lieferanten auf Aktualisierung nicht an den Leasingnehmer abtreten wollen wird. Denn ohne Gewährleistungsausschluss besteht für den Leasinggeber eine eigene Aktualisierungspflicht gegenüber dem Leasingnehmer, welche der Leasinggeber nur (bzw. besser²³) erfüllen kann, wenn ihm selbst ein Anspruch gegen den Lieferanten zusteht. Die Ansprüche zu Frage 2 können daher auch abweichend gelöst werden.

Frage 3: Anspruch K gegen L-GmbH auf Rückzahlung der geleisteten Anzahlung und der geleisteten Raten aus §§ 346 Abs. 1, 313 Abs. 1, Abs. 3 BGB

K kann von der L-GmbH nach den §§ 346 Abs. 1, 313 Abs. 1, Abs. 3 BGB die Rückzahlung der geleisteten Anzahlung sowie Leasingraten i.H.v. 13.000 € (6.000 € Anzahlung + 7.000 € Leasingraten) verlangen, wenn ihm ein Rücktrittsrecht zusteht und er den Rücktritt erklärt hat.

I. Bestehen eines Rücktrittsrechts aus § 323 Abs. 1 BGB

Ein Rücktrittsrecht könnte sich aus § 323 Abs. 1 BGB ergeben. Allerdings wurden Gewährleistungspflichten wirksam abbedungen, sodass es an einer Nicht- bzw. Schlechtleistung der L-GmbH fehlt. Daher besteht kein Rücktrittsrecht gem. § 323 Abs. 1 BGB.

²² BT-Drs. 146/21, S. 42 ff.

²³ Vgl. zum Durchsetzungsproblem der Aktualisierungspflichten *Wiesemann/Mattheis/Wende*, MMR 2020, 139.

II. Bestehen eines Rücktrittsrechts aus § 313 Abs. 1, 3 BGB

Ein Rücktrittsrecht könnte sich aber aus § 313 Abs. 1, 3 BGB ergeben. Dazu müsste eine Störung der Geschäftsgrundlage vorliegen und eine Anpassung des Vertrages nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar sein. Die Störung der Geschäftsgrundlage setzt ein reales, hypothetisches und normatives Element voraus.

Hinweis: Neben diesem überwiegend vertretenen Lösungsweg bestehen noch zwei weitere Ansichten. Zum einen wird ein Rücktrittsrecht aus § 326 Abs. 1 BGB und ein Rückzahlungsanspruch aus § 326 Abs. 4 BGB vorgeschlagen. Auch hier wäre inzident der Rücktritt vom Kaufvertrag zu prüfen.²⁴ Zum anderen soll ein Rückforderungsdurchgriff gem. der §§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1, 813 Abs. 1 S. 1 BGB über die §§ 359 Abs. 1, 506 BGB in Betracht kommen.²⁵

1. Reales Element

Zunächst müssten sich Umstände, die Grundlage des Vertrages geworden sind, schwerwiegend verändert haben. Unter der Geschäftsgrundlage sind die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftspartner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände zu verstehen, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung beruht.²⁶ Da das Mietrecht keine adäquaten Regelungen für eine Rückabwicklung im Falle von Leistungsstörungen bereithält, ist mit dem BGH davon auszugehen, dass der Bestand des Kaufvertrages über den Pkw die Geschäftsgrundlage für den zwischen K und der L-GmbH geschlossenen Leasingvertrag bildet.²⁷ Der Bestand des Kaufvertrages über den Pkw könnte dadurch gestört sein, dass K gegenüber der X-OHG wirksam den Rücktritt erklärte.

a) Bestehen eines Rücktrittsrechts

Ein Rücktrittsrecht könnte sich aus den §§ 323 Abs. 1, 326 Abs. 5, 437 Nr. 2 Var. 1 BGB ergeben.²⁸ Dazu müsste die X-OHG eine fällige Leistung aus dem Kaufvertrag nicht oder nicht vertragsgemäß erbracht haben, K erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt haben bzw. diese entbehrlich sein und der Rücktritt auch nicht ausgeschlossen sein.

aa) Bestehen eines Kaufvertrages

Zwischen der X-OHG und der L-GmbH bestand ein Kaufvertrag.

bb) Bestehen einer nicht vertragsgemäßen Leistung

Aufgrund der Sicherheitslücke besteht in ergänzender Vertragsauslegung eine Pflicht der X-OHG zur Bereitstellung eines Software-Updates.

²⁴ *Emmerich*, JuS 1990, 1 (7); krit. dazu *Ziemßen*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2024, § 535 Rn. 998.2.

²⁵ *Finkenauer/Brand*, JZ 2013, 273 (276, 278 f.); *Finkenauer*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 313 Rn. 266; krit. dazu BGH NJW 2014, 1519 (1520); *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 359 Rn. 11 f.

²⁶ BGHZ 182, 218 = NJW 2010, 519 (520); BGH NJW 2015, 1523 (1524); BGH NJW 2017, 2191 (2192).

²⁷ BGHZ 182, 218 = NJW 2010, 519 (520); *Gsell*, ZJS 2010, 540 f.

²⁸ Zum Vergleich auch §§ 327m Abs. 1, 327o Abs. 2 BGB zur Vertragsbeendigung wegen nicht erfolgter Aktualisierung beim Verbrauchervertrag.

cc) Fristsetzung bzw. deren Entbehrlichkeit

Grundsätzlich muss der X-OHG nach § 323 Abs. 1 BGB eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt werden. Von der X-OHG wurde aber keine Nacherfüllung verlangt und eine Frist gesetzt. Anhaltspunkte für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 323 Abs. 2 BGB liegen nicht vor. Es kommt aber eine Entbehrlichkeit gem. § 326 Abs. 5 BGB in Betracht. Dazu müsste sowohl die Nachbesserung gem. § 439 Abs. 1 Var. 1 BGB (Installation eines Software-Updates) als auch die Nachlieferung gem. § 439 Abs. 1 Var. 2 BGB (Lieferung eines neuen Fahrzeugs frei von Mängeln) für jeden oder die X-OHG nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sein.

Die Installation des Software-Updates schließt zwar die Sicherheitslücke und behebt damit den Mangel. Allerdings hat das Software-Update wider Erwarten zur Folge, dass auch die Schnittstelle des Infotainmentbereich für Android Auto, Carplay etc. nicht mehr funktioniert. Damit wäre die Nacherfüllung ihrerseits mangelhaft.²⁹ Nach dem gegenwärtigen Stand der Technik besteht in absehbarer Zeit auch kein Software-Update, das die Defizite des letzten Software-Updates beseitigt. Somit ist eine Nachbesserung, welche zur Mangelfreiheit des Pkw führt, zumindest teilweise nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen. Es besteht damit lediglich ein Ausbesserungsanspruch zur teilweisen Behebung des Mangels. Dadurch wird die Ausübung sekundärer Gewährleistungsrechte aber nicht beschränkt; es muss keine Frist zur Ausbesserung gesetzt werden.³⁰

Es könnte aber eine Nachlieferung in Betracht kommen. Bei dem neuen Pkw der Serie Performance S, Erste Generation, Baujahr 2021 handelt es sich um eine Gattungsschuld (vgl. § 243 Abs. 1 BGB), welche durch die Lieferung an K konkretisiert wurde (vgl. § 243 Abs. 1 BGB) und damit wie eine Stückschuld zu behandeln ist.³¹ Zwar könnte man annehmen, dass die Nacherfüllung bei einer Stückschuld oder konkretisierten Gattungsschuld in Form einer Nachlieferung generell unmöglich ist. Allerdings wird diese ganz überwiegend für möglich gehalten, wenn dies dem Parteiwillen bei Vertragsschluss entspricht.³² Ein mangelfreies Fahrzeug der Marke M aus der gleichen Serie Performance S, Erste Generation, Baujahr 2021 wird daher dem Parteiwillen bei Vertragsschluss entsprechen. Allerdings sind sämtliche Fahrzeuge der Marke M aus der Serie Performance S, Erste Generation von der Sicherheitslücke bzw. dem Softwarefehler betroffen. Fraglich ist daher, ob auch das Nachfolgemodell der Marke M aus der Serie Performance S, Zweite Generation zur Nachlieferung in Betracht kommt. Für die Auslegung des Willens der Parteien ist dabei grundsätzlich auf die X-OHG und die L-GmbH abzustellen. Weil aber die L-GmbH nach § 3 Abs. 1 des Vertrages mit K das von K gewünschte Fahrzeug bei dem von K gewünschten Händler erwirbt, kann der Wille der L-GmbH mit dem des K substituiert werden. Das Betriebssystem des Modells der Serie Performance S, Zweite Generation basiert nicht nur auf einer anderen Programmbibliothek, es ist im Vergleich zu den Modellen der Ersten Generation zudem leistungsstärker und hat ein abgewandeltes Chassis. K interessierte sich aber gerade auch wegen des Chassis für das Fahrzeug der Serie Performance S, Erste Generation. Daher entspricht die Nachlieferung mit einem Modell der Serie Performance S, Zweite Generation nicht

²⁹ Dazu *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 439 Rn. 86 f.

³⁰ Zum Ausbesserungsanspruch und den Auswirkungen auf sonstige Gewährleistungsrechte *Höpfner*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2023, § 439 Rn. 135 ff.; *Horn*, NJW 2017, 289 (291).

³¹ *Emmerich*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 243 Rn. 30.

³² BGH NJW 2019, 1133 (1136 f.); BGHZ 230, 296 = NJW 2021, 2958 (2962); BGH NJW 2022, 2923 (2927). Dabei wurden in BGHZ 230, 296 = NJW 2021, 2958 (2964 f.), BGH NJW 2022, 2923 (2928) über den Parteiwillen zum Teil auch Zuzahlungspflichten des Käufers unterstellt. Krit. dazu *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 439 Rn. 59; generell krit. zur Subsumtion des BGH unter den Parteiwillen *Höpfner*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2023, § 439 Rn. 113 ff.; *Gutzeit*, JuS 2019, 649 (653 f.); *Lorenz*, DAR 2022, 198 (200), nach dem dies außerhalb der sog. „Dieselfälle“ zu erheblichen Folgeproblemen führen kann.

dem Parteiwillen bei Vertragsschluss. Folglich ist auch eine Nachlieferung nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

Die Fristsetzung war nach § 326 Abs. 5 BGB entbehrlich.

dd) Kein Ausschluss

Der Mangel dürfte nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB nicht unerheblich sein. Für die Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung des Leistungsinteresses ist die Bedeutung des Mangels anhand der Verkehrsanschauung und unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls maßgeblich.³³ Bei nachteiliger Abweichung von einer vereinbarten Beschaffenheit (vgl. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB) ist die Erheblichkeit der Pflichtverletzung regelmäßig indiziert.³⁴ Die Schnittstelle im Infotainmentbereich für Android Auto, Carplay etc. stellte für K einen wesentlichen Qualitätsaspekt dar, welcher auch in die Fahrzeugbeschreibung des Kaufvertrages zwischen der L-GmbH und der X-OHG enthalten war. Es handelt sich damit um eine Beschaffenheitsvereinbarung. Hinzu kommt, dass der Mangel nach gegenwärtigem Stand der Technik in absehbarer Zeit nicht behoben werden kann. Vor diesem Hintergrund kann keine unerhebliche Pflichtverletzung nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB angenommen werden.

Hinweis: Es ist vertretbar, eine objektive kostenorientierte Betrachtung anzustellen und anzunehmen, dass die Vertragswidrigkeit unabhängig vom subjektiven Empfinden des Käufers wirtschaftlich nicht ins Gewicht fällt. In diesem Fall bestünde kein Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrag und damit auch kein Recht zum Rücktritt vom Leasingvertrag.

ee) Zwischenergebnis

Damit besteht ein Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrag.

b) Rücktrittserklärung

K hat gegenüber der X-OHG den Rücktritt vom Kaufvertrag nach § 349 BGB erklärt. Jedoch müsste er dazu auch berechtigt gewesen sein. Gestaltungsrechte wie Rücktritt und Minderung sind keine Ansprüche (vgl. §§ 438 Abs. 4, Abs. 5, 218 BGB). Sie folgen aber dem primären Nacherfüllungsanspruch und können mittelbar abgetreten werden (§§ 413, 398 BGB).³⁵ K konnte den Rücktritt vom Kaufvertrag gegenüber der X-OHG wirksam erklären.

c) Zwischenergebnis

Damit ist K gegenüber der X-OHG wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten. Die X-OHG hatte dies auch akzeptiert.³⁶ Damit haben sich Umstände, die Grundlage des Leasingvertrages zwischen K und der L-GmbH geworden sind, schwerwiegend verändert.

³³ BGHZ 201, 290 = NJW 2014, 2940 (2940); BGH NJW 2013, 1365 (1366); *Looschelders*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.11.2023, § 323 Rn. 311.

³⁴ *Looschelders*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.11.2023, § 323 Rn. 315.

³⁵ *Kieninger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 413 Rn. 12; *Busche*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2022, § 413 Rn. 13; *Lieder*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2023, § 413 Rn. 26; nach anderer Ansicht ist nur eine Ermächtigung zur Geltendmachung fremder Rechte möglich (v. *Westphalen*, ZIP 2001, 2258 [2263]).

³⁶ Vor der Schuldrechtsreform 2002 gab es den Anspruch auf „Wandlung“. Die schwerwiegende Änderung der Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages erfolgte daher erst mit Klageerhebung oder Anerkennung der Wandlung durch den Lieferanten. Weil dem Leasinggeber bei dem nunmehr bestehenden Gestaltungsrecht „Rücktritt“ ein Aufklärungsrisiko bzgl. deren wirksamer Ausübung zukommt, wurde teilweise auch hier die

2. Hypothetisches Element

Weiterhin dürften die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen haben, wenn für sie die Umstandsänderung vorhersehbar gewesen wären. K und die L-GmbH sind im Zeitpunkt des Vertragsschlusses davon ausgegangen, dass der Kaufvertrag über den Pkw Bestand hat und der Pkw für die gesamte Leasingdauer zur Verfügung steht. K hätte den Leasingvertrag nicht abgeschlossen, wenn er gewusst hätte, dass ihm kein mangelfreier Pkw zur Verfügung gestellt werden kann.

3. Normatives Element

Das Festhalten am unveränderten Vertrag dürfte für zumindest einen Teil nicht zumutbar sein. Das ist anzunehmen, wenn das Festhalten an der ursprünglichen Regelung zu untragbaren Härten und einem mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Ergebnis führen würden.³⁷ K hat infolge des Leasingvertrages ein dauerhaft mangelhaftes Fahrzeug erhalten. Die Schnittstelle im Infotainmentbereich für Android Auto, Carplay etc. war K besonders wichtig. Die bestehenden gesetzlichen Regelungen zur Gewährleistung zeigen zudem, dass eine Mangelhaftigkeit nicht nur in den Risikobereich der Partei fällt, die sich auf die gestörte Geschäftsgrundlage beruft (hier: K). Aufgrund der dauerhaften Sachmängel ist es K nicht zumutbar, am Leasingvertrag festzuhalten.

4. Kein Vorrang anderer Gestaltungsmöglichkeiten

Nach § 313 Abs. 1 BGB kann K damit grundsätzlich die Anpassung des Leasingvertrages verlangen, welche jedoch aufgrund des rücktrittsbedingten Wegfalls des Kaufvertrages ausgeschlossen ist. Da es sich bei dem Leasingvertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt, käme nach § 313 Abs. 3 S. 2 BGB damit lediglich eine für die Zukunft wirkende Kündigung in Betracht. Damit wäre dem Leasingnehmer gegenüber dem Leasinggeber die Rückforderung der geleisteten Anzahlung und der gezahlten Leasingraten verwehrt. Allerdings zwingt § 313 Abs. 3 S. 2 BGB nicht zu der Annahme, dass bei Dauerschuldverhältnissen ausnahmslos ein Kündigungsrecht an die Stelle des Rücktrittsrechts tritt. Ein Rücktrittsrecht kommt bei Dauerschuldverhältnissen vielmehr dann in Betracht, wenn ein berechtigtes Interesse der Parteien besteht, bereits erbrachte Leistungen rückgängig zu machen oder wenn eine vollständige Rückabwicklung unschwer möglich und nach der Interessenlage sachgerecht ist.³⁸ Dafür spricht, dass der Mangel am überlassenen Pkw noch relativ zu Beginn des Leasingzeitraums aufgetreten ist und der Rücktritt erklärt wurde. Die Interessen des Leasinggebers können hinreichend über den Anspruch auf Nutzungsentschädigung berücksichtigt werden. Für die Möglichkeit eines Rücktritts spricht ferner, dass die Rückabwicklung des Leasingvertrages nicht wesentlich schwerer ist als jene eines Kaufvertrages. Damit besteht nicht nur ein Recht zur Kündigung, sondern auch ein Recht zum Rücktritt.

Hinweis: Eine a.A. ist gut vertretbar. In diesem Fall bestünde kein Recht zum Rücktritt vom Leasingvertrag und damit auch kein Rückzahlungsanspruch gemindert um eine Nutzungsentschädigung.

Klageerhebung oder Anerkennung gefordert, aber ganz überwiegend abgelehnt, vgl. nur *v. Westphalen*, ZIP 2001, 2258 (2261).

³⁷ BGHZ 128, 230 = NJW 1995, 592 (593); BGH NJW 2012, 1718 (1720).

³⁸ OLG Frankfurt NJOZ 2009, 1826 (1828); *Martens*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2023, § 313 Rn. 150 f., 292; *Ziemßen*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2024, § 535 Rn. 998 f.; *Loyal*, NJW 2013, 417 (421).

5. Zwischenergebnis

Damit steht K ein Rücktrittsrecht aus § 313 Abs. 1, 3 BGB zu.

III. Rücktrittserklärung

K erklärte gegenüber der L-GmbH den Rücktritt vom Leasingvertrag.

IV. Teilweises Erlöschen durch Aufrechnung gem. § 389 BGB

Der Anspruch könnte aber durch Aufrechnung gem. § 389 BGB teilweise erloschen sein. Dazu müsste eine Aufrechnungslage (§ 387 BGB) und eine Aufrechnungserklärung bestehen. Der erfüllbaren Hauptforderung aus den §§ 346 Abs. 1, 313 Abs. 1, 3 BGB könnte ein Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Nutzungsentschädigung nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB i.H.v. 5.000 € entgegenstehen. Die Nutzung des Pkw in den 14 Monaten stellt einen Gebrauchsvorteil i.S.d. § 100 Var. 2 BGB dar, welcher nicht herausgabefähig ist und für den daher ein Anspruch auf Wertersatz gem. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB besteht. Der Anspruch ist auch fällig und durchsetzbar. Zudem stehen die beiden Forderungen in einem Gegenseitigkeitsverhältnis und sind beide auf Geld gerichtet und damit gleichartig. Zugleich hat die X-OHG den Abzug einer Nutzungsentschädigung gefordert und damit in Auslegung dieser Erklärung gem. der §§ 133, 157 BGB die Aufrechnung gem. § 388 BGB erklärt. Damit ist der Anspruch durch Aufrechnung gem. § 389 BGB i.H.v. 5.000 € erloschen.

V. Ergebnis

K hat somit noch einen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Anzahlung sowie der bereits geleisteten Leasingraten i.H.v. 8.000 €.

Fortgeschrittenenklausur: Streit um ein Grundstück

Stud. iur. Jan Günther, München*

Schwerpunkte: Immobiliarsachenrecht und Zivilprozessrecht

Sachverhalt

K hat am 14.5.2012 einen notariell beurkundeten Kaufvertrag mit E über ein Grundstück des E zum Kaufpreis von 150.000 € geschlossen. Tatsächlich liegt – wie K und E übereinstimmend wissen – allerdings der Wert des Grundstücks erheblich höher, nämlich bei 300.000 €. K und E haben außerhalb des notariellen Kaufvertrags verabredet, dass K dem E eben diese 300.000 € zahlen soll, aber ein niedrigerer Kaufpreis angegeben wird, um Notarkosten zu sparen. In der Folge bewilligt E dem K eine Vormerkung, die sodann eingetragen wird. Unter Vorlage des notariell beurkundeten Kaufvertrags tritt K im März 2013 aus Geldnot seine Forderung aus dem Kaufvertrag mit E an D ab. Kurz darauf stellt sich heraus, dass das Grundstück überhaupt nicht E, sondern vielmehr U gehört hatte und E infolge eines Fehlers des Grundbuchamts fälschlich im Grundbuch eingetragen war. U wird wieder im Grundbuch eingetragen. U baut daraufhin ein Haus auf dem Grundstück (Kosten 300.000 €, Wertsteigerung des Grundstücks 250.000 €).

Fallfrage 1

Welche Ansprüche hat D?

Fallfrage 2

Angenommen, der Rechtsanwalt R des D hat im Januar 2020 Klage nur gegen U eingereicht. Wenn nun im Februar 2023 nach Abschluss dieses Prozesses D mit einem anderen Rechtsanwalt gegen E auf Erfüllung seines Anspruchs vorgehen will, was ist ihm zu raten?

Fallfrage 3

D hat außerdem mit K einen Kaufvertrag über dessen Auto geschlossen. Weil sich K weigert, das Auto herauszugeben, obwohl D den Kaufpreis bereits voll bezahlt hat, klagt dieser gegen K auf Leistung. Nach Rechtshängigkeit tritt D seinen Anspruch auf das Auto an den vom Prozess wissenden F ab. Im folgenden Termin zur mündlichen Verhandlung erscheint D nicht. Auch nach Zustellung des Versäumnisurteils gegen ihn rührt sich D nicht mehr. Insbesondere informiert er auch nicht den F.

F erhebt Klage gegen K auf Leistung. Was ist F im Prozess zu raten?

* Der Verf. ist Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität München bei Prof. Dr. Frank Saliger.

Lösungsvorschlag

A. Ansprüche des D gegen E.....	112
I. Anspruch auf Übereignung des Grundstücks aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 398 S. 2 BGB	112
1. Anspruch entstanden	113
a) Wirksamer Abtretungsvertrag.....	113
b) Verfügungsbefugnis des K über die Forderung	113
c) Zwischenergebnis.....	113
2. Kein Erlöschen	113
a) Erwerb der Vormerkung	113
aa) Bewilligung.....	114
bb) Eintragung.....	114
cc) Verfügungsbefugnis	114
dd) Bestand der gesicherten Forderung.....	114
ee) Gutgläubiger Zweiterwerb.....	114
b) Wirkung der Vormerkung	115
c) Zwischenergebnis.....	115
3. Ergebnis	115
B. Anspruch des D gegen U	115
I. Anspruch auf die Bewilligung der Eintragung gem. § 888 Abs. 1 BGB.....	115
1. Vormerkungsinhaber.....	115
2. Relative Unwirksamkeit	115
3. Verwirklichung des gesicherten Anspruchs.....	116
4. Durchsetzbarkeit	116
a) Einrede gem. § 1000 S. 1 BGB.....	116
aa) Voraussetzungen des § 996 (analog)	116
(1) Vindikationslage	116
(2) Verwendung.....	116
(3) Nicht notwendig	117
(4) Gutgläubigkeit	117
bb) Zwischenergebnis	117
b) Zwischenergebnis.....	117
II. Ergebnis.....	117
Fallfrage 2	117
I. Zulässigkeit der Streitverkündung	117

1. Risiko des Unterliegens im Prozess gegen E.....	118
2. Möglicher Anspruch gegen R.....	118
a) Schuldverhältnis.....	119
b) Pflichtverletzung	119
c) Vertretenmüssen	119
d) Schadensersatzumfang.....	119
e) Zwischenergebnis.....	119
3. Form.....	119
II. Ergebnis.....	119
Fallfrage 3	119
I. Wirkung der Streitverkündung	120
II. Zulässigkeit der Streitverkündung	120
1. Risiko des Unterliegens	120
a) Prozessführungsbefugnis des D.....	120
b) Rechtskrafterstreckung § 325 Abs. 1 ZPO.....	120
c) Gutgläubiger einredefreier Erwerb (§ 325 Abs. 2 ZPO)	120
d) Zwischenergebnis.....	121
2. Ansprüche gegen D.....	121
a) §§ 437 Nr. 3, 280 ff. BGB i.V.m. § 453 Abs. 1 S. 1 BGB	121
b) §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB	121
c) §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	121
aa) Schuldverhältnis	121
bb) Pflichtverletzung.....	121
cc) Vertretenmüssen.....	122
dd) Schadensersatzumfang	122
3. Zwischenergebnis.....	122
III. Ergebnis.....	122

A. Ansprüche des D gegen E

I. Anspruch auf Übereignung des Grundstücks aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 398 S. 2 BGB

D könnte gegen E aus abgetretenem Kaufvertrag gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 398 S. 2 BGB einen Anspruch auf Übereignung des Grundstücks haben.

1. Anspruch entstanden

a) Wirksamer Abtretungsvertrag

Der Anspruch muss wirksam an D abgetreten worden sein (§ 398 S. 2 BGB). Eine Einigung zwischen K und D liegt vor, Wirksamkeitshindernisse sind nicht ersichtlich.

b) Verfügungsbefugnis des K über die Forderung

Grundsätzlich müsste K Inhaber der abgetretenen Forderung gewesen sein, ein gutgläubiger Erwerb ist grundsätzlich nicht möglich. Der zwischen K und E geschlossene Vertrag ist allerdings als Scheingeschäft gem. § 117 Abs. 1 BGB nichtig, sodass der Anspruch aus dem notariellen Kaufvertrag nicht besteht. Ebenso besteht aus dem mündlichen Kaufvertrag zwischen K und E kein Anspruch, da dieser wegen § 117 Abs. 1 BGB gem. § 125 S. 1 BGB i.V.m. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB formunwirksam ist, eine Heilung ist mangels Erfüllung nicht eingetreten.

Allerdings könnte die Forderung aus dem schriftlichen Kaufvertrag ausnahmsweise gutgläubig durch D gem. § 405 BGB erworben worden sein.¹ Dafür müsste ein rechtsgeschäftlicher Erwerb der Forderung vorliegen und die Urkunde tauglicher Rechtsscheinträger sein. Grundsätzlich ist der notariell beglaubigte Kaufvertrag gerade auch dazu gedacht, das Bestehen des Anspruchs im Rechtsverkehr nachzuweisen, sodass eine für § 405 BGB als Gutglaubensträger geeignete Urkunde vorliegt. Bei der Abtretung war D gutgläubig, jedenfalls streitet hierfür die Vermutung des § 405 BGB a.E., gegen die allerdings der Beweis des Gegenteils (§ 292 ZPO) grundsätzlich zulässig wäre.

c) Zwischenergebnis

Der Anspruch gegen E ist in der Person des D damit entstanden.

2. Kein Erlöschen

Der Anspruch könnte allerdings infolge Unmöglichkeit untergegangen sein (§ 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB). Subjektive Unmöglichkeit besteht, wenn der Leistung gerade des Schuldners ein unüberwindbares dauerhaftes Leistungshindernis entgegensteht.²

Vorliegend könnte dieses Leistungshindernis in der fehlenden Verfügungsbefugnis des E über das Grundstück bestehen, auch ein gutgläubiger Erwerb des D wäre ausgeschlossen, da wieder U in das Grundbuch eingetragen und das Grundbuch wieder richtig geworden ist.

Allerdings könnte infolge der Vormerkung analog § 883 Abs. 2 S. 1 BGB gegenüber D der E als Eigentümer anzusehen sein, sodass Unmöglichkeit nicht bestünde.³

a) Erwerb der Vormerkung

Zunächst müsste D eine Vormerkung erworben haben. Die Vormerkung geht als akzessorisches Sicherungsmittel eigener Art grundsätzlich mit der Forderung über (§ 401 BGB entsprechend).⁴ D hat die Forderung durch den wirksamen Abtretungsvertrag mit K erworben (siehe oben). Somit müsste

¹ Zur Rechtsfolge vgl. auch *Fries/Schulze*, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2024, § 405 Rn. 1.

² *Grüneberg*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 275 Rn. 23.

³ *Lettmaier*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 883 Rn. 60; *Wilhelm*, ZIP 2011, 45 (46).

⁴ BGH NJW 1957, 1229; statt vieler *Rohe*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 401 Rn. 5 f.

grundsätzlich zuvor der K Inhaber einer Vormerkung gewesen sein.

aa) Bewilligung

Die Vormerkung wurde von E bewilligt (§§ 883 Abs. 1, 885 Abs. 1 Alt. 2 BGB).

bb) Eintragung

Die Vormerkung wurde auch im Grundbuch eingetragen (§ 883 Abs. 1 BGB).

cc) Verfügungsbefugnis

Allerdings war E nicht Eigentümer des Grundstücks und somit auch bezüglich der Vormerkung nicht verfügungsbefugt. In Betracht kommt daher allein ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung. Es ist streitig, ob sich dieser nach § 892 Abs. 1 S. 1 BGB oder § 893 Alt. 2 BGB i.V.m. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB richtet. Die eine Auffassung hält die Vormerkung für ein dingliches Recht,⁵ während die andere Auffassung sie lediglich für eine Verfügung hält,⁶ die eine dingliche Gebundenheit des Grundstücks bewirke und Verfügungsmacht voraussetzt (vgl. § 885 Abs. 1 BGB). Da die Voraussetzungen identisch sind, kann der Streit dahinstehen. Ein rechtsgeschäftlicher Erwerb im Sinne eines Verkehrsgeschäfts liegt beim Ersterwerb ebenso wie eine Unrichtigkeit des Grundbuchs vor, die E als dem Rechtsschein nach Berechtigten legitimiert hat. K wusste nicht positiv um das fehlende Eigentum des E (§ 892 Abs. 2 BGB) und ein Widerspruch war ebenso nicht bei Antragstellung auf Eintragung der Vormerkung eingetragen.

dd) Bestand der gesicherten Forderung

Dem Erwerb der Vormerkung bei K steht allerdings entgegen, dass keine zu sichernde Forderung bestand (siehe oben). K hat daher keine Vormerkung von E erworben.

ee) Gutgläubiger Zweiterwerb

Es ist streitig, ob D auch gutgläubig die in Wahrheit nicht bestehende Vormerkung erworben haben kann. Dagegen wird angeführt, die Vormerkung gehe nur kraft Gesetzes auf den Zessionar über,⁷ allerdings verkennt diese Auffassung, dass es sich jedenfalls mittelbar um einen rechtsgeschäftlichen Erwerb handelt, da die Forderung vorliegend gerade mit der Vormerkung rechtsgeschäftlich abgetreten wurde.⁸ Systematisch spricht hierfür auch, dass ebenso bei der Hypothek gutgläubiger Zweiterwerb möglich ist, wie § 1138 Alt. 1 BGB klarstellt („auch in Ansehung der Forderung“). Eine Ausnahme hiervon ist auch nicht deswegen berechtigt, weil die Forderung überhaupt erst wegen § 405 BGB durch die Übertragung entsteht.⁹ Es ist daher richtigerweise anzunehmen, dass bei einer Vormerkung auch ein gutgläubiger Zweiterwerb möglich ist. Dafür ist erforderlich, dass die Vormerkung im Grundbuch eingetragen war, D nicht positiv um das Nichtbestehen der Vormerkung wusste und auch kein Widerspruch eingetragen war (§ 892 BGB). Die Voraussetzungen liegen vor, sodass D die Vormerkung erworben hat.

⁵ Kempf, JuS 1961, 22; Trapp, Vormerkung, 1974, S. 112 ff.

⁶ BGH NJW 1972, 434 (435); Assmann, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 885 Rn. 128 f.; Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 893 Rn. 3.

⁷ Hierfür Medicus, AcP 163, 1 (8 ff.); Reinicke, NJW 1964, 2376.

⁸ BGH NJW 1957, 1229; Prütting, Sachenrecht, 37. Aufl. 2020, § 18 Rn. 198.

⁹ Vgl. Kieninger, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 405 Rn. 13.

b) Wirkung der Vormerkung

Fraglich ist nun, wie sich die erworbene Vormerkung auswirkt. § 883 Abs. 2 S. 1 BGB greift zur Sicherung des Anspruchs nicht direkt, weil U von Beginn an Eigentümer war und eine Verfügung nicht vorliegt. Allerdings ist die Situation vergleichbar mit der, dass U das Eigentum zwischenzeitlich von E erworben hätte, wobei diese Verfügung gem. § 883 Abs. 2 S. 1 BGB relativ unwirksam wäre. Der vorliegende Fall ist im BGB auch nicht anderweitig geregelt, sodass auch eine Regelungslücke vorliegt. Diese ist auch planwidrig, da die Vormerkung ihrer Konzeption nach dem Erwerber einen Erwerbsschutz gewähren soll (vgl. auch § 888 Abs. 1 BGB),¹⁰ der hier aber sonst unterlaufen würde. § 883 Abs. 2 S. 1 BGB ist daher analog anzuwenden mit der Folge,¹¹ dass gegenüber D der E Eigentümer und Verfügungsbefugter ist.

c) Zwischenergebnis

Der Anspruch ist nicht infolge Unmöglichkeit untergegangen.

3. Ergebnis

Der Anspruch gegen E aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB besteht auf die Abgabe der Auflassungserklärung. Dagegen kann gegenüber dem Grundbuchamt der E die – wie sich auch aus § 888 Abs. 1 BGB ergibt – kumulativ zum Auflassungsnachweis (§ 20 GBO) notwendige Bewilligung¹² gem. § 19 GBO nicht erteilen, da er gegenüber dem Grundbuchamt nicht als Eigentümer legitimiert ist.

B. Anspruch des D gegen U

I. Anspruch auf die Bewilligung der Eintragung gem. § 888 Abs. 1 BGB

D könnte gegen U Anspruch auf die Bewilligung der Eintragung seines Eigentums im Grundbuch haben aus § 888 Abs. 1 BGB.

1. Vormerkungsinhaber

D ist Inhaber einer Vormerkung (siehe oben).

2. Relative Unwirksamkeit

Es müsste auch der Erwerb eines eingetragenen Rechts gegenüber D relativ unwirksam sein. U war schon Eigentümer, sodass das Recht als solches gegenüber D analog § 883 Abs. 2 S. 1 BGB unwirksam ist, nicht jedoch der Erwerb. Insoweit ist als Fortsetzung der Analogie aus § 883 Abs. 2 S. 1 BGB konsequenterweise zum Erwerbsschutz durch die Vormerkung auch § 888 Abs. 1 BGB analog anzuwenden.

¹⁰ BGH NJW-RR 2008, 102 (104); *Lettmaier*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 883 Rn. 64.

¹¹ A.A.: *Assmann*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 883 Rn. 154, der darauf verweist, dass die Vormerkung über anfängliche Schwächen des Anspruchs nicht hinweghelfen solle. Dies übersieht aber, dass zum Zeitpunkt der Vormerkungseintragung auch die Voraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbs vorgelegen hätten. Die Vormerkung hilft darüber hinweg, dass nicht durch eine aufschiebend bedingte Übereignung (§ 925 Abs. 2 BGB) eine Rechtsstellung (Anwartschaftsrecht) wie bei beweglichen Sachen erlangt werden kann. Dieses Anwartschaftsrecht an beweglichen Sachen würde ebenfalls zum Vollrecht erstarken.

¹² *Prütting*, Sachenrecht, 37. Aufl. 2020, Rn. 276 ff.

3. Verwirklichung des gesicherten Anspruchs

Durch die Eintragung des D als Eigentümer wird die durch Vormerkung gesicherte Forderung des D gegen E verwirklicht.

4. Durchsetzbarkeit

Fraglich ist, ob U dem D die Kosten oder jedenfalls Wertsteigerung durch den Hausbau entgegenhalten kann.

a) Einrede gem. § 1000 S. 1 BGB

Möglicherweise kann U dem D die Kosten i.H.v. 300.000 € gem. § 996 BGB als nützliche Verwendung entgegenhalten und die Eintragungsbewilligung somit vorübergehend analog § 1000 S. 1 BGB verweigern.

aa) Voraussetzungen des § 996 (analog)

Zunächst müssten die Voraussetzungen des § 996 BGB vorliegen.

(1) Vindikationslage

Eine Vindikationslage (§ 985 BGB) bestand nicht. Allerdings kommt eine analoge Anwendung des § 996 BGB in Betracht. Dafür wird im Falle des Dritterwerbers angeführt, dass dieser kein endgültiges Eigentum erlange, vielmehr erlange er nur eine einem Besitzer ähnliche faktische Herrschaftsposition. Zudem wird mit einer Als-Ob-Betrachtung zu § 999 Abs. 2 BGB argumentiert: Wäre der Vormerkungsberechtigte unmittelbar Eigentümer geworden und der Dritterwerber nur Besitzer, so wäre der neue Eigentümer zum Verwendungsersatz verpflichtet.¹³ Zudem wäre der Dritterwerber bei der relativen Unwirksamkeit gegenüber dem Vormerkungsberechtigten sonst schlechter gestellt als bei absoluter Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts.¹⁴ Freilich passt diese Argumentation im vorliegenden Fall deswegen nicht, weil U die ganze Zeit über selbst Eigentümerin war und dieser Fall von § 999 Abs. 2 BGB gar nicht erfasst ist. Auch ein Verfügungsgeschäft hat nie stattgefunden. Durch den durch die Vormerkung vermittelten Erwerbsschutz war U dennoch in ihrer Verfügungsmacht faktisch beschränkt, da jeweils § 883 Abs. 2 S. 1 BGB für die Verfügungen eingegriffen hätte und für potentielle Käufer kaum ein Kaufinteresse bestehen dürfte. Dies rechtfertigt trotz der Sonderstellung der §§ 987 ff. BGB eine analoge Anwendung auf das Verhältnis des gutgläubigen Erwerbers D und der wahren Eigentümerin U.

(2) Verwendung

Verwendungen sind Aufwendungen, also freiwillige Vermögensopfer, auf eine Sache, die also insbesondere der Erhaltung, Wiederherstellung oder Verbesserung der Sache dienen.¹⁵ Die Rspr. nimmt an, dass Verwendungen nicht vorliegen, wenn sie die Sache ihrem Wesen nach verändern, also sog. Umgestaltungsverwendungen vorliegen. Daher verneint die Rspr. einen Anspruch aus § 996 BGB und gewährt nur in Fällen besonderer Härte einen solchen aus § 242 BGB.¹⁶ Für diese Einschränkung ist

¹³ Kohler, NJW 1984, 2849 (2852 f.); Lettmaier, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 888 Rn. 24.

¹⁴ Karpp/Wagner, JuS 2021, 1158 (1161); Körber/Resch, JuS 2020, 241 (244).

¹⁵ Wellenhofer, Sachenrecht, 38. Aufl. 2023, § 23 Rn. 2.

¹⁶ BGH NJW 1964, 1125 (1128 f.).

dem Gesetz allerdings keine Grundlage zu entnehmen.¹⁷ Vielmehr liegen auch in diesem Falle Verwendungen vor.

(3) Nicht notwendig

Der Hausbau war zur Erhaltung des Grundstücks nicht objektiv erforderlich. Daher bestehen auch keine Ansprüche aus § 994 BGB.

(4) Gutgläubigkeit

Da E fälschlich im Grundbuch eingetragen war, dürfte U auch zur Kenntnis über die Vormerkung zugunsten des D gelangt sein, sodass sie aufgrund der Kenntnis derselben i.S.v. § 990 Abs. 1 S. 2 BGB bösgläubig war und der Anspruch aus § 996 BGB scheitert.

bb) Zwischenergebnis

Der Anspruch der U aus § 996 BGB besteht nicht, aufgrund der sich aus § 996 BGB für Verwendungen ergebenden Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses ist die Anwendung der §§ 812 ff. BGB und §§ 677 ff. BGB gesperrt, auch wenn die §§ 987 ff. BGB nur im Rahmen einer Analogie zur Anwendung kommen.¹⁸

§ 1000 S. 1 BGB vermittelt hier daher kein Zurückbehaltungsrecht bzgl. der Abgabe der Bewilligungserklärung.

b) Zwischenergebnis

Der Anspruch ist auch durchsetzbar.

II. Ergebnis

Der Anspruch auf Abgabe der Eintragungsbewilligung aus § 888 Abs. 1 BGB analog besteht.

Fallfrage 2

Möglicherweise wäre D zu raten, gegenüber seinem ehemaligen Rechtsanwalt R gem. § 72 Abs. 1 ZPO den Streit zu verkünden.

Dadurch würde gem. §§ 74 Abs. 3, 68 ZPO der R an die Prozessergebnisse im Hinblick auf einen möglichen Folgeprozess zwischen D und R gebunden, sowohl in rechtlicher wie auch in tatsächlicher Hinsicht.

I. Zulässigkeit der Streitverkündung

Die Streitverkündung müsste zulässig sein. Im Hinblick auf die örtliche Zuständigkeit des Gerichts prüft das Gericht der Hauptsache im Vorprozess lediglich, ob eine Gerichtsstandvereinbarung auch im Hinblick auf eine mögliche Streitverkündung vorliegt.¹⁹ Dies ist jedoch nicht ersichtlich. D als Partei

¹⁷ Raff, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 994 Rn. 20.

¹⁸ Vgl. Eckert, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 888 Rn. 11.

¹⁹ Vgl. zu den Voraussetzungen der Interventionswirkung auch Jacoby, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2022, Kap. 9 Rn. 15, 17 f.

des anhängigen Prozesses²⁰ kann den Streit dann verkünden, wenn D glaubt, gegen R einen Anspruch für den Fall des Verlusts im Prozess geltend machen zu können.²¹

1. Risiko des Unterliegens im Prozess gegen E

Zunächst ist zu klären, ob das Risiko des Verlusts im Prozess gegen E besteht. Gegen E besteht der Anspruch aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB, der auch nicht infolge Unmöglichkeit untergegangen ist. Allerdings besteht das Risiko der Verjährungseinrede gem. § 214 Abs. 1 BGB. Gem. § 196 BGB verjähren Ansprüche auf die Übereignung eines Grundstücks binnen 10 Jahren, wobei die Verjährung mit der Anspruchsentstehung beginnt (§ 200 BGB). Fraglich ist, welcher Zeitpunkt hierfür maßgeblich ist. Der Anspruch des D ist an sich erst mit der Abtretung von K an D (gutgläubig wegen § 405 BGB) entstanden. Grundsätzlich kann allerdings der Schuldner die zur Zeit der Abtretung begründeten Einreden auch dem Zessionar gegenüber erheben (§ 404 BGB). Problematisch erscheint allerdings, dass die entsprechende Forderung überhaupt erst durch den gutgläubigen Erwerb des D entstanden ist. Hätte D die Forderung „ganz normal“ erworben, so würde die Verjährung wegen § 404 BGB nicht unterbrochen, der Schuldner soll rechtlich nicht schlechter gestellt werden, als er dem Zedenten gegenübergestanden hätte.²² Es gibt kein schutzwürdiges Interesse des D, besser gestellt zu sein, als wenn er die Forderung als bestehende Forderung erworben hat. Gutgläubig kann daher richtigerweise die Forderung nur so erworben werden, wie sie erworben worden wäre, wenn sie tatsächlich bestehen würde. Daher beginnt die Verjährung des Anspruchs am 14.5.2012. Das Ende der Verjährungsfrist bestimmt sich dann nach §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB, sodass der Anspruch am 14.5.2022 verjährt ist. Die Verjährung ist durch den Prozess zwischen D und U auch nicht gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB) worden, da insoweit nicht auch E Prozesspartei war. D kann daher – wenn E die Einrede erhebt – nicht mehr die Erfüllung des Kaufvertrags verlangen. Dass insoweit Erledigung eintritt oder ggf. bei einseitig bleibender Erledigungserklärung der D erfolgreich in eine Klage auf die Feststellung, dass ein erledigendes Ereignis nach Rechtshängigkeit eingetreten und vor Eintritt des Ereignisses die Klage zulässig und begründet gewesen wäre, umstellen kann (§ 264 Nr. 2 ZPO),²³ ändert nichts daran, dass der Prozess i.S.d. § 72 ZPO ungünstig für D ausgeht: Dieser wollte schließlich die Leistung von E erhalten.

2. Möglicher Anspruch gegen R

Es müsste sich daraus auch ein möglicher (zum im Hauptprozess eingeklagten Anspruch alternativer)²⁴ Anspruch gegen R ergeben.

D könnte gegen R Schadensersatzanspruch in Höhe der Differenz zwischen geschuldetem Kaufpreis und Wert des Grundstücks gem. § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 675 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 611 ff. BGB haben.

²⁰ *Schultes*, in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 72 Rn. 4.

²¹ Vgl. *Schultes*, in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 72 Rn. 5 ff.

²² *Kieninger*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2022, § 404 Rn. 1.

²³ Dazu *Schulz*, in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 91a Rn. 80; a.A. (§ 264 Nr. 3 ZPO) *Jacoby*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2022, Kap. 12 Rn. 13.

²⁴ In Erweiterung des Wortlauts kommen nicht nur Ansprüche aus Gewährleistung oder Schadloshaltung in Betracht, siehe *Schilken/Brinkmann*, Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 718; *Schultes*, in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 72 Rn. 12.

a) Schuldverhältnis

D und R haben einen Geschäftsbesorgungsvertrag gem. § 675 Abs. 1 BGB geschlossen.

b) Pflichtverletzung

R hätte erkennen müssen, dass auch gegen E Klage zu erheben ist auf Leistung, da dieser infolge der Vormerkung gegenüber D Eigentümer und damit Verfügungsbefugter ist. Dadurch, dass er D nicht entsprechend beraten hat, hat er seine Pflicht, die Beratung *lege artis* vorzunehmen, verletzt.²⁵

c) Vertretenmüssen

R handelte fahrlässig und hat damit auch die Pflichtverletzung zu vertreten, jedenfalls streitet hierfür auch die Vermutung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.

d) Schadensersatzumfang

Der Schadensersatzumfang richtet sich nach den §§ 249 ff. BGB. Ohne die Pflichtverletzung hätte D in seinem Vermögen statt dem Kaufpreis den Wert des Grundstücks gehabt. Nach der Differenzhypothese ist ihm diese Differenz als Schaden gem. § 249 Abs. 1 BGB im Rahmen der Naturalrestitution zu ersetzen.

e) Zwischenergebnis

Ein Anspruch gegen R dürfte demnach wohl bestehen, sodass die Streitverkündung ratsam erscheint. Deliktische Ansprüche gegen R sind nicht ersichtlich.

3. Form

Voraussetzung ist die Einreichung eines Schriftsatzes, der dem Streitverkündungsempfänger dann zuzustellen ist (§ 73 ZPO).

II. Ergebnis

D sollte R den Streit verkünden, um auch eine drohende Verjährung des Schadensersatzanspruchs zu verhindern, da diese durch Streitverkündung gem. § 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB gehemmt wird. Außerdem wird R an die Prozessergebnisse gebunden (§§ 74 Abs. 3, 68 ZPO), sodass der Verjährungseintritt im Verhältnis zwischen D und E nicht von zwei Gerichten ggf. unterschiedlich beurteilt werden kann.²⁶

Fallfrage 3

Möglicherweise ist dem F die Streitverkündung gegenüber D zu raten gem. § 72 Abs. 1 ZPO.

²⁵ Näher *Heermann*, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 675 Rn. 33 ff.

²⁶ Bindung an Rechtsauffassung des anderen Gerichts ist umfasst, siehe *Jacoby*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2022, Kap. 9 Rn. 12 ff.; *Lüke*, Zivilprozessrecht, 2020, § 43 Rn. 3.

I. Wirkung der Streitverkündung

Dadurch würde gem. §§ 74 Abs. 3, 68 ZPO der D an die Prozessergebnisse im Hinblick auf einen möglichen Folgeprozess zwischen D und F gebunden, sowohl in rechtlicher wie auch in tatsächlicher Hinsicht (hier vor allem im Hinblick auf die Rechtskraftsperrung gegenüber K).

II. Zulässigkeit der Streitverkündung

Die Streitverkündung führt zur entsprechenden Bindung bezüglich der im Hauptprozess prozess-erheblichen Tatsachen und rechtlichen Feststellungen, wenn sie zulässig ist.²⁷ Dafür müsste ein Anspruch gegen F in Betracht kommen für den Fall des Unterliegens im Prozess (bzw. ungünstigen Prozessausgangs).

1. Risiko des Unterliegens

Zunächst ist zu klären, worin das Risiko des ungünstigen Ausgangs konkret besteht. Vorliegend könnte durch das rechtskräftig ergangene Versäumnisurteil gegen D auch gegenüber F eine Rechtskraftsperrung (§§ 322, 325 ZPO) eingetreten sein, mit der Folge, dass F gegen K nicht mehr zulässig auf Erfüllung klagen kann.²⁸

Dafür müsste das Versäumnisurteil (§ 330 ZPO) gegen D als Kläger auch gegen F wirken. Dies ist gem. § 325 Abs. 1 ZPO der Fall, wenn F Rechtsnachfolger des D ist.²⁹

a) Prozessführungsbefugnis des D

D könnte prozessführungsbefugt gewesen sein gem. § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO. Dafür müsste die veräußerte Sache, wobei Sache jeden Gegenstand und damit auch Forderungen meint,³⁰ zum Zeitpunkt der wegen § 265 Abs. 1 ZPO wirksamen Abtretung (§ 398 S. 2 BGB) streitbefangen gewesen sein. Durch die Abtretung hat sich die Aktivlegitimation beim geltend gemachten Anspruch aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB geändert, sodass die Forderung streitbefangen war. Gem. § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO wird dadurch der bisherige Kläger zum gesetzlichen Prozessstandschafter, d.h. er kann den Prozess weiterführen und im eigenen Namen Leistung an den Erwerber verlangen.³¹ F ist somit Rechtsnachfolger des D.

b) Rechtskrafterstreckung § 325 Abs. 1 ZPO

Daher erstreckt sich grundsätzlich die Rechtskraft auch auf den Erwerber F (§ 325 Abs. 1 ZPO).

c) Gutgläubiger einredefreier Erwerb (§ 325 Abs. 2 ZPO)

Etwas anderes kann nur bei gutgläubigem rechtskraftfreiem Erwerb gelten (§ 325 Abs. 2 ZPO). Die Rspr. nimmt an, dass hierfür schon dem Grunde nach der Gegenstand gutgläubig erworben sein

²⁷ Schilken/Brinkmann, Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2022, Rn. 724.

²⁸ Vgl. zur Rechtskraftsperrung Gottwald, in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 322 Rn. 40.

²⁹ Bacher, in: BeckOK ZPO, Stand: 1.9.2023, § 265 Rn. 2.

³⁰ Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, Kommentar, 20. Aufl. 2023, § 265 Rn. 3.

³¹ Bacher, in: BeckOK ZPO, Stand: 1.9.2023, § 265 Rn. 7.

muss,³² was nicht überzeugt, weil dann der Erwerber vom Nichtberechtigten bessergestellt wäre als der Erwerber vom Berechtigten. Es genügt die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs, woran es bei Forderungen bereits fehlt, sowie der vorhandene gute Glaube in die fehlende Anhängigkeit eines Rechtsstreits über die Sache. Jedenfalls aber hatte F auch positive Kenntnis vom laufenden Prozess.

d) Zwischenergebnis

Wegen der Erstreckung der Rechtskraftsperrung kann somit F nicht mehr zulässig gegen K klagen und wird den Prozess verlieren (Klageabweisung als unzulässig).

2. Ansprüche gegen D

Aufgrund dessen könnte F gegen D einen Schadensersatzanspruch haben in Höhe des Werts des Autos.

a) §§ 437 Nr. 3, 280 ff. BGB i.V.m. § 453 Abs. 1 S. 1 BGB

Ein Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 ff. BGB i.V.m. § 453 Abs. 1 S. 1 BGB scheidet daran, dass zum Zeitpunkt des Forderungskaufs und Gefahrübergangs mit Abtretung noch keine Rechtskraftsperrung vorlag und damit auch kein Rechtsmangel bestand, selbst wenn man einen solchen annehmen wollte für den Fall, dass die Rechtskraftsperrung schon bestanden hätte bei Veräußerung.

b) §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB

Ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB scheidet daran, dass F bereits wie vertraglich vereinbart Inhaber der Forderung geworden ist.

c) §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

Allerdings könnte sich ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 282 BGB i.V.m. den Grundsätzen über die culpa post contractum finitum ergeben.

aa) Schuldverhältnis

Das Schuldverhältnis ist eigentlich infolge Leistung bereits erloschen (§ 362 Abs. 1 BGB). Allerdings bestehen jedenfalls im Hinblick auf den Leistungsgegenstand noch weiterhin Schutzpflichten i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB.³³ Auch auf dieses Schuldverhältnis sind die Regeln des allgemeinen Schuldrechts (nicht etwa Gewährleistungsrecht) anzuwenden.³⁴

bb) Pflichtverletzung

Teilweise wird für Verletzungen der sog. Leistungstreuepflicht, also der aus § 241 Abs. 2 BGB folgenden Pflicht, den vertraglichen Erfolg nicht übermäßig einzuschränken oder zu gefährden, der Schadensersatzanspruch auch auf eine Analogie zu § 281 BGB gestützt³⁵ und kann insoweit die Ausprägung eines „großen Schadensersatzes statt der Leistung“ annehmen (also statt der ganzen Leistung); die

³² Becker-Eberhard, in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 265 Rn. 107.

³³ Der Fortbestand von Schutzpflichten auch nach erfolgtem Leistungsaustausch und Erlöschen der Hauptpflichten ist anerkannt, etwa OLG Koblenz, Urt. v. 8.11.2018 - 1 U 601/18 = BeckRS 2018, 34700 Rn. 42.

³⁴ Medicus, in: FS Canaris, Bd.1, 2007, S. 834 (836 f.).

³⁵ Herresthal, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 280 Rn. 531.

andere Auffassung erblickt angesichts der Tatsache, dass die Leistungstreuepflicht auf § 241 Abs. 2 BGB gestützt wird, zurecht einen Fall des § 282 BGB für den Schadensersatz statt der Leistung.³⁶

D hätte F jedenfalls über den Prozess mit K informieren müssen, damit dieser als Rechtsnachfolger den Prozess hätte übernehmen können; andernfalls muss er den Prozess gewissenhaft weiterführen, wozu er wegen § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO befugt ist. Die Pflichtverletzung besteht dann in der Säumnis (§ 330 ZPO) und in der Unterlassung des möglichen Einspruchs (§ 338 ZPO).

D hat somit seine Leistungstreuepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) verletzt.

cc) Vertretenmüssen

Die Pflichtverletzung hat D auch zu vertreten (§ 276 Abs. 1 S. 1 BGB), wofür jedenfalls die Vermutung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB streitet.

dd) Schadensersatzumfang

Der Schaden besteht in der fehlenden Klagbarkeit der abgetretenen Forderung. Der zu leistende Schadensersatz bestimmt sich dann nach §§ 249 ff. BGB. F hätte von K die Übereignung des Autos verlangen können. So kann er von K nichts klageweise verlangen und kann daher wegen § 282 BGB Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen. Demnach besteht der vermögensmäßige Schaden im Wert der auf das Auto gerichteten Forderung (folglich dem Wert des Autos abzüglich eines eventuell in Anschlag zu bringenden Insolvenzrisikos), den D dem F gem. § 249 Abs. 1 BGB zu ersetzen hat.

3. Zwischenergebnis

Der Schadensersatzanspruch gegen D dürfte bestehen. Mit der Forderung von Schadensersatz erlischt analog § 281 Abs. 4 BGB der Leistungsanspruch und F hat die Forderung analog § 281 Abs. 5 BGB i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB an D zurückabzutreten (§§ 398 ff. BGB – was sich allerdings auch als Ergebnis der Naturalrestitution ergeben würde).³⁷

III. Ergebnis

Zwecks der Herstellung einer Bindung des D an die Prozessergebnisse, insbes. im Hinblick auf die fehlende Klagbarkeit des Anspruchs aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 398 S. 2 BGB erscheint eine Streitverkündung gegenüber D ratsam. Ggf. könnte aber gänzlich von einer Klage gegen K abgesehen werden, da diese keine wirkliche Aussicht auf Erfolg hat.

Anmerkung: Ein abweisendes Versäumnisurteil (§ 330 ZPO) gegen F würde diesem zwar Anwaltskosten im Hauptprozess gegen D ersparen, mangels Prüfung der Zulässigkeit und Begründetheit der Klage würde aber dann die Bindungswirkung des Urteils zulasten des D gem. §§ 74 Abs. 3, 68 ZPO nicht eingreifen.

³⁶ Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 282 Rn. 9.

³⁷ Vgl. Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 282 Rn. 13.

Fortgeschrittenenklausur Europarecht: Autofrei – Spaß dabei?

Akad. Rat a.Z. Dr. Stefan Drechsler, Regensburg*

*Die Klausur wurde im Sommersemester 2023 als Abschlussklausur zur Fortgeschrittenenübung im Europarecht von Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M., an der Universität Regensburg mit einer Bearbeitungszeit von 180 Minuten gestellt. Sie kleidet klassische Fragestellungen der Grundfreiheitsdogmatik (grenzüberschreitende Sachverhalte, Nutzungsregelungen als Beschränkung, Einordnung von Rechtfertigungsgründen, Verhältnismäßigkeitsprüfung) in eine fiktive Maßnahme zur Verkehrswende ein und kombiniert sie mit grundlegenden Fragestellungen zum Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) und einem anspruchsvollen Problem aus dem Bereich der Rechtsetzungskompetenzen. Von 187 Klausurteilnehmer*innen bestanden 79,7 Prozent die Klausur, im Durchschnitt wurden 6,19 Punkte erreicht.*

Sachverhalt

Teil I

Die Zahl der zugelassenen Personenkraftwagen (Pkw) in Deutschland erreicht jährlich neue Höchststände. Die Gesamtzahl der zugelassenen Pkw hat allein 2022 um 300.000 Fahrzeuge zugenommen. Zugleich werden die Fahrzeuge immer größer und immer mehr SUVs werden zugelassen. Über 43 Millionen der insgesamt 48,8 Millionen zum 1.1.2023 zugelassenen Pkw werden dabei von Privatpersonen gehalten, die übrigen Fahrzeuge überwiegend als Firmenfahrzeuge von Unternehmen aller Wirtschaftszweige. Lediglich ca. 1,9 Millionen aller Pkw werden rein elektrisch oder mit einem Plug-in-Hybrid-Motor angetrieben (im Folgenden: Elektroantrieb), die übrigen Fahrzeuge (also ca. 46,9 Millionen) mit konventionellen Verbrennungsmotoren.

Die hohe Zahl der privaten Pkw nehmen politische Entscheidungsträger*innen zunehmend als problematisch wahr. Dies betrifft nicht nur den dadurch weiter zunehmenden CO₂-Ausstoß. In dicht bebauten Wohngebieten, insbesondere in den größeren Städten, reichen die privaten Stellplätze für die Pkw der Anwohner*innen längst nicht mehr aus. Immer größere Flächen auf öffentlichen Straßen werden „zugeparkt“. Da die durchschnittliche tägliche Abstelldauer mehr als 23 Stunden beträgt, ist eine anderweitige Nutzung der Parkflächen nicht möglich. Das Abstellen immer größerer Pkw beeinträchtigt in diesen Gebieten zudem den fließenden Verkehr in immer stärkerem Maße und beeinträchtigt in engen Straßen deren Erreichbarkeit für Rettungsfahrzeuge der Feuerwehr oder Krankenkraftwagen.

Daher entschließt sich der Bundesgesetzgeber zu einem drastischen Schritt. Der Deutsche Bundestag beschließt am 2.8.2023 ein Gesetz, wonach Privatpersonen mit Wohnsitz in bestimmten deutschen Städten, in denen die geschilderte „Übernutzung“ öffentlicher Straßen durch parkende Pkw festgestellt wurde, grundsätzlich keine Zulassung für neu angeschaffte Pkw mehr erhalten (im Folgenden: „Zulassungsstopp-Gesetz“, ZulStoppG). Ausnahmen gibt es für ausschließlich beruflich

* Der Autor ist Akademischer Rat a.Z. am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastrukturrecht und Informationsrecht der Universität Regensburg. Er dankt Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M., sehr herzlich für wertvolle Rückmeldungen und Ideen zum Klausurentwurf.

Drechsler: Autofrei – Spaß dabei?

genutzte Pkw, zum Beispiel von Pflegediensten oder Handwerksbetrieben. Auch für eine je nach Größe der Stadt und Verfügbarkeit privater Stellplätze unterschiedliche Anzahl ausschließlich elektrisch betriebener Kleinwagen werden weiterhin Zulassungen erteilt. Ohne Zulassung ist eine Nutzung von Kraftfahrzeugen im öffentlichen Straßenverkehr nicht erlaubt.

Die Bundesverkehrsministerin hält diesen Schritt für alternativlos. Zusätzliche Stellplätze auf Privatgrundstücken in den betroffenen Städten könnten aus Platzmangel nicht mehr geschaffen werden. Selbst durch großflächige Parkverbote auf den öffentlichen Straßen werde man der Lage nicht Herr: Würden sie lückenlos kontrolliert, treffe dies die Pkw-Besitzer kaum weniger hart als der Zulassungsstopp. Geschehe dies nicht, seien Parkverbote ohnehin wirkungslos. Außerdem sei der Zulassungsstopp so zielgerichtet wie möglich ausgestaltet, da niemand dazu gezwungen werde, seinen Pkw abzumelden, und Pkw, die ausschließlich beruflich oder gewerblich genutzt werden, weiterhin zugelassen würden. Andere Personen könnten ja auf den in den Städten gut ausgebauten ÖPNV ausweichen, Rad fahren oder zu Fuß gehen.

Kritiker des Zulassungsstopps machen hingegen unionsrechtliche Bedenken geltend. Nicht nur deutsche, sondern auch EU-ausländische Autohersteller und solche aus Drittstaaten könnten ihre Pkw mit Verbrennungsmotor in Deutschland nun deutlich schlechter absetzen als zuvor. Denn der Zulassungsstopp komme einem Erwerbsverbot faktisch gleich und betreffe Millionen von Bürger*innen. Das ZulStoppG schieße zudem weit über seine Zielsetzungen hinaus: Um CO₂-Emissionen zu reduzieren, reiche es doch aus, die Zulassung von Pkw mit Verbrennungsmotor zu reglementieren, aber es werde – was zutrifft – auch nur noch eine begrenzte Zahl von Fahrzeugen mit Elektroantrieb zugelassen. Um dem Platzmangel in den Städten zu begegnen, hätte man doch auch Vorschriften erlassen können, die bestimmte Maximalgrößen für Pkw festlegen; dann würden dort nur noch kleinere Autos auf den Straßen abgestellt.

Teil II

Annette Auer (A) hat ihren Wohnsitz in Regensburg, wo aufgrund des ZulStoppG ebenfalls keine neuen privat genutzten Pkw zugelassen werden. As Antrag auf Zulassung ihres neu erworbenen Pkw mit Verbrennungsmotor wird von der zuständigen Behörde daher unter Verweis auf das ZulStoppG abgelehnt. Hiergegen erhebt A Klage zum Verwaltungsgericht Regensburg. Die zuständige Kammer bezweifelt die Vereinbarkeit des ZulStoppG mit dem Unionsrecht und erwägt, diese Frage dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen.

Teil III

Auch die EU-Kommission ist auf das ZulStoppG aufmerksam geworden. Man beobachtet mit Sorge, dass bei der Frage der Zulassung von Pkw mit Verbrennungsmotor die politischen Absichten der Mitgliedstaaten immer stärker auseinandergehen. Einige andere Mitgliedstaaten haben bereits gesetzliche Regelungen verabschiedet, wonach sie ab jeweils verschiedenen Zeitpunkten zwischen 2025 und 2035 keine Pkw mit Verbrennungsmotor mehr zulassen. Andere Mitgliedstaaten lehnen solche Zulassungsstopps hingegen prinzipiell ab. Daher plant die Kommission eine Verordnung mit einheitlichen Regeln für die Zulassung privat genutzter Pkw, die ohne räumliche Differenzierung vorsieht, dass in der gesamten Europäischen Union ab 2030 keine privat genutzten Pkw mit Verbrennungsmotor mehr zugelassen werden dürfen. Willkommener Nebeneffekt dieses Vorgehens ist für die EU-Kommission die damit verbundene Verringerung der CO₂-Emissionen.

Bearbeitungsvermerk

Beantworten Sie in einem umfassenden Rechtsgutachten, das auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen ggf. hilfsgutachtlich eingeht, folgende Fragen in der vorgegebenen Reihenfolge:

Teil I

Ist das am 2.8.2023 vom Deutschen Bundestag beschlossene ZulStoppG für privat genutzte Pkw mit den Grundfreiheiten des AEUV vereinbar?

Auf die Unionsgrundrechte ist dabei nicht einzugehen. Bei der Bearbeitung ist davon auszugehen, dass kein einschlägiges Sekundärrecht besteht und die im Sachverhalt vorgebrachten Tatsachen zutreffen.

Teil II

Ist die Vorlage des Verwaltungsgerichts Regensburg an den Europäischen Gerichtshof zulässig? Formulieren Sie im Rahmen Ihrer gutachterlichen Prüfung eine zulässige Vorlagefrage!

Teil III

Besitzt die Europäische Union für den Erlass der geplanten Verordnung eine Gesetzgebungskompetenz? Auf Art. 5 EUV ist nicht einzugehen.

Lösungsvorschlag

Teil I: Vereinbarkeit des ZulStoppG mit den Grundfreiheiten des AEUV	127
I. Anwendungsbereich	127
1. Sachlicher Anwendungsbereich	127
a) Keine sekundärrechtliche Regelung	127
b) „Ware“ i.S.d. Art. 28 ff. AEUV.....	128
c) Grenzüberschreitender Sachverhalt.....	128
d) Keine Bereichsausnahme	128
e) Zwischenergebnis.....	129
2. Persönlicher Anwendungsbereich	129
3. Zwischenergebnis.....	129
II. Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit	129
1. Bindung der deutschen Bundesgesetzgebung an die Grundfreiheiten	129
2. ZulStoppG als tatbestandlich erfasste Maßnahme	130
a) Mengenmäßige Ein- oder Ausfuhrbeschränkung, Art. 34 Alt. 1 und Art. 35 Alt. 1 AEUV.....	130
b) Maßnahme gleicher Wirkung, Art. 34 Alt. 2 und Art. 35 Alt. 2 AEUV	130
aa) Dassonville-Formel	130

bb) (Negative) Einschränkung der Dassonville-Formel durch die Keck-Formel?.....	131
(1) Unterschiedslose Anwendbarkeit: keine Diskriminierung.....	131
(2) Produktbezogene Regelung?	131
(3) Bloße Verkaufsmodalität?	131
cc) (Positive) Begründung der Beschränkung durch den Drei-Stufen-Test.....	132
(1) Maßstäbe des Drei-Stufen-Tests	132
(2) Subsumption	132
c) Zwischenergebnis.....	133
III. Rechtfertigung.....	133
1. Rechtfertigungsgründe	134
a) Geschriebene Rechtfertigungsgründe, Art. 36 S. 1 AEUV	134
b) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe: zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses (Cassis-Formel)	135
aa) Verringerung der CO ₂ -Emissionen (Klimaschutz)	135
bb) Städtebauliche Zielsetzung	135
2. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	136
a) Eignung	136
aa) Eignung im Hinblick auf den Klimaschutz.....	136
bb) Eignung im Hinblick auf die städtebauliche Zielsetzung	137
cc) Zwischenergebnis	137
b) Erforderlichkeit.....	137
aa) Bereitstellung zusätzlicher Parkmöglichkeiten	137
bb) Großflächige Parkverbote auf öffentlichen Straßen	138
cc) Großzügigere Fassung der Ausnahmetatbestände durch Zulassungstopp nur für Pkw mit Verbrennungsmotor	138
dd) Festlegung einer Maximalgröße neu zugelassener Pkw	138
ee) Zwischenergebnis	138
c) Angemessenheit	138
d) Zwischenergebnis.....	139
3. Zwischenergebnis.....	139
IV. Ergebnis.....	139
Teil II: Zulässigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens des VG Regensburg.....	140
I. Zuständigkeit des EuGH, Art. 267 Abs. 1 und Art. 256 Abs. 3 AEUV	140
II. Vorlageberechtigung des VG Regensburg, Art. 267 Abs. 2 AEUV.....	140

III. Vorlagegegenstand und Vorlagefrage, Art. 267 Abs. 1 AEUV	140
IV. Entscheidungserheblichkeit, Art. 267 Abs. 2 AEUV	141
V. Form der Vorlage, Art. 23 EuGH-Satzung und Art. 94 Verfo EuGH	142
VI. Ergebnis.....	142
Teil III: Gesetzgebungszuständigkeit der EU für das Verbot der Zulassung von Pkw mit Verbrennungsmotor.....	142
I. Umweltschutz, Art. 192 Abs. 1 AEUV	143
II. Binnenmarktkompetenz, Art. 114 Abs. 1 S. 2 AEUV	144
1. Hindernisse für den freien Verkehr im Binnenmarkt.....	144
2. Tatsächlicher Beitrag der Verordnung zum Abbau der Binnenmarkthindernisse	144
3. Weitere Zielsetzungen neben dem Ziel der Binnenmarktharmonisierung	144
III. Ergebnis.....	144

Teil I: Vereinbarkeit des ZulStoppG mit den Grundfreiheiten des AEUV

Das am 2.8.2023 vom Deutschen Bundestag beschlossene ZulStoppG für privat genutzte Pkw ist mit den Grundfreiheiten des AEUV vereinbar, soweit nicht der Anwendungsbereich einer der Grundfreiheiten in nicht zu rechtfertigender Weise beschränkt wird.

I. Anwendungsbereich

Hier könnte der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 28 ff. AEUV eröffnet sein.

Hinweis: Im Rahmen dieses Prüfungspunkts – typischerweise bei der Subsumption unter die jeweils geschützte Tätigkeit – wird oftmals eine detaillierte Abgrenzung der einzelnen Grundfreiheiten voneinander¹ verlangt. In diesem Fall erscheint ein Schwerpunkt hierauf nicht erforderlich, da keine andere Grundfreiheit ernsthaft in Betracht kommt. Eine sehr knapp gehaltene Abgrenzung der Warenverkehrsfreiheit etwa zur Dienstleistungsfreiheit der Art. 56 ff. AEUV – idealerweise im Rahmen des Prüfungspunkts „Ware“ – erscheint aber noch vertretbar. Würde man Abgrenzungsfragen hier aber ausführlicher erörtern, wäre dies keine gelungene Schwerpunktsetzung.

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit ist dann eröffnet, wenn es sich bei den Pkw in dem zu beurteilenden grenzüberschreitenden Sachverhalt um eine „Ware“ handelt und weder eine sekundärrechtliche Regelung vorliegt noch eine Bereichsausnahme im AEUV eingreift.

a) Keine sekundärrechtliche Regelung

Eine sekundärrechtliche Regelung des hier relevanten Lebensbereichs, die als Maßnahme der positiven

¹ Grundlegend dazu *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Europäische Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2012, Rn. 390–406.

Integration die Anwendung der Grundfreiheiten des AEUV ausschließen würde,² besteht nicht.

b) „Ware“ i.S.d. Art. 28 ff. AEUV

Zunächst müsste das mitgliedstaatliche Zulassungsverbot eine „Ware“ i.S.d. Art. 28 ff. AEUV betreffen. Bei privat genutzten Pkw handelt es sich um solche körperlichen Gegenstände, die einen Geldwert haben und im Hinblick auf Handelsgeschäfte über eine Grenze verbracht werden können.³ Art. 28 Abs. 2 AEUV schränkt diesen Warenbegriff dahingehend ein, dass lediglich sogenannte Unionswaren erfasst werden, also Waren, die aus einem Mitgliedstaat stammen, sowie Waren aus Drittländern, die sich in der EU im freien Verkehr befinden. Damit sind prinzipiell nicht nur die Pkw deutscher und EU-ausländischer Hersteller, sondern auch die Pkw von Herstellern aus Drittstaaten Unionswaren.

c) Grenzüberschreitender Sachverhalt

Erforderlich ist darüber hinaus ein grenzüberschreitender Bezug des zu beurteilenden Sachverhalts. Rein innerstaatliche Sachverhalte liegen mangels Relevanz für den Binnenmarkt, dessen Verwirklichung die Grundfreiheiten dienlich sein sollen (vgl. Art. 26 Abs. 1 und 2 AEUV), außerhalb des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten.⁴ Vielmehr ist es erforderlich, dass Waren die Grenze zwischen mindestens zwei Mitgliedstaaten überqueren oder von einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat verbracht werden.⁵ Dementsprechend unterfallen die Pkw deutscher Hersteller, die in Deutschland produziert und hier auf den Markt gebracht werden, nicht dem Schutz der Warenverkehrsfreiheit, da es sich hierbei um einen rein innerstaatlichen Sachverhalt handelt. Die Autos EU-ausländischer oder drittstaatsangehöriger Hersteller, die nach Deutschland eingeführt werden, werden vom ZulStoppG allerdings ebenfalls erfasst, so dass insofern ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt.

Hinweis: Der Sachverhalt wirft diesen Aspekt ausdrücklich auf, so dass hier eine etwas ausführlichere Erörterung notwendig ist, die zwischen den verschiedenen Herstellergruppen differenziert. Damit kann man als Bearbeiter*in die (in der gerichtlichen und behördlichen Praxis unter dem Gesichtspunkt rechtlichen Gehörs auch nicht unwichtige) Fähigkeit zeigen – und als Klausurersteller*in abprüfen –, ob die Argumente der Verfahrensbeteiligten aufgegriffen und gewürdigt werden können, auch wenn sich hinter ihnen bei zutreffender Würdigung kein großes rechtliches Problem verbirgt.

d) Keine Bereichsausnahme

Die Anwendung der Warenverkehrsfreiheit ist auch nicht durch die Bereichsausnahmen der Art. 38 ff. und Art. 346 Abs. 1 AEUV ausgeschlossen.

² Zu Sinn und Zweck dieses Prüfungspunktes vor dem Hintergrund der Abgrenzung von positiver und negativer Integration *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 34–36 Rn. 18.

³ Vgl. EuGH, Urt. v. 10.12.1968 – C-7/68 [ECLI:EU:C:1968:51] (Kommission./.Italien) = Slg. 1968, 633 (642); *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 34–36 Rn. 122; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 58.

⁴ *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 14 Rn. 8 f.

⁵ *Cremer*, Jura 2015, 39 (43); *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 14 Rn. 9.

e) Zwischenergebnis

Der sachliche Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit ist damit eröffnet.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Auf die Warenverkehrsfreiheit können sich alle Personen berufen, die ein Interesse an ihrer Durchsetzung haben, etwa weil sie eine Ware herstellen, vertreiben, kaufen oder verkaufen.⁶ Neben natürlichen Personen sind in analoger Anwendung von Art. 54 Abs. 2 und Art. 62 AEUV auch juristische Personen erfasst.⁷ Die Warenverkehrsfreiheit vermittelt damit sowohl den Herstellern als auch den Händlern und Erwerbern privat genutzter Pkw Schutz, so dass auch der persönliche Anwendungsbereich eröffnet ist.

Hinweis: Da es sich bei der Warenverkehrsfreiheit – wie auch bei der Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 Abs. 1 AEUV – um eine Faktorfreiheit handelt, die eine optimale Allokation von Wirtschaftsgütern, nicht aber von Personen im Binnenmarkt bezweckt und daher konsequent im Vertragstext allein vom Sachbereich her formuliert ist, ist es mit einer entsprechenden, auch knappen Begründung sehr gut vertretbar, diesen Prüfungspunkt generell für überflüssig zu erklären.⁸ Auch der EuGH äußert sich im Regelfall bei der Warenverkehrsfreiheit nicht zur persönlichen Berechtigung.

3. Zwischenergebnis

Der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit ist damit eröffnet.

II. Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit

Es müsste darüber hinaus eine relevante Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit vorliegen, die von einer Stelle ausgeht, die an die Grundfreiheiten gebunden ist.

1. Bindung der deutschen Bundesgesetzgebung an die Grundfreiheiten

Das Zulassungsverbot des ZulStoppG müsste zunächst einer Entität zurechenbar sein, die ihrerseits an die Grundfreiheiten des AEUV gebunden ist. Während nach wie vor im Einzelnen umstritten ist, inwiefern die Unionsorgane oder auch Privatpersonen an die Grundfreiheiten gebunden sind,⁹ sind die Mitgliedstaaten unbestritten die vorrangigen Adressaten der Grundfreiheiten. Dabei sind sämtliche Erscheinungsformen hoheitlichen Handelns, also Gesetzgebung, Rechtsprechung und vollziehende Gewalt, an die Grundfreiheiten gebunden.¹⁰ Damit ist auch der Deutsche Bundestag an die Warenverkehrsfreiheit gebunden.

⁶ Schroeder, in: R. Streinz, EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 34 Rn. 24.

⁷ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 34–36 Rn. 34.

⁸ So auch Leible/Th. Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 71. Lfg., Stand: August 2017, AEUV Art. 34 Rn. 31.

⁹ Zum Stand der Diskussion lesenswert Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 34–36 Rn. 111–118.

¹⁰ Cremer, Jura 2015, 39 (40); Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 34–36 Rn. 107.

Hinweis: Dieser Prüfungspunkt kann, da in der Sache unproblematisch, hier auch knapper ausfallen. Seine Gewichtung ist in Grundfreiheitenklausuren stets eine Frage des konkreten Einzelfalls. Auch in unproblematischen Fällen sollte kurz begründet und subsumiert werden, welcher Entität die beschränkende Stelle zuzuordnen ist (hier dem Mitgliedstaat Deutschland) und welche Ausprägung der Staatsgewalt konkret gehandelt hat (hier die Legislative).

2. ZulStoppG als tatbestandlich erfasste Maßnahme

Die Warenverkehrsfreiheit verbietet gem. Art. 34 und 35 AEUV mengenmäßige Ein- und Ausfuhrbeschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung.

Hinweis: Die sorgfältige Prüfung der Beschränkung ist ein Schwerpunkt der Klausur. Um dies ansprechend zu bearbeiten, kommt es darauf an, dass Sie

- Ihren Prüfungsaufbau an den Normtext (Art. 34, 35 AEUV) anknüpfen,
- den Inhalt der Dassonville-Formel, der Keck-Formel und des Drei-Stufen-Tests zutreffend wiedergeben und vertretbar darunter subsumieren können und
- die Anwendbarkeit der Keck-Formel auf Nutzungsbeschränkungen immerhin problematisieren (und idealerweise wissen, wie dogmatisch damit umzugehen ist).

a) Mengenmäßige Ein- oder Ausfuhrbeschränkung, Art. 34 Alt. 1 und Art. 35 Alt. 1 AEUV

Eine mengenmäßige Ein- oder Ausfuhrbeschränkung, die die Ein-, Aus- oder Durchfuhr einer Ware der Menge oder dem Wert nach ganz oder teilweise insbesondere in Form einer Kontingentierung untersagt,¹¹ ist hier nicht ersichtlich. Nicht die Einfuhr bestimmter Pkw nach Deutschland wird durch das ZulStoppG verboten, sondern lediglich die Zulassung bestimmter Modelle für bestimmte Halter.

b) Maßnahme gleicher Wirkung, Art. 34 Alt. 2 und Art. 35 Alt. 2 AEUV

Die Warenverkehrsfreiheit kann aber auch durch eine Maßnahme, die die gleiche Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung entfaltet, beschränkt werden.

aa) Dassonville-Formel

Nach der Dassonville-Formel des EuGH stellen Maßnahmen gleicher Wirkung alle Maßnahmen der Mitgliedstaaten dar, die dazu geeignet sind, den Warenverkehr zwischen den EU-Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.¹² Damit ist die Warenverkehrsfreiheit als umfassendes Beschränkungsverbot ausgestaltet.

Durch das Verbot der Zulassung aller privat genutzten Pkw mit Verbrennungsmotor und einer erheblichen Anzahl von Pkw mit Elektroantrieb in deutschen Großstädten wird auch die Anschaffung solcher Fahrzeuge unattraktiv, da sie ohne behördliche Zulassung nicht genutzt werden können. Dies kann sich negativ auf das Volumen eingeführter Pkw EU-ausländischer Hersteller oder von Herstellern aus Drittstaaten auswirken. Es handelt sich dabei mindestens um ein potentielles und mit-

¹¹ EuGH, Urt. v. 12.7.1973 – C-2/73 [ECLI:EU:C:1973:89] (Geddo), Rn. 7.

¹² Grundlegend EuGH, Urt. v. 11.7.1974, C-8/74 [ECLI:EU:C:1974:82] (Dassonville), Rn. 5, und seitdem st. Rspr.

telbares Hindernis für den Handel mit Pkw innerhalb der Union. Dies ist eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne der Dassonville-Formel.

bb) (Negative) Einschränkung der Dassonville-Formel durch die Keck-Formel?

Wegen der tatbestandlichen Weite der Dassonville-Formel ist ihre Einschränkung geboten, die sich zunächst durch die Keck-Formel des EuGH verwirklichen lassen könnte. Voraussetzung für deren Anwendung ist zunächst, dass die mitgliedstaatliche Maßnahme unterschiedslos einheimische und EU-ausländische Waren betrifft und sich rechtlich oder tatsächlich in gleicher Weise auf deren Absatz auswirkt (dazu (1)). Sodann liegen Maßnahmen gleicher Wirkung insbesondere nur dann vor, wenn die fragliche Regelung eine produktbezogene Beschränkung (dazu (2)) und nicht nur eine Verkaufsmodalität darstellt (dazu (3)).¹³

(1) Unterschiedslose Anwendbarkeit: keine Diskriminierung

Der Zulassungsstopp betrifft sowohl die Pkw inländischer als auch die Pkw ausländischer Hersteller und ist daher unterschiedslos anwendbar, so dass diese Grundvoraussetzung für die Heranziehung der Keck-Formel vorliegt.

(2) Produktbezogene Regelung?

Allerdings handelt es sich dabei nicht um eine produktbezogene Beschränkung, da die fehlende Zulassungsfähigkeit und damit die fehlende Nutzungsmöglichkeit keine den Pkw körperlich anhaftende Eigenschaft ist wie etwa die Aufmachung der Verpackung,¹⁴ die Zusammensetzung oder Bauart des Produkts.¹⁵ Das zeigt sich schon daran, dass die Zulassungsmöglichkeit maßgeblich vom Wohnsitz des Erwerbers, nicht aber von der Bauart der Pkw abhängt.

(3) Bloße Verkaufsmodalität?

Zugleich knüpft das Verbot der Zulassung nicht an den Erwerbsvorgang an und schränkt auch nicht die Erwerbsmöglichkeit als solche ein. Es wirkt sich erst später aus, indem bestimmte Pkw nicht genutzt werden dürfen. Daher handelt es sich dabei aber auch um keine Verkaufsmodalität. Solche Nutzungsregelungen wie die des ZulStoppG vermag die Keck-Formel nicht adäquat zu erfassen, indem sie von der unterkomplexen Prämisse ausgeht, es gebe ausschließlich produktbezogene Beschränkungen und Verkaufsmodalitäten und keine dritte Kategorie möglicher Beschränkungen. Damit erweist sie sich im vorliegenden Fall als unbrauchbar.

Hinweis: Die Darstellung der Keck-Formel im Fall der Nutzungsregelungen macht erfahrungsgemäß Probleme. Verschiedene, mehr oder weniger gut vertretbare Darstellungs- und Lösungsvarianten sind hier denkbar:

Mit entsprechender Begründung ist eine Einordnung als produktbezogene Regelung noch vertretbar. Eine tragende – wenn auch von der Judikatur des EuGH deutlich abweichende – Begründung ließe sich darin finden, dass man auch „verkehrs wesentliche Eigenschaften“ der Ware wie ihre Ver-

¹³ Zum Ganzen grundlegend EuGH, Urt. v. 24.11.1993 – C-267/91, C-268/91 [ECLI:EU:C:1993:905] (Keck und Mithouard), Rn. 15 f.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 12.10.2000 – C-3/99 [ECLI:EU:C:2000:560] (Ruwet), Rn. 46–48; EuGH, Urt. v. 13.9.2001 – C-169/99 [ECLI:EU:C:2001:439] (Schwarzkopf), Rn. 38 f.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 14.7.1994 – C-17/93 [ECLI:EU:C:1994:299] (Van der Heldt), Rn. 10 f.; EuGH, Urt. v. 13.3.1997 – C-358/95 [ECLI:EU:C:1997:149] (Morellato), Rn. 11–13.

wendungsmöglichkeit als produktbezogen einordnet. Wird in dieser Konstellation ergänzend der Drei-Stufen-Test (siehe sogleich) im Hilfgutachten durchgeführt, ist dies sicherlich positiv, aber meines Erachtens keinesfalls zwingend zu erwarten.

Als weitere Variante wäre es auch vertretbar, im Hauptgutachten nach der Subsumption unter die Dassonville-Formel die Prüfung auf den Drei-Stufen-Test zu beschränken. Die Keck-Formel taucht dann im Hauptgutachten nicht auf. Das ist dogmatisch gut vertretbar und entspricht auch der Linie vieler EuGH-Entscheidungen. Dieses Vorgehen erscheint aber als ausgesprochen unüblich, da die Keck-Formel in der juristischen Ausbildung nach wie vor als „Grundwissen“ vermittelt wird und viele Korrigierende Ausführungen zu ihr erwarten. Dementsprechend ist es zu empfehlen, dass immerhin im Hilfgutachten die Unanwendbarkeit der Keck-Formel – wenn auch in knapper Form – thematisiert wird.

Damit, sowohl den Drei-Stufen-Test als auch die Keck-Formel (und eines davon wenigstens im Hilfgutachten) anzusprechen, geht man auf Nummer sicher; die Keck-Formel ist in der EuGH-Rechtsprechung zwar inzwischen meist nicht mehr ausdrücklicher Prüfungsmaßstab, aber in der deutschsprachigen Dogmatik und Lehrbuchliteratur nach wie vor fest verankert.

cc) (Positive) Begründung der Beschränkung durch den Drei-Stufen-Test

Wegen der aufgezeigten Schwächen der Keck-Formel hat der EuGH einen Drei-Stufen-Test entwickelt, der – aufbauend auf der weiten Dassonville-Formel – einerseits dem ursprünglichen Charakter der Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote stärker Rechnung trägt und andererseits die Grundgedanken der Keck-Formel verallgemeinert.¹⁶ Er unterscheidet sich auch in seiner ganzen Herangehensweise von der Keck-Formel: Auf diese Weise wird eine tatbestandlich relevante Beschränkung der Grundfreiheiten *positiv* begründet.

(1) Maßstäbe des Drei-Stufen-Tests

Eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit stellen demnach diejenigen Maßnahmen eines Mitgliedstaats dar, mit denen bezweckt oder bewirkt wird, Waren aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig zu behandeln (erste Stufe: Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierungen), sowie Hemmnisse für den freien Warenverkehr, die sich in Ermangelung einer Harmonisierung der Rechtsvorschriften daraus ergeben, dass Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig in den Verkehr gebracht werden, bestimmten Vorschriften entsprechen müssen, selbst dann, wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Leistungen gelten (zweite Stufe: Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, auch Herkunftslandprinzip genannt). Ebenfalls unter den Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung fällt jede sonstige Maßnahme, die den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaats für Waren aus anderen Mitgliedstaaten behindert (dritte Stufe: Verbot von Marktzugangshindernissen).¹⁷

(2) Subsumption

Das ZulStoppG wirkt sich auf die betroffenen Pkw nicht diskriminierend aus (siehe oben, II. 2. b) bb) (1)), so dass keine Beschränkung erster Stufe vorliegt. Desgleichen müssen in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig auf den Markt gebrachte Pkw aufgrund dieser Rechtsvorschrift keinen besonderen

¹⁶ Leible/Th. Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 71. Lfg., Stand: August 2017, AEUV Art. 34 Rn. 85.

¹⁷ Grundlegend EuGH, Urt. v. 4.6.2009 – C-142/05 [ECLI:EU:C:2009:336] (Mickelsson und Roos), Rn. 24; siehe auch Leible/Th. Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 71. Lfg., Stand: August 2017 AEUV Art. 34 Rn. 85–87.

Drechsler: Autofrei – Spaß dabei?

Anforderungen an ihre Machart etc. entsprechen, so dass auch auf der zweiten Stufe des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung keine relevante Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit festgestellt werden kann. Allerdings wird der Marktzugang für Pkw aus anderen Mitgliedstaaten dadurch spürbar behindert, dass in einem relevanten Marktsegment die Anschaffung dieser Pkw mangels Zulassungsmöglichkeit wirtschaftlich sinnlos ist und potentielle Käufer im Inland davon faktisch abgehalten werden. Privat genutzte Pkw machen in Deutschland annähernd 90 Prozent des gesamten Markts für Pkw aus und davon sind weit über 90 Prozent Fahrzeuge mit Verbrennungsmotor. Deren Anschaffung wiederum ist gerade in den bevölkerungsreichen Städten aufgrund des ZulStoppG praktisch völlig unattraktiv. Nachdem dies einen massiven Rückgang des Kfz-Absatzes wahrscheinlich macht, kann die Frage letztlich dahinstehen, ob auch generell eine gewisse Erheblichkeit der Marktzugangsbeschränkung erforderlich ist.¹⁸

Hinweis: Die Abgrenzung zwischen der zweiten und dritten Stufe des Drei-Stufen-Tests (Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und sonstiges Marktzugangshindernis) ist auch in der Rechtsprechung des EuGH nach wie vor nicht ganz trennscharf.¹⁹ Dementsprechend ist auch der Sachverhalt dieser Klausur hier bewusst offen gehalten, um Ihnen die Möglichkeit zu geben, auch ohne vertiefte Kenntnisse des Problems, aber mit argumentativem Geschick zu einem überzeugenden Ergebnis zu gelangen. Mit entsprechender Begründung kann daher auch eine relevante Beschränkung auf zweiter Stufe und damit ein Verstoß gegen das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung bejaht werden: Dies ist gut vertretbar.

c) Zwischenergebnis

Somit liegt auf der dritten Stufe des Drei-Stufen-Tests eine relevante Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit in Form eines Marktzugangshindernisses und damit eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine Einfuhrbeschränkung vor.

III. Rechtfertigung

Diese Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit ist nur dann gerechtfertigt, wenn sie sich auf einen Rechtfertigungsgrund stützen kann und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt.

Hinweis: Eine Prüfung der Unionsgrundrechte schließt der Vermerk für die Bearbeiter*innen ausdrücklich aus, so dass Ausführungen dazu nicht angezeigt sind.

In Betracht käme hier zunächst eine Einschränkung des Eigentumsrechts aus Art. 17 Abs. 1 S. 1 GRCh. Die Zulassung eines Pkw stellt in diesem Sinne die Nutzung eines rechtmäßig erworbenen Eigentumsgegenstandes dar.²⁰ Da der Zulassungsstopp den Bestand dieser Eigentumsposition unangestastet lässt, stellt er sich auch nur als Nutzungsregelung i.S.d. Art. 17 Abs. 1 S. 3 GRCh dar, die nicht entschädigungspflichtig ist, sondern im Wesentlichen lediglich einer Rechtfertigung am Maßstab des

¹⁸ Dazu *Leible/Th. Streinz*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 71. Lfg., Stand: August 2017, AEUV Art. 34 Rn. 86; für ein Marktzugangshindernis nur bei vollständigem Abschluss des Marktes aber *Dietz/Th. Streinz*, *EuR* 2015, 50 (66).

¹⁹ Dazu *Dietz/Th. Streinz*, *EuR* 2015, 50 (69).

²⁰ Siehe *Kühling*, in: *Pechstein/Nowak/Häde*, *Frankfurter Kommentar EUV/GRCh/AEUV*, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, GRCh Art. 17 Rn. 15.

Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bedarf²¹ (so dass sich keine Abweichungen gegenüber den folgenden Ausführungen im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit ergeben). Erwägenswert wäre darüber hinaus eine mittelbare Einschränkung der unternehmerischen Freiheit der Pkw-Hersteller und -Händler aus Art. 16 GRCh, deren Rechtfertigung dann aber keine Besonderheiten gegenüber Art. 17 Abs. 1 GRCh aufweist. Anzudenken wäre schließlich der Allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 20 GRCh, da für gewerblich genutzte Pkw im Unterschied zu privat genutzten Fahrzeugen weiterhin eine Zulassung erteilt wird.

1. Rechtfertigungsgründe

Zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten können im AEUV geschriebene, aber auch ungeschriebene Gründe herangezogen werden.

Hinweis: Es ist insbesondere für die folgende Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit unerlässlich, zu erkennen, dass das ZulStoppG kumulativ mehrere Zielsetzungen verfolgt, die an dieser Stelle gesondert auf ihre Legitimität zu untersuchen sind. Dabei handelt es sich auch um ein wesentliches Differenzierungsmerkmal für die Bewertung der Klausur, denn die Fähigkeit zur Differenzierung ist eine der wesentlichen Kompetenzen, die in der juristischen Ausbildung geschult werden sollten.

a) Geschriebene Rechtfertigungsgründe, Art. 36 S. 1 AEUV

Fraglich ist, ob sich eine der Zielsetzungen des ZulStoppG unter einen der geschriebenen Rechtfertigungsgründe des Art. 36 S. 1 AEUV subsumieren lässt. In Betracht kommt hier lediglich, die angestrebte Verringerung von CO₂-Emissionen als Beitrag zum Klimaschutz dem „Schutz des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen“ zuzuordnen. Allerdings sind die geschriebenen Rechtfertigungsgründe nach ständiger Rechtsprechung des EuGH eng auszulegen.²² Dem Schutz des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen dienen demnach nur solche Maßnahmen, die dieses Schutzziel unmittelbar verfolgen.²³ Der Klimaschutz schützt das Leben von Menschen, Tieren und Pflanzen allerdings nur mittelbar, indem die gesundheits- und lebensbedrohlichen Auswirkungen des Klimawandels mit damit verbundenen Extremwetterereignissen und dergleichen abgemildert werden. Solche mittelbar lebensschützenden Maßnahmen unterfallen somit keinem geschriebenen Rechtfertigungsgrund des Art. 36 S. 1 AEUV.

Hinweis: Nähere Kenntnisse zur Auslegung der einzelnen Rechtfertigungsgründe des Art. 36 S. 1 AEUV sind im Pflichtfachbereich nicht erforderlich – jedenfalls sicher nicht, soweit sie keine Entsprechung bei den übrigen Grundfreiheiten (in den Art. 45 Abs. 3, Art. 52 Abs. 1 und Art. 65 Abs. 1 AEUV) haben

²¹ Kühling, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRCh/AEUV, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, GRCh Art. 17 Rn. 22.

²² EuGH, Urt. v. 19.3.1991 – C-205/89 [ECLI:EU:C:1991:123] (Kommission./Griechenland), Rn. 9; EuGH, Urt. v. 5.6.2007 – C-170/04 [ECLI:EU:C:2007:313] (Rosengren u.a.), Rn. 40; EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – C-148/15 [ECLI:EU:C:2016:776] (Deutsche Parkinson Vereinigung), Rn. 29.

²³ Leible/Th. Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 71. Lfg., Stand: August 2017, AEUV Art. 36 Rn. 24 und 29; Schroeder, in: R. Streinz, EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 36 Rn. 16 f.; i.E. auch Haltern, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRCh/AEUV, Bd. 2, 2. Aufl. 2023, AEUV Art. 36 Rn. 50; siehe auch die Übersicht über typische Fallkonstellationen unmittelbar schützender Maßnahmen bei Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 36 Rn. 61.

(Schutz der Gesundheit, der öffentlichen Sicherheit und öffentlichen Ordnung). Noch gut vertretbar erscheint es daher, das Vorliegen eines geschriebenen Rechtfertigungsgrunds bereits unter kurzem Hinweis auf die enge Auslegung der geschriebenen Rechtfertigungsgründe zu verneinen. Ebenso vertretbar ist auch eine begründete Subsumption des Klimaschutzes unter diesen geschriebenen Rechtfertigungsgrund, zumal auch die Rechtsprechung des EuGH zum Rechtfertigungsgrund „Klimaschutz“ nicht ganz eindeutig ist.²⁴ Diskutiert man dies wie in dieser Lösungsskizze ausführlicher, eröffnen solche Ausführungen den Weg zu einer weit überdurchschnittlichen Bewertung der Klausurbearbeitung!

b) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe: zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses (Cassis-Formel)

Aufgrund der beschränkten Rechtfertigungsmöglichkeiten, die Art. 36 AEUV in der restriktiven Auslegung durch den EuGH bietet, ist nach der sogenannten Cassis-Formel des EuGH eine Rechtfertigung durch darüber hinausgehende (ungeschriebene), zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses möglich.²⁵ Bei der Definition solcher zwingenden Erfordernisse kommt den mitgliedstaatlichen Stellen ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, der im Regelfall nur dann überschritten ist, wenn es sich um protektionistische Motive handelt, die Beschränkung also schlicht dem Schutz heimischer Wirtschaftsteilnehmer dient.²⁶

aa) Verringerung der CO₂-Emissionen (Klimaschutz)

Zunächst verfolgt das ZulStoppG die Zielsetzung, die CO₂-Emissionen im Verkehrsbereich zu reduzieren und damit einen Beitrag zum Klimaschutz zu leisten. Auch angesichts der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten und der EU zum Klimaschutz ist dies als legitime Zielsetzung und damit als zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses anzuerkennen.²⁷

Hinweis: Eine Subsumption des Klimaschutzes unter den geschriebenen Rechtfertigungsgrund des „Schutzes des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen“ i.S.v. Art. 36 S. 1 AEUV ist mit entsprechender Begründung gleich gut vertretbar (siehe auch den Hinweis dort).

bb) Städtebauliche Zielsetzung

Darüber hinaus soll der partielle Zulassungsstopp das Zuparken öffentlicher Straßenflächen in urbanen Räumen durch privat genutzte Pkw zurückdrängen. Da die durchschnittliche tägliche Abstelldauer mehr als 23 Stunden beträgt, ist eine anderweitige Nutzung der Parkflächen nicht möglich. Das Abstellen immer größerer Pkw beeinträchtigt in diesen Gebieten zudem den fließenden Verkehr in immer stärkerem Maße und stellt in engen Straßen deren Erreichbarkeit für Rettungsfahrzeuge

²⁴ EuGH, Urt. v. 1.7.2014 – C-573/12 [ECLI:EU:C:2014:2037] (Ålands Vindkraft), Rn. 80; EuGH, Urt. v. 22.6.2017 – C-549/15 [ECLI:EU:C:2017:490] (E.ON Biofor Sverige), Rn. 89: „Wie der Gerichtshof bereits ausgeführt hat, bezweckt eine solche vermehrte Nutzung zugleich (d. h. neben der Verfolgung eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses im Sinne der Cassis-Formel) den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen, der in Art. 36 AEUV unter den Gründen des Allgemeininteresses aufgeführt ist“.

²⁵ EuGH, Urt. v. 20.2.1979 – C-120/78 [ECLI:EU:C:1979:42] (Cassis de Dijon), Rn. 8 ff., und seitdem st. Rspr.

²⁶ Siehe EuGH, Urt. v. 28.4.1998 – C-120/95 [ECLI:EU:C:1998:167] (Decker), Rn. 39; EuGH, Urt. v. 5.6.2007 – C-170/04 [ECLI:EU:C:2007:313] (Rosengren u.a.), Rn. 42; EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-201/15 [ECLI:EU:C:2016:972] (AGET Iraklis), Rn. 72.

²⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 1.7.2014 – C-573/12 [ECLI:EU:C:2014:2037] (Ålands Vindkraft), Rn. 77–79; EuGH, Urt. v. 22.6.2017 – C-549/15 [ECLI:EU:C:2017:490] (E.ON Biofor Sverige), Rn. 85–88.

Drechsler: Autofrei – Spaß dabei?

der Feuerwehr und Krankenwagen in Frage. Dahinter stehen somit das Interesse an einer anderweitigen Nutzbarkeit bisher zum Parken benötigter Flächen im öffentlichen Raum (etwa als Grünflächen, Veranstaltungsflächen oder Spielplätze), das Interesse an einer reibungsloseren Abwicklung des fließenden Verkehrs und die Gewährleistung der Befahrbarkeit aller Straßen mit Rettungsfahrzeugen. Damit hat das ZulStoppG keine rein negative, verhindernde Zielsetzung, sondern verfolgt ein städtebauliches Gesamtkonzept. Solche städtebaulichen Zielsetzungen hat der EuGH bereits in der Vergangenheit als legitim anerkannt.²⁸ Angesichts des weiten Beurteilungsspielraums der Mitgliedstaaten bei der Definition legitimer Zielsetzungen stellen daher auch diese städtebaulichen Belange zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses dar.

Hinweis: Eine derart breite Erörterung der Legitimität der städtebaulichen Zielsetzungen ist in einer Klausurbearbeitung nicht notwendig. Selbstverständlich muss auch das Schlagwort „städtebauliche Zielsetzungen“ nicht verwendet werden: Entscheidend ist es, inhaltlich zu erkennen, dass das ZulStoppG nicht nur dem Klimaschutz dienen soll – dann ist die begriffliche Einkleidung sekundär. Ausgesprochen positiv ist es allerdings, wenn die reichhaltigen Informationen des Sachverhalts hierzu verwertet werden und Sie zu einer eigenständigen Bewertung dieser (wahrscheinlich) für die meisten Bearbeiter*innen völlig unbekanntem Konstellation gelangen. Mit sehr guter Begründung erscheint dann auch ein abweichendes Ergebnis vertretbar. Dann müsste allerdings insofern die Verhältnismäßigkeit im Hilfsgutachten geprüft werden, da der Sachverhalt hierzu Rechtsfragen aufwirft.

2. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Das ZulStoppG genügt dann dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn der darin vorgesehene partielle Zulassungsstopp für bestimmte privat genutzte Pkw zur Förderung des damit verfolgten Ziels geeignet und erforderlich ist und auch unter Abwägung der widerstreitenden Rechte und Interessen angemessen ist.

a) Eignung

Das ZulStoppG ist dann geeignet, wenn es in kohärenter und systematischer Weise einen brauchbaren Beitrag dazu leistet, sowohl zum Zwecke des Klimaschutzes die CO₂-Emissionen zu reduzieren als auch die städtebaulichen Zielsetzungen zu erreichen.²⁹

Hinweis: Es ist bei der Prüfung der Eignung unbedingt zwischen den beiden Zielsetzungen des ZulStoppG zu differenzieren.

aa) Eignung im Hinblick auf den Klimaschutz

Dadurch, dass privat genutzte Pkw in bestimmten deutschen Städten keine Zulassung mehr erhalten, wird mittelbar deren Gesamtzahl und – mangels Nutzbarkeit – deren CO₂-Ausstoß verringert, was wiederum einen Beitrag zum Klimaschutz leistet. Dass dies einerseits nicht flächendeckend geschieht, ausschließlich beruflich genutzte Fahrzeuge vom Zulassungsverbot ausgenommen sind und auch eine bestimmte Zahl klimafreundlicher betriebener Pkw dem Zulassungsstopp unterfällt,

²⁸ Siehe EuGH, Urt. v. 1.6.1999 – C-302/97 [ECLI:EU:C:1999:271] (Konle), Rn. 40.

²⁹ Vgl. Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 34–36 Rn. 92.

Drechsler: Autofrei – Spaß dabei?

reduziert diesen Beitrag zum Klimaschutz nicht auf null. Dies trägt lediglich den auch grundrechtlich geschützten wirtschaftlichen Interessen bestimmter Verkehrsteilnehmer (Art. 15 Abs. 1 und Art. 16 GRCh) Rechnung und ist auch im Zusammenhang mit der darüber hinausgehenden städtebaulichen Zielsetzung zu sehen. Dies stellt somit die systematische und kohärente Herangehensweise des ZulStoppG nicht in Frage. Insofern ist das ZulStoppG also geeignet.

Hinweis: Überlegungen dazu, ob das sehr ausdifferenzierte Konzept noch als systematisch und kohärent anzusehen ist, erscheinen möglich. Selbst für eine deutlich überdurchschnittlich bewertete Klausurbearbeitung wäre dies aber nicht zwingend. Angesichts des Bearbeitungsvermerks ist es nicht notwendig, dass der Schutz der wirtschaftlichen Interessen auch grundrechtlich fundiert wird (andernfalls bietet sich hier eine gute Gelegenheit, Kenntnisse zu den Unionsgrundrechten anzubringen oder Aussagen dazu in methodisch vertretbarer Weise zu entwickeln und damit die ebenfalls ausgesprochen wichtige Kompetenz zum Wissenstransfer unter Beweis zu stellen).

bb) Eignung im Hinblick auf die städtebauliche Zielsetzung

Dadurch, dass die Fahrzeugzahl sukzessive um voraussichtlich über 80 Prozent reduziert wird, nimmt der Parkdruck in den dicht bebauten Städten dementsprechend ab. Dadurch, dass auch ausnahmsweise zur privaten Nutzung nur Kleinwagen zugelassen werden, verstärkt sich dieser Effekt. Dies fördert die verfolgten städtebaulichen Zielsetzungen. Diesen Effekt stellen die Ausnahmetatbestände auch nicht als inkohärent oder unsystematisch in Frage (siehe oben).

cc) Zwischenergebnis

Das ZulStoppG ist somit zur Förderung seiner Zielsetzungen geeignet.

b) Erforderlichkeit

Das ZulStoppG ist dann erforderlich, wenn es kein milderes Mittel gibt, mit dem seine beiden Zielsetzungen gleich wirksam gefördert werden können.³⁰

Hinweis: Auch bei der Prüfung der Erforderlichkeit muss wiederum zwischen den beiden Zielsetzungen des ZulStoppG in der Subsumption differenziert werden – dieses Differenzierungsvermögen zu zeigen, ist eine zentrale Anforderung aller juristischen Prüfungsaufgaben. Darüber hinaus kommt es darauf an, die im Sachverhalt aufgeworfenen Regelungsalternativen aufzufinden und kritisch zu würdigen. Die Entwicklung eigener Regelungsalternativen und die vertretbar begründete Bewertung der Eignung und Eingriffsintensität dieser Alternativen darüber hinaus gehört nicht zum Erwartungshorizont einer durchschnittlich bewerteten Klausur, eröffnet aber oftmals den Zugang zu zweistelligen Notenbereichen.

aa) Bereitstellung zusätzlicher Parkmöglichkeiten

Die Schaffung zusätzlicher Parkmöglichkeiten auf privaten Stellplätzen ist in den vom ZulStoppG betroffenen Städten nicht mehr möglich, so dass diese deutlich mildere Alternative faktisch unmöglich und damit nicht gleich geeignet ist.

³⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 5.6.2007 – C-170/04 [ECLI:EU:C:2007:313] (Rosengren u.a.), Rn. 43; EuGH, Urt. v. 23.12.2015 – C-333/14 [ECLI:EU:C:2015:845] (The Scotch Whisky Association), Rn. 41.

bb) Großflächige Parkverbote auf öffentlichen Straßen

Fraglich ist, ob großflächige Parkverbote auf öffentlichen Straßen die Erforderlichkeit ausschließen. Zweifelhaft ist bereits, ob sie überhaupt ein milderes Mittel als ein partieller Zulassungsstopp wären. Auch sie würden faktisch die Anschaffung eines privaten Pkw mangels Parkmöglichkeit unattraktiver machen. Angesichts dessen, dass die Zulassungsfähigkeit bestimmter Elektrofahrzeuge auch von der Verfügbarkeit privater Stellplätze in der jeweiligen Stadt abhängt, wären sie auch nicht milder. Wenn sie mangels Kapazitäten der Verwaltung nicht durchgesetzt und Verstöße nicht hinreichend sanktioniert werden können, wären sie darüber hinaus nicht ebenso geeignet wie das ZulStoppG.

cc) Großzügigere Fassung der Ausnahmetatbestände durch Zulassungsstopp nur für Pkw mit Verbrennungsmotor

Würde der Zulassungsstopp auf Pkw mit Verbrennungsmotor beschränkt, wäre dies zwar ein milderer Eingriff. Dies würde jedoch die Anzahl der privat genutzten Pkw erhöhen und damit auch den in Anspruch genommenen Platz auf öffentlichen Straßen zum Abstellen der Fahrzeuge. Damit würde die städtebauliche Zielsetzung des ZulStoppG nicht ebenso effektiv gefördert. Bedenkt man, dass auch bei der Produktion des Stroms für den Betrieb der Pkw mit Elektroantrieb CO₂-Emissionen entstehen können, erweist sich deren vorbehaltlose Zulassungsfähigkeit auch im Hinblick auf das Ziel der Reduktion der CO₂-Emissionen als nicht gleich geeignet. Diese Regelungsalternative stellt somit die Erforderlichkeit nicht in Frage.

Hinweis: Im Hinblick auf das Ziel der Reduktion der CO₂-Emissionen ist selbstverständlich auch eine andere Auffassung vertretbar, wenn man von einer ausgeglichenen CO₂-Bilanz der Pkw mit Elektroantrieb oder Plug-in-Hybrid-Antrieb ausgeht, was der Sachverhalt bewusst offenlässt. Entscheidet man sich so, schließt das die Erforderlichkeit aber nur im Hinblick auf eine von beiden Zielsetzungen aus, so dass die Erforderlichkeit zur Förderung der städtebaulichen Ziele des ZulStoppG unberührt bliebe.

dd) Festlegung einer Maximalgröße neu zugelassener Pkw

Die Festlegung einer Maximalgröße neu zugelassener Pkw würde zwar deren Platzbedarf beim Parken reduzieren oder bei stetig größer werdenden neuen Modellen immerhin nicht weiter anwachsen lassen. Auch der CO₂-Ausstoß kleinerer Fahrzeuge wäre geringer. Allerdings würde dies die beiden Zielsetzungen des ZulStoppG nicht in gleicher Weise fördern wie der partielle Zulassungsstopp.

ee) Zwischenergebnis

Das ZulStoppG ist daher auch erforderlich.

c) Angemessenheit

Die mit dem ZulStoppG verbundene Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit muss schließlich in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen des Klimaschutzes und des Städtebaus stehen; dies ergibt sich aus einer Abwägung der widerstreitenden Rechtsgüter und Interessen.³¹

³¹ Vgl. Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 34–36 Rn. 100.

Hinweis: Vorauszusetzen ist, dass Sie die im Sachverhalt für und wider die Angemessenheit des ZulStoppG aufgeworfenen Argumente auffinden und kritisch würdigen. Werden eigenständige weitere Argumente entwickelt, werden Korrigierende dies besonders honorieren. Jedes folgerichtig und unter Einbezug dieser Argumente begründete Ergebnis der Angemessenheitsprüfung ist als gleichwertig vertretbar anzusehen.

Gegen die Angemessenheit des ZulStoppG spricht zunächst deren erhebliche Beschränkungsintensität, indem der Warenverkehr mit Pkw massiv betroffen wird; diese Eingriffsintensität wird dadurch allerdings ein Stück weit gemindert, dass bereits zugelassene Fahrzeuge ihre Zulassung nicht verlieren. Daraus wiederum können sich sogar unbeabsichtigte negative Nebeneffekte des ZulStoppG ergeben, indem Halter dazu animiert werden, alte Fahrzeuge mit schlechter CO₂-Bilanz möglichst lange zu nutzen, wenn ein neu angeschaffter Wagen nicht mehr zugelassen werden könnte. Auch im Hinblick auf diejenigen, die einen Pkw zur privaten Nutzung zulassen möchten, ist die Streubreite mit mehreren Millionen betroffenen Haushalten ausgesprochen weit.

Andererseits stellt das ZulStoppG durch Ausnahmetatbestände sicher, dass die wirtschaftlichen Interessen derjenigen, die für ihre berufliche Tätigkeit auf die Nutzung eines Pkw auch in Innenstadtlagen angewiesen sind, wie Handwerksbetriebe oder Pflegedienste, vom Zulassungsstopp nicht betroffen sind. Zudem wird in Abhängigkeit von der Größe der jeweiligen Stadt und der Zahl der dort verfügbaren privaten Stellplätze eine bestimmte Zahl von Kleinwagen, die keinen Verbrennungsmotor haben, weiterhin zugelassen.

Für die Angemessenheit des ZulStoppG spricht ferner seine hohe Wirksamkeit, die die der möglichen Regelungsalternativen bei Weitem übertrifft – beide Zielsetzungen des Gesetzes werden sehr weitgehend verwirklicht. Durch die Beschränkung auf größere Städte wird insbesondere die Kfz-Zulassung auf dem Land nicht betroffen, wo ein Ausweichen durch Nutzung des ÖPNV, Radfahren oder Zuzußgehen nicht oder weitaus schwerer möglich wäre. Schließlich ist zu bedenken, dass gerade der Zielsetzung des Klimaschutzes eine erhebliche Bedeutung zukommt.

Dies spricht dafür, das ZulStoppG noch als angemessen zu betrachten.

Hinweis: Hier ist selbstverständlich bei abweichender Gewichtung der Argumente auch eine abweichende Bewertung der Angemessenheit möglich und als gleichwertig vertretbar zu behandeln. Entscheidend für die Bewertung der Klausurbearbeitung ist immer eine umfassende und stringente Argumentation – Aufbau und Inhalt zählen hier, nicht das Ergebnis.

d) Zwischenergebnis

Das ZulStoppG ist somit verhältnismäßig.

3. Zwischenergebnis

Die mit dem ZulStoppG verbundene Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit ist gerechtfertigt.

IV. Ergebnis

Das ZulStoppG für privat genutzte Pkw ist daher mit der Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 28 ff. AEUV vereinbar.

Teil II: Zulässigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens des VG Regensburg

Das Vorabentscheidungsersuchen ist zulässig, soweit die Sachentscheidungsvoraussetzungen des Vorabentscheidungsverfahrens vorliegen.

I. Zuständigkeit des EuGH, Art. 267 Abs. 1 und Art. 256 Abs. 3 AEUV

Gem. Art. 267 Abs. 1 AEUV entscheidet der Gerichtshof der Europäischen Union über die Vorabentscheidungsersuchen mitgliedstaatlicher Gerichte. Dies bezeichnet allerdings lediglich die gesamte Unionsgerichtsbarkeit i.S.v. Art. 19 Abs. 1 S. 1 EUV, legt aber keinen Spruchkörper fest. Aus Art. 256 Abs. 3 UAbs. 1 AEUV ergibt sich e contrario, dass grundsätzlich der EuGH für Vorabentscheidungen zuständig ist, wenn nicht die EuGH-Satzung Vorabentscheidungsverfahren in bestimmten Sachgebieten dem EuG zuweist. Von dieser Möglichkeit wurde bislang kein Gebrauch gemacht, so dass der EuGH für das Vorabentscheidungsersuchen des VG Regensburg zuständig ist.

Hinweis: Die Prüfung der Zuständigkeit kann auch knapper ausfallen. Wesentlich ist es allerdings, zu erkennen, dass der „Gerichtshof der Europäischen Union“ keinen Spruchkörper bezeichnet und Art. 267 Abs. 1 AEUV daher durch Art. 256 Abs. 3 AEUV ergänzt werden muss.

II. Vorlageberechtigung des VG Regensburg, Art. 267 Abs. 2 AEUV

Gem. Art. 267 Abs. 2 AEUV ist „jedes Gericht eines Mitgliedstaats“ zur Vorlage an den EuGH berechtigt. Dabei handelt es sich um einen autonomen Begriff des Unionsrechts, der nicht ausschließlich an die Bezeichnung in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung anknüpft, sondern für den der EuGH eine Reihe von Kriterien entwickelt hat. Ein deutsches Verwaltungsgericht ist eine unabhängige, ständige und auf gesetzlicher Grundlage (hier: VwGO) eingerichtete Stelle eines EU-Mitgliedstaats, die aufgrund eines rechtsstaatlichen Verfahrens potentiell rechtskräftig über Rechtsstreitigkeiten entscheidet.³² Daher ist das Verwaltungsgericht gem. Art. 267 Abs. 2 AEUV vorlageberechtigt.

Hinweis: Ob man die Definition des unionsrechtlichen Begriffs eines „Gerichts“ beherrschen muss, erscheint mir ausgesprochen zweifelhaft. Eine Bewertung der Klausurbearbeitung mit „vollbefriedigend“ oder „gut“ wird an dieser Frage meines Erachtens keinesfalls scheitern. Eine knappe Feststellung der Vorlageberechtigung in diesem eindeutigen Fall eines „Gerichts“ reicht aus. Deplatziert wäre hier jedoch die Erörterung einer möglichen Verdichtung der Vorlageberechtigung des Verwaltungsgerichts zu einer Vorlagepflicht gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV. Denn das ist keinesfalls Zulässigkeitsvoraussetzung der Vorlage.

III. Vorlagegegenstand und Vorlagefrage, Art. 267 Abs. 1 AEUV

Das Verwaltungsgericht müsste zudem an den EuGH eine gem. Art. 267 Abs. 1 AEUV zulässige Vorlagefrage richten.

Der EuGH beantwortet im Vorabentscheidungsverfahren lediglich Fragen nach der „Auslegung der Verträge“, also nach der Auslegung des Primärrechts (Art. 267 Abs. 1 lit. a AEUV), oder nach der

³² Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 267 Rn. 19 m.w.N. aus der Rspr.

Gültigkeit oder Auslegung des Sekundär- oder Tertiärrechts (Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV). Hingegen können Fragen nach der Auslegung oder Vereinbarkeit mitgliedstaatlicher Rechtsnormen oder Einzelakte mit dem Unionsrecht dem EuGH nicht vorgelegt werden.³³ Außerdem entscheidet der EuGH bei einer Auslegungsfrage nicht über den Sachverhalt des mitgliedstaatlichen Einzelverfahrens; dessen Beurteilung und Subsumption ist vielmehr Sache des vorlegenden Gerichts.³⁴

Das VG Regensburg bezweifelt hier zwar die Vereinbarkeit des ZulStoppG mit den Grundfreiheiten des AEUV. Dies wäre aber wegen der dargelegten Aufgabenteilung zwischen dem nationalen Gericht und dem EuGH kein zulässiger Vorlagegegenstand. Vielmehr müsste das Verwaltungsgericht eine abstrakte Frage nach der Auslegung der Verträge i.S.v. Art. 267 Abs. 1 lit. a AEUV formulieren. Zulässig wäre es demnach, die Frage dergestalt zu formulieren:

„Ist die Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 28 ff. AEUV so auszulegen, dass sie einem mitgliedstaatlichen Parlamentsgesetz (wie dem ZulStoppG) entgegensteht, das festlegt, dass Privatpersonen mit Wohnsitz in bestimmten Städten, in denen eine „Übernutzung“ öffentlicher Straßen durch parkende Pkw festgestellt wurde, grundsätzlich keine Zulassung für neu angeschaffte Pkw mehr erhalten, und das eine Ausnahme lediglich für ausschließlich beruflich genutzte Pkw sowie eine je nach Größe der Stadt und der Verfügbarkeit privater Stellplätze unterschiedliche Anzahl ausschließlich elektrisch betriebener Kleinwagen vorsieht?“

Hinweis: Die Vorlagefrage kann in ihrem dritten Teil auch knapper formuliert werden. Entscheidend ist:

- Möglichst präzise Nennung des primärrechtlichen Prüfungsmaßstabs (hier: Warenverkehrsfreiheit, Art. 28 ff. AEUV)
- Formulierung als Auslegungsfrage („dahingehend auszulegen, dass sie ... entgegensteht“)
- Möglichst präzise Umschreibung des Inhalts und der Funktionsweise des ZulStoppG (das in der Vorlagefrage aber nicht notwendig genannt werden muss und dann auch ausdrücklich nur als „Beispiel“ einer mitgliedstaatlichen Maßnahme genannt werden darf).
- Es ist auch eine vertretbare Darstellungsform, die Vorlagefrage gesondert im Anschluss an die Prüfung der Zulässigkeit und nicht bereits an dieser Stelle zu formulieren.

Die rechtlichen Zweifel des VG Regensburg können also in eine zulässige Vorlagefrage gekleidet werden. Der EuGH formuliert zudem, soweit dies möglich ist, unzulässige Vorlagefragen in zulässige Auslegungsfragen um, um dem vorlegenden Gericht eine sachgerechte Antwort geben zu können.³⁵

IV. Entscheidungserheblichkeit, Art. 267 Abs. 2 AEUV

Gem. Art. 267 Abs. 2 AEUV muss die Vorlagefrage im Ausgangsverfahren vor dem Verwaltungsgericht entscheidungserheblich, ihre Beantwortung zum Erlass des verwaltungsgerichtlichen Urteils also erforderlich sein. Die Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit obliegt grundsätzlich dem vorlegenden Gericht,³⁶ wenn nicht ausnahmsweise eine der Fallgruppen eingreift, die die Entscheidungs-

³³ Grundlegend EuGH, Urt. v. 15.7.1964 – C-6/64 [ECLI:EU:C:1964:66] (Costa./E.N.E.L.) = Slg. 1964, 1253 (1268); EuGH, Urt. v. 3.10.2000 – C-58/98 [ECLI:EU:C:2000:527] (Corsten), Rn. 24; EuGH, Urt. v. 2.6.2005 – C-136/03 [ECLI:EU:C:2005:340] (Dörr und Ünal), Rn. 46.

³⁴ St. Rspr. seit EuGH, Urt. v. 28.3.1979 – C-222/78 [ECLI:EU:C:1979:90] (ICAP./Beneventi), Rn. 10–12.

³⁵ EuGH, Urt. v. 28.11.2000 – C-88/99 [ECLI:EU:C:2000:652] (Roquette Frères), Rn. 18; EuGH, Urt. v. 11.7.2002 – C-62/00 [ECLI:EU:C:2002:435] (Marks & Spencer), Rn. 32.

³⁶ EuGH, Urt. v. 12.2.2009 – C-466/07 [ECLI:EU:C:2009:85] (Klarenberg), Rn. 26.

erheblichkeit entfallen ließen (kein Zusammenhang der Vorlagefrage mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens oder Problem hypothetischer Natur³⁷).

Für den Erfolg der Verpflichtungsklage der A kommt es gem. Art. 113 Abs. 5 S. 1 VwGO auf einen Anspruch auf Zulassung ihres Fahrzeugs an, den allerdings das ZulStoppG ausschließt. Ist dieses aber wegen Verstoßes gegen die Warenverkehrsfreiheit unionsrechtswidrig und daher unanwendbar, müsste A die Klageforderung zugesprochen werden. Somit ist die Vorlagefrage entscheidungserheblich.

Hinweis: Die Prüfung der Entscheidungserheblichkeit kann auch knapper ausfallen. Verwaltungsprozessuale Kenntnisse sind von Bearbeiter*innen, die noch kein Verwaltungsrecht gehört haben, natürlich nicht zu verlangen und sollen Sie, wenn es sich bei Ihnen so verhält, natürlich nicht entmutigen oder überfordern. Wird aber wie hier auf Grundlage des § 113 Abs. 5 VwGO die Entscheidungserheblichkeit erörtert, werden Korrigierende dies positiv honorieren.

V. Form der Vorlage, Art. 23 EuGH-Satzung und Art. 94 VerFO EuGH

Das Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichts müsste schließlich auch den formalen Anforderungen der Art. 23 EuGH-Satzung i.V.m. Art. 94 VerFO EuGH genügen, insbesondere den maßgeblichen Sachverhalt und die Vorschriften des deutschen Rechts darstellen sowie eine Begründung für die Vorlagefrage geben³⁸.

Hinweis: Die Ausführungen zur Form des Vorabentscheidungsersuchens können auch knapper ausfallen. Eine Subsumption ist ohnehin nicht möglich, da das Vorabentscheidungsersuchen noch nicht vorliegt. Die relevanten Vorschriften des Unionsprozessrechts sollten aber zitiert werden.

VI. Ergebnis

Vorbehaltlich der Einhaltung der Anforderungen an die Form des Vorabentscheidungsersuchens ist die Vorlage zulässig.

Teil III: Gesetzgebungszuständigkeit der EU für das Verbot der Zulassung von Pkw mit Verbrennungsmotor

Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 S. 1 EUV) darf die Europäische Union nur in den Grenzen, die ihr die Mitgliedstaaten in den Europäischen Verträgen gesetzt haben, tätig werden (Art. 5 Abs. 2 S. 1 EUV). Daher ist für den Erlass der geplanten Verordnung eine ausdrückliche Befugnisnorm in den Verträgen erforderlich (vgl. Art. 5 Abs. 2 S. 2 EUV). Bei einer Verordnung handelt es sich gem. Art. 288 Abs. 2 AEUV um einen verbindlichen Rechtsakt, so dass lediglich eine ausschließliche oder eine geteilte Zuständigkeit in Frage kommt (Art. 2 Abs. 1 Hs. 1, Abs. 2 S. 1 AEUV).

³⁷ Siehe dazu etwa EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04 [ECLI:EU:C:2005:709] (Mangold), Rn. 36 f.

³⁸ Instruktiv dazu *Latzel/Th. Streinz*, NJOZ 2013, 97 (100 f.); dazu auch EuGH, Urt. v. 2.7.2015 – C-497/12 [ECLI:EU:C:2015:436] (Gullotta), Rn. 17–27.

I. Umweltschutz, Art. 192 Abs. 1 AEUV

In Betracht kommt zunächst die geteilte Zuständigkeit der Union (Art. 4 Abs. 2 lit. e AEUV) für den Erlass verbindlicher Rechtsakte zur Verfolgung der Ziele des Art. 191 AEUV in Art. 192 Abs. 1 AEUV.

Hinweis: Art. 4 Abs. 2 AEUV enthält selbst keine Kompetenztitel.³⁹ Stellt man lediglich darauf ab, ist dies durchaus kein lässlicher Fehler.

Die geplante Verordnung soll unter anderem dazu dienen, die CO₂-Emissionen im Verkehrssektor zu reduzieren, und verfolgt damit die Zielsetzungen des Art. 191 Abs. 1 AEUV, insb. 1. und 4. Spiegelstrich. Art. 192 Abs. 1 AEUV wird im Schrifttum aber überwiegend nur dann für einschlägig gehalten, wenn die Umweltschutzbelange die ausschließliche oder wesentliche Zielsetzung des Rechtsakts bilden.⁴⁰ Hier aber tritt neben die Zielsetzung des Umwelt- und Klimaschutzes die Harmonisierung des Binnenmarkts für Pkw als weitere tragende Überlegung. Es spricht daher viel dafür, dass die geplante Verordnung nicht auf Art. 192 Abs. 1 AEUV gestützt werden kann.⁴¹ Dies kann allerdings dahinstehen, wenn sie auch auf eine andere geteilte Kompetenz gestützt werden kann, die wie Art. 192 Abs. 1 AEUV die Durchführung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens anordnet. Dann ergeben sich nämlich keine rechtsfolgenseitigen Unterschiede und die Verordnung kann ggf. auch auf beide Kompetenztitel gestützt werden.⁴²

Hinweis: Kenntnisse zu Art. 192 Abs. 1 AEUV können im Pflichtfachbereich Europarecht nicht erwartet werden. Es ist bereits ausgesprochen positiv, wenn Sie diesen Kompetenztitel auffinden und vertretbar subsumieren. Eine Auseinandersetzung mit der nach wie vor ungeklärten Abgrenzungsfrage zu Art. 114 AEUV und anderen Kompetenztiteln kann nur von völlig herausragenden Bearbeitungen erwartet werden. Die hierzu vertretenen Ansätze müssen aber auch dann nicht bekannt sein. Bejaht man – was gut vertretbar ist – die Einschlägigkeit des Art. 192 Abs. 1 AEUV, dann ist es aber notwendig, die Voraussetzungen des Art. 114 AEUV im Hilfsgutachten zu erörtern, da der Sachverhalt

³⁹ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 52. Lfg., Stand: Januar 2014, AEUV Art. 4 Rn. 2.

⁴⁰ Siehe etwa *Heselhaus*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRCh/AEUV, Bd. 3, 2. Aufl. 2023, AEUV Art. 192 Rn. 3; *Krämer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Kommentar, Bd. 4, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 192 Rn. 12; eingehend dazu *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 44. Lfg., Stand: Mai 2011, AEUV Art. 192 Rn. 40–50.

⁴¹ So auch generell für Emissionsregelungen wegen ihres Produkt- und Anlagenbezugs EuGH, Urt. v. 11.6.1991 – C-300/89 [ECLI:EU:C:1991:244] (Kommission./Rat), Rn. 23 f.

⁴² Zu Möglichkeiten und Grenzen der Abstützung eines Rechtsakts auf zwei Kompetenztitel instruktiv *Obwexer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 2 Rn. 54 f.; aus der Rspr. EuGH, Urt. v. 6.11.2008 – C-155/07 [ECLI:EU:C:2008:605] (Parlament./Rat), Rn. 35 f.: „Ergibt die Prüfung einer Maßnahme, dass sie zwei Zielsetzungen hat oder zwei Komponenten umfasst, und lässt sich eine dieser Zielsetzungen oder Komponenten als die hauptsächliche ausmachen, während die andere nur nebensächliche Bedeutung hat, so ist die Maßnahme auf nur eine Rechtsgrundlage zu stützen, und zwar auf diejenige, die die hauptsächliche oder vorherrschende Zielsetzung oder Komponente erfordert [...]. Zu einer Maßnahme, die mehrere Zielsetzungen zugleich hat oder mehrere Komponenten umfasst, die untrennbar miteinander verbunden sind, ohne dass die eine gegenüber der anderen nebensächlich ist, hat der Gerichtshof entschieden, dass sie, wenn somit verschiedene Vertragsbestimmungen anwendbar sind, ausnahmsweise auf diese verschiedenen Rechtsgrundlagen gestützt werden muss [...]. Jedoch ist [...] der Rückgriff auf eine doppelte Rechtsgrundlage ausgeschlossen, wenn sich die für die beiden Rechtsgrundlagen jeweils vorgesehenen Verfahren nicht miteinander vereinbaren lassen [...].“

darauf zugeschnittene Informationen enthält und damit eine klärungsbedürftige Rechtsfrage aufwirft, der Sie nach dem Bearbeitungsvermerk nicht ausweichen dürfen.

II. Binnenmarktkompetenz, Art. 114 Abs. 1 S. 2 AEUV

Einschlägig könnte vielmehr die ebenfalls geteilte Kompetenz (Art. 4 Abs. 2 lit. a AEUV) zur Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften über den Binnenmarkt in Art. 114 Abs. 1 S. 2 AEUV sein.

1. Hindernisse für den freien Verkehr im Binnenmarkt

Voraussetzung der Binnenmarktkompetenz ist erstens, dass Hindernisse für den freien Verkehr im Binnenmarkt wenigstens wahrscheinlich sind oder spürbare Wettbewerbsverzerrungen bestehen.⁴³ Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt ist dabei der Erlass der Harmonisierungsmaßnahme. Für den grenzüberschreitenden Markt für privat genutzte Pkw unterscheiden sich die derzeitigen mitgliedstaatlichen Regelungen erheblich: Während Deutschland mit dem ZulStoppG eine nach urbanen und ländlichen Räumen sowie Antriebsart des Fahrzeugs differenzierende Lösung gewählt hat, haben einige andere Mitgliedstaaten gesetzliche Regelungen verabschiedet, wonach sie ab jeweils verschiedenen Zeitpunkten zwischen 2025 und 2035 keine Pkw mit Verbrennungsmotor mehr zulassen. Wieder andere Mitgliedstaaten lehnen solche Zulassungsstopps hingegen prinzipiell ab. Daraus ergeben sich zwar keine Wettbewerbsverzerrungen, aber gravierende Hindernisse für die Vermarktung von Pkw im Binnenmarkt.

2. Tatsächlicher Beitrag der Verordnung zum Abbau der Binnenmarkthindernisse

Zweitens muss eine unionsweite Regulierung einen tatsächlichen Beitrag zur Vermeidung oder Beseitigung der Verkehrshindernisse leisten. Sie muss also dazu geeignet sein, das bessere Funktionieren des Binnenmarktes zu fördern. Dies gelingt durch die geplanten Ordnungsbestimmungen über die Zulassung privat genutzter Pkw, die ohne räumliche Differenzierung vorsieht, dass in der gesamten Europäischen Union ab dem Jahr 2030 lediglich keine privat genutzten Pkw mit Verbrennungsmotor mehr zugelassen werden dürfen. Dies leistet einen tatsächlichen Betrag zum Abbau der Verkehrshindernisse im Binnenmarkt ab dem Jahr 2030 und ist daher als geeignet anzusehen.

3. Weitere Zielsetzungen neben dem Ziel der Binnenmarktharmonisierung

Dass der Unionsgesetzgeber mit der Verordnung daneben auch andere Ziele als das einer Funktionsverbesserung des Binnenmarktes verfolgt, ist für die Einschlägigkeit des Art. 114 Abs. 1 AEUV als Rechtsetzungskompetenz irrelevant.⁴⁴ Insbesondere Art. 114 Abs. 3 AEUV stellt klar, dass neben dem Ziel der Binnenmarktharmonisierung wie hier auch Umweltschutzziele und damit solche des Klimaschutzes verfolgt werden dürfen.

III. Ergebnis

Die geplante Verordnung kann also jedenfalls auf die Binnenmarktkompetenz des Art. 114 Abs. 1 S. 2 AEUV gestützt werden.

⁴³ Schroeder, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 18 Rn. 10.

⁴⁴ EuGH, Urt. v. 4.5.2016 – C-358/14 [ECLI:EU:C:2016:323] (Polen./Parlament und Rat), Rn. 34 m.w.N. aus der Rspr.

Anfängerklausur – Baurecht: Escape-Rooms im allgemeinen Wohngebiet

Wiss. Mitarbeiter Piet Blanc, Bochum*

Sachverhalt 1

A ist Eigentümer eines Grundstücks in der nordrhein-westfälischen kreisfreien Stadt S. Auf seinen Antrag hin erteilte ihm die zuständige Bauaufsichtsbehörde Anfang Januar 2019 eine Baugenehmigung zur Errichtung einer Indoor-Fußballhalle auf seinem Grundstück. In der Umgebung des Grundstücks befinden sich vorwiegend Wohnhäuser, zudem ein Supermarkt, eine Tankstelle sowie eine Baumschule. Die Umgebungsbebauung des Grundstücks stellt dabei einen im Zusammenhang bebauten Ortsteil dar, in den das Grundstück eingebunden ist. Der wirksame Bebauungsplan für den Bereich setzt für die baulichen Anlagen maximal zwei Vollgeschosse fest. Andere Festsetzungen trifft der Bebauungsplan nicht.

Durch die Corona-Pandemie, die ab Frühjahr 2020 auch Deutschland stark traf, sieht A zunächst vom Bau der Halle ab. Als nach der Corona-Pandemie die Nachfrage nach Spielen in Indoor-Fußballhallen deutlich sinkt, errichtet A ab Februar 2022 ein zweigeschossiges Gebäude, in dem er sog. „Escape-Rooms“ betreibt. In „Escape-Rooms“ sind die Kunden in einem Raum „gefangen“ und müssen in einer vorgegebenen Zeit verschiedene Rätsel lösen, um sich aus dem Raum zu befreien. Dies erfordert Teamarbeit, Geschicklichkeit und logisches Denken. Eine weitere Genehmigung für die Errichtung der Anlage holt A nicht ein, weil er die neue Anlage von der erteilten Genehmigung als erfasst ansieht. Die Anlage hat eine Nutzfläche von 2.000 qm und umfasst 40 Stellplätze.

Im Sommer 2022 eröffnet er die Anlage. Das Angebot wird über die Ortsgrenzen hinweg gut angenommen, sodass die Verkehrsbelastung im Stadtteil steigt und an den Wochenenden kaum noch Stellplätze für die Anwohner an der Straße zu finden sind. Zudem erhöht der gestiegene Zu- und Abgangsverkehr den Lärmpegel im betroffenen Gebiet.

N ist Eigentümerin eines Grundstücks, das mit einem Mehrfamilienhaus im oberen Preissegment bebaut ist und fünf Grundstücke „entfernt“ neben dem Grundstück des A liegt. N stört das vermehrte Verkehrsaufkommen, weil sie vermutet, die hochpreisigen Wohnungen künftig nicht mehr zum gewünschten Mietzins vermieten zu können. N ist der Meinung, auf die 2019 erteilte Baugenehmigung könne A sich nicht mehr berufen. Die Anlage diene im Übrigen nicht sportlichen Zwecken, sondern dem Vergnügen seiner Kunden und sei schon deswegen in der Nachbarschaft unzulässig. Auch die erkennbar unzureichende Zahl an Stellplätzen stünde der Zulässigkeit des Vorhabens entgegen.

N wendet sich daher an die Stadt S als zuständige Bauordnungsbehörde und fordert diese zum Erlass einer Abrissverfügung auf. Die Behörde müsse zum Schutz ihrer Rechte die Beseitigung des Gebäudes anordnen. Sachbearbeiterin B gibt dem A Gelegenheit zur Stellungnahme. Dieser trägt vor, es könne kein Unterschied zwischen einer Fußballhalle und einem „Escape-Room“ gemacht werden, schließlich seien beide Sportanlagen. Selbst wenn aber die aktuelle Nutzung der Anlage für „Escape-Room“-Angebote unzulässig sei, könne das Gebäude aber in zulässiger Weise anderweitig genutzt werden, etwa als Wohn- oder Bürohaus oder Sportstätte, was zutreffend ist. Ein erhöhter

* Piet Blanc ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und interdisziplinäre Rechtsforschung der Ruhr-Universität Bochum (Prof. Dr. Julian Krüper).

Bedarf an Stellplätzen sei bei einer anderweitigen Nutzung nicht zu erwarten.

B fragt sich, ob die von N gewünschte Abrissverfügung in rechtmäßiger Weise ergehen kann oder gegebenenfalls sogar ergehen muss.

Fallfrage 1

Prüfen Sie gutachtlich die Rechtmäßigkeit einer etwaigen Abrissverfügung gegen A und erörtern Sie auch, ob S auf Antrag der N zum Erlass einer solchen Verfügung verpflichtet ist.

Sachverhalt 2

M ist Mieter der N im benachbarten Mehrfamilienhaus. Er möchte gegebenenfalls mit einer Klage die Beseitigung des Gebäudes des A erreichen.

Fallfrage 2

Wäre M im Hinblick auf die Belange des Bauplanungsrechts klagebefugt?

Bearbeitungsvermerk

Auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen ist – ggf. hilfsgutachtlich – einzugehen.

Auf die formelle Rechtmäßigkeit der Abrissverfügung ist in der Prüfung nicht einzugehen.

Die Stellplatzsatzung nach § 89 Abs. 1 Nr. 4. BauO NRW der Stadt S sieht in ihrer Anlage unter Nr. 5 für Sporthallen einen Stellplatz je 50 qm Nutzfläche vor, für Vergnügungsstätten sieht sie in ihrer Anlage unter Nr. 6 zwei Stellplätze je 50 qm Nutzfläche vor.

Lösungsvorschlag

Aufgabe 1	147
A. Erlass einer Bauordnungsverfügung	147
I. Ermächtigungsgrundlage	147
II. Formelle Rechtmäßigkeit	147
III. Materielle Rechtmäßigkeit	148
1. Tatbestand.....	148
a) Anlage	148
b) Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften	148
aa) Formelle Baurechtswidrigkeit	148
(1) Genehmigungspflichtigkeit.....	149
(2) Bestehen einer wirksamen Baugenehmigung.....	149
bb) Materielle Baurechtswidrigkeit	149
(1) Bauplanungsrecht	149
(a) Anwendbarkeit § 29 BauGB	149

(b)	Zulässigkeit nach § 30 Abs. 1 BauGB	150
(c)	Zulässigkeit nach §§ 30 Abs. 3, 34 Abs. 2 BauGB	150
(aa)	Zulässigkeit hinsichtlich des Maßes der baulichen Nutzung.....	150
(bb)	Zulässigkeit hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung.....	150
(cc)	Weitere Prüfung des Bauplanungsrechts	151
(dd)	Ergebnis.....	152
(2)	Bauordnungsrecht.....	152
c)	Ergebnis	152
2.	Verantwortlichkeit des A	152
3.	Rechtsfolge	152
a)	Entschließungsermessen	152
aa)	Drittschutz durch § 34 Abs. 2 BauGB	153
bb)	Kein Drittschutz durch § 48 Abs. 1 S. 1 BauO NRW.....	153
cc)	Zwischenergebnis	153
b)	Störerauswahlermessen	153
c)	Auswahlermessen.....	153
aa)	Legitimer Zweck.....	154
bb)	Geeignetheit.....	154
cc)	Erforderlichkeit	154
B.	Ergebnis.....	154
Aufgabe 2	155

Aufgabe 1

A. Erlass einer Bauordnungsverfügung

Für den Erlass einer Abrissverfügung müsste eine taugliche Ermächtigungsgrundlage bestehen, deren formelle und materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen erfüllt sein müssten.

Eine solche Verfügung *müsste* ergehen, wenn das Ermessen der Behörde auf null reduziert ist.

I. Ermächtigungsgrundlage

Das Begehren der N zielt auf die Beseitigung der Anlage des A. Für den Erlass der Abrissverfügung ist § 82 Abs. 1 S. 1 BauO NRW die taugliche Rechtsgrundlage.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Auf die formelle Rechtmäßigkeit ist laut Aufgabenstellung nicht einzugehen.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Erlass einer Abrissverfügung müsste rechtmäßig erfolgen können. Dies setzt voraus, dass der Tatbestand des § 82 Abs. 1 S. 1 BauO NRW erfüllt ist, A Verantwortlicher ist und die Behörde den Abriss ermessensfehlerfrei anordnen kann.

1. Tatbestand

Der Tatbestand des § 82 Abs. 1 S. 1 BauO NRW müsste erfüllt sein. Dieser setzt zunächst das Bestehen einer baulichen Anlage voraus.

a) Anlage

Das von A errichtete Gebäude ist mit dem Erdboden verbunden und aus Bauprodukten hergestellt und somit eine bauliche Anlage nach § 2 Abs. 1 BauO NRW.

b) Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften

§ 82 Abs. 1 S. 1 BauO NRW setzt einen Widerspruch der Anlage zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften voraus. Was unter einem solchen Widerspruch zu verstehen ist, wird durch das Gesetz nicht näher bestimmt. Grundsätzlich kann eine bauliche Anlage in formeller und materieller Hinsicht zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften in Widerspruch stehen: Formell illegal ist sie, wenn sie genehmigungspflichtig ist, aber nicht über eine wirksame Genehmigung verfügt, von einer wirksamen Genehmigung abweicht oder eine wirksam erteilte Genehmigung aufgehoben wurde.¹ Materiell illegal ist das Vorhaben, wenn es gegen inhaltliche Anforderungen insbesondere des öffentlichen Baurechts verstößt.² Welche Anforderungen an die Art der Illegalität des Bauvorhabens zu stellen sind, ist für die verschiedenen typischen Bauordnungsverfügungen umstritten.³ Maßgeblich ist dabei einerseits, die effektive Geltung des Baurechts zu gewährleisten, andererseits aber auch, die Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit staatlicher Eingriffsmaßnahmen zu wahren. Diese können dazu führen, bereits auf Tatbestands- und nicht erst auf Rechtsfolgenebene die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit einer Eingriffsmaßnahme zu erhöhen. Da Abrissverfügungen regelmäßig mit irreversiblen Substanzverletzungen einhergehen, die einen besonders gravierenden Eingriff in die Rechte des Bauherrn, nicht allein, aber auch aus Art. 14 Abs. 1 GG darstellen, ist für ihre Rechtmäßigkeit bereits auf Tatbestandsebene das Vorliegen von formeller und materieller Illegalität des Bauvorhabens zu fordern.⁴ Darüber hinaus sind – auf Rechtsfolgenseite! – die allgemeinen Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu wahren.

aa) Formelle Baurechtswidrigkeit

Eine Anlage ist formell baurechtswidrig, wenn sie genehmigungspflichtig ist und entweder ohne wirksame Baugenehmigung errichtet wurde, das Bauvorhaben nicht der Genehmigung entspricht

¹ Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 285.

² Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 285.

³ Siehe hierzu im Detail Kaiser, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 41 Rn. 115 ff.

⁴ Kaiser, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 41 Rn. 130; VG Gelsenkirchen, Urt. v. 1.10.2020 – 5 K 3313/19.

oder eine wirksame Baugenehmigung für das Vorhaben aufgehoben worden ist.⁵

(1) Genehmigungspflichtigkeit

A hat die Anlage mit den „Escape-Rooms“ neu errichtet. Nach § 60 Abs. 1 BauO NRW ist das Vorhaben damit im Grundsatz genehmigungspflichtig. Ausnahmen von der Genehmigungspflicht nach den §§ 61 bis 63, 78, 79 BauO NRW sind nicht ersichtlich. Die Errichtung der Anlage war also nach § 60 Abs. 1 BauO NRW genehmigungspflichtig.

(2) Bestehen einer wirksamen Baugenehmigung

Es müsste eine wirksame Baugenehmigung für den Bau des Gebäudes vorliegen. Anfang Januar 2019 wurde A wirksam eine Baugenehmigung zum Bau einer Fußballhalle erteilt. Nach § 75 Abs. 1 Var. 2 BauO NRW erlischt eine Baugenehmigung, wenn nicht innerhalb von drei Jahren nach ihrer Erteilung mit der Ausführung des Bauvorhabens begonnen wurde. Mithin war die Baugenehmigung zum Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes im Februar 2022 bereits erloschen. Es lag folglich zum Zeitpunkt der Errichtung keine wirksame Baugenehmigung vor.

Hinweis: Falls § 75 Abs. 1 Var. 2 BauO NRW nicht gesehen wird, ist darzustellen, dass die Baugenehmigung für die Fußballhallen nicht die „Escape-Rooms“ deckt. In diesem Fall kann bereits hier mit der unterschiedlichen Einordnung von Fußballhallen als Anlagen für sportliche Zwecke und „Escape-Rooms“ als Vergnügungsstätten begründet werden. Die Prüfung müsste dann den materiellen Fragen (siehe unten) vorgreifen.

Die Anlage ist folglich formell baurechtswidrig.

bb) Materielle Baurechtswidrigkeit

Eine Anlage ist materiell baurechtswidrig, wenn sie gegen inhaltliche Anforderungen, insbesondere des öffentlichen Baurechts, verstößt.⁶ In Betracht kommen insbesondere Verstöße gegen Bauplanungs- und Bauordnungsrecht.

(1) Bauplanungsrecht

Fraglich ist, ob das Vorhaben nach den §§ 29 ff. BauGB bauplanungsrechtlich zulässig ist.

(a) Anwendbarkeit § 29 BauGB

Zunächst müssten die §§ 29 ff. BauGB anwendbar sein. Dazu müsste die von A errichtete Anlage eine bauliche Anlage nach § 29 Abs. 1 BauGB sein. Eine bauliche Anlage i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB liegt vor, wenn die Anlage dauerhaft mit dem Erdboden verbunden ist, aus Bauprodukten hergestellt ist und bodenrechtliche Relevanz aufweist.⁷ A hat hier ein Gebäude errichtet, das aus Bauprodukten hergestellt und dauerhaft mit dem Erdboden verbunden ist. Diese Anlage müsste auch bodenrechtlich relevant sein. Dies ist der Fall, wenn durch die Anlage Belange des § 1 Abs. 6 BauGB berührt werden.⁸ Der Bau des „Escape-Rooms“ führte zu einem erhöhten Verkehrsaufkommen, in dessen Folge der

⁵ Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 285.

⁶ Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 285.

⁷ Kment, Öffentliches Baurecht I, 8. Aufl. 2022, § 19 Rn. 10 ff.

⁸ Kment, Öffentliches Baurecht I, 8. Aufl. 2022, § 19 Rn. 13.

Lärmpegel im Umkreis gestiegen ist, sodass zumindest die in § 1 Abs. 6 Nr. 1 BauGB genannten allgemeinen Anforderungen an gesunde Wohnverhältnisse durch die Anlage betroffen sind. Zudem kommt auch die Beeinträchtigung einer gemeindlichen städtebaulichen Planung nach § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB in Betracht. Bodenrechtliche Relevanz liegt damit vor und die §§ 29 ff. BauGB sind anwendbar.

(b) Zulässigkeit nach § 30 Abs. 1 BauGB

Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der Anlage hängt vom Gebiet ab, in dem sie belegen ist. Die Zulassung könnte sich hier zunächst nach § 30 Abs. 1 BauGB richten. Dazu müsste ein für das Gebiet erlassener wirksamer Bebauungsplan Festsetzungen über Art und Maß der baulichen Nutzung, die überbaubaren Grundstücksflächen und die örtlichen Verkehrsflächen treffen (sog. qualifizierter Bebauungsplan). Der bestehende Bebauungsplan enthält lediglich Festsetzungen über die Anzahl der zulässigen Vollgeschosse und somit nur über das Maß der baulichen Nutzung. Ein qualifizierter Bebauungsplan für das Gebiet besteht daher nicht. Die Zulässigkeit des Vorhabens ergibt sich somit nicht aus § 30 Abs. 1 BauGB.

(c) Zulässigkeit nach §§ 30 Abs. 3, 34 Abs. 2 BauGB

Das Vorhaben könnte nach §§ 30 Abs. 3, 34 Abs. 2 BauGB zulässig sein. Nach § 30 Abs. 3 BauGB richtet sich die Zulässigkeit einer baulichen Anlage im Geltungsbereich eines einfachen Bebauungsplans nach §§ 34, 35 BauGB, soweit der Bebauungsplan keine Festsetzungen trifft.

(aa) Zulässigkeit hinsichtlich des Maßes der baulichen Nutzung

Die Anlage des A müsste den Festsetzungen des Bebauungsplans hinsichtlich der Anzahl zulässiger Geschosse nach § 20 Abs. 1 BauNVO entsprechen. Nach dem Bebauungsplan sind zwei Vollgeschosse zulässig. Die Anlage hat zwei Geschosse und entspricht damit der Festsetzung im Bebauungsplan.

(bb) Zulässigkeit hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung

Die Anlage müsste auch hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung zulässig sein. Vorliegend kommt § 34 Abs. 2 BauGB als Prüfungsmaßstab in Betracht. Dazu müsste das Vorhaben mangels Innenbereichssatzung nach § 34 Abs. 4 BauGB in einem im Zusammenhang bebauten Ortsteil, § 34 Abs. 1 S. 1 BauGB, liegen. Dies ist laut Sachverhalt gegeben. Zudem müsste die tatsächliche Bebauung im Gebiet einem Gebietstyp der BauNVO entsprechen. Dies setzt voraus, dass die vorhandene Bebauung vollständig in einem Gebiet nach §§ 2 ff. BauNVO zulässig wäre, ggf. als Ausnahmebebauung.

Das Gebiet könnte einem reinen Wohngebiet nach § 3 BauNVO entsprechen. Dieses dient nach § 3 Abs. 1 BauNVO dem Wohnen. Die vorhandene Bebauung dient dem Wohnen, besteht jedoch nicht ausschließlich aus Wohnhäusern. Die bestehenden Wohnhäuser sind im Wohngebiet nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO zulässig. Der Supermarkt als Laden zur Deckung des täglichen Bedarfs der Bewohner ist nach § 3 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO zulässig. Die Baumschule ist als Gartenbaubetrieb im reinen Wohngebiet unzulässig (vgl. § 4 Abs. 3 Nr. 4 BauNVO). Die Tankstelle ist in einem reinen Wohngebiet unzulässig, wie § 4 Abs. 3 Nr. 5 BauNVO zeigt. Die Bebauung entspricht daher nicht einem reinen Wohngebiet.

Die Bebauung könnte aber einem allgemeinen Wohngebiet nach § 4 BauNVO entsprechen. Nach § 4 Abs. 1 BauNVO dient das allgemeine Wohngebiet vorwiegend dem Wohnen. Die Wohngebäude sind nach § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO als Regelbebauung zulässig. Ebenso ist der Supermarkt als Regelbebauung nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO zulässig. Die Baumschule ist als Gartenbaubetrieb nach § 4

Abs. 3 Nr. 4 BauNVO ausnahmsweise zulässig, ebenso wie die Tankstelle nach § 4 Abs. 3 Nr. 5 BauNVO. Das Gebiet entspricht daher einem allgemeinen Wohngebiet. Fraglich ist damit, ob die von A errichtete Anlage mit den „Escape-Rooms“ in einem allgemeinen Wohngebiet zulässig wäre.

„Escape-Rooms“ könnten als Anlagen für sportliche Zwecke zu qualifizieren sein, § 4 Abs. 2 Nr. 3 BauNVO.⁹ Der Begriff der Anlagen für sportliche Zwecke umfasst selbstständige Anlagen in Gebäuden und im Freien, die der körperlichen Betätigung zu sportlichen Zwecken dienen.¹⁰ In „Escape-Rooms“ wird zwar – vergleichbar zu vielen Sportarten – ein gewisses Maß an Teamarbeit, Geschicklichkeit und logischem Denken gefordert, sodass man daran denken könnte, es handele sich bei ihnen um Anlagen für sportliche Zwecke. Allerdings steht dabei jedoch nicht die körperliche Betätigung im Vordergrund, sondern das Lösen von Rätseln zum gemeinsamen Zeitvertreib. „Escape-Rooms“ sind daher nicht als Anlagen für sportliche Zwecke zu qualifizieren.

Sie könnten aber als Anlage für kulturelle Zwecke einzustufen sein, § 4 Abs. 2 Nr. 3 BauNVO. Anlagen für kulturelle Zwecke sind selbstständige Anlagen aus den Bereichen Kunst, Wissenschaft, Bildung und Kultur. Typische Einrichtungen aus dem Bereich Kunst und Kultur sind Theater- und Opernhäuser und andere Räumlichkeiten für musikalische, tänzerische oder andere künstlerische Darbietungen (bspw. Kleinkunstabühnen).¹¹ Im Mittelpunkt dieser Anlagen steht die Darstellung oder Darbietung von Kunst und Kultur. Im Gegensatz dazu geht es bei „Escape-Rooms“ darum, den Besuchern Unterhaltung und gemeinsame Freizeitgestaltung zu ermöglichen. Insbesondere findet sich in der Beschreibung der „Escape-Rooms“ des A kein Hinweis auf einen künstlerischen oder kulturellen Anspruch bei der Gestaltung der Räume oder des Spielinhalts. Die Darbietung von Kunst und Kultur ist damit kein Anliegen der „Escape-Rooms“. Mithin sind die „Escape-Rooms“ des A nicht als Anlagen für kulturelle Zwecke einzustufen.

„Escape-Rooms“ könnten aber als Vergnügungsstätten zu qualifizieren sein. Unter Vergnügungsstätten im städtebaurechtlichen Sinne versteht man gewerbliche Anlagen, Betriebe und Nutzungen unterschiedlicher Ausprägung, die der Befriedigung bestimmter Freizeitbedürfnisse, der Zerstreuung und Unterhaltung, der Spielleidenschaft oder der Befriedigung sexueller Interessen der Menschen dienen.¹² Wie bereits ausgeführt, dienen „Escape-Rooms“ dem gemeinschaftlichen Zeitvertreib. Im Vordergrund stehen das gesellige Beisammensein und die Freude am gemeinsamen Lösen von Rätseln. Die „Escape-Rooms“ sind somit gewerbliche Anlagen, die der Freizeitgestaltung und Unterhaltung der Kunden dienen. Sie sind mithin als Vergnügungsstätten zu qualifizieren.

Vergnügungsstätten sind im allgemeinen Wohngebiet allerdings weder als Regel- noch als Ausnahmebebauung zulässig, vgl. § 4 Abs. 2, Abs. 3 BauNVO. Die Anlage ist damit nach ihrer Art der baulichen Nutzung in einem allgemeinen Wohngebiet unzulässig.

(cc) Weitere Prüfung des Bauplanungsrechts

Mangels weiterer Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass keine Probleme hinsichtlich der Sicherung der Erschließung, einer Ortsbildbeeinträchtigung und der Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse bestehen, § 34 Abs. 1 BauGB.

⁹ Zur bauplanungsrechtlichen Einordnung von Escape-Rooms *Hellriegel/Brukwicki*, BauR 2022, 1259.

¹⁰ *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Kommentar, 150. Lfg., Stand: Mai 2023, BauNVO § 4 Rn. 103.

¹¹ *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Kommentar, 150. Lfg., Stand: Mai 2023, BauNVO § 4 Rn. 85 ff.

¹² *Grigoleit/Otto*, BauNVO, Kommentar, 7. Aufl. 2018, § 4a Rn. 23.

(dd) Ergebnis

Die Anlage mit den „Escape-Rooms“ ist daher bauplanungsrechtlich unzulässig.

(2) Bauordnungsrecht

Die Anlage könnte bauordnungsrechtlich gegen die Stellplatzpflicht nach § 48 BauO NRW verstoßen. § 48 Abs. 1 S. 1 BauO NRW verpflichtet, die notwendigen Stellplätze zu errichten. Gem. § 48 Abs. 1 S. 2 Var. 2 i.V.m. § 89 Abs. 1 Nr. 4 BauO NRW ist für die Bestimmung der notwendigen Stellplätze die Stellplatzverordnung der Stadt S heranzuziehen. Diese sieht in ihrer Nr. 6 vor, dass bei Vergnügungsstätten pro Quadratmeter Nutzfläche zwei Stellplätze zu errichten sind. A hätte daher vorliegend für die 2.000 qm Nutzfläche 80 Stellplätze errichten müssen. Errichtet wurden lediglich 40 Stellplätze, sodass gegen die Stellplatzpflicht aus § 48 BauO NRW verstoßen wurde.

Die Anlage ist damit auch bauordnungsrechtlich unzulässig.

c) Ergebnis

Mithin ist die Anlage formell und materiell baurechtswidrig. Der Tatbestand des § 82 Abs. 1 S. 1 BauO NRW ist somit erfüllt.

2. Verantwortlichkeit des A

A müsste als Verantwortlicher in Anspruch genommen werden können.

Er kann als Eigentümer des Grundstücks gem. § 58 Abs. 1 BauO NRW i.V.m. §§ 12 Abs. 1, Abs. 2, 18 OBG NRW als Zustandsverantwortlicher herangezogen werden.

3. Rechtsfolge

Im Hinblick auf die Rechtsfolge steht der Behörde Ermessen zu. Damit gleichwohl ein Anspruch – hier: der N – auf Einschreiten der Behörde besteht, müsste das Ermessen der Behörde auf null reduziert sein.

a) Entschließungsermessen

Das Entschließungsermessen der Behörde müsste auf null reduziert sein. Dies wäre insbesondere der Fall, wenn eine N erfassende drittschützende baurechtliche Norm verletzt ist, sodass sie in der Folge einen Anspruch auf Einschreiten der Behörde hat. Voraussetzung ist daher, dass eine öffentlich-rechtliche Norm verletzt ist, diese drittschützend ist und N Teil des geschützten Personenkreises ist.¹³

Eine Norm ist drittschützend, wenn sie nicht lediglich die Interessen der Allgemeinheit schützt, sondern zumindest auch Individualinteressen zu dienen bestimmt ist (sog. Schutznormtheorie).¹⁴ Dies ist durch Auslegung zu ermitteln. Im Baurecht wird des Weiteren zwischen generell und partiell drittschützenden Normen unterschieden. Bei generell drittschützenden Normen ist bereits durch das Gesetz selbst der Ausgleich zwischen den Interessen des Bauherrn und Drittinteressen getroffen.¹⁵

¹³ Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 333.

¹⁴ Muckel/Ogorek, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. 2020, § 10 Rn. 2 f.

¹⁵ Stollmann/Beaucamp, Öffentliches Baurecht, 13. Aufl. 2022, § 20 Rn. 15.

Partiell drittschützende Normen fordern eine Gewichtung der betroffenen Interessen im Einzelfall, sodass die Norm nur bei einem Überwiegen der Drittinteressen Drittschutz bietet.¹⁶

aa) Drittschutz durch § 34 Abs. 2 BauGB

N könnte mit der Verletzung von § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. §§ 2 ff. BauNVO eine sie drittschützende Norm rügen. Über § 34 Abs. 2 BauGB kommt den Gebietstypen der BauNVO eine sog. Planersatzwirkung zu.¹⁷ Zweck der Norm ist es, die tatsächliche Bebauung im Innenbereich, wenn sie einem Gebiet der BauNVO entspricht, einem beplanten Gebiet gleichzusetzen. Folglich bilden – wie in einem beplanten Bereich – alle in einem Gebiet Betroffenen eine „bau- und bodenrechtliche Schicksalsgemeinschaft“, aus der hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung ein sog. Gebietserhaltungsanspruch folgt.¹⁸ Die Norm erfordert keine Abwägung im Einzelfall, sodass sie generell drittschützend ist. Das Grundstück der N liegt zwar fünf Grundstücke entfernt vom Grundstück des A, jedoch im gleichen räumlichen Gebiet und ist zudem von den Auswirkungen der Anlage des A betroffen, sodass N Teil des geschützten Personenkreises ist, auch wenn sie nicht unmittelbare Angrenzerin ist. N kann somit mit § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. §§ 2 ff. BauNVO die Verletzung einer sie schützenden Norm rügen.

bb) Kein Drittschutz durch § 48 Abs. 1 S. 1 BauO NRW

N könnte zudem die Verletzung von § 48 Abs. 1 S. 1 BauO NRW rügen. Zweck der Stellplatzpflicht ist allerdings der Schutz des öffentlichen Verkehrsraums vor Behinderungen durch nicht ordnungsgemäß abgestellte Fahrzeuge. Die Stellplatzpflicht schützt damit keine Individualinteressen, sondern lediglich die Interessen der Allgemeinheit.¹⁹ N kann folglich mit § 48 Abs. 1 S. 1 BauO NRW keine sie drittschützende Norm rügen.

cc) Zwischenergebnis

N kann mit § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. §§ 2 ff. BauNVO eine verletzte drittschützende Norm rügen, in deren Schutzbereich sie fällt. Folglich hat sie einen Anspruch auf Einschreiten der Behörde, womit das Entschließungsermessen der Behörde auf null reduziert ist.

Hinweis: Erfolgt die Prüfung der drittschützenden Normen nicht im Entschließungsermessen, muss der Drittschutz der verletzten Normen später im (Hilfs-)Gutachten unter „Verletzung der subjektiven Rechte“ des Nachbarn angesprochen werden. Dennoch muss bereits in der Prüfung des Entschließungsermessens darauf hingewiesen werden, dass die Verletzung drittschützender Normen zu einer Ermessensreduzierung auf null führt.

b) Störerauswahlermessen

Als Störer kommt lediglich A in Betracht.

c) Auswahlermessen

Im Rahmen des Auswahlermessens ist das Ermessen insbesondere nicht auf null reduziert, wenn der

¹⁶ Stollmann/Beaucamp, Öffentliches Baurecht, 13. Aufl. 2022, § 20 Rn. 16.

¹⁷ Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2018, 764 (765).

¹⁸ Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 322.

¹⁹ Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 325.

Erlass einer Beseitigungsverfügung unverhältnismäßig wäre. § 82 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BauO NRW fordert, dass eine Beseitigungsverfügung nur erlassen werden darf, „wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.“

Hinweis: Es ist ebenfalls sehr gut vertretbar § 82 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BauO NRW als Vertatbestandlichung des Verhältnismäßigkeitsprinzips anzusehen und folglich auch auf Tatbestandsebene zu prüfen.²⁰ Die hier in der Erforderlichkeit getroffenen Ausführungen sind dann auf Tatbestandsebene zu verorten. Die Unverhältnismäßigkeit kann dann unter Verweis auf die Prüfung auf Tatbestandsebene festgestellt werden.

aa) Legitimer Zweck

Die Beseitigungsverfügung soll einen rechtmäßigen Zustand herstellen, sodass sie einen legitimen Zweck verfolgen würde.

bb) Geeignetheit

Eine Maßnahme ist geeignet, wenn sie nicht schlechterdings ungeeignet ist, den legitimen Zweck zu erreichen. Durch die Beseitigung des Gebäudes wird ein rechtmäßiger Zustand hergestellt, sodass die Beseitigungsanordnung auch geeignet wäre.

cc) Erforderlichkeit

Die Beseitigungsanordnung müsste auch erforderlich sein. Sie ist erforderlich, wenn keine milder wirkende Maßnahme ergriffen werden könnte, die gleich geeignet ist, das Ziel der Maßnahme zu erreichen.

A führt vorliegend an, dass er das Gebäude auch in anderer Weise zulässig nutzen könnte. Denkbar wäre beispielsweise, das Gebäude als Anlage für sportliche Zwecke, als Wohn- oder Bürohaus zu nutzen. Für die Nutzung als Fußballhalle wären nach § 48 Abs. 1 S. 2 Var. 2 BauO NRW i.V.m. § 89 Abs. 1 Nr. 4 BauO NRW i.V.m. Nr. 5 der Anlage zur Stellplatzsatzung der Stadt S zudem die 40 von A errichteten Stellplätze ausreichend, sodass kein Verstoß gegen die Stellplatzpflicht vorläge. Daher käme für die Behörde zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustands der Erlass einer Nutzungsuntersagung und – nach Antragstellung durch A – die Genehmigung einer zulässigen Art der baulichen Nutzung in Betracht.²¹ Die Abrissverfügung ist damit nicht erforderlich und der Erlass einer Beseitigungsverfügung nicht verhältnismäßig.

Infolge der Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme kann das Ermessen der Behörde zum Erlass der Beseitigungsverfügung nicht auf null reduziert sein. Der Erlass einer Beseitigungsverfügung wäre folglich nicht rechtmäßig.

B. Ergebnis

Der Erlass einer Abrissverfügung wäre rechtswidrig, womit N keinen Anspruch auf Erlass einer Beseitigungsverfügung hat.

²⁰ Zu diesem Streit *Kaiser*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 41 Rn. 130 Fn. 646.

²¹ Zur Nutzungsuntersagung siehe auch *Grigoleit/Klanten*, ZJS 2023, 1298.

Aufgabe 2

Damit M mit Blick auf die angeführten bauplanungsrechtlichen Belange klagebefugt ist, müssten die hinter den gerügten Belangen stehenden Normen drittschützend sein. Zusätzlich muss M – wie auch N zuvor – räumlich und personell in den Schutzbereich der möglicherweise verletzten Norm fallen. M lebt im Haus der N und fällt folglich auch in den räumlichen Schutzbereich des Gebietserhaltungsanspruchs aus § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. §§ 2 ff. BauNVO. Fraglich ist, ob M als Mieter auch personell in den Schutzbereich der Norm fällt. Ob obligatorische Nutzungsberechtigte (z.B. Mieter oder Pächter) unter den baurechtlichen Nachbarbegriff fallen ist umstritten.²²

Für die Einbeziehung obligatorisch Nutzungsberechtigter wird angeführt, dass ihre Interessen als Bewohner und Nutzer ebenso wie die der am Grundstück dinglich Berechtigten betroffen seien.²³

Gegen die Einbeziehung wird angeführt, dass der Nachbarbegriff bereits sehr schwer zu bestimmen sei und durch die Einbeziehung der obligatorisch Berechtigten schwer handhabbar würde. Zudem sei das Schutzgut des Baunachbarrechts stets das Grundeigentum, welches dem obligatorisch Berechtigten gerade nicht zustehe.²⁴ Das Baurecht ist grundstücksbezogen. Schließlich kann sich der obligatorisch Berechtigte an seinen Vertragspartner – in der Regel den Eigentümer – wenden, und somit aus vertraglichen Ansprüchen den dinglich Berechtigten zur Durchsetzung seiner Rechtsposition bewegen.²⁵ Könnte der obligatorisch Berechtigte dies selbst tun, wäre er in der Lage sogar gegen den Willen des dinglich Berechtigten den Anspruch durchzusetzen.²⁶ Daher überzeugt es nicht, den obligatorisch Berechtigten in personeller Hinsicht in den Schutzbereich baurechtlicher Normen einzubeziehen. Mithin ist M als obligatorisch Berechtigter im Hinblick auf die bauplanungsrechtlichen Vorschriften nicht klagebefugt.

Hinweis: Es kommt in einer Klausur letztlich darauf an, gute Argumente für und gegen die Einbeziehung obligatorisch Berechtigter zu finden und zu einem vertretbaren Ergebnis zu kommen.

²² Siehe dazu *Dietlein/Hellermann*, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 308; *Muckel/Ogorek*, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. 2020, § 10 Rn. 9 ff.; *Stollmann/Beaucamp*, Öffentliches Baurecht, 13. Aufl. 2022, § 20 Rn. 20.

²³ *Stollmann/Beaucamp*, Öffentliches Baurecht, 13. Aufl. 2022, § 20 Rn. 20.

²⁴ *Dietlein/Hellermann*, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 312.

²⁵ *Stollmann/Beaucamp*, Öffentliches Baurecht, 13. Aufl. 2022, § 20 Rn. 20.

²⁶ Vgl. *Muckel/Ogorek*, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. 2020, § 10 Rn. 9.

Hausarbeit: Der Umwelt zuliebe

*Prof. Dr. Martin Heger, Wiss. Mitarbeiter Laszlo Aust, LL.M. (Leiden), Berlin**

Sachverhalt

A, B, C und D sind Aktivist*innen der Gruppe „Ecology Frist“ (EF) und kämpfen für Tier- und Klimaschutz. Als A hört, dass es in der Nähe von Berlin einen Stall mit Massentierhaltung gibt, in dem Tiere unter gesetzeswidrigen Bedingungen gehalten werden und sie zudem erfahren hat, dass angesichts zu weniger Veterinärstellen bei der zuständigen Behörde jeder Stall sehr selten überprüft wird, sodass für den Betreiber Kontrollen in der Praxis so gut wie nie zu erwarten sind, beschließt sie, im Stall Filmaufnahmen zu machen, um die Öffentlichkeit aufzurütteln. Sie fährt zusammen mit B mit dem Fahrrad zu dem Stall, dessen Tor abgeschlossen ist. A öffnet dieses mit einem Nachschlüssel und filmt zahlreiche verletzte Tiere. B steht währenddessen vor dem Stall Schmiere, wobei er stolpert und sich ein Bein bricht. Weil ihr Handy keinen Empfang hat und B nicht zurückradeln kann, versucht A die Tür zu einem im Stall befindlichen Büroraum, in dem sich – von außen sichtbar – ein Festnetzanschluss befindet, mit dem Nachschlüssel zu öffnen. Da der Schlüssel hier jedoch nicht passt, schlägt sie die sich in der Tür befindliche Sichtscheibe ein, woraufhin es ihr gelingt, die Tür zu öffnen. A ruft mit dem dortigen Festnetzanschluss einen Rettungswagen, der B ins nächste Krankenhaus bringt.

Als B wieder gesundet ist, wollen sich die vier auf Aktivitäten in Berlin gegen den Ausbau der Stadtautobahn konzentrieren. Auf einem Gelände, auf dem zahlreiche Bäume stehen, soll eine Verbindung zwischen zwei Teilstrecken gebaut werden. Die Bäume sind für den Klimawandel zwar irrelevant, haben aber Einfluss auf das Mikroklima im Kiez; und mit der Fertigstellung der Autobahnverbindung würde der Verkehr wahrscheinlich massiv zunehmen, was insgesamt für das Klima schädlich wäre. Das Gelände gehört der Autobahngesellschaft (ABG), die es eingezäunt hat. Um hineinzugelangen, geben sich C und D – an dem Tag, an dem die Fällung nach Medienberichten stattfinden soll – gegenüber dem Mitarbeiter M der ABG als diejenigen aus, die die Baumfällarbeiten vornehmen sollen; M glaubt das und lässt sie ein. C und D klettern jeweils auf einen hohen Baum und setzen sich in den Wipfel. Der zwischenzeitlich erschienene Geschäftsführer G der ABG verweist C und D des Geländes und erteilt ihnen Hausverbot; angesichts der Gefahren bei einer Bergung von C und D sieht G vorerst davon ab, sein Hausverbot durchzusetzen. Die Baumfällarbeiten werden verschoben. Daraufhin klettern C und D wieder herunter.

Zusammen mit A und B wollen sie dann das nächste „Ding“ machen. Konkret stellen sie sich alle vier auf einer Autobahn in Charlottenburg so auf die Fahrbahn, dass die unmittelbar danach kommenden Autofahrer zum Halten gebracht werden; hinter diesen Pkw staut sich der nachfolgende Verkehr über 500 Meter. Für die Autofahrer kommt es zu einer Verzögerung des Verkehrs von ca. einer halben Stunde. Damit wollen sie auf die Probleme des Klimawandels aufmerksam machen und zugleich ein Tempolimit auf Autobahnen fordern (auf der Berliner Stadtautobahn gilt ein solches freilich schon). Autofahrer F1 verlangsamt seine Fahrt, als sich vor ihm D auf die Straße setzt, denkt

* Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Heger ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Europäisches Strafrecht und Neuere Rechtsgeschichte an der Humboldt Universität zu Berlin. Laszlo Aust LL.M. (Leiden) ist Wiss. Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl und schreibt dort seine Dissertation zur internationalen strafrechtlichen Verantwortung von Unternehmen für Umweltschäden.

dann aber, er sei zu Unrecht in seiner Fortbewegungsfreiheit eingeschränkt und dürfe deshalb weiterfahren, auch wenn es zu einer Verletzung des D komme. Obwohl er für möglich hält, D über den Fuß zu fahren, fährt er daher weiter und passiert D haarscharf, ohne ihn zu berühren. Autofahrer F2, dessen Auto direkt vor C zum Stehen gekommen war, geht zu C und sagt, sie solle verschwinden; C tut dies nicht und klebt sich – damit F2 sie nicht wegtragen kann – mit der Hand auf den Asphalt. Zwischenzeitlich sind einige Polizeibeamte im Anmarsch, was auch F2 mitbekommt. Weil er befürchtet, die Räumung der Straße durch die Polizei werde lange dauern, möchte er „seine Freiheit“ selbst in die Hand nehmen; er reißt den Arm der C so heftig hoch, dass die Hand vom Asphalt abgerissen wird, und trägt sie – gerade als die ersten Polizisten vor Ort ankommen – zur Seite; dabei wird aber der kleine Finger der rechten Hand der C, einer Jurastudentin und Rechtshänderin, so verletzt, dass er auf Dauer steif bleibt. Bevor F2 weiterfahren kann, stellt ihn Polizist P zur Rede.

Als sich die vier nach dieser Aktion wieder treffen, kommt es zu einem Eklat, weil D, der, bis C sich vor wenigen Tagen von ihm getrennt hat, mit dieser zusammen gewesen ist, bei der Aktion mitbekommen hat, dass C inzwischen mit P liiert ist. D brüllt C vor den beiden anderen an und nennt sie „Verräterin“; als C entgegnet, ihr Privatleben gehe hier wohl niemanden etwas an, stürzt sich der körperlich kräftige D in akuter Gefühlsaufwallung auf sie und würgt sie massiv; er möchte ihr einen Denkkzettel verpassen, hält aber letztlich für möglich, dass sie sterben könnte. Erst als ihn A und B anschreien, er werde lange ins Gefängnis kommen, wenn er nicht aufhöre, nimmt er die Hände von C, die zunächst noch benommen ist. Nachdem sich C wieder gefangen hat, wird ihr klar, was geschehen war; sie gerät angesichts des Wutausbruchs von D in Panik und tritt ihm daher mit ihrem Stiefel wuchtig in den Unterleib.

Aufgabe

Prüfen Sie die Strafbarkeit von A, B, C, D, F1 und F2 nach dem StGB. Nicht zu prüfen sind die §§ 129, 315b StGB. Etwa erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösungsvorschlag

Erster Tatkomplex: Das Geschehen um den Tierstall	162
A. Strafbarkeit der A.....	162
I. Strafbarkeit gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB durch das Betreten des Stalls	162
1. Tatbestand.....	162
a) Objektiver Tatbestand.....	162
b) Subjektiver Tatbestand	162
2. Rechtswidrigkeit	162
a) Notwehr gem. § 32 StGB.....	162
b) Notstand gem. § 34 StGB.....	163
aa) Notstandslage	163
bb) Notstandshandlung	163
3. Erlaubnistatbestandsirrtum.....	164
4. Schuld	164
5. Ergebnis	164

II. Strafbarkeit gem. § 303 Abs. 1 StGB durch Einschlagen der Glasscheibe	164
1. Tatbestand.....	165
a) Objektiver Tatbestand.....	165
b) Subjektiver Tatbestand.....	165
2. Rechtswidrigkeit.....	165
a) Aggressivnotstand gem. § 904 BGB	165
3. Ergebnis	165
III. Strafbarkeit gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB durch Einsteigen in das Büro	165
1. Tatbestand.....	166
2. Rechtswidrigkeit.....	166
3. Ergebnis	166
B. Strafbarkeit des B	166
I. Strafbarkeit gem. §§ 123, 25 Abs. 2 StGB durch das „Schmiere Stehen“	166
1. Tatbestand.....	166
2. Ergebnis	166
II. Strafbarkeit gem. §§ 123, 27 StGB durch das „Schmiere Stehen“	167
1. Tatbestand.....	167
a) Objektiver Tatbestand.....	167
b) Subjektiver Tatbestand.....	167
2. Rechtswidrigkeit.....	167
a) Notwehr	167
b) Notstand	167
3. Erlaubnistatbestandsirrtum.....	167
4. Schuld	167
5. Ergebnis	167
C. Gesamtergebnis erster Tatkomplex	167
Zweiter Tatkomplex: Das Geschehen auf dem Gelände der Autobahn-	
gesellschaft (ABG)	168
A. Strafbarkeit von C und D	168
I. Strafbarkeit gem. §§ 123 Abs. 1 Alt. 1, 25 Abs. 2 StGB durch das Besteigen der	
Bäume auf der Baustelle	168
1. Tatbestand.....	168
2. Ergebnis	168
II. Strafbarkeit gem. §§ 123 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB durch das Verweilen auf dem	
Gelände der ABG	168

1. Tatbestand.....	168
a) Objektiver Tatbestand.....	168
b) Subjektiver Tatbestand.....	169
2. Rechtswidrigkeit.....	169
a) Notwehr gem. § 32 StGB.....	169
b) Notstand gem. § 34 StGB.....	169
aa) Notstandslage.....	169
bb) Notstandshandlung.....	170
cc) Verhältnismäßigkeit.....	170
dd) Angemessenheit.....	170
c) Widerstandsrecht aus Art. 20 Abs. 4 GG.....	171
3. Schuld.....	171
4. Ergebnis.....	171
III. Strafbarkeit gem. § 240 Abs. 1 StGB durch das Im-Baum-Sitzen.....	171
1. Tatbestand.....	171
a) Objektiver Tatbestand.....	171
aa) Gewalt.....	171
bb) Drohung mit einem Empfindlichen Übel.....	171
2. Ergebnis.....	171
Gesamtergebnis zweiter Tatkomplex.....	171
Dritter Tatkomplex: Das Geschehen auf der Stadtautobahn.....	172
A. Strafbarkeit von A, B, C und D.....	172
I. Strafbarkeit gem. §§ 240, 25 Abs. 2, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB durch das Sich-auf-die-Autobahn-Stellen.....	172
1. Tatbestand.....	172
a) Objektiver Tatbestand.....	172
b) Subjektiver Tatbestand.....	172
2. Rechtswidrigkeit.....	172
a) Notwehr gem. § 32 StGB.....	172
b) Notstand gem. § 34 StGB.....	173
aa) Notstandslage.....	173
bb) Notstandshandlung.....	173
cc) Interessenabwägung.....	174
dd) Angemessenheit.....	174
ee) Zwischenergebnis.....	174

3. Verwerflichkeit gem. § 240 Abs. 2 StGB.....	174
4. Schuld	175
II. Ergebnis.....	175
B. Strafbarkeit von F1	175
I. Strafbarkeit gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB durch das Vorbeifahren	175
1. Vorprüfung.....	175
2. Tatbestand.....	175
a) Tatentschluss	175
b) Unmittelbares Ansetzen	176
3. Rechtswidrigkeit.....	176
a) Notwehr gem. § 32 StGB.....	176
aa) Notwehrhandlung.....	176
bb) Gebotenheit	176
cc) Ergebnis.....	176
4. Erlaubnistatbestandsirrtum.....	176
5. Schuld	177
6. Rücktritt	177
II. Ergebnis.....	177
C. Strafbarkeit von F2	177
I. Strafbarkeit gem. §§ 223 Abs. 1, 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB durch das Abreißen der Hand von dem Asphalt	177
1. Tatbestand.....	177
a) Objektiver Tatbestand.....	177
aa) § 223 Abs. 1 StGB.....	177
bb) § 226 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB	177
b) Subjektiver Tatbestand	178
2. Rechtswidrigkeit.....	178
a) Notwehr gem. § 32 StGB.....	178
b) Ergebnis	178
3. Schuld	178
II. Ergebnis.....	178
D. Gesamtergebnis dritter Tatkomplex.....	178
Vierter Tatkomplex: Das Geschehen beim Wiedertreffen	179
A. Strafbarkeit von D.....	179

I. Strafbarkeit gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Var. 1, 12 Abs. 1 StGB durch das Würgen der C	179
1. Vorprüfung.....	179
2. Tatbestand.....	179
a) Tatentschluss	179
b) Unmittelbares Ansetzen.....	179
3. Rechtswidrigkeit und Schuld	179
4. Rücktritt gem. § 24 StGB	179
5. Ergebnis	180
II. Strafbarkeit gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB durch das Würgen der C	180
1. Tatbestand.....	180
a) Objektiver Tatbestand.....	180
b) Subjektiver Tatbestand	180
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	181
3. Ergebnis	181
III. Strafbarkeit gem. § 185 StGB durch die Bezeichnung der C als „Verräterin“	181
1. Tatbestand.....	181
a) Objektiver Tatbestand.....	181
b) Subjektiver Tatbestand	181
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	181
3. Ergebnis	181
B. Strafbarkeit von C	181
I. Strafbarkeit gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB durch das Treten in den Bauch der D	181
1. Tatbestand.....	182
a) Objektiver Tatbestand.....	182
b) Subjektiver Tatbestand	182
2. Rechtswidrigkeit.....	182
a) Notwehr gem. § 32 StGB.....	182
b) Notstand gem. § 34 StGB.....	182
3. Schuld	182
II. Ergebnis.....	183
C. Gesamtergebnis des vierten Tatkomplex	183
Gesamtergebnis	183

Lösungs- und Korrekturhinweise

Allgemeiner Hinweis: Die meisten Bearbeitungen werden von Studierenden stammen, die gerade das erste Semester abgeschlossen haben. Aufgrund dessen ist damit zu rechnen, dass sich viele Studierende im Rahmen der Hausarbeit zum ersten Mal vertiefter mit einigen Delikten – wie beispielsweise den §§ 123, 303 oder 185 StGB – auseinandersetzen. Auch die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme ist von den meisten Studierenden noch nicht in der Vorlesung behandelt worden. Dies sollte bei der Korrektur wohlwollend berücksichtigt werden.

Die Korrekturhinweise sollen die Korrektur erleichtern und sind daher teilweise ausführlicher gehalten, als es selbst von einer nahezu idealen Bearbeitung erwartet werden konnte.

Es empfiehlt sich eine Gliederung des Gutachtens nach den einzelnen Tatkomplexen.

Erster Tatkomplex: Das Geschehen um den Tierstall

A. Strafbarkeit der A

I. Strafbarkeit gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB durch das Betreten des Stalls

Indem A den Stall geöffnet und darin gefilmt hat, könnte sie sich gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB wegen Hausfriedensbruchs strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Infrage kommt hier das widerrechtliche Eindringen in befriedetes Besitztum. Befriedetes Besitztum ist jedes Grundstück, das mit einer erkennbaren Schutzwehr gegen Betreten gesichert ist.¹ Der Schweinestall ist nur durch das Tor betretbar. A war nicht dazu befugt, den Schweinestall zu betreten. A ist somit in befriedetes Besitztum eingedrungen.

b) Subjektiver Tatbestand

A handelte auch vorsätzlich in Kenntnis aller Tatumstände mit zielgerichtetem Willen und somit mit dolus directus 1. Grades gem. § 15 StGB.

2. Rechtswidrigkeit

Die Tat müsste auch rechtswidrig sein. Dies ist der Fall, wenn keine Rechtfertigungsgründe vorliegen.

a) Notwehr gem. § 32 StGB

Die Tat könnte durch Notwehr gem. § 32 StGB gerechtfertigt sein. Hierzu müsste zunächst ein Angriff auf ein notwehrfähiges Rechtsgut vorliegen. Vorliegend käme lediglich ein Angriff auf das Tierwohl und somit der Tierschutz als Rechtsgut der Allgemeinheit in Frage. Durch § 32 StGB sind allerdings

¹ OLG Köln NJW 1982, 2674; OLG Frankfurt a.M. NJW 2006, 1746 (1747); Jahn, JuS 2007, 191.

lediglich Individualrechtsgüter geschützt.² Mangels Betroffenheit eines Individualrechtsguts liegt ein solcher Angriff hier mithin nicht vor. Eine Rechtfertigung durch Notwehr gem. § 32 StGB ist somit nicht gegeben.

b) Notstand gem. § 34 StGB

Die Tat könnte gem. § 34 StGB durch Notstand gerechtfertigt sein.

aa) Notstandslage

Dafür müsste eine Notstandslage also eine Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut vorliegen. Hier käme der Tierschutz als notstandsfähiges Rechtsgut in Frage. Grundsätzlich können, im Gegensatz zur Notwehr, beim Notstand gem. § 34 StGB auch Rechtsgüter der Allgemeinheit notstandsfähig sein.³ Die Notstandsfähigkeit des Tierschutzes könnte sich aus Art. 20a GG ergeben. Dieser entfaltet zwar keine unmittelbare Drittwirkung, bindet aber den Staat und seine Organe, unbestimmte Rechtsbegriffe im Sinne dieses Staatsziels, Schutz der Umwelt und der Tiere, zu interpretieren.⁴ Allerdings ist ein Teil der Literatur der Auffassung, dass nur solche kollektiven Rechtsgüter, die sich auf individuelle Rechtsgüter zurückführen lassen beziehungsweise direkt mit dem Wohl des Einzelnen verbunden sind, notstandsfähige Rechtsgüter sein können.⁵ Demnach wäre Tierschutz gerade nicht notstandsfähig.⁶ Diese Einschränkung ist jedoch gerade unter dem Gesichtspunkt des Ranges des Tierschutzes als verfassungsrechtlich geschütztes Rechtsgut und des Bedürfnis des effektiven Rechtsschutzes abzulehnen.⁷ Tierschutz ist somit als notwehrfähiges Rechtsgut i.S.d. § 34 StGB anzusehen.

Es müsste auch eine Gefahr für dieses Rechtsgut vorliegen. Unter einer Gefahr versteht man einen Zustand, bei dem auf Grund tatsächlicher Umstände die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines schädigenden Ereignisses besteht.⁸ Hier werden die Tiere unter rechtswidrigen Bedingungen gehalten. Der Tierschutz ist somit bereits beeinträchtigt. Eine Gefahr liegt somit vor. Diese Gefahr ist in Form einer Dauer Gefahr hier auch gegenwärtig.

bb) Notstandshandlung

Die Tat, das Betreten des Stalls, um dort zu filmen, müsste auch eine geeignete und erforderliche Notstandshandlung i.S.d. § 34 StGB gewesen sein.⁹ Geeignet ist hierbei jede Handlung, die nicht gänzlich ungeeignet ist, die Gefahr abzuwenden.¹⁰ Erforderlich ist die Handlung, wenn sie das mildeste Mittel unter gleichwertig effektiven darstellt.¹¹ Eine Gefahr für das Rechtsgut ist nach § 34 StGB insbesondere dann anders abwendbar, wenn rechtzeitige staatliche Hilfe möglich ist.¹² Abzustellen

² Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 34 Rn. 11; Fahl, JA 2016, 807: jedenfalls insoweit nicht, ein einzelner durch den Angriff unmittelbar betroffen ist.

³ BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20 = NJW 2021, 1723 (1727).

⁴ OLG Naumburg, Urt. v. 22.2.2018 – 2 Rv 157/17.

⁵ Scheuerl/Glock, NStZ 2018, 448 (449); Neumann, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 34 Rn. 22.

⁶ Scheuerl/Glock, NStZ 2018, 448 (449); Neumann, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 34 Rn. 22.

⁷ OLG Naumburg, Urt. v. 22.2.2018 – 2 Rv 157/17.

⁸ Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 34 Rn. 11.

⁹ Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 34 Rn. 19.

¹⁰ Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 34 Rn. 20.

¹¹ Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 8 Rn. 92; Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 34 Rn. 97; Neumann, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 34 Rn. 62.

¹² BGHSt 39, 133 (137); BGH NJW 1993, 1869 (1870); Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 20; Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 34

ist darauf, ob im Einzelfall ein Einschalten der zuständigen Behörden (Veterinärämter und Staatsanwaltschaften) aussichtslos gewesen ist.

Vorliegend wird angesichts weniger Veterinärstellen jeder Stall nur selten überprüft, sodass Kontrollen für den Betreiber in der Praxis so gut wie nie zu erwarten sind. Aussichtslosigkeit ist aber wohl erst dann gegeben, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass staatliche Einrichtungen gar nicht in der Lage sind, die Zustände durch ordnungsrechtliche Maßnahmen zu steuern.¹³ Zwar könnte die Seltenheit der Kontrollen Anhaltspunkt dafür sein, dass die Betreiber der Stellen darauf vertrauen dürfen, nicht kontrolliert zu werden, sodass Ihre Entscheidung zur gesetzeskonformer Tierhaltung sich der Steuerungsmöglichkeit der zuständigen Behörden gänzlich entzieht. Allerdings finden tatsächlich Kontrollen statt, dieser Umstand allein kann durch seine abschreckende Wirkung ein solches Vertrauen der Betreiber stören und so ihr Handeln steuern. Auch wenn häufigere Kontrollen die gesetzeskonforme Tierhaltung wohl besser gewährleisten würden, so ist die bloße Seltenheit der Kontrollen noch kein Anhaltspunkt dafür, dass staatliche Steuerungsmöglichkeit nicht besteht. Gerade auch nur seltene Kontrollen können ein wirksames Mittel sein, Steuerungsmöglichkeit effizient zu gewährleisten. Die Gefahr war somit anders abwendbar.¹⁴

3. Erlaubnistatbestandsirrtum

In Frage käme weiterhin ein Erlaubnistatbestandsirrtum. Ein Erlaubnistatbestandsirrtum liegt vor, wenn der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, die wenn sie vorlägen, sein Verhalten rechtfertigen würden.¹⁵ A irrt hier darüber, dass die mangelnden Kontrollen eigenes Handeln erforderlich machen würden. Demnach irrt er aber gerade nicht über die Umstände der Tat, sondern lediglich über deren rechtliche Einordnung. Ein Erlaubnistatbestandsirrtum liegt somit nicht vor.

4. Schuld

Infrage kommt eine Entschuldigung der Tat aufgrund des Irrtums gem. § 17 S. 1 StGB. Dies scheidet jedoch da ein solcher Irrtum für A vermeidbar gewesen wäre.

5. Ergebnis

A hat sich gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht. Die Strafe kann gem. § 17 S. 1 StGB nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden. Der gem. § 123 Abs. 2 StGB erforderliche Strafantrag wurde gestellt.

II. Strafbarkeit gem. § 303 Abs. 1 StGB durch Einschlagen der Glasscheibe

A könnte sich weiterhin durch das Einschlagen der Glasscheibe wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Rn. 21.

¹³ LG Magdeburg, Urt. v. 11.10.2017 – 28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17), Rn. 14 (juris).

¹⁴ Andere Ansicht wohl vertretbar.

¹⁵ Joecks/Kulhanek, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 16 Rn. 119.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Durch das Einschlagen der in der Tür befindlichen Sichtscheibe hat A eine fremde bewegliche Sache nicht nur unerheblich an ihrer Substanz verletzt und ihre Brauchbarkeit beeinträchtigt¹⁶ und mithin beschädigt.

b) Subjektiver Tatbestand

A handelte auch vorsätzlich in Kenntnis aller Tatumstände mit zielgerichtetem Willen und somit mit dolus directus 1. Grades gem. § 15 StGB.

2. Rechtswidrigkeit

a) Aggressivnotstand gem. § 904 BGB

Die Tat könnte gem. § 904 BGB als Aggressivnotstand gerechtfertigt sein.

Hierzu müsste zunächst eine Notstandslage, also eine Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut vorliegen.¹⁷ Das Rechtsgut des körperlichen Wohlbefindens des B ist durch das gebrochene Bein bereits erheblich beeinträchtigt. Ein gebrochenes Bein lässt ohne medizinische Hilfe eine Intensivierung des Schadens ernstlich befürchten und ist somit auch gegenwärtig.

A müsste auch die notwendige, nach einer Güter-/Interessensabwägung verhältnismäßige und angemessene Notstandshandlung vorgenommen haben. Eine Notstandshandlung ist erforderlich, wenn sie geeignet ist, die Gefahr abzuwenden, und das mildeste, zur Verfügung stehende Mittel darstellt.¹⁸ Das Erreichen medizinischer Hilfe ist nicht anders als durch das Einschlagen der Fensterscheibe möglich gewesen. Die Handlung war somit erforderlich. Der Eingriff ist verhältnismäßig, wenn das geschützte Interesse das beeinträchtigte Interesse wesentlich überwiegt. Die körperliche Unversehrtheit des B überwiegt als höchstpersönliches Rechtsgut gegenüber dem bloßen Sachinteresse an der Scheibe.¹⁹ Die Handlung war somit auch verhältnismäßig. Die Handlung war auch nicht unangemessen. A handelte darüber hinaus auch subjektiv mit Abwendungswillen.

3. Ergebnis

A hat sich nicht gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB durch Einsteigen in das Büro

Indem A in das Büro einstieg, könnte sie sich wegen Hausfriedensbruch gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht haben.

¹⁶ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 303 Rn. 6.

¹⁷ Brückner, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 904 Rn. 4.

¹⁸ Brückner, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 904 Rn. 8.

¹⁹ Brückner, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 904 Rn. 8.

1. Tatbestand

A ist unbefugt in das Büro eingedrungen. A handelte auch vorsätzlich in Kenntnis aller Tatumstände mit zielgerichtetem Willen und somit mit *dolus directus* 1. Grades gem. § 15 StGB.

2. Rechtswidrigkeit

Die Tat könnte aber wiederum durch den Aggressivnotstand gem. § 904 BGB gerechtfertigt sein. A stieg nur in das Büro ein, um das gegenüber dem Hausrecht überwiegende Rechtsgut des körperlichen Wohlbefindens des B zu schützen. Auch bezüglich des Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB handelte er somit im rechtfertigenden Aggressivnotstand.

3. Ergebnis

A ist somit nicht gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar.

B. Strafbarkeit des B

I. Strafbarkeit gem. §§ 123, 25 Abs. 2 StGB durch das „Schmiere Stehen“

Indem B vor dem Stall „Schmiere stand“, könnte er sich gem. §§ 123, 25 Abs. 2 StGB wegen Hausfriedensbruch in Mittäterschaft strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

B hat zwar selbst den Stall nicht betreten, das Betreten der A könnte ihm aber gem. § 25 Abs. 2 StGB im Wege der Mittäterschaft zurechenbar sein. § 123 StGB ist kein eigenhändiges Delikt, sodass die allgemeinen Regeln über die Mittäterschaft anwendbar sind.²⁰ Fraglich ist daher, ob das Verhalten des B als täterschaftlich einzustufen ist. Das ist der Fall, wenn B Tatherrschaft gehabt hat,²¹ beziehungsweise, die Tat als eigene wollte.²² B selbst hat den Stall nicht betreten und wollte die Tat nicht als eigene, sondern lediglich die Tat des A unterstützen. Die Tatherrschaft setzt zumindest voraus, dass die Person wenigstens ein Teilstück des gemeinschaftlich beschlossenen Tatablaufs und Tatausführung wesentlich mitgestaltet.²³ Hier hat A selbst und ohne Zutun von B die Tür geöffnet und den Stall zum Filmen betreten. Der Erfolg dieser Tat war auch nicht abhängig davon, ob B den A im Falle rechtzeitig warnt oder nicht. B hat somit durch sein bloßes Zum-Stall-Fahren und „Schmiere stehen“ gerade keinen Einfluss auf die Ausführung der Tat, also das Betreten des Stalls zum Filmen gehabt und diese auch nicht wesentlich mitgestaltet. B hatte somit keine Tatherrschaft. Eine täterschaftliche Beteiligung liegt damit nicht vor.

2. Ergebnis

B hat sich somit nicht gem. §§ 123, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

²⁰ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 123 Rn. 12; anders Herzberg, ZStW 82 (1970), 896 (927).

²¹ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 13.

²² BGHSt 16, 12 (14) = NJW 1961, 1541.

²³ Ingelfinger, JZ 1995, 704 (708).

II. Strafbarkeit gem. §§ 123, 27 StGB durch das „Schmiere Stehen“

1. Tatbestand

Indem B vor dem Stall „Schmiere stand“, könnte er sich gem. §§ 123, 27 StGB wegen Beihilfe zum Hausfriedensbruch strafbar gemacht haben.

a) Objektiver Tatbestand

Der Hausfriedensbruch der A gem. § 123 StGB ist eine vorsätzlich rechtswidrige Haupttat einer anderen. Diese hat B durch das „Schmiere Stehen“ zumindest psychisch gefördert.

b) Subjektiver Tatbestand

B handelte auch vorsätzlich mit zielgerichtetem Willen und somit mit *dolus directus* 1. Grades gem. § 15 StGB bezüglich der Haupttat der A und der Beihilfehandlung.

2. Rechtswidrigkeit

a) Notwehr

Eine Notwehr gem. § 32 StGB liegt mangels notwehrfähigen Rechtsgutes nicht vor.

b) Notstand

Die Tat ist mangels Erforderlichkeit auch nicht gem. § 34 StGB gerechtfertigt.

3. Erlaubnistatbestandsirrtum

Mangels Irrtums über Tatumstände liegt auch bei A kein Erlaubnistatbestandsirrtum vor.

4. Schuld

Ein entschuldigender Irrtum ist gem. § 17 S. 1 StGB wegen seiner Vermeidbarkeit nicht gegeben.

5. Ergebnis

B hat sich gem. §§ 123 Abs. 1 Alt. 1, 27 StGB schuldig gemacht. Die Strafe kann gem. § 17 S. 2 StGB nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden. Der gem. § 123 Abs. 2 StGB erforderliche Strafantrag wurde gestellt.

C. Gesamtergebnis erster Tatkomplex

A ist strafbar gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB.

B ist strafbar gem. §§ 123 Abs. 1 Alt. 1, 27 StGB.

Zweiter Tatkomplex: Das Geschehen auf dem Gelände der Autobahngesellschaft (ABG)

A. Strafbarkeit von C und D

I. Strafbarkeit gem. §§ 123 Abs. 1 Alt. 1, 25 Abs. 2 StGB durch das Besteigen der Bäume auf der Baustelle

Indem C und D die Bäume auf der Baustelle bestiegen, könnten sie sich gem. §§ 123 Abs. 1 Alt. 1, 25 Abs. 2 StGB wegen Hausfriedensbruch in Mittäterschaft strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

C und D müssten hierzu in befriedetes Besitztum eingedrungen sein. Das Gelände ist aufgrund der Einzäunung befriedetes Besitztum der ABG. Eindringen ist das Betreten gegen den Willen des Berechtigten.²⁴ Hier hat M als Berechtigter dem Betreten des Grundstücks jedoch zugestimmt. Einem Eindringen könnte hier somit ein tatbestandsausschließendes Einverständnis durch M entgegenstehen. M stimmte zwar nur in der fälschlichen Annahme, C und D seien diejenigen, die die Baumfällarbeiten durchführen sollten, dem Betreten zu. Grundsätzlich gilt jedoch, dass das Einverständnis wegen des tatsächlichen Charakters nur die natürliche Willensfähigkeit des Betroffenen voraussetzt. Daraus folgt, dass für gewöhnlich ein durch Täuschung erschlichesenes Einverständnis gleichwohl ein wirksames, tatbestandsausschließendes Einverständnis darstellt.²⁵ So liegt der Fall auch hier, M hat C und D die Befugnis zum Betreten gegeben, der Irrtum des M ist unbeachtlich.

2. Ergebnis

Eine Strafbarkeit gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB scheidet somit aufgrund des tatbestandsausschließenden Einverständnisses aus.

II. Strafbarkeit gem. §§ 123 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB durch das Verweilen auf dem Gelände der ABG

C und D könnten sich dadurch, dass sie das Gelände der ABG trotz Aufforderung nicht verlassen haben, wegen Hausfriedensbruch in Mittäterschaft gem. §§ 123 Abs. 1 Alt. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

G hat als Berechtigter C und D die Befugnis entzogen und ein Hausverbot erteilt. Trotzdem haben C und D das Grundstück nicht verlassen. Ein unbefugtes Verweilen liegt somit vor.

²⁴ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 123 Rn. 5.

²⁵ BGHSt 32, 1; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 560 ff. (andere Ansicht wohl vertretbar).

b) Subjektiver Tatbestand

C und D handelten auch mit zielgerichtetem Willen und in Kenntnis der Aufforderung, mit *dolus directus* 1. Grades und somit vorsätzlich gem. § 15 StGB.

2. Rechtswidrigkeit

Die Tat müsste auch rechtswidrig sein (siehe oben).

a) Notwehr gem. § 32 StGB

Infrage kommt hier zunächst eine Rechtfertigung durch Notwehr gem. § 32 StGB. Hierzu müsste zunächst eine Notwehrlage, das heißt ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff auf ein notwehrfähiges (siehe oben) Rechtsgut vorliegen. Der Naturschutz als solches stellt als Rechtsgut der Allgemeinheiten jedoch gerade kein Individualrechtsgut dar.

Lediglich der Schutz des Mikroklimas und damit auch der eigenen Gesundheit umfasst das Recht auf körperliche Unversehrtheit und ist somit ein von § 32 StGB umfasstes Individualrechtsgut.

Ein Angriff auf die körperliche Unversehrtheit müsste aber auch gegenwärtig sein. Hier würden Gefahren für die Gesundheit von C und D, wenn überhaupt erst in ferner Zukunft auftreten. Der Angriff ist somit zu diesem Zeitpunkt wohl noch nicht gegenwärtig.

b) Notstand gem. § 34 StGB

Infrage kommt weiterhin eine Rechtfertigung durch Notstand gem. § 34 StGB.

aa) Notstandslage

Hierzu bedarf es zunächst einer Notstandslage, also einer Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut (siehe oben). Als solches kommt hier das Weiterbestehen der besetzten Bäume, das Mikroklima im Kiez und der Klimawandel, der durch das zu erwartende steigende Verkehrsaufkommen zunehmen wird, infrage.²⁶

Allgemeiner Hinweis: Sollten zuvor Rechtsgüter der Allgemeinheit als Rechtsgüter i.S.d. § 34 StGB abgelehnt worden sein, ließe sich hier auf Individualrechtsgüter wie die Körperliche Unversehrtheit und das Leben rekurrieren. Dann müsste in der Gegenwartigkeit noch der Bezug zwischen Klimawandel und Gesundheit hergestellt werden. Auch vertretbar ist es, hier noch gar nicht auf das Rechtsgut des Klimaschutzes einzugehen, mit dem Argument, dass es C und D nicht ausdrücklich auf den Schutz des Klimas ankam.

Das Rechtsgut müsste auch gegenwärtig gefährdet (siehe oben) sein.

Sowohl Bäume als auch Mikroklima wären direkt durch das Fällen der Bäume beeinträchtigt. Auch bzgl. des Klimawandels lässt sich argumentieren, dass bei erwarteter Weiterentwicklung der Straße das Verkehrsaufkommen steigt und der Klimawandel weiter voranschreitet. Die Rechtsgüter sind somit auch gegenwärtig gefährdet.

²⁶ Schutzwürdigkeit der Rechtsgüter ergibt sich aus Art. 20a GG, BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18; BVerfG NJW 2021, 1723 (1740 Rn. 198) m.w.N.; BVerfG, Beschl. v. 18.1.2022 – 1 BvR 1565/21 u.a. = NJW 2022, 844 ff.

bb) Notstandshandlung

Das Besetzen der Bäume müsste auch eine geeignete und erforderliche Notstandshandlung darstellen. Zwischen dem Besetzen der Bäume und dem Schutz der Rechtsgüter bestand ein direkter Zusammenhang. Es diene somit dem Rechtsgüterschutz. Das Setzen in die Bäume war zudem zumindest nicht gänzlich ungeeignet, die Gefahr abzuwenden, dass die Bäume gefällt werden, sich dadurch das Mikroklima verschlechtert und der Klimawandel sich verschärft. C und D stand hier auch kein milderer, gleich geeignetes Mittel zur Verfügung, die Gefahr abzuwenden.

cc) Verhältnismäßigkeit

Das Besetzen der Bäume müsste auch verhältnismäßig (siehe oben) gewesen sein. Der Erhalt einzelner Bäume als auch das Mikroklima überwiegen zumindest nicht wesentlich gegenüber den durch Besetzung der Bäume beeinträchtigten Eigentumsrechten der ABG.

Bezüglich des Schutzes vor dem Klimawandel könnte zunächst fraglich sein, ob ein solches Fernziel einer Demonstration durch den Staat überhaupt bewertbar ist, da Versammlungsfreiheit vor allem das Recht teils unbeliebter Minderheiten ist.²⁷ Hier ist der Klimaschutz aber gerade nicht bloßes Fernziel, sondern die Handlungen von C und D sollen den Bau einer Autobahn direkt behindern und die Verschärfung des Klimawandels dadurch direkt verhindern.²⁸

Der Klimaschutz und damit das Verhindern des Klimawandels mit seinen wissenschaftlich nachgewiesenen Folgen für die globale Gemeinschaft²⁹ überwiegt gegenüber dem bloßen Eigentumsrecht der ABG an dem Gelände wesentlich.

Lediglich für das Rechtsgut des Klimaschutzes ist somit Verhältnismäßigkeit gegeben.

dd) Angemessenheit

Die Notstandshandlung müsste auch angemessen gewesen sein. Eine Notstandshandlung ist angemessen, wenn das Verhalten des Notstandstäters auch nach den anerkannten Wertvorstellungen der Allgemeinheit, als eine sachgemäße und dem Recht entsprechende Lösung der Konfliktlage erscheint.³⁰

Hier können insb. das Demokratieprinzip und das Rechtsstaatsprinzip sowie das staatliche Monopol über das Ordnungsrecht der Angemessenheit der Handlungen entgegenstehen. Durch das Besetzen der Bäume setzen sich C und D gerade über die rechtmäßig beschlossene Genehmigung und das darin zum Ausdruck kommende staatliche Monopol über das Ordnungsrecht hinweg. Zwar kann dem wiederum die staatliche Pflicht zum Schutz der Umwelt aus Art. 20a GG entgegengehalten werden,³¹ der der Staat durch die Genehmigung eventuell nicht nachkommt, allerdings ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus dem Widerstandsrecht aus Art. 20 Abs. 4 GG eine Begrenzung des Rechtes, eine solche staatliche Pflicht gegen die Staatsgewalt durchzusetzen, auf die in Art. 20 Abs. 4 GG normierten Fälle. Die Pflicht zum Schutz der Umwelt ist aber gerade nicht teil der in Art. 20 GG normierten Ordnung. Die Handlungen von C und D waren somit nicht angemessen.

²⁷ BVerfGE 5, 85 (198 f.); 28, 191 (202).

²⁸ Andere Ansicht vertretbar.

²⁹ BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18.

³⁰ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 34 Rn. 1–15.

³¹ BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18.

c) Widerstandsrecht aus Art. 20 Abs. 4 GG

Aus dem Widerstandsrecht ergibt sich mangels der Betroffenheit der Ordnung des Art. 20 GG keine direkte Rechtfertigung.

3. Schuld

C und D handelten auch schuldhaft.

4. Ergebnis

C und D sind strafbar gem. § 123 Abs. 1 Alt. 2 StGB. Der gem. § 123 Abs. 2 StGB erforderliche Strafantrag wurde gestellt.

III. Strafbarkeit gem. § 240 Abs. 1 StGB durch das Im-Baum-Sitzen

Indem C und D sich in den Baum gesetzt haben und dadurch die Baumfellarbeiten verhinderten, könnten sie sich gem. § 240 Abs. 1 StGB wegen Nötigung strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Gewalt

C und D könnten Gewalt angewendet haben. Die Definition des Gewaltbegriffs ist umstritten.³² Eine Auslegung, die eine rein psychische Zwangswirkung auf das Opfer ausreichen lässt, verstößt jedoch gegen das Analogieverbot gem. Art. 103 Abs. 2 GG.³³ Im bloßen In-den-Baum-Setzen entfaltet sich kein physischer, sondern lediglich psychischer Zwang, der das Fällen der Bäume verhindert. In dem Im-Baum-Sitzen ist keine Gewalt zu sehen.

bb) Drohung mit einem Empfindlichen Übel

C und D könnten gem. § 240 Abs. 1 Alt. 2 StGB mit empfindlichem Übel gedroht, das heißt ein solches in Aussicht gestellt haben. C und D stellen durch ihr bloßes Im-Baum-Sitzen aber kein Übel in Aussicht.

2. Ergebnis

C und D sind nicht strafbar gem. § 240 Abs. 1 StGB.

Gesamtergebnis zweiter Tatkomplex

C und D sind strafbar gem. § 123 Abs. 1 Alt. 2 StGB.

³² Küper/Zopfs, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2022, Rn. 286; Sinn, *JuS* 2009, 580; Magnus, *NStZ* 2012, 538; Jahn, *JuS* 2012, 1141; vgl. auch Otto, in: *HK-GS*, 5. Aufl. 2022, *StGB* § 240 Rn. 7; Eidam, in: *Matt/Renzikowski*, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 240 Rn. 14–36.

³³ BVerfGE 92, 1 (18).

Dritter Tatkomplex: Das Geschehen auf der Stadtautobahn

A. Strafbarkeit von A, B, C und D

I. Strafbarkeit gem. §§ 240, 25 Abs. 2, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB durch das Sich-auf-die-Autobahn-Stellen

Indem A, B, C und D sich auf die Autobahn stellen, woraufhin sich der Verkehr 500 Meter staut, könnten sie sich gem. §§ 240, 25 Abs. 2, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB wegen gemeinschaftlicher Nötigung in mittelbarer Täterschaft strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

A, B, C und D könnten Gewalt (siehe oben) angewendet haben. A, B, C und D blockieren durch das Stehen auf der Autobahn die Fahrer in den Pkw. Zwar besteht in Blockadefällen gegenüber dem ersten Fahrer mangels physischen Zwangs noch keine Gewalt; sobald sich jedoch hinter dem ersten Fahrer weitere Fahrzeuge aufstauen, lässt sich darin eine mittelbare Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB sehen, sogenannte „Zweite-Reihe-Rechtsprechung.“³⁴ Die Täterschaft ergibt sich hierbei aus der psychischen Zwangslage entstehenden Steuerungsherrschaft über den ersten Fahrer als Tatmittler.

Indem A, B, C, und D sich auf die Straße stellen, haben sie mittelbar, gegenüber den in der zweiten Reihe stehenden Fahrern der Fahrzeugen Gewalt ausgeübt. Da das Blockieren einer Fahrbahn allein wohl noch nicht ausreicht, um eine solche Zwangslage zu erreichen, bedarf es einer wechselseitigen Zurechnung der Tatbeiträge gem. § 25 Abs. 2 StGB.

Durch die Blockade haben A, B, C und D die Fahrer in der zweiten Reihe mittelbar mit Gewalt dazu gebracht, die Weiterfahrt zu unterlassen. Der Nötigungserfolg ist somit eingetreten.

b) Subjektiver Tatbestand

A, B, C und D handelten auch vorsätzlich mit zielgerichtetem Willen und somit mit *dolus directus* 1. Grades gem. § 15 StGB, bezüglich der mittäterschaftlichen Blockade in mittelbarer Täterschaft der nachfolgenden Autos.

2. Rechtswidrigkeit

a) Notwehr gem. § 32 StGB

In Frage kommt eine Rechtfertigung gem. § 32 StGB. Hierzu müsste ein notwehrfähiges Rechtsgut gegenwärtig und rechtswidrig angegriffen werden (siehe oben). Der Klimaschutz als solches ist lediglich Rechtsgut der Allgemeinheit und damit nicht notwehrfähig.³⁵ Weitere Gefahren für andere Rechtsgüter als Folgen aus dem Klimawandel, wie Schäden an der körperlichen Unversehrtheit, sind

³⁴ BGHSt 41, 182 (184 ff.).

³⁵ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 32 Rn. 3.

zu diesem Zeitpunkt jedoch wohl nicht gegenwärtig.³⁶ Eine Rechtfertigung gem. § 32 StGB scheidet somit mangels gegenwärtiger Gefährdung eines Individualrechtsguts.

b) Notstand gem. § 34 StGB

Infrage kommt eine Rechtfertigung gem. § 34 StGB.

aa) Notstandslage

Hierzu müsste zunächst eine Notstandslage, das heißt eine gegenwärtige Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut vorliegen (siehe oben). Infrage kommt somit der Klimaschutz bzw. das Weltklima (siehe oben). Die Schutzwürdigkeit dieses Rechtsguts ergibt sich aus Art. 20a GG.³⁷ Für dieses Rechtsgut müsste auch eine gegenwärtige Gefahr vorliegen (siehe oben). Es ist hinreichend wissenschaftlich bewiesen, dass der Klimawandel weiter voranschreitet. Eine Gefahr der Verschlechterung des Klimas ist somit auch gegenwärtig.³⁸ Somit liegt eine Notstandslage vor.

bb) Notstandshandlung

Das Blockieren der Autobahn müsste auch eine geeignete, verhältnismäßige und angemessene Notstandshandlung gewesen sein.

Durch die Blockade der Straße besteht kein direkter Zusammenhang zwischen Aktion und Rechtsgüterschutz. Wohl wird durch die Blockade und den dadurch entstehenden Stau zunächst mehr klimaschädliches CO₂ in die Atmosphäre emittiert. Erst das mittelbare Fernziel, dadurch auf den Klimawandel aufmerksam zu machen und ein Tempolimit zu erreichen, könnte das Klima schützen. Fraglich ist, ob ein solches Fernziel für die Prüfung der Geeignetheit Berücksichtigung finden sollte. Einerseits könnte die Berücksichtigung derartiger Fernziele das Kriterium der Geeignetheit entgrenzen und es so als Tatbestandsmerkmal der Notstandshandlung obsolet machen.³⁹ Andererseits müssen gerade in Situationen, in denen eine Abwendung der Gefahr fast aussichtslos erscheint, auch Mittel zum Einsatz kommen können, bei denen nur eine geringe Erfolgchance besteht.⁴⁰ Die Blockade war mithin auch geeignet, das Klima zu schützen.

Hinweis: Hier ist eine andere Ansicht wohl vertretbar.

Die Gefahr müsste auch nicht anders abwendbar gewesen sein. Hier kämen zunächst andere Möglichkeiten in Betracht, auf den Klimawandel aufmerksam zu machen und ein Tempolimit zu fordern. Dem lässt sich jedoch entgegenhalten, dass bereits eine Vielzahl von unterschiedlich durchgeführten Protesten und Demonstrationen sich gerade nicht als geeignet erwiesen haben, um diese Ziele zu erreichen.

³⁶ Andere Ansicht wohl vertretbar. Dann scheidet eine Rechtfertigung gem. § 32 StGB jedoch an der Geeignetheit, da der Protest wohl gänzlich ungeeignet ist, zumindest die gegenwärtig konkret gefährdeten Rechtsgüter zu schützen.

³⁷ BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18; BVerfG NJW 2021, 1723 (1740 Rn. 198) m.w.N.; BVerfG, Beschl. v. 18.1.2022 – 1 BvR 1565/21 u.a. = NJW 2022, 844 ff.

³⁸ So auch AG Flensburg, Urt. v. 6.12.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22.

³⁹ Lenckner, in: FS Lackner, 1987, S. 95 (99); Preuß, NZV 2023, 60.

⁴⁰ OLG-Karlsruhe NJW 2004, 3645; Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 34 Rn. 89.

cc) Interessenabwägung

Der Eingriff müsste auch nach einer Interessenabwägung verhältnismäßig gewesen sein (siehe oben). Bezüglich des geschützten Interesses des Klimaschutzes stellt sich zunächst wieder die Frage der Bewertbarkeit von Fernzielen einer Demonstration durch den Staat, da die Versammlungsfreiheit vor allem das Recht teils unbeliebter Minderheiten ist.⁴¹ Hier kann dieser Streit jedoch unentschieden bleiben, da in jedem Fall der Klimaschutz und damit das Verhindern des Klimawandels, mit seinen wissenschaftlich nachgewiesenen Folgen für die globale Gemeinschaft,⁴² gegenüber der nur leicht eingeschränkten Fortbewegungsfreiheit PKW-Fahrern wesentlich überwiegt. Das Blockieren war im Hinblick auf das hohe Schutzgut des Klimas somit auch verhältnismäßig.

dd) Angemessenheit

Die Notstandshandlung müsste auch angemessen gewesen sein (siehe oben). Hier können insb. das Demokratieprinzip und Rechtsstaatsprinzip sowie das staatliche Monopol über das Ordnungsrecht entgegen einer Angemessenheit der Handlungen angeführt werden. Zwar kann dem wiederum die staatliche Pflicht zum Schutz der Umwelt aus Art. 20a GG⁴³ entgegengehalten werden, allerdings ergibt sich auch hier aus dem Umkehrschluss aus dem Widerstandsrecht aus Art. 20 Abs. 4 GG eine Begrenzung des Rechtes, eine solche staatliche Pflicht durchzusetzen, auf die in Art. 20 Abs. 4 GG normierten Fälle. Die Handlungen von A, B, C und D waren somit nicht angemessen.

ee) Zwischenergebnis

Die Blockade war somit auch nicht gem. § 34 StGB gerechtfertigt.

3. Verwerflichkeit gem. § 240 Abs. 2 StGB

Die Blockade müsste zudem auch verwerflich gewesen sein. Verwerflich ist die Nötigung, wenn das Nötigungsmittel, der damit verfolgte Zweck oder die Mittel-Zweck-Relation als verwerflich anzusehen ist.⁴⁴ Verwerflichkeit ist bei der Anwendung von Gewalt indiziert. Hier wurde die Gewalt zwar nicht unmittelbar jedoch mittelbar durch den psychischen Zwang erzeugt. Der Verwerflichkeit könnte aber entgegenstehen, dass der verfolgte Zweck von überragendem öffentlichem Interesse ist. Fraglich ist hier jedoch wiederum die Bewertbarkeit eines solchen Fernziels einer Demonstration durch den Staat vor dem Hintergrund der Versammlungsfreiheit als Recht politischer Minderheiten.⁴⁵ Hierzu kommt es darauf an, ob die äußere Gestaltung und die durch sie ausgelösten Behinderungen in einem Zusammenhang mit dem Versammlungsthema stehen und das Anliegen auch die von der Demonstration nachteilig Betroffenen betrifft. In diesem Fall kann die Beeinträchtigung ihrer Freiheitsrechte unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände möglicherweise eher sozial erträglich und dann in größerem Maße hinzunehmen sein, als wenn dies nicht der Fall ist.⁴⁶ Einerseits sind die betroffenen Pkw-Fahrer auch für CO₂-Ausstoß und damit für den Klimawandel mitverantwortlich, dessen Bekämpfung durch den BVerfG-Beschluss überragende öffentliche Wichtigkeit attestiert

⁴¹ BVerfGE 104, 92 (112).

⁴² BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18.

⁴³ BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18.

⁴⁴ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 240 Rn. 18.

⁴⁵ BVerfGE 104, 92 (112).

⁴⁶ BVerfGE 104, 92 (112).

wurde.⁴⁷ Die Pkw-Fahrer in der Fortbewegungsfreiheit einzuschränken und ihnen so diese Verantwortlichkeit aufzuzeigen, könnte somit auch nach diesem Maßstab nicht als verwerflich angesehen werden.⁴⁸ Andererseits spricht die zufällige Auswahl Betroffener ohne Ansehung des genutzten Fahrzeugs und seines jeweiligen Emissionsausstoßes dafür, dass es sich um eine rein politische Aktion handelt, in der einzelne unbeteiligte Dritte zur Verwirklichung politischer Ziele instrumentalisiert werden, die damit als verwerflich anzusehen ist.⁴⁹ Die Tat ist somit auch als verwerflich anzusehen.

Hinweis: Eine andere Ansicht erscheint hier vertretbar.

4. Schuld

Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. A, B, C und D handelten somit auch schuldhaft.

II. Ergebnis

A, B, C und D haben sich gem. §§ 240, 25 Abs. 2, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB wegen gemeinschaftlicher Nötigung in mittelbarer Täterschaft strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit von F1

I. Strafbarkeit gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB durch das Vorbeifahren

Indem F1 an D vorbeifährt und es dabei für möglich hält, D zu verletzen, könnte er sich gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

D ist nicht verletzt. Der Taterfolg ist also nicht eingetreten. Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus §§ 223 Abs. 2, 224 Abs. 2 StGB i.V.m. §§ 23 Abs. 1 Var. 2, 12 Abs. 2 StGB.

2. Tatbestand

a) Tatentschluss

Zunächst müsste Tatentschluss bezüglich des Grundtatbestands, § 223 Abs. 1 StGB vorliegen. F1 hielt es für möglich, dass D durch das Vorbeifahren verletzt werden könnte. Er nahm somit eine körperliche Misshandlung und Gesundheitsschädigung von D billigend in Kauf. Er hatte somit Tatentschluss in Form eines dolus eventualis gem. § 15 Abs. 1 StGB. F1 hatte darüber hinaus auch Kenntnis darüber, dass sein Fahrzeug in der konkreten Art der Verwendung dazu geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen, und hatte somit Tatentschluss bezüglich der gefährlichen Körperverletzung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

⁴⁷ BVerfG, Senatsbeschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18.

⁴⁸ So auch AG Freiburg, Urt. v. 21.11.2022 – 24 Cs 450 Js 18098/22.

⁴⁹ AG Freiburg, Urt. v. 22.11.2022 – 28 Cs 450 Js 23773/22.

b) Unmittelbares Ansetzen

F1 müsste zur Tat auch unmittelbar angesetzt haben. F1 hat durch das „haarscharfe“ Vorbeifahren die Rechtsgüter des D auch unmittelbar gefährdet und somit zur Tat angesetzt, § 22 StGB.

3. Rechtswidrigkeit

Die Handlung könnte jedoch gerechtfertigt sein.

a) Notwehr gem. § 32 StGB

Infrage kommt eine Rechtfertigung durch Notwehr gem. § 32 StGB. Zunächst müsste hierzu eine Notwehrlage vorliegen. Die Blockade durch D versetzt F1 in eine psychische Zwangslage und droht somit ungerechtfertigt, die Willensfreiheit und Fortbewegungsfreiheit des F1 zu beeinträchtigen. Somit liegt ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff auf ein Rechtsgut des F1 und somit eine Notwehrlage vor.

aa) Notwehrhandlung

Die Notwehrhandlung müsste auch erforderlich gewesen sein. Erforderlichkeit ist gegeben, wenn keine gleich geeigneten mildereren Mittel zur Verfügung standen.⁵⁰ Hier käme ein Ansprechen oder sogar Wegtragen der D als mögliches milderes Mittel in Betracht. Dieses wäre wohl aber durch die dadurch entstehende Verzögerung weniger effektiv. Es gilt der Grundsatz, das Recht muss dem Unrecht nicht weichen. Das Vorbeifahren war erforderlich.

Hinweis: Andere Ansicht wohl vertretbar.

bb) Gebotenheit

Vorliegend könnte es aber der Vornahme einer im Einzelfall gebotenen sozial-ethischen Einschränkung des Notwehrrechts bedürfen. Demnach ist in Fällen eines krassen Missverhältnisses zwischen dem zu schützenden Rechtsgut und dem angegriffenen Rechtsgut das Notwehrrecht ausgeschlossen.⁵¹ Vorliegend steht die nur kurzzeitig eingeschränkte Willensfreiheit des F1 gegenüber der großen Gefahr der langfristigen Einschränkung der körperlichen Unversehrtheit von D. Mit Blick auf die Gefährlichkeit der gewählten Verteidigungshandlung, liegt somit ein Ausschluss des Notwehrrechts vor.

cc) Ergebnis

Die Tat ist somit nicht gem. § 32 StGB gerechtfertigt.

4. Erlaubnistatbestandsirrtum

In Frage käme ein Erlaubnistatbestandsirrtum. F1 verkennt hier jedoch nicht die tatsächlichen Umstände, sondern lediglich die Grenzen des Notwehrrechts. Ein Erlaubnistatbestandsirrtum liegt somit nicht vor.

⁵⁰ Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 32 Rn. 34.

⁵¹ Engländer, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 32 Rn. 44.

5. Schuld

In Frage kommt auch ein Verbotsirrtum gem. § 17 S. 1 StGB. F1 hält seine Notwehrhandlung für geboten. Dieser Irrtum war jedoch vermeidbar. Eine Entschuldigung gem. § 17 S. 1 StGB liegt mithin nicht vor.

6. Rücktritt

Der Versuch ist fehlgeschlagen. F1 ist somit nicht zurückgetreten.

II. Ergebnis

F1 hat sich gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

C. Strafbarkeit von F2

I. Strafbarkeit gem. §§ 223 Abs. 1, 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB durch das Abreißen der Hand von dem Asphalt

Indem F2 die Hand von C von dem Asphalt abriss, könnte er sich gem. §§ 223 Abs. 1, 226 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) § 223 Abs. 1 StGB

Zunächst müsste F2 die C körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben. Das dauerhafte Steifbleiben des Fingers stellt eine negative Abweichung vom körperlichen Normalzustand,⁵² eine Gesundheitsschädigung, dar. Das Abreißen der Hand von der Straße ist eine üble und unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt⁵³. Der Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB ist somit erfüllt.

bb) § 226 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

Weiterhin könnte die Erfolgsqualifikation des § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB eingetreten sein. Hierzu müsste C ein wichtiges Glied dauerhaft nicht mehr gebrauchen können. Ein wichtiges Glied ist jeder in sich abgeschlossener und mit dem Rumpf oder einem anderen Körperteil durch ein Gelenk verbundene Körperteil, der eine herausgehobene Funktion erfüllt.⁵⁴ Der kleine Finger der rechten Hand ist ein abgeschlossener durch ein Gelenk mit dem Rumpf verbundenes Körperteil. Allerdings müsste er auch eine herausgehobene Funktion erfüllen. C ist Rechtshänderin und Jurastudentin, und als solche auf ihre rechte Hand zum Schreiben angewiesen. Allerdings ist das Schreiben wohl auch ohne

⁵² Zöller, in: AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 223 Rn. 12.

⁵³ BGHSt 25, 277; BGH NJW 1974, 958.

⁵⁴ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 226 Rn. 3.

vollfunktionsfähigen kleinen Finger möglich. Der Kleine Finger ist somit kein wichtiges Glied i.S.d. § 226 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB. Der qualifizierende Erfolg ist somit nicht eingetreten.

b) Subjektiver Tatbestand

Zumindest bezüglich des Abreißens der Hand handelte F2 auch vorsätzlich mit zielgerichtetem Willen und somit mit *dolus directus* 1. Grades. Vorsatz gem. § 15 StGB liegt somit vor.

2. Rechtswidrigkeit

Die Tat müsste auch rechtswidrig gewesen sein.

a) Notwehr gem. § 32 StGB

Die Tat könnte durch Notwehr gerechtfertigt sein. Auch die Blockade von C stellt einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf die Willens- und Fortbewegungsfreiheit des F2 dar (siehe oben). Mithin liegt auch gegenüber F2 eine Notwehrlage vor.

Das Abreißen der Hand müsste auch erforderlich gewesen sein. Erforderlichkeit ist gegeben, wenn keine gleich geeigneten milderen Mittel zur Verfügung standen.⁵⁵ F2 hat die C zunächst angesprochen. Wegtragen ist durch Ankleben unmöglich geworden. Allerdings war hier die Polizei „bereits im Anmarsch“. F2 hätte als milderes Mittel auf die Polizei warten können. Dies gilt gerade mit Hinblick auf den Vorrang des Gewaltmonopols des Staates.⁵⁶ Das Abwarten müsste auch gleich effektiv gewesen sein. Grundsätzlich gilt, Recht muss dem Unrecht nicht weichen. Allerdings war hier die Polizei zum gleichen Zeitpunkt vor Ort als F2 die Hand abbriss. Ohne Verzögerung hätten also auch die Polizisten Abwehrmaßnahmen ergreifen können. Das Abreißen der Hand war somit nicht erforderlich.

b) Ergebnis

Die Tat von F2 ist nicht gerechtfertigt.

3. Schuld

Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. F2 handelte also auch schuldhaft.

II. Ergebnis

F2 hat sich gem. § 223 Abs. 1 StGB wegen Körperverletzung strafbar gemacht. Der gem. § 230 Abs. 1 StGB erforderliche Strafantrag wurde gestellt.

D. Gesamtergebnis dritter Tatkomplex

A, B, C und D haben sich gem. §§ 240, 25 Abs. 2, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB wegen gemeinschaftlicher Nötigung in mittelbarer Täterschaft strafbar gemacht.

⁵⁵ Kindhäuser, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 32 Rn. 89.

⁵⁶ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 32 Rn. 11; Geilen, Jura 1981, 308 (316); Burr, JR 1996, 230; Erb, in: FS Nehm, 2006, S. 181; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 32 Rn. 35; anders Seebode, in: FS Krause, 1990, S. 375 (388); Pelz, NSTZ 1995, 305.

F1 hat sich gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

F2 hat sich gem. § 223 Abs. 1 StGB wegen Körperverletzung strafbar gemacht.

Vierter Tatkomplex: Das Geschehen beim Wiedertreffen

A. Strafbarkeit von D

I. Strafbarkeit gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Var. 1, 12 Abs. 1 StGB durch das Würgen der C

Indem D die C würgte, könnte er sich gem. §§ 212 Abs. 1, 23 Abs. 1 Var. 1, 22, 12 Abs. 1 StGB wegen versuchten Totschlags strafbar gemacht haben.⁵⁷

1. Vorprüfung

C ist nicht tot. Der Taterfolg ist also nicht eingetreten. Der Totschlag gem. § 212 Abs. 1 StGB ist ein Verbrechen, die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus §§ 12 Abs. 1, 23 Abs. 1 Var. 1 StGB.

2. Tatbestand

a) Tatentschluss

D müsste Tatentschluss gehabt haben. D wollte C zwar nur einen „Denkzettel“ verpassen, hielt es aber für möglich, dass C durch das Würgen sterben könnte. Er nahm ihren Tod somit billigend in Kauf und hatte Tatentschluss in Form eines dolus eventualis gem. § 15 StGB.

b) Unmittelbares Ansetzen

D hat durch das Würgen die Rechtsgüter der C auch unmittelbar gefährdet und somit zur Tat angesetzt, § 22 StGB.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

D handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Rücktritt gem. § 24 StGB

D könnte vom Versuch zurückgetreten sein. Der Versuch ist nicht fehlgeschlagen. Die erforderliche Rücktrittshandlung bestimmt sich danach, ob der Versuch beendet oder unbeendet war.⁵⁸ D hätte die C nach seiner Vorstellung noch weiter würgen müssen, um den Taterfolg herbeizuführen. Der Versuch war also unbeendet. Erforderliche Rücktrittshandlung war somit das Aufgeben der Tat gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB; Aufgeben liegt vor, wenn der Täter von seiner Tat endgültig Abstand

⁵⁷ Möglich ist hier auch eine Strafbarkeit gem. §§ 211, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB fraglich ist dann, ob ein niedriger Beweggrund vorlag.

⁵⁸ Heger/Petzsch, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 24 Rn. 32.

genommen hat.⁵⁹ Hier könnte das bloße Nichtweiterhandeln den Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB genügen.

Problematisch ist, dass D der C durch das Würgen bereits den gewünschten „Denkzettel“ verpasst hat. Bei der Erreichung eines solchen außertatbestandlichen Ziels wird diskutiert, ob § 24 StGB überhaupt Anwendung finden soll. Nach einer Ansicht handelte der Täter nicht freiwillig, denn es ergibt für ihn keinen Sinn, das Opfer zu töten, da er sein primäres Ziel bereits erreicht hat.⁶⁰ Anderer Ansicht nach spricht der Wortlaut des § 24 StGB, Ablassen von der „Tat“, gegen eine solche Auslegung. Nur auf die Tat als solches nicht auf andere Ziele kann sich auch der dementsprechende Vorsatz beziehen.⁶¹

Auch ist in teleologischer Hinsicht so der Opferschutz besser berücksichtigt, sodass ein Rücktritt auch nach Erreichung eines „Denkzettels“ noch möglich ist. Die Befürchtung von Strafverfolgung schließt die Freiwilligkeit nicht aus.⁶² D handelte auch freiwillig. Somit liegt ein Aufgeben der Tat gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB vor. D ist strafbefreiend zurückgetreten.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist hier auch vertretbar, dann wäre § 213 StGB wegen Gefühlsaufwallung zu prüfen.

5. Ergebnis

D ist nicht strafbar gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Var. 1, 12 Abs. 1 StGB.

II. Strafbarkeit gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB durch das Würgen der C

Indem D die C gewürgt hat, könnte er sich gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB wegen gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Der Tatbestand müsste in objektiver Hinsicht erfüllt sein. Das Würgen stellt eine üble und unangemessene Behandlung dar, die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt. Das Würgen war zudem sowohl abstrakt als auch konkret lebensgefährlich für C somit ist der Tatbestand der §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

D handelte auch vorsätzlich in Kenntnis aller Tatumstände mit zielgerichtetem Willen, und somit mit dolus directus 1. Grades gem. § 15 StGB.

⁵⁹ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 24 Rn. 8.

⁶⁰ Roxin, JZ 1993, 896; Hauf, MDR 1993, 922; Bauer, NJW 1993, 2590; Jung, JuS 1994, 82; siehe auch BGH NStZ-RR 1996, 195.

⁶¹ BGHSt 39, 221 (231); BGH NJW 1993, 2061.

⁶² Engländer, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 60.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

D handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

D hat sich gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB wegen gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit gem. § 185 StGB durch die Bezeichnung der C als „Verräterin“

Indem D die C Verräterin nannte, könnte er sich wegen Beleidigung gem. § 185 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Hierzu müsste D die C beleidigt, das heißt seine Verachtung ihr gegenüber kundgetan haben.⁶³ Durch die Bezeichnung der C als Verräterin hat D seine eigene Missachtung gegenüber C kundgegeben und sie mithin beleidigt.

b) Subjektiver Tatbestand

D handelte auch vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

D handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

D hat sich wegen Beleidigung gem. § 185 StGB strafbar gemacht. Der gem. § 194 Abs. 1 S. 1 StGB erforderliche Strafantrag wurde gestellt.

B. Strafbarkeit von C

I. Strafbarkeit gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB durch das Treten in den Bauch der D

Indem C dem D in den Bauch trat, könnte sie sich gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB wegen gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht haben.

⁶³ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 185 Rn. 3.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

C müsste D körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben. Der Tritt in den Bauch stellt eine üble und unangemessene Behandlung dar, die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt und ist somit eine Gesundheitsschädigung. C hat den Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB somit erfüllt. Weiterhin könnte C ein gefährliches Werkzeug gem. § 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB verwendet haben (siehe oben). Der Tritt mit dem beschuhten Fuß in den Bauch kann zu erheblichen Verletzungen der inneren Organe führen und ist somit ein gefährliches Werkzeug.

b) Subjektiver Tatbestand

C handelte auch vorsätzlich in Kenntnis aller Tatumstände mit zielgerichtetem Willen und somit mit dolus directus 1. Grades gem. § 15 StGB.

2. Rechtswidrigkeit

C müsste auch rechtswidrig gehandelt haben.

a) Notwehr gem. § 32 StGB

Infrage kommt eine Rechtfertigung gem. § 32 StGB. Hierzu bedarf es einer Notwehrlage. Zwar lag hier ein rechtswidriger Angriff auf das Rechtsgut Leben der C vor (siehe oben), allerdings war dieser Angriff zum Zeitpunkt des Tritts bereits beendet. Weitere Angriffe sind nicht zu befürchten. Der Angriff war somit nicht mehr gegenwärtig. Mangels Notwehrlage ist die Tat somit nicht gem. § 32 StGB gerechtfertigt.

b) Notstand gem. § 34 StGB

Der Tritt könnte gem. § 34 StGB, der auch Dauergefahren erfasst, gerechtfertigt sein. Allerdings hat D hier seinen Angriff freiwillig abgebrochen. Eine Dauergefahr ist vorliegend nicht gegeben.

3. Schuld

D müsste auch schuldhaft gehandelt haben. Die Tat könnte gem. § 33 StGB als Notwehrexzess entschuldigt sein. Hier hat D die Grenzen der Notwehr in zeitlicher Hinsicht überschritten. Somit liegt ein extensiver Notwehrexzess vor. Fraglich ist, ob § 33 StGB lediglich intensive oder auch extensive Exzesse erfasst. Einer Ansicht nach liegt mangels Gegenwärtigkeit der Notwehr, keine Notwehr vor, deren Grenzen überschritten werden können.⁶⁴ Nach einer anderen Ansicht kann, solange der rechtswidrige Angriff noch im Raum steht, dieser als Anknüpfungspunkt für einen Exzess dienen. Es ist also ein Streitentscheid erforderlich. Die letztgenannte Ansicht erlaubt keine klare Abgrenzung. Wann ein Angriff noch „im Raum steht“ bleibt unklar. Eine Gefährdung eines Rechtsguts liegt nicht mehr vor. Demnach ist der erstgenannten Ansicht zu folgen.

⁶⁴ BGH NStZ 1987, 20; BGH NStZ 2002, 141.

Hinweis: Die andere Ansicht, die den nachzeitigen-extensiven Notwehrexzess auch erfasst sieht, ist vertretbar.

Mithin ist nur der intensive Notwehrexzess als von der Norm erfasst anzuerkennen. C ist also nicht gem. § 33 StGB entschuldigt. Mangels einer tatsächlich vorliegenden Gefahr für die Rechtsgüter der C liegt auch kein entschuldigender Notstand gem. § 35 Abs. 1 StGB vor.

In Frage kommt weiterhin ein Irrtum über entschuldigende Umstände gem. § 35 Abs. 2 StGB. C jedoch ist klar, dass kein Angriff mehr vorliegt. C irrt demnach nicht über die Umstände der Tat. C ist somit auch nicht entschuldigt gem. § 35 Abs. 2 StGB.

II. Ergebnis

C hat sich § 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB wegen gefährlicher Körperverletzung schuldig gemacht.

C. Gesamtergebnis des vierten Tatkomplex

D hat sich gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit gem. § 52 StGB mit Beleidigung gem. § 185 StGB strafbar gemacht.

C ist strafbar gem. § 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB wegen gefährlicher Körperverletzung.

Gesamtergebnis

A ist strafbar wegen Hausfriedensbruch gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB und wegen gemeinschaftlicher Nötigung gem. §§ 240, 25 Abs. 2, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB. Die Taten stehen in Tatmehrheit (§ 53 StGB).

B ist strafbar wegen Beihilfe zum Hausfriedensbruch gem. §§ 123 Abs. 1 Alt. 1, 27 StGB und wegen gemeinschaftlicher Nötigung in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 240, 25 Abs. 2, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB. Die Taten stehen in Tatmehrheit (§ 53 StGB).

C ist strafbar wegen Hausfriedensbruch gem. § 123 Abs. 1 Alt. 2 StGB, wegen gefährlicher Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB und wegen gemeinschaftlicher Nötigung in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 240, 25 Abs. 2, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB. Die Taten stehen in Tatmehrheit (§ 53 StGB).

D ist strafbar wegen Hausfriedensbruch gem. § 123 Abs. 1 Alt. 2 StGB, in Tatmehrheit (§ 53 StGB) mit gemeinschaftlicher Nötigung in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 240, 25 Abs. 2, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB und wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB in Tateinheit gem. § 52 StGB mit Beleidigung gem. § 185 StGB.

F1 hat sich wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

F2 hat sich gem. § 223 Abs. 1 StGB wegen Körperverletzung strafbar gemacht.

Anfängerklausur: Drama am Mount Everest

Assessorin Simone Schönmehl, Kiel*

Die Klausur wurde im Sommersemester 2023 im Rahmen der Übung im Strafrecht für Anfänger:innen (Lehrstuhl Prof. Dr. Andreas Hoyer) gestellt. Der Notendurchschnitt lag bei 5,43 Punkten, die Durchfallquote betrug 37,5 %, die Bearbeitungszeit betrug 120 Minuten. Die Anfängerklausur mit erhöhter Schwierigkeit behandelt schwerpunktmäßig den Rücktritt vom versuchten Unterlassungsdelikt sowie die Anforderungen an einen Rücktritt durch „ernsthafte Bemühen“ i.S.v. § 24 Abs. 1 S. 2 StGB.

Sachverhalt

B ist kommerzielle Bergführerin und bietet seit Jahren geführte Touren auf den Mount Everest an. Ihre Kunden bezahlen ihr teilweise sechsstellige Summen, um mit ihrer Hilfe den Gipfel des höchsten Berges der Welt zu erklimmen. Obwohl B von ihren zahlungswilligen Kunden profitiert, blickt sie in Wahrheit auf diese (meist) unterdurchschnittlichen Bergsteiger, die es ohne ihre Hilfe nie auf den Berg schaffen würden, und deren Größenwahn herab.

Auf einer ihrer Touren ist sie gerade mit ihrem Kunden K am Abstieg, als dieser plötzlich in sich zusammensackt und im Schnee liegen bleibt. B erkennt, dass K mit den Kräften am Ende ist, was vor allem auf den Sauerstoffmangel in diesen Höhen zurückzuführen ist. Ohne zusätzlichen Sauerstoff wird K den Abstieg bis zum nächsten Camp wahrscheinlich nicht bewältigen können. B hat noch eine volle Sauerstoffflasche dabei, die sie K zur Verfügung stellen könnte. Damit würde sich sein Zustand mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zumindest so weit verbessern, dass er es – jedenfalls mit der fachkundigen Unterstützung von B – noch ins Camp schaffen würde.

B aber ist von ihrem überforderten und schwächlichen Kunden genervt und will so schnell wie möglich ins Camp gelangen. Ihr ist kalt und sie hat keine Lust, jetzt auch noch den K den Berg „heruntertragen“ zu müssen. Sie entscheidet sich daher, den K sich selbst zu überlassen, und setzt den Abstieg allein fort, obwohl sie weiß, dass das für K den sicheren Tod bedeutet. Nach etwa einer Stunde überlegt sie, ob sie nicht doch umdrehen und dem K helfen soll. Dieser könnte vielleicht noch am Leben sein. Aber der Ausblick auf den wärmenden Schlafsack, der im Camp auf sie wartet, ist so verlockend, dass sie den Abstieg fortsetzt. Nach einer weiteren Stunde kommt B im Camp an, in dem sich zu diesem Zeitpunkt noch andere erfahrene Bergsteiger aufhalten. Mittlerweile plagen sie aber doch große Gewissensbisse und sie beschließt, sich später noch einmal auf den Weg zu machen und nach K zu suchen. Jetzt ist sie aber zu erschöpft, daher ruht sie sich erst einmal einige Stunden lang aus. Anschließend macht sie sich in der Hoffnung, K noch lebend vorzufinden, allein noch einmal auf den Weg. Mittlerweile ist es aber dunkel geworden, sodass es ihr schwer fällt, sich zu orientieren. Sie stapft durch die Kälte und ruft nach K, allerdings ohne Erfolg. Schließlich macht sie sich wieder auf den Weg zurück ins Camp. Sie ist nun überzeugt davon, dass K bereits tot ist.

Am nächsten Morgen traut B ihren Augen nicht, als sie K auf das Camp zuhumpeln sieht. Wie durch ein Wunder hat K die Nacht überlebt und allein den Weg ins Camp gefunden. Allerdings hatte K die ganze Nacht in der eisigen Kälte ausharren müssen, weshalb er starke Erfrierungen an den Zehen davongetragen hat. Wenige Tage später müssen ihm deshalb im Krankenhaus sämtliche Zehen

* Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin am Institut für Kriminalwissenschaften der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

amputiert werden. Hätte B den K nicht zurückgelassen, sondern ihm den notwendigen Sauerstoff gegeben und ihn beim Abstieg unterstützt, hätte dieser mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit keine Erfrierungen erlitten.

Auch die Bergsteigerinnen E und H sind unterwegs zum Gipfel. Sie kämpfen sich gerade durch ein Gebiet am Khumbu-Gletscher, als E bemerkt, dass sich wenige Meter vor ihr, direkt über dem Kopf von H, ein riesiger Eisblock löst. H, die gerade kurz stehen bleibt, um Kraft zu sammeln, bemerkt die Gefahr nicht. E ruft ihr zu, doch der Wind bläst so laut, dass H sie nicht hören kann. Also schließt E mit einigen schnellen Schritten zu H auf und kann sie mit einem kraftvollen Hechtsprung gerade noch aus dem Weg schubsen, bevor der Eisblock genau dort aufschlägt, wo H kurz zuvor stand. Beide stürzen zu Boden, wobei H sich das Handgelenk bricht. Hätte E sie nicht in letzter Sekunde aus dem Weg geschubst, hätte der Eisblock sie mit voller Wucht getroffen und in den sicheren Tod gestürzt.

Aufgabe

Prüfen Sie die Strafbarkeit von B und E. §§ 211, 221, 226, 323c StGB sind nicht zu prüfen. Von der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts ist auszugehen.

Lösungsvorschlag

A. Strafbarkeit der B.....	186
I. Strafbarkeit gem. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB.....	186
1. Tatentschluss.....	187
a) Taterfolg	187
b) Tatverhalten	187
c) Garantenstellung.....	187
d) „Quasi-Kausalität“	188
e) Objektive Zurechenbarkeit	188
f) „Entsprechen“ i.S.v. § 13 Abs. 1 StGB	188
g) Zwischenergebnis.....	189
2. Unmittelbares Ansetzen	189
a) Verstreichenlassen der ersten Rettungsmöglichkeit	189
b) Verstreichenlassen der letzten Rettungsmöglichkeit	189
c) Unmittelbare Rechtsgutsgefährdung aus Sicht des Täters	189
d) Streitentscheid	190
3. Rechtswidrigkeit und Schuld	190
4. Persönlicher Strafausschließungsgrund: Rücktritt, § 24 Abs. 1 StGB.....	190
a) Kein fehlgeschlagener Versuch	191
b) Geeignete Rücktrittshandlung.....	191
a) Vollendungsverhinderung, § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB	191
b) Freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, § 24 Abs. 1 S. 2 StGB.....	191

(1) Freiwilligkeit	191
(2) Ernsthaftes Bemühen	191
5. Ergebnis	192
II. Strafbarkeit gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 13 Abs. 1 StGB	193
1. Objektiver Tatbestand des Grunddelikts, § 223 Abs. 1 StGB	193
a) Tatverhalten	193
b) „Quasi-Kausalität“ und objektive Zurechnung	193
2. Objektiver Tatbestand der Qualifikation, § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB	193
3. Subjektiver Tatbestand	194
4. Rechtswidrigkeit und Schuld	194
5. Ergebnis	194
III. Konkurrenzen und Gesamtergebnis	194
B. Strafbarkeit der E	195
I. Strafbarkeit gem. § 223 Abs. 1 StGB	195
1. Objektiver Tatbestand	195
2. Subjektiver Tatbestand	195
3. Rechtswidrigkeit	195
a) Nothilfe, § 32 StGB	195
b) Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB	196
c) Mutmaßliche Einwilligung	196
4. Ergebnis	196

A. Strafbarkeit der B

I. Strafbarkeit gem. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB

B könnte sich wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie ihren Kunden K geschwächt und ohne Sauerstoffreserve auf dem Mount Everest zurückließ.

*Vorüberlegungen:*¹ B hat nicht alle Merkmale des objektiven Tatbestands verwirklicht, sodass jedenfalls kein vollendeter Totschlag vorliegt. Die Strafbarkeit des versuchten Totschlags ergibt sich aus den §§ 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1, 212 Abs. 1 StGB.

¹ Diesen Prüfungspunkt, oft auch als *Vorprüfung* bezeichnet, sollte das Gutachten enthalten. Ob er jedoch mit einer eigenen Gliederungsebene bzw. Überschrift versehen wird, ist Geschmackssache.

1. Tatentschluss

K müsste mit Tatentschluss gehandelt haben. Dafür müsste sie in dem von ihr vorgestellten Geschehensablauf alle objektiven Tatbestandsmerkmale vorsätzlich verwirklicht bzw. als bevorstehend eingeschätzt haben, vgl. § 22 StGB.

a) Taterfolg

B müsste sich den Tod eines Menschen vorgestellt haben.

Als B den K zurückließ und den Abstieg ohne ihn fortsetzte, hatte sie erkannt, dass K in seinem Zustand ohne ihre Hilfe und ohne zusätzlichen Sauerstoff sicher sterben würde. Dieser drohende Erfolgseintritt war ihr allerdings gleichgültig, da sie selbst so schnell wie möglich ins Camp gelangen wollte. In ihrer Vorstellung handelte sie demnach vorsätzlich (dolus directus 2. Grades).

b) Tatverhalten

B hat nicht aktiv auf das Leben des K eingewirkt. Möglicherweise hat sie den Tatbestand aber durch Unterlassen i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB erfüllt, indem sie den K einfach liegen ließ und diesen nicht weiter beim Abstieg unterstützte.

Dafür müsste B die physisch-reale Möglichkeit zur Erfolgsverhinderung nicht wahrgenommen haben, vgl. § 13 Abs. 1 StGB.

Von B können nur solche Handlungen erwartet werden, die ihr nach den tatsächlichen Umständen und ihren persönlichen Fähigkeiten möglich waren.² Als kommerzielle Bergführerin für (mitunter) weniger geübte Bergsteiger gehört es zu ihren typischen Aufgaben, geschwächte Kunden beim Auf- bzw. Abstieg zu unterstützen. Es ist daher davon auszugehen, dass sie entsprechende Fähigkeiten besitzt und geeignete Techniken beherrscht. B führte außerdem noch eine volle Sauerstoffflasche mit sich, welche sie dem K hätte zur Verfügung stellen können. Es war auch zu erwarten, dass K den Abstieg sodann hätte fortsetzen können, sodass etwaige Rettungsbemühungen nicht von vornherein aussichtslos waren. Die Erfolgsverhinderung wäre B daher möglich gewesen.

c) Garantenstellung

Zur Vornahme der möglichen, aber unterlassenen Rettungshandlung ist B nur dann nach § 13 StGB verpflichtet, wenn sie für das Ausbleiben des Erfolgs rechtlich einzustehen hätte. Sie müsste sich daher vorgestellt haben, dass ihr eine solche sog. Garantenstellung zukommt.

Bei der Garantenstellung ist zu unterscheiden zwischen sog. Beschützer- und Überwachergaranten. Bei Ersteren folgt das Einstehenmüssen aus einer besonderen Schutzpflicht für bestimmte Rechtsgüter, bei Letzteren besteht eine Verantwortlichkeit für bestimmte Gefahrenquellen.³

Eine (Beschützer-)Garantenstellung könnte sich für B aus ihrer Eigenschaft als Bergführerin ergeben. Als solche bietet sie kommerzielle Touren auf den Mount Everest an, sodass es sich hier um eine Garantenstellung aus Vertrag bzw. Übernahme handeln könnte.⁴

In ihrer Rolle als Bergführerin verpflichtet sich B, ihre Kunden gegen entsprechendes Entgelt möglichst sicher auf den Gipfel des Mount Everest zu führen. Da das Klettern in solchen Höhen selbst für Profis gefährlich ist und auch diese sich am Rande des körperlich Leistbaren befinden, kann B

² Vgl. BGHSt 4, 20 = NJW 1953, 551.

³ Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 1179.

⁴ Vgl. *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 50 Rn. 28, 31.

selbstverständlich nicht alle Gefahren von ihren Kunden abwenden. Sie hat aber jedenfalls für das Ausbleiben solcher Gefahren einzustehen, die aufgrund ihrer vorhandenen Erfahrung und ihrer Fähigkeiten für sie – im Gegensatz zu ihren Kunden – vorhersehbar und verhinderbar sind.

Die Garantenstellung der B könnte sich auch daraus ergeben, dass sie sich mit K zu einer besonderen Fahrgemeinschaft zusammengeschlossen hat. Eine solche Fahrgemeinschaft liegt vor, wenn sich Menschen zu einem gefährlichen Unternehmen zusammengefunden haben, um die Chancen für das Bewältigen von Gefahren durch den Zusammenschluss zu verbessern.⁵ Sollten derartige Gefahren auftreten, folgt aus dem Zusammenschluss dann die Verpflichtung, den anderen Mitgliedern der Gemeinschaft zu helfen. Dies ist den Teilnehmern bewusst und von diesen auch so gewollt.⁶ Im Fall von B und K wäre es vertretbar, von einer Fahrgemeinschaft auszugehen, weil B im Zweifelsfall auch von K – sofern für diesen möglich – Hilfe erwarten dürfte.

Somit hat B gem. § 13 Abs. 1 StGB für das Ausbleiben des Tötungserfolgs bei K einzustehen, was ihr auch bewusst war.

d) „Quasi-Kausalität“⁷

B müsste sich vorgestellt haben, dass die gebotene Rettungshandlung im Sinne einer „Quasi-Kausalität“ ursächlich für das Ausbleiben des Erfolgs gewesen wäre. Dafür hätte die Handlung nicht hinzugegacht werden können, ohne dass der tatbestandliche Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfallen wäre. Hätte B dem K den von ihr mitgeführten zusätzlichen Sauerstoff gegeben und ihn beim Abstieg unterstützt, hätte er es mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit noch bis zum Camp geschafft. Somit wäre ihr Nichteingreifen in ihrer Vorstellung „quasi-kausal“ für den Tod des K geworden.

e) Objektive Zurechenbarkeit

Der Erfolg hätte B in ihrer Vorstellung auch objektiv zurechenbar sein müssen. Dafür hätte sich im tatbestandlichen Erfolg die Gefahr realisieren müssen, die sie durch das pflichtwidrige Unterlassen der gebotenen Rettungshandlung geschaffen hat.⁸ Durch das Zurücklassen am Berg setzte B den K der Gefahr des sicheren Todes aus, welcher sich auch in ihrer Vorstellung sicher realisiert hätte.

f) „Entsprechen“ i.S.v. § 13 Abs. 1 StGB

Gem. § 13 Abs. 1 StGB muss das Unterlassen der Verwirklichung des Tatbestands durch ein Tun entsprechen, sog. Entsprechensklausel. Der Unrechtsgehalt muss also dem einer aktiven Tatbestandsverwirklichung nahe kommen.⁹ Da dies bei reinen Erfolgsdelikten – im Gegensatz zu Tatbeständen, die bestimmte Verhaltensweisen, voraussetzen, z.B. Heimtücke¹⁰ – allerdings schon aufgrund der Garantenstellung der Fall sein soll, kommt der Entsprechensklausel bei diesen keine eigenständige Bedeutung zu.¹¹

⁵ Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 24.

⁶ Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 67.

⁷ Siehe hierzu auch Bock/Nicklaus, ZJS 2023, 471.

⁸ Vgl. Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 49 Rn. 24.

⁹ Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 13 Rn. 84 m.w.N.

¹⁰ Vgl. Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 4

¹¹ BGH NJW 2015, 3047 (3049); Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 13 Rn. 86 m.w.N.

g) Zwischenergebnis

B erkannte in ihrer Vorstellung alle wesentlichen Umstände zur Verwirklichung des objektiven Tatbestands und fand sich damit ab. Sie handelte daher mit Tatentschluss.

2. Unmittelbares Ansetzen

Fraglich ist, ob B bereits unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt hat, als sie den K allein zurückließ und den Abstieg ohne ihn fortsetzte.

Unmittelbares Ansetzen liegt nach der von der herrschenden Meinung vertretenen gemischt objektiv-subjektiven Theorie bei Begehungsdelikten vor, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht’s-los“ überschritten und objektiv derart zur tatbestandlichen Handlung angesetzt hat, dass diese bei ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestands führt.¹²

Diese Formel kann nicht ohne Weiteres auf Unterlassungsdelikte übertragen werden, da sie begrifflich ein aktives Tun voraussetzt („angesetzt“, „überschritten“) und nicht berücksichtigt, dass die gesamte tatbestandliche Unterlassung im Grunde ein „ungestörter Fortgang“ ist.¹³

Fraglich ist daher, wann ein unmittelbares Ansetzen beim Unterlassungsdelikt vorliegt.

a) Verstreichenlassen der ersten Rettungsmöglichkeit

Eine Möglichkeit wäre es, auf das Verstreichenlassen der ersten Rettungsmöglichkeit abzustellen.¹⁴ Dem zufolge hätte B unmittelbar angesetzt, als sie infolge seines Zusammenbruchs den schlechten Zustand des K erkannte, aber ihm keine Hilfe zuteilwerden ließ.

b) Verstreichenlassen der letzten Rettungsmöglichkeit

Im Gegensatz dazu könnte auch auf die letztmögliche Rettungshandlung abgestellt werden.¹⁵ Diese bot sich aus Sicht der B in dem Moment, als sie das Camp einige Stunden nach ihrer Ankunft noch einmal verließ und eine Stunde lang nach K suchte. Bis zu diesem Zeitpunkt sah sie noch eine (geringe) Chance, K finden und retten zu können. Erst danach ging sie von dessen endgültigen Tod aus. Da sie diese letzte Handlungsmöglichkeit allerdings nicht verstreichen ließ, sondern aktiv tätig wurde, hätte sie nach dieser Ansicht nicht zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar angesetzt.

c) Unmittelbare Rechtsgutsgefährdung aus Sicht des Täters

Diese beiden Extrepositionen werden überwiegend abgelehnt und stattdessen darauf abgestellt, ob aus Sicht des Garanten für das zu schützende Rechtsgut bereits eine unmittelbare Gefahr besteht, die sich jederzeit im tatbestandlichen Erfolg zu realisieren droht.¹⁶ Je nachdem, welcher Gefahr das Rechtsgut ausgesetzt ist, liegt dieser Zeitpunkt dann entweder näher an der ersten oder der letzten Rettungsmöglichkeit. Angesichts der ohnehin lebensbedrohlichen Bedingungen auf dem Mount Everest und dem geschwächten Zustand des K ist hier bereits im Moment seines Zusammenbruchs von einer unmittelbaren Gefahr für dessen Leben auszugehen. Die Dauer eines Aufenthalts in diesen Höhen

¹² Vgl. BGHSt 48, 34 = NJW 2003, 150 (153); siehe auch Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 34 Rn. 22.

¹³ Vgl. Kudlich, JA 2008, 601 (603).

¹⁴ Siehe etwa Freund, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 246 m.w.N.

¹⁵ Gaede, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 23 m.w.N.; differenzierter Grünwald, JZ 1959, 46 (48).

¹⁶ Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 1227 f.

ist unbedingt auf ein Minimum zu beschränken, da das Risiko, zu ersticken oder zu erfrieren, quasi minütlich steigt. Letzteres gilt vor allem dann, wenn man sich nicht mehr bewegt, sondern im Schnee liegt. B als Bergführerin war dieses extreme Risiko auch bekannt.¹⁷

Der Zeitpunkt der ersten Rettungsmöglichkeit wäre hier also gleichzeitig der Zeitpunkt, ab dem eine unmittelbare Gefahr für das Leben des K bestand. Somit hätte B nach diesen beiden Ansichten unmittelbar angesetzt, als sie sich dafür entschied, den K einfach liegen zu lassen und den Abstieg allein fortzusetzen. Da jedenfalls die zweite Ansicht zu einem anderen Ergebnis kommt, ist hier ein Streitentscheid erforderlich.¹⁸

d) Streitentscheid

Das Abstellen auf die erste Rettungsmöglichkeit wäre im Interesse des Rechtsguts, zumal der Garant nicht immer wissen kann, wie viele Rettungsmöglichkeiten sich ihm noch bieten werden.¹⁹ Allerdings würde sich der Versuchsbeginn sehr weit vorverlagern und eine Abgrenzung zur straflosen Vorbereitungshandlung erschweren. Etwas weniger starr ist daher der Ansatz, auf den konkreten Grad der Gefährdung für das zu schützende Rechtsgut abzustellen, der sich je nach Delikt und Situation sehr unterschiedlich entwickeln kann.

Demgegenüber wäre das Abstellen auf die letzte Rettungsmöglichkeit zwar garantenfreundlich, würde aber dem Gedanken des Rechtsgüterschutzes zuwiderlaufen. Ob eine Rettungsmöglichkeit die letzte war, kann der Garant erst sicher wissen, wenn der Erfolg eingetreten ist. Selbst ohne Erfolgseintritt müsste das Opfer eine andauernde und sich ggf. intensivierende Gefährdung erdulden, bis der Garant letztendlich einschreitet. Gegen diese Ansicht spricht der sich hier deutlich zeigende Umstand, dass der Versuchsbeginn so weit zurückverlagert würde, dass dieser oft erst mit der Vollendung zusammenfallen würde. Auch aus Gründen des Opferschutzes ist dieser Ansatz abzulehnen, da das Opfer bzw. das zu schützende Rechtsgut unter Umständen einem langanhaltenden Risiko ausgesetzt wäre. Dies würde dem Zweck der Garantienpflicht zuwiderlaufen, da diese nicht nur verlangt, den tatsächlichen Erfolg abzuwenden, sondern auch, entsprechende Gefährdungen zu verhindern.²⁰ Aus diesen Gründen ist diese Ansicht abzulehnen.

Da die erste und dritte Ansicht hier zum selben Ergebnis gelangen, muss der Streit zwischen ihnen nicht weiter entschieden werden. B hat in dem Moment unmittelbar angesetzt, als sie K allein zurückließ und den Abstieg ohne ihn fortsetzte.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Es liegen keine Rechtfertigungs-, Entschuldigungs-, oder Schuldausschließungsgründe vor. B handelte daher rechtswidrig und schuldhaft.

4. Persönlicher Strafausschließungsgrund: Rücktritt, § 24 Abs. 1 StGB

Möglicherweise ist B gem. § 24 Abs. 1 StGB strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten, indem sie sich einige Stunden nach ihrer Ankunft im Camp doch noch einmal auf die Suche nach K machte.

¹⁷ Ebenfalls vertretbar wäre es, diesen Zeitpunkt der unmittelbaren Gefahr erst dann anzunehmen, als B nach einer Stunde überlegt, umzudrehen, sich dann aber dagegen entscheidet.

¹⁸ Guter Überblick bei *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 22 Rn. 56 ff.

¹⁹ *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 146.

²⁰ *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 147.

a) Kein fehlgeschlagener Versuch

Der Versuch dürfte nicht bereits fehlgeschlagen sein. Ein fehlgeschlagener Versuch liegt vor, wenn der Täter erkennt, dass er den Taterfolg mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht bzw. zumindest nicht ohne zeitliche Zäsur herbeiführen kann.²¹ Es kommt auch hier auf die subjektive Vorstellung des Täters an.

Im Fall eines versuchten Unterlassungsdelikts führt der Täter den Erfolg gerade nicht aktiv herbei; insofern ist es geeigneter, darauf abzustellen, ob der Täter den Erfolgseintritt noch für möglich hält. B ging davon aus, dass K sich noch immer irgendwo am Berg befindet, und hoffte, ihn noch lebend zu finden. Demnach war ein Erfolgseintritt in ihrer Vorstellung noch möglich und der Versuch nicht fehlgeschlagen.

b) Geeignete Rücktrittshandlung**a) Vollendungsverhinderung, § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB**

Nach § 24 Abs. 1 S. 1 StGB müsste der Täter die weitere Ausführung der Tat aufgeben oder die Vollendung verhindern. Da die vorwerfbare Handlung beim Unterlassungsdelikt aber gerade in der Nichtvornahme besteht, kann ein wirksamer Rücktritt in aller Regel²² nur durch die aktive Vornahme der gebotenen Handlung geschehen.

Eine Vollendungsverhinderung setzt voraus, dass der Täter eine neue Kausalkette in Gang setzt, die für die Nichtvollendung der Tat jedenfalls mitursächlich wird.²³ Hier ergriff B zwar letztlich noch Suchmaßnahmen, diese waren aber erfolglos. K schaffte es aus eigener Kraft und ohne Zutun der B zurück ins Camp, sodass eine Vollendungsverhinderung ausscheidet.

b) Freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, § 24 Abs. 1 S. 2 StGB

Möglicherweise ist B wirksam vom Versuch zurückgetreten, indem sie sich freiwillig und ernsthaft bemüht hat, die Vollendung zu verhindern, § 24 Abs. 1 S. 2 StGB.

(1) Freiwilligkeit

Nach heute herrschender Meinung geschieht ein Rücktritt freiwillig, wenn dieser aus autonomen Gründen erfolgt.²⁴ Darunter sind Gründe zu verstehen, die dem Willen des Täters entspringen und nicht aus einer inneren oder äußeren Zwangslage herrühren, also etwa Reue, Scham, Mitleid. Im Gegensatz dazu liegt eine unfreiwillige Handlung vor, wenn heteronome Gründe ausschlaggebend sind, also solche, die vom Willen des Täters unabhängig sind. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn die Entdeckung der Tat ernsthaft droht oder sich das Opfer so stark wehrt, dass der Täter selbst Verletzungen befürchtet.

B wurde zuletzt von ihrem schlechten Gewissen geplagt. Dies ist ein autonomer Grund, sodass ihre Bemühungen freiwillig waren.

(2) Ernsthaftes Bemühen

Fraglich ist allerdings, welche Anforderungen an das ernsthafte Bemühen gestellt werden.

²¹ Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 1014 m.w.N.

²² Ausführlich hierzu Engländer, *JZ* 2012, 130.

²³ BGH NJW 2018, 2908 (2909); BGH NJW 1986, 73 (74).

²⁴ Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 1071 ff. m.w.N.

Einerseits könnte man, ähnlich wie bei § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB, jedes Verhalten ausreichen lassen, durch das aus Sicht des Täters eine neue Kausalkette in Gang gesetzt worden wäre und das für die Nichtvollendung der Tat hätte (mit-)ursächlich werden können.²⁵ Ausgeschlossen wären demnach nur solche Bemühungen, die lediglich zum Schein erfolgen bzw. aus Sicht des Täters zur Abwendung des Erfolgs ungeeignet sind. Dieser Ansicht folgend wäre es hier ausreichend gewesen, dass B sich noch einmal auf die Suche nach K machte, da aus ihrer Sicht die Hoffnung bestand, ihn noch lebend vorzufinden.

Darüberhinausgehend könnte man aber verlangen, dass der Täter alles tut, was in seinen Kräften steht und nach seiner Überzeugung zur Erfolgsabwendung erforderlich ist, und sich um die bestmögliche Rettungsmaßnahme bemüht.²⁶ Demnach wären die Bemühungen von B wohl nicht ausreichend gewesen. Anstatt sich nach der Ankunft im Camp noch einige Stunden auszuruhen, hätte sie sich auch sofort auf die Suche machen können, um insbesondere die besseren Lichtverhältnisse noch zu nutzen. Sollte sie dazu aufgrund ihrer körperlichen Verfassung tatsächlich nicht in der Lage gewesen sein, hätte sie auch die anderen im Camp anwesenden Bergsteiger informieren und diese bitten können, nach K zu suchen. Auch als sie sich später noch einmal auf die Suche nach K begab, hätte sie die anderen anwesenden Bergsteiger mit einbeziehen und sich gemeinsam mit diesen auf die Suche machen können. So hätte man einen größeren Suchradius erreichen und ggf. Bergungsmaßnahmen effektiver umsetzen können. Dieser Ansicht zufolge hätte sich B daher nicht ernsthaft bemüht.

Für die erste Ansicht spricht, dass deren Anforderungen an das ernsthafte Bemühen jenen der Vollendungsverhinderung bei § 24 Abs. 1 StGB entsprechen. Beide Varianten unterscheidet letztlich nur das Erfordernis des Erfolgs der Rettungshandlung; die Anforderungen an die Bemühungen müssten jedoch dieselben wie an ein die Tatvollendung tatsächlich verhinderndes Verhalten sein.²⁷ Auch aus Gründen des Opferschutzes ist das Vornehmen irgendeiner Rettungsmaßnahme besser als gar keine.

Für die zweite Ansicht spricht jedoch, dass es an einem honorierungswürdigen Verhalten fehlt, wenn der Täter nur halbherzige Rettungshandlungen vornimmt, die dann nicht einmal kausal für das Ausbleiben des Taterfolgs werden. Insofern ist es durchaus gerechtfertigt, das Fehlen dieser Kausalität durch strengere Anforderungen an die Rücktrittshandlung auszugleichen, was im Übrigen auch der Wortlaut der Vorschrift verlangt.²⁸ Die Formulierung des „ernsthafte Bemühens“ lässt auf erhöhte Anforderungen an das Rücktrittsverhalten schließen.²⁹ Die erste Ansicht kann daher nicht überzeugen.

Im Ergebnis hat sich B daher nicht ernsthaft um die Verhinderung der Vollendung bemüht. Sie ist nicht wirksam vom Versuch zurückgetreten.

5. Ergebnis

B hat sich des versuchten Totschlags durch Unterlassen schuldig gemacht, §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB.

²⁵ Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 143 m.w.N.

²⁶ BGH NJW 2018, 2908 (2909); BGH NStZ 2008, 508 (509).

²⁷ Vgl. BGHSt 31, 46 = NJW 1982, 2263.

²⁸ Hoven, JuS 2013, 403 (405 f.).

²⁹ Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 144.

II. Strafbarkeit gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 13 Abs. 1 StGB

B könnte sich der gefährlichen Körperverletzung durch Unterlassen nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 13 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem sie K geschwächt und ohne Sauerstoffreserve auf dem Mount Everest zurückließ.

1. Objektiver Tatbestand des Grunddelikts, § 223 Abs. 1 StGB

a) Tatverhalten

B müsste K körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben, § 223 Abs. 1 StGB.

Eine körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt.³⁰ Eine Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen negativ abweichenden (krankhaften) Zustands.³¹

Zwar wirkte B nicht aktiv auf den Körper oder die Gesundheit von K ein, allerdings unterließ sie es, ihm Sauerstoff zuzuführen und ihn beim Abstieg zu unterstützen, obwohl sie dazu in der Lage und als Garantin auch dazu verpflichtet gewesen wäre (siehe dazu bereits oben).

Dadurch setzte sie den K extremen Wetterverhältnissen (extreme Kälte, Wind, ggf. Schneefall) und einem akuten Sauerstoffmangel aus. Letzterer erschwert nicht nur das Atmen, sondern führt langfristig auch zu Hirnschädigungen und dem Tod. Erfrierungen an Gliedmaßen sind schmerzhaft und stellen einen krankhaften Zustand dar.

Somit hat B den K sowohl körperlich misshandelt als auch an der Gesundheit geschädigt.

b) „Quasi-Kausalität“ und objektive Zurechnung

Hätte B die erforderlichen Rettungsmaßnahmen eingeleitet, hätte K nicht länger als bis zum Erreichen des Camps nötig die extreme Kälte und den Sauerstoffmangel ertragen müssen. Auch zu den Erfrierungen an den Zehen wäre es mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht gekommen (sog. „Quasi-Kausalität“). Der Erfolg ist B außerdem objektiv zurechenbar.

2. Objektiver Tatbestand der Qualifikation, § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Möglicherweise hat B die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen, § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Fraglich ist, welchen Grad die Lebensgefahr erreichen muss.

Die herrschende Meinung verlangt, dass die Art der Behandlung nach den Umständen des Einzelfalls objektiv generell geeignet sein muss, das Opfer in Lebensgefahr zu versetzen.³² Demnach wäre der Tatbestand hier erfüllt, da ein Aufenthalt auf dem Mount Everest ohne ausreichend Sauerstoff und bei schlechter körperlicher Verfassung durchaus zum Tod führen kann.

Demgegenüber könnte man auch eine konkrete Lebensgefahr verlangen.³³ Eine solche läge vor, wenn der Erfolgseintritt bereits so „nahe“ ist, dass dessen Ausbleiben nur noch vom Zufall abhängt.³⁴

³⁰ BGHSt 14, 269 = NJW 1960, 1477 (1478).

³¹ Eschelbach, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 223 Rn. 24.

³² BGH NStZ 2004, 618; BGH NStZ-RR 2010, 176 (177).

³³ Ausführlich hierzu *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 224 Rn. 1b.

³⁴ Vgl. Eschelbach, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 315c Rn. 57.

Auch nach dieser Ansicht wäre der Tatbestand hier erfüllt, da die Überlebenschancen für K bei den gegebenen Umständen so gering waren, dass sein Überleben tatsächlich an ein Wunder grenzt.

Beide Ansichten kommen hier zum selben Ergebnis, sodass ein Streitentscheid nicht erforderlich ist. B hat die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen.

3. Subjektiver Tatbestand

B müsste vorsätzlich sowohl bezüglich des Grunddelikts als auch bezüglich der Qualifikation gehandelt haben.

Sie handelte jedenfalls vorsätzlich in Bezug auf die Tötung des K (siehe oben). Fraglich ist, ob sich dieser Vorsatz auch auf die Körperverletzung bezieht, obwohl sich B diese nicht explizit vorgestellt hat.

Das Reichsgericht war 1927 der Ansicht, Tötungs- und Körperverletzungsvorsatz schlossen sich begrifflich aus.³⁵ Demnach hätte K in Bezug auf die (gefährliche) Körperverletzung nicht vorsätzlich handeln können. Diese Ansicht ist mittlerweile jedoch überholt. Die herrschende Meinung betrachtet die Körperverletzung als notwendiges Durchgangsstadium zur Tötung.³⁶ In jedem Tötungsvorsatz sei daher auch ein Körperverletzungsvorsatz enthalten. Demnach wäre hier der Vorsatz auch in Bezug auf die (gefährliche) Körperverletzung zu bejahen.

Gegen die erstgenannte Ansicht spricht, dass diese einen einheitlichen Lebensvorgang künstlich auseinanderreißen würde. Sie würde außerdem oft zu sachwidrigen Ergebnissen führen: In Fällen, in denen der Täter vom versuchten Tötungsdelikt wirksam zurücktritt, wäre eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Körperverletzung nicht möglich. Diese Ansicht ist daher abzulehnen.

B handelte auch in Bezug auf die (gefährliche) Körperverletzung vorsätzlich.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

Es liegen keine Rechtfertigungs-, Entschuldigungs-, oder Schuldausschließungsgründe vor. B handelte daher rechtswidrig und schuldhaft.

5. Ergebnis

B hat sich wegen gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht.

III. Konkurrenzen und Gesamtergebnis

§ 223 StGB wird im Wege der Spezialität von § 224 StGB verdrängt. Der Unrechtsgehalt des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB verdrängt den (lediglich) versuchten Totschlag nicht, sondern steht mit diesem in Tateinheit.³⁷ Durch diese Klarstellung sollen die Folgen des Tötungsversuchs zum Ausdruck gebracht werden.³⁸

Somit hat B sich wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1; 52 Abs. 1; 224 Abs. 1 Nr. 5, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

³⁵ So jedenfalls in RGSt 61, 375.

³⁶ BGHSt 35, 305 = NJW 1989, 596 (597); Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 211 Rn. 107 m.w.N.

³⁷ Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 212 Rn. 23.

³⁸ Schneider, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 212 Rn. 120.

B. Strafbarkeit der E

I. Strafbarkeit gem. § 223 Abs. 1 StGB

E könnte sich wegen Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie H aus dem Weg schubste und diese sich das Handgelenk brach.

1. Objektiver Tatbestand

E müsste H körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben, vgl. oben.

Anmerkung: Sofern die Begriffe bereits oben definiert wurden, kann eine Wiederholung der Definitionen unterbleiben.

Eine andere Person derart zu schubsen, dass diese zu Boden stürzt und sich das Handgelenk bricht, stellt eine unangemessene Behandlung dar und verursacht erhebliche Schmerzen. Gebrochene Knochen weichen außerdem vom Normalzustand des menschlichen Körpers ab. Somit hat E die H körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt.

Der Stoß der E war auch kausal für den Eintritt des Erfolgs. Fraglich ist, ob der Erfolg der E auch objektiv zurechenbar ist.

Möglicherweise fehlt es hier an der Schaffung einer Gefahr, immerhin wollte E nur verhindern, dass sich eine andere Gefahr verwirklicht und H durch den herabstürzenden Eisblock erschlagen wird. Allerdings hat sie durch den Stoß ein ganz neues, eigenständiges Risiko geschaffen, welches sich dann auch im konkreten Erfolg realisiert hat.³⁹ Der Erfolg ist E daher objektiv zurechenbar.

2. Subjektiver Tatbestand

E müsste auch vorsätzlich gehandelt haben.

Zwar kam es ihr nicht darauf an, H zu verletzen, allerdings wird man bei einer lebensnahen Sachverhaltsauslegung davon ausgehen können, dass E zumindest leichte Körperverletzungen billigend in Kauf nahm, um H außer Lebensgefahr zu bringen, sodass sie jedenfalls mit dolus eventualis handelte.

3. Rechtswidrigkeit

Das Handeln der E könnte aber gerechtfertigt sein.

a) Nothilfe, § 32 StGB

Eine Rechtfertigung nach § 32 Abs. 1 StGB setzt gem. Abs. 2 einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff voraus. Bei einem Angriff handelt es sich allerdings um eine von einem Menschen ausgehende

³⁹ Davon zu unterscheiden ist der Fall, in dem der Handelnde ein bestehendes Risiko abschwächt, ohne dabei ein neues Risiko zu schaffen. Das wäre hier der Fall gewesen, wenn E die H so zur Seite geschubst hätte, dass der Eisblock sie nicht mehr mit voller Wucht, sondern nur noch leicht am Arm getroffen hätte. Siehe zur Abgrenzung Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 13 Rn. 56 ff. sowie Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 291 ff.

drohende Verletzung,⁴⁰ sodass hier kein Angriff vorlag.

b) Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB

Es müsste eine gegenwärtige Gefahr vorgelegen haben. Unter einer Gefahr wird ein Zustand verstanden, in dem aufgrund tatsächlicher Umstände bei natürlicher Weiterentwicklung des Geschehens die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines schädigenden Ereignisses besteht.⁴¹ Gegenwärtig ist die Gefahr dann, wenn sich die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nach dem objektiven Urteil eines sachkundigen Beobachters aus der ex-ante-Sicht so verdichtet hat, dass bei natürlicher Weiterentwicklung der Dinge der Eintritt eines Schadens sicher oder doch höchst wahrscheinlich ist.⁴²

H drohte jeden Moment von einem herabstürzenden Eisblock erschlagen zu werden, sodass hier der Eintritt eines Schadens für ihr Leben höchst wahrscheinlich war.

Da H den Warnruf der E nicht hören konnte, war die Gefahr auch nicht mehr anders als durch den beherzten Sprung und Schubser abwendbar.

Somit war das Handeln der E gem. § 34 StGB gerechtfertigt.

c) Mutmaßliche Einwilligung⁴³

Das Eingreifen der E dürfte auch infolge einer mutmaßlichen Einwilligung gerechtfertigt sein. Es ist jedenfalls davon auszugehen, dass die Rettung vor einer tödlichen Gefahr grds. im Interesse des Geretteten ist.

4. Ergebnis

E hat sich nicht strafbar gemacht.

⁴⁰ Vgl. *Momsen/Savic*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 32 Rn. 17.

⁴¹ *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 19 Rn. 9.

⁴² *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 19 Rn. 12.

⁴³ Siehe hierzu *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 585 ff.

Fortgeschrittenenhausarbeit: Der große Wurf

*Ref. iur. Nicolai Bülte, Ref. iur. Jonathan Kuchinke, Marburg**

Sachverhalt

Die in Kehl (Deutschland) lebende J ist eng mit der in Straßburg (Frankreich) lebenden F befreundet. Eines Abends, als J vom Einkaufen kommt, läuft sie an der östlichen (deutschen) Rheinseite entlang, stolz auf ihren neuen Distanztaser. Den hatte sie vormittags erworben, als sie mit F unterwegs war. J hatte ihn auf Anraten der F gekauft, die gemeint hatte, sie fühle sich viel sicherer, seit sie einen besitze.

Auf dem Spaziergang sieht J, wie F nun auf der anderen (französischen) Flussseite entlang rennt, augenscheinlich von D verfolgt. Dabei erkennt J, weil das schon öfter passiert ist, dass F eine ihrer Lieblingsmasken abgezogen hat: Sie hat sich mit D zum Drogenkauf im Park getroffen und ist mit den Drogen weggelaufen, nachdem D ihr diese kurz zum „Begutachten“ überlassen hatte – natürlich, ohne diese zu bezahlen. Um schneller flüchten zu können, hat F die Drogen in ihre Tasche gesteckt. Dieses Vorgehen funktioniert in der Regel, weil F eine herausragende Läuferin ist. In diesem Fall macht D aber auf F „Boden gut“ und ist kurz davor, diese zu erreichen. J, die die Masche der F selbst ablehnt und auch keine Drogen konsumiert, möchte F trotzdem helfen. Ein eigenes Interesse an den Drogen hat J nicht. Daher ruft sie ihr „Wirf rüber!“ zu. F reagiert schnell und wirft die Drogen auf eine Brücke, die Deutschland und Frankreich verbindet, wo sie auf der deutschen Seite zum Liegen kommen.

J sammelt das Päckchen, eine Drei-Liter-Plastiktüte, auf und macht sich schnell davon. Die Drogen will sie am nächsten Tag F zurückgeben, damit diese sie – wie üblich – weiterverkaufen kann. Auch F rennt weiter – ihre Drogen wähnt sie in Sicherheit, weil sie davon ausgeht, dass J ihren neuen Taser dabei hat. F selbst hat ihren zu Hause vergessen. D, durch den Wurf irritiert, zögert kurz, wem er nacheilen solle, und entschließt sich dann, F weiter zu verfolgen, kann sie aber nicht mehr einholen.

Am Folgetag überlegt sich J, die Drogen nicht wie ursprünglich geplant an F zurückzugeben. Um F einen Gefallen zu tun, möchte sie die Drogen vielmehr selbst verkaufen und F den Verkaufserlös geben. Deswegen schreibt sie F eine kurze Nachricht, die diese mit einem „Sehr gern!“ beantwortet.

Wie J festgestellt hat, handelt es sich bei den Drogen um Fentanyl-Tabletten, ein erlaubnispflichtiges Opioid. Ein entfernter Bekannter von ihr, B, leidet aufgrund einer Krebserkrankung an starken chronischen Schmerzen. Diesem verkauft J das Schmerzmittel mit der Behauptung, sie habe es legal aus einer Apotheke erworben. B zweifelt kurz an der Geschichte, denkt sich dann aber, dass schon alles in Ordnung sei, und zahlt J 100 € für die Drogen, was dem Marktpreis entspricht.

T, eine Freundin von D, die auch schon von F – auf die gleiche Weise – reingelegt wurde, hat die ganze Geschichte um die Drogen mitbekommen und möchte nun für D und sich selbst Rache nehmen. T, die sich über Foren schlau gemacht hat, wie man eine Straftat besonders klug begeht, will F abends nach deren Fußball-Training mit ihrem Auto überfahren. Um eine möglichst milde Strafe zu

* Die Autoren sind derzeit Rechtsreferendare am Landgericht Marburg. Der Sachverhalt basiert auf einer Hausarbeit, die an der Philipps-Universität Marburg im Wintersemester 2022/23 in der Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene gestellt wurde. Der Notendurchschnitt lag bei 6,3 Punkten, die Durchfallquote bei 12,6 %. Die Autoren bedanken sich bei Prof. Dr. Stefanie Bock für die wertvollen Anmerkungen und Hinweise.

erhalten, will sie sich vor der Tat im Vereinsheim zunächst ausreichend betrinken, um in den Zustand der Schuldunfähigkeit zu geraten. Diesem Plan entsprechend sitzt T mit 3,6 Promille Blutalkohol in ihrem Auto. Nachdem das Training der F beendet ist, fährt sie vom Parkplatz auf die Straße. Dort meint sie, F zu erkennen, die gerade über den Zebrastreifen laufen will. T gibt Gas und erwischt die Person. Dabei handelt es sich entgegen Ts Vorstellung aber nicht um F, sondern um eine Mitspielerin, die M, die F sehr ähnlich sieht und zudem das gleiche Mannschaftstrikot trägt. M verstirbt noch am Tatort infolge schwerer innerer Verletzungen.

Im Rahmen der Ermittlungen bzgl. des Autounfalls wird auch F vernommen, zunächst als Zeugin. Dabei macht sie Angaben, die sowohl sie selbst als auch J bzgl. der Ereignisse an der Brücke belasten. Eine Belehrung durch die Vernehmungspersonen erfolgt zu keinem Zeitpunkt, weder nach § 55 StPO noch nach anderen Vorschriften.

Nach der Aussage beschleicht F ein mulmiges Gefühl, weswegen sie von der Bildfläche verschwindet. Ermittlungen ergeben später, dass sie sich ins außereuropäische Ausland abgesetzt hat; ihr Aufenthaltsort ist nicht mehr zu ermitteln. Die zuständige Staatsanwaltschaft entschließt sich daher, J separat anzuklagen.

Aufgabe

Prüfen Sie die Strafbarkeit von J und T nach dem StGB. Gehen Sie dabei – ggf. hilfsgutachtlich – auf alle in Betracht kommenden Aspekte ein. § 211 StGB ist nicht zu prüfen. Gehen Sie davon aus, dass sich T, als sie M überfuhr, trunkenheitsbedingt im Zustand absoluter Schuldunfähigkeit befand.

Zusatzfrage

Kann die von F während der Vernehmung gemachte Aussage im Verfahren gegen J eingeführt werden?

Lösungsvorschlag

Erster Tatkomplex: Geschehen an der Brücke (Strafbarkeit der J)	202
I. §§ 263 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB durch Einsammeln des Päckchens	202
1. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts	202
2. Tatbestand.....	203
a) Täuschung	203
b) Irrtum	203
c) Vermögensverfügung	203
aa) Vermögensgegenstand	203
bb) Abgrenzung (Sach-)Betrug vom (Trick-)Diebstahl	204
II. §§ 242 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB durch die gleiche Handlung	205
1. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts	205
2. Tatbestand.....	205
a) Vorliegen einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat	206
aa) Tatbestand der Haupttat	206

(1) Bewegliche Sache.....	206
(2) Fremdheit des Fentanyls.....	206
(3) Wegnahme.....	207
(4) Vorsatz.....	207
(5) Absicht rechtswidriger Zueignung.....	207
(a) Enteignungsvorsatz.....	207
(b) Aneignungsabsicht.....	207
(c) Rechtswidrigkeit der angestrebten Zueignung.....	207
bb) Rechtswidrigkeit der Haupttat.....	208
b) Hilfe leisten.....	208
aa) Ablehnung der sukzessiven Beihilfe.....	208
bb) Akzeptanz der sukzessiven Beihilfe.....	208
cc) Differenzierende Betrachtung nach Möglichkeiten einer Aufrecht- erhaltung des Angriffs auf das betroffene Rechtsgut.....	208
dd) Streitentscheid.....	209
c) Vorsatz.....	210
3. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	210
4. Ergebnis.....	210
III. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1, 27 Abs. 1 StGB durch die gleiche Handlung.....	210
1. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts.....	210
2. Tatbestand.....	210
a) Vorliegen einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat.....	210
aa) Vorliegen des Grunddelikts.....	210
bb) Beisichführen einer Waffe, § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1 StGB durch einen Beteiligten.....	211
cc) Vorsatz der F.....	212
dd) Rechtswidrigkeit.....	212
b) Hilfeleisten durch J.....	212
c) Vorsatz.....	212
3. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	212
4. Ergebnis.....	212
IV. § 246 Abs. 1 StGB durch Aufheben und Davonlaufen mit den Drogen.....	212
1. Tatbestand.....	212
2. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	212

3. § 246 Abs. 1 Hs. 2 StGB.....	212
V. § 259 Abs. 1 Var. 2 StGB durch Einsammeln der Drogen	213
1. Tatbestand.....	213
a) Objektiver Tatbestand.....	213
aa) Sache.....	213
bb) Die ein anderer gestohlen hat	213
cc) Sich-Verschaffen	214
b) Zwischenergebnis.....	214
2. Ergebnis	214
Zweiter Tatkomplex: Verkauf der Drogen (Strafbarkeit der J)	214
I. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zum Nachteil des B durch Anbieten und Behauptung, die Drogen legal erworben zu haben	214
1. Tatbestand.....	215
a) Objektiver Tatbestand.....	215
aa) Täuschung.....	215
bb) Irrtum.....	215
cc) Vermögensverfügung.....	215
dd) Vermögensschaden	216
2. Ergebnis	216
II. § 259 Abs. 1 StGB durch Verkauf der Drogen	216
1. Tatbestand.....	216
a) Objektiver Tatbestand.....	216
aa) Taugliches Tatobjekt	216
bb) Abgesetzt.....	217
b) Subjektiver Tatbestand: Vorsatz und Drittbereicherungsabsicht	217
2. Ergebnis	217
III. § 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB durch Verkauf der Drogen	218
1. Tatbestand.....	218
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	218
3. § 261 Abs. 5 StGB	218
4. Ergebnis	218
IV. § 246 Abs. 1 StGB durch Verkauf der Drogen	218
Dritter Tatkomplex: Geschehen am Vereinsheim (Strafbarkeit der T)	219
I. § 212 Abs. 1 StGB zum Nachteil der M durch das Überfahren.....	219
1. Tatbestand.....	219

a) Tötung einer anderen Person	219
b) Vorsatz	219
2. Rechtswidrigkeit.....	219
3. Schuld	220
II. § 212 Abs. 1 StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. durch das Sich-Betrinken.....	220
1. Verfassungsmäßigkeit der a.l.i.c.	220
a) Verfassungswidrigkeit der a.l.i.c.	220
b) Ausnahmemodell	220
c) Ausdehnungsmodell	220
d) Tatbestandsmodell	220
e) Streitentscheid	221
2. Voraussetzungen der a.l.i.c.	221
a) Doppelvorsatz.....	221
b) Error in persona in der a.l.i.c.	222
aa) Die Behandlung der aberratio ictus	222
(1) Gleichbehandlung der aberratio ictus mit dem error in persona (Gleichwertigkeitstheorie)	222
(2) Beachtlichkeit nach allgemeinen Grundsätzen für Kausalverlaufsabweichungen.....	222
(3) Individualisierungsthese.....	222
(4) Streitentscheid	222
c) Behandlung des error in persona in der a.l.i.c.....	223
aa) Abstellen auf schuldunfähige T	223
bb) Abstellen auf schuldfähige T.....	223
cc) Individualisierungsrisiko	223
dd) Streitentscheid.....	223
III. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. durch das Sich- Betrinken	224
1. Vorprüfung.....	224
2. Tatentschluss.....	224
3. Unmittelbares Ansetzen	224
4. Rechtswidrigkeit.....	225
5. Schuld	225
6. Kein Rücktritt.....	225
7. Ergebnis	225

IV. § 222 StGB durch das Sich-Betrinken zum Nachteil M	225
1. Tatbestand.....	225
a) Erfolg und Kausalität.....	225
b) Objektive Sorgfaltswidrigkeit	225
c) Objektive Zurechnung.....	226
2. Rechtswidrigkeit.....	226
3. Schuld	226
V. § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit .a StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. durch das Sich-Betrinken	226
VI. § 323a StGB durch das Sich-Betrinken	226
1. Tatbestand.....	226
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	226
3. Begehung einer Straftat im Rauschzustand	227
Konkurrenzen und Gesamtergebnis	227
Zusatzfrage	227

Erster Tatkomplex: Geschehen an der Brücke (Strafbarkeit der J)

I. §§ 263 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB durch Einsammeln des Päckchens

Hinweis: Es wäre genauso vertretbar gewesen, direkt mit der Prüfung der §§ 242 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB einzusteigen und die Abgrenzung zur Betrugsbeihilfe im Rahmen der Wegnahme zu prüfen. Dies spart in Klausuren Zeit und in Hausarbeiten Platz, kann unter Umständen aber Probleme abschneiden, die nur im Betrug zu thematisieren wären. Im Sinne einer übersichtlichen Darstellung wurde sich hier für die getrennte Prüfung entschieden. Dies dient auch der gedanklichen „Abschichtung“ und kann die Prüfung für Studierende erleichtern.

Indem J nach der Kommunikation mit F das Päckchen mit den Drogen eingesammelt hat, kann sie sich wegen Beihilfe zum Betrug gem. §§ 263 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts

Dies setzt zunächst die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts voraus. Nach § 3 StGB gilt im Grundsatz das Territorialitätsprinzip. Demnach ist deutsches Strafrecht anwendbar, wenn die Tat auf deutschem Hoheitsgebiet begangen wurde. Die mögliche Haupttäterin – F – handelte in Frankreich. Gem. § 9 Abs. 2 S. 1 StGB ist eine Teilnahme aber auch an dem Ort begangen, an dem der Teilnehmer gehandelt hat. J selbst handelte in Deutschland, somit ist deutsches Strafrecht anwendbar.

Hinweis: Die Frage, an welcher Stelle die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts geprüft wird, kann durchaus unterschiedlich beantwortet werden – dies auch in Abhängigkeit davon, welche Strafnorm konkret geprüft wird, weil die Frage tatbestandsspezifisch und nicht für das gesamte deutsche Straf-

recht zu beantworten ist. Zu möglichen Aufbauten siehe z.B. die Fallbesprechungen bei *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, insb. Fälle 5 (dort Rn. 109 ff.), 12 (dort Rn. 9 ff.) und 17 (dort Rn. 21 ff.).

2. Tatbestand

J muss zu einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat Hilfe geleistet haben. In Betracht kommt hier ein Betrug der F gegenüber und zum Nachteil des D gem. § 263 Abs. 1 StGB.

a) Täuschung

Dies setzt eine Täuschung durch F voraus. Täuschung ist ein Verhalten, durch das im Wege der Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen eine Fehlvorstellung über Tatsachen erzeugt wird.¹ Tatsachen sind Zustände oder Geschehnisse der Gegenwart oder Vergangenheit, die dem Beweis zugänglich sind.² F gab D gegenüber vor, die Drogen „begutachten“ zu wollen. Damit erklärte sie jedenfalls konkludent, eine Kaufabsicht zu haben und dass ihre Entscheidung von Art und Güte der Drogen abhinge. Dabei wollte F die Drogen nicht kaufen, sondern mit ihnen davonrennen, sobald sie sie in der Hand hatte. Sie täuschte also.

b) Irrtum

In der Folge der Täuschung muss D geirrt haben,³ also einer Fehlvorstellung über Tatsachen erlegen sein. Er glaubte an die Kaufabsicht der F, irrte also aufgrund der Täuschung über diese (innere) Tatsache.

c) Vermögensverfügung

Aufgrund dieses Irrtums muss D eine Vermögensverfügung vorgenommen haben. Hierunter versteht man jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.⁴

aa) Vermögensgegenstand

Fraglich ist, ob die Übergabe des Fentanyls zur vermeintlichen Überprüfung eine Vermögensverfügung darstellt. Dabei ist schon fraglich, ob es sich bei dem Stoff um eine rechtlich anzuerkennende Vermögensposition handelt. Fentanyl unterliegt gem. § 1 Abs. 1 BtMG i.V.m. Anlage III BtMG der Erlaubnispflicht und ist daher grundsätzlich nicht verkehrsfähig. Eigentum daran kann wegen § 134 BGB i.V.m. § 3 Abs. 1 BtMG i.V.m. Anlage III BtMG nicht ohne Erlaubnis rechtsgeschäftlich übertragen werden.⁵ Es ist fraglich, ob die Drogen zum geschützten Vermögen gehören und eine etwaige Verfügung überhaupt vermögensmindernd wirkt.

¹ Zur Definition der Täuschung *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 6.

² Zur Definition von Tatsachen *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 8.

³ Zum Kausalitätserfordernis *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 263 Rn. 69.

⁴ Zur Definition der Vermögensverfügung *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 55.

⁵ *Ođlakciođlu*, in: MüKo-StGB, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, BtMG § 3 Rn. 6.

Man könnte erwägen, dass im Sinne der Einheit der Rechtsordnung allein solche wirtschaftlichen Werte als Teil des Vermögens anzusehen sind, die nicht durch die Zivilrechtsordnung missbilligt werden.⁶ Die über § 903 BGB gewährten Rechte aus dem Eigentum werden über § 29 BtMG fast vollständig entzogen. Das Eigentum verkomme in solchen Fällen zu einer leeren Begriffshülse,⁷ weswegen ein strafrechtlicher Schutz nicht in Betracht komme. Das Fentanyl wäre demnach kein geschützter Vermögensgegenstand.

Etwas anderes ergäbe sich aber dann, wenn man jede Position, der ein wirtschaftlicher Wert zukommt, zum strafrechtlich geschützten Vermögen zählte.⁸ Jedenfalls der Besitz der Drogen wäre damit als Vermögensbestandteil geschützt.

Für erstere Ansicht spricht, dass sich das Strafrecht – wenn es den Besitz am Fentanyl zum schutzwürdigen Vermögen zählte – angesichts der §§ 134, 138, 817 BGB in Widerspruch zur Zivilrechtsordnung und mit Blick auf § 29 BtMG zu Teilen der Strafrechtsordnung begeben und damit die Einheit der Rechtsordnung gefährden würde.⁹ Allerdings würde durch eine juristische Restriktion des Vermögensbegriffs rechtsfreie Räume im Ganovenumfeld geschaffen. Aus einem missbilligten Opferverhalten eine Verwirkung des Vermögensschutzes, auf den das Strafrecht allein abzielt, zu folgern, überzeugt auch mit Blick auf das gleichwertig verteilte Unrecht nicht.¹⁰ Kriminalpolitisch erscheint es sinnvoll, dass auch betrügerische Verhaltensweisen strafrechtlich geahndet werden können, die sich gegen illegitim handelnde Personen richten.¹¹

Damit ist davon auszugehen, dass es sich bei dem Besitz an dem Fentanyl um eine geschützte Vermögensposition handelt.

Anmerkung: Typischerweise wird in diesem Zusammenhang ebenfalls darauf abgestellt, dass auch das Zivilrecht den unrechtmäßigen Besitz unter einen gewissen Schutz stellt (§§ 858 ff. BGB) und damit gar nicht in der von dem juristisch-ökonomischen Verständnis postulierten Eindeutigkeit missbilligte Besitzpositionen rechtlos stelle.¹² Ob dieses Argument auch im vorliegenden Fall weiterhilft, ist allerdings fraglich. Dies wäre nur dann der Fall, wenn § 859 BGB auch greift, wenn der konkrete Besitz bei Strafe verboten ist (was sich durchaus bezweifeln lässt).

Hinweis: Seitenweise Ausführungen wären bei diesem Standardstreit nicht angebracht. Es wird lediglich erwartet, dass das Problem erkannt und die Ansichten samt einiger Argumente genannt werden.

bb) Abgrenzung (Sach-)Betrug vom (Trick-)Diebstahl

Darüber hinaus ist zu fragen, ob eine Verfügung vorliegt. Dieses Merkmal dient auch dazu, in Fällen der Übergabe von Sachen – wie hier – den (Sach-)Betrug vom (Trick-)Diebstahl abzugrenzen, die in einem Exklusivitätsverhältnis zueinanderstehen.¹³ Entscheidend ist dabei, zu welchem Zeitpunkt der

⁶ Zum juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff siehe *Schilling*, NStZ 2018, 316 (316 f.).

⁷ *Ernst*, NStZ 1991, 520 (521); *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 17.

⁸ Zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 563.

⁹ *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 92.

¹⁰ *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 569.

¹¹ BGH NStZ-RR 2017, 44; BGH NStZ-RR 2017, 112 (112 f.).

¹² *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 13 Rn. 162.

¹³ *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 263 Rn. 84.

Gewahrsam übergeht. Dieser Zeitpunkt ist der Anknüpfungspunkt für die nachgelagerte Frage, ob der Gewahrsamswechsel ohne den Willen (Gewahrsamsbruch) oder mit dem Willen des Opfers (Verfügung) erfolgte. Dabei ist Gewahrsam die tatsächliche Herrschaftsgewalt über eine Sache, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen ist und deren Reichweite sich durch die Verkehrsanschauung bestimmt.¹⁴

Ursprünglich hatte D Gewahrsam. Diesen müsste F aufgehoben und neuen begründet haben. Neuer Gewahrsam ist begründet, wenn der Täter die Sachherrschaft derart erlangt hat, dass er sie ohne Behinderung durch den bisherigen Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits nicht mehr über die Sache verfügen kann, ohne den Gewahrsam des Täters zu beseitigen.¹⁵ Dies geschah mit dem Weglaufen; spätestens mit dem Einstecken, also dem Verbringen in die höchstpersönliche Sphäre, wurde D der Zugriff in hinreichender Weise entzogen. D hätte erst seinerseits die Verfügungsgewalt der F erst wieder brechen müssen.

Fragen lässt sich aber, ob ein Gewahrsamswechsel nicht schon stattfand, als D der F die Drogen zur Inspektion übergab. Denn diese Übergabe erfolgte mit dem Willen des D, war also möglicherweise eine Verfügung. Nach der Verkehrsauffassung wird bei der Übergabe zwecks Inspizierung regelmäßig eine bloße Gewahrsamslockerung angenommen. Aufgrund der räumlichen Nähe und der erwarteten Rückerlangung kann der Gewahrsamsinhaber die Ausübung der Sachherrschaft noch hinreichend behindern; selbst wenn der Täter schon Mitgewahrsam an der Sache begründet, verbleibt noch Gewahrsam beim ursprünglichen Gewahrsamsinhaber.¹⁶ Dabei ist nicht nur auf das äußere Erscheinungsbild abzustellen, sondern auch auf den Willen der hergebenden Person.¹⁷ Will diese ihren Gewahrsam nicht aufgeben, sondern allenfalls Mitgewahrsam einräumen, liegt keine Verfügung vor.¹⁸ Hier überließ D der F die Drogen nur zur Inspektion. Damit verbunden war nicht die Vorstellung, die Drogen dauerhaft wegzugeben. Vielmehr ging D davon aus, sie zurückzuerhalten, falls F mit ihnen nicht zufrieden sein sollte. Somit lag in der Hergabe keine Verfügung.

F hat sich somit nicht wegen Betruges gegenüber und zum Nachteil des D strafbar gemacht. Folglich hat sich J nicht einer Beihilfe zu der Tat schuldig gemacht, indem sie das Päckchen einsammelte.

II. §§ 242 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB durch die gleiche Handlung

Möglicherweise hat sich J aber durch die gleichen Handlungen wegen Beihilfe zum Diebstahl strafbar gemacht, nach §§ 242 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB.

1. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts

Das deutsche Strafrecht ist anwendbar, vgl. oben.

2. Tatbestand

Zur Verwirklichung des Tatbestandes muss J zu einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat Hilfe geleistet haben.

¹⁴ Zur Definition von Gewahrsam *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 54.

¹⁵ OLG Karlsruhe NSTZ-RR 2005, 140 (141); *Kudlich*, JA 2017, 428 (431).

¹⁶ BGH GA 1966, 244 (244); BGH MDR 1987, 446; BGH JuS 2017, 698 (699 f.) mit Anm. *Eisele*; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 13 Rn. 82 unter Verweis auf § 2 Rn. 60.

¹⁷ BGH JuS 2017, 698 (699) mit Anm. *Eisele*.

¹⁸ BGH JuS 2017, 698 (699) mit Anm. *Eisele*.

a) Vorliegen einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat

F kann einen rechtswidrigen Diebstahl gem. § 242 Abs. 1 StGB zum Nachteil des D begangen haben, indem sie das Fentanyl mitnahm.

aa) Tatbestand der Haupttat

Dazu muss J eine fremde bewegliche Sache in der Absicht weggenommen haben, sie sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen.

(1) Bewegliche Sache

Bei dem Fentanyl handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand i.S.d. § 90 BGB,¹⁹ also um eine Sache. Es ist auch fortschaffbar,²⁰ also beweglich.

(2) Fremdheit des Fentanyls

Das Fentanyl muss für F fremd gewesen sein. Fremd sind alle Sachen, die wenigstens auch einem anderen als dem Täter gehören.²¹ Das erscheint hier fraglich. Der Umgang mit Fentanyl ist ohne eine entsprechende Erlaubnis untersagt.²² Eine solche hatten weder D noch F. Somit gilt grundsätzlich das gleiche wie für nach dem BtMG verbotenen Substanzen. Für diese wird eine Eigentumsposition und damit eine mögliche Fremdheit des Fentanyls zum Teil mit der oben bereits angeführten Begründung abgelehnt, dass die über § 903 BGB gewährten Rechte aus dem Eigentum über § 29 BtMG fast vollständig entzogen seien. Zu beachten ist aber, dass die Besitzverbote aus dem BtMG nur relativ wirken, sich also niemals auf alle Menschen beziehen und daher personenbezogen, nicht aber auf die Sache selbst bezogen wirken, was für eine grundsätzliche Eigentumsfähigkeit spricht.²³ Weiter wird angeführt, dass eine Eigentumsunfähigkeit nur aus tatsächlichen Gründen in Betracht komme, etwa bei Luft in der Atmosphäre, nicht aber aus rechtlichen Gründen.²⁴ Darüber hinaus übersehe die Gegenmeinung, dass zwar § 29 BtMG i.V.m. § 134 BGB die Übertragung des Eigentums verhindere, nicht aber einen ursprünglichen Eigentumserwerb berühre, etwa bei legaler Herstellung nach § 950 BGB.²⁵ Daran gemessen gibt es einen Eigentümer an dem Fentanyl. Dass D nicht Eigentümer der Drogen ist, ist für die auf F bezogene Fremdheit der Sache irrelevant.

Daher ist das Fentanyl als eine für F fremde Sache zu sehen.

Hinweis: Anders als bei Abgrenzung zwischen der Vermögensverfügung beim Betrug und der Fremdheit der Sache beim Diebstahl in Selbstbedienungsläden kann hier nicht ohne Weiteres ein Entweder-Oder angenommen werden. Denn in solchen Fällen geht es darum, ob über die Sache verfügt wurde oder nicht, also darum, in wessen Eigentum die Sachen stehen. Bei Drogengeschäften ist hingegen insgesamt fraglich, ob die Drogen überhaupt in jemandes Eigentum stehen.

¹⁹ Zur Definition der Sache *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, Vor § 242 Rn. 8.

²⁰ Zur Definition der Beweglichkeit *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, Vor § 242 Rn. 24.

²¹ Zur Definition der Fremdheit *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, Vor § 242 Rn. 12.

²² Vgl. *Ernst*, NStZ 1991, 520 (520 f.).

²³ *Korves*, Eigentumsunfähige Sachen?, 2014, S. 135.

²⁴ BGH NJW 2006, 72 (72 f.).

²⁵ BGH NJW 1982, 708 (708 f.); BGH NJW 1982, 1337 (1338); BGH NJW 2006, 72 (72); *Oğlakcioğlu*, ZJS 2010, 340 (344 f.).

(3) Wegnahme

Diese Sache muss F weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsam.²⁶ Ursprünglich hatte D Gewahrsam. In dem Moment, in dem er F das Fentanyl aushändigte, hatte er noch gelockerten Gewahrsam. Als F mit dem Päckchen losrannte bzw. jedenfalls mit dem Einstecken, begründete sie neuen Gewahrsam (siehe oben). Dies geschah gegen den Willen des D, sodass sein Gewahrsam gebrochen wurde (siehe oben).

(4) Vorsatz

F handelte willentlich und in Kenntnis der den Tatbestand objektiv ausmachenden Umstände,²⁷ also vorsätzlich.

(5) Absicht rechtswidriger Zueignung

Darüber hinaus muss sie in der Absicht gehandelt haben, sich das Fentanyl rechtswidrig zuzueignen. Die Zueignungsabsicht setzt sich zusammen aus dem Enteignungsvorsatz und der Aneignungsabsicht.²⁸

(a) Enteignungsvorsatz

Enteignungsvorsatz meint jedenfalls dolus eventualis bezüglich einer dauerhaften Enteignung des ursprünglichen Gewahrsamshabers.²⁹ Der Täter muss diesen dauerhaft faktisch aus seiner Eigentümerstellung drängen wollen. F nahm jedenfalls billigend in Kauf, dass D das Fentanyl nie zurück-erhalten werde, ihn also faktisch dauerhaft aus der Eigentümerstellung zu verdrängen. Sie handelte mit Enteignungsvorsatz.

(b) Aneignungsabsicht

Weiter muss F absichtlich hinsichtlich des jedenfalls zeitweiligen Einverleibens in eine eigentümer-ähnliche Verfügungsgewalt gehandelt haben.³⁰ In dem Moment der Wegnahme kam es F darauf an, die Drogen für sich zu haben und sie später zu verkaufen. Somit handelte sie absichtlich bezüglich einer zumindest vorübergehenden Aneignung. Darauf, dass eine solche Aneignung tatsächlich nicht stattgefunden hat, kommt es nicht an.

(c) Rechtswidrigkeit der angestrebten Zueignung

Weiter muss die angestrebte Zueignung rechtswidrig sein. Dies war sie, wenn F keinen fälligen einrede-freien Anspruch auf das Fentanyl hatte.³¹ Ungeachtet der Tatsache, dass das Fentanyl einem Verfügungsverbot unterliegt und ein Kaufvertrag darüber gem. § 134 BGB nichtig gewesen wäre,³² war ein

²⁶ Zur Definition der Wegnahme *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 22.

²⁷ Zur Definition des Vorsatzes *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 14 Rn. 5.

²⁸ Zur Definition der Absicht rechtswidriger Zueignung *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 69.

²⁹ Zur Definition des Enteignungsvorsatzes *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, 25. Aufl. 2023, § 2 Rn. 89 f.

³⁰ Zur Definition der Aneignungsabsicht *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, 25. Aufl. 2023, § 2 Rn. 89, 91.

³¹ *Schmidt*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 242 Rn. 37.

³² BGH NJW 2006, 72 (72 f.); *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 19.

solcher zwischen D und F noch nicht „geschlossen“ worden; sie waren sich nicht über den Drogenkauf einig. Mithin war die angestrebte Zueignung rechtswidrig, was F bewusst war.

F handelte somit in Absicht rechtswidriger Zueignung.

bb) Rechtswidrigkeit der Haupttat

F handelte rechtswidrig. In ihrem Verhalten ist somit eine taugliche Haupttat zu sehen.

b) Hilfe leisten

Zu dem Diebstahl der F muss J Hilfe geleistet haben. Hilfeleisten ist jede Handlung, die die Herbeiführung des Taterfolges durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert, ohne dass sie für den Erfolg in seiner konkreten Gestalt selbst ursächlich geworden sein muss.³³

Hinweis: Eine Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme ist hier nicht geboten, sollte im Falle einer Prüfung also entsprechend kurz ausfallen, da der Sachverhalt keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Mittäterschaft bietet. Die Frage nach der Möglichkeit einer sukzessiven Mittäterschaft muss daher mit einer „Jedenfalls“-Argumentation nicht entschieden werden.

Fraglich ist, ob J der F überhaupt noch Hilfe leisten konnte. Das Einsammeln des Päckchens erfolgte zu einer Zeit, als F das Fentanyl schon in ihrem Gewahrsam hatte, mithin der Erfolg des Diebstahls bereits eingetreten war (siehe oben). Das Delikt war somit vollendet, aber aufgrund der fehlenden Beutesicherung durch F noch nicht beendet.³⁴ Unstreitig ist, dass eine Beihilfe vor der Vollendung der Haupttat möglich ist und nach Beendigung der Haupttat ausgeschlossen ist. Ob eine Teilnahme dazwischen als sukzessive Beihilfe möglich ist, ist umstritten.

aa) Ablehnung der sukzessiven Beihilfe

Die Möglichkeit einer sukzessiven Beihilfe wird teilweise abgelehnt. Der Begriff der Beendigung sei nicht konturenscharf genug, um eine sinnvolle Abgrenzung zur Begünstigung leisten zu können.³⁵ Weiter gewähre § 257 StGB in diesen Fällen ausreichenden strafrechtlichen Schutz.³⁶ Folgt man dieser Ansicht, konnte J nicht mehr an dem vollendeten Diebstahl der F teilnehmen.

bb) Akzeptanz der sukzessiven Beihilfe

Demgegenüber wird vertreten, dass erst nach Beendigung der Tat eine Teilnahme ausgeschlossen sei. Dann hätte J im Zeitpunkt ihrer Tat F noch Hilfe geleistet.

cc) Differenzierende Betrachtung nach Möglichkeiten einer Aufrechterhaltung des Angriffs auf das betroffene Rechtsgut

Bisweilen wird differenziert. Eine sukzessive Beihilfe sei nur dann gegeben, wenn der Angriff auf das betroffene Rechtsgut aufrechterhalten werde oder ein tatbestandliches Unrecht hinzutrete.³⁷ Hier

³³ BGHSt 46, 107 (109); 61, 252 (257).

³⁴ Zur Definition der Beendigung BGH NStZ 2001, 88 (89); BGH NStZ 2008, 152.

³⁵ In diese Richtung Joecks/Jäger, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 12.

³⁶ Joecks/Jäger, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 12.

³⁷ Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 27 Rn. 20.

wurde der Rechtsgutsangriff nicht bloß aufrechterhalten. Das Verhalten der J führte vielmehr dazu, dass er noch verstärkt wurde: D verfolgte F und machte ihr gegenüber „Boden gut“, war also im Begriff, F zu erreichen. Somit war eine Beendigung des Diebstahls durch F noch nicht sicher. Als J die Drogen an sich nahm, rückten diese für D wortwörtlich wieder in weite Ferne und er musste sich entscheiden, ob er entweder weiter F oder J verfolgen solle. Das Verhalten der J intensivierte also den Rechtsgutsangriff. Demnach läge auch nach dieser Ansicht eine sukzessive Beihilfe vor.

dd) Streitentscheid

Gegen die Konstruktion einer sukzessiven Beihilfe lässt sich Art. 103 Abs. 2 GG anführen. § 27 StGB spricht von einer „rechtswidrigen Tat“. Gem. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB ist das eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht. Der Tatbestand des Diebstahls wird mit der Wegnahme vollendet und ist vollständig verwirklicht, die Beutesicherung unterfällt daher nicht mehr § 242 Abs. 1 StGB.³⁸ Von einer Beutesicherung ist im Tatbestand nämlich nicht die Rede. Von den Gegnern einer sukzessiven Beihilfe wird, wie eben schon erwähnt, auch angeführt, dass bei deren Annahme die Abgrenzung zum Anschlussdelikt der Begünstigung verwischt werde.³⁹ Denn beide Tatbestände verlangen in objektiver Hinsicht lediglich ein „Hilfeleisten“. Dem kann aber entgegengetreten werden, indem die Abgrenzung nach subjektiven Kriterien vorgenommen wird.⁴⁰ Geht es dem Täter darum, die Beendigung und damit den erfolgreichen Abschluss der Tat zu fördern, liegt danach eine Beihilfe vor. Will der Täter hingegen die andere Person vor der Entziehung und damit den status quo bewahren, läge eine Begünstigung vor. Andererseits wird vertreten, dass beide Delikte gleichzeitig verwirklicht sein können. Auf der Frage der Konkurrenzebene solle § 257 StGB dann aus dem Gedanken des Abs. 3 heraus hinter die Beihilfe zurücktreten.⁴¹ Somit erscheint die Existenz des § 257 StGB kein grundlegender Einwand gegen die Annahme der sukzessiven Beihilfe.

Gegen diese lässt sich jedoch weiter anführen, dass nach der Vollendung der Tat erfolgte Handlungen zu der eigentlichen Rechtsgutsverletzung nichts mehr beitragen können, sofern man annimmt, dass der Strafgrund der Teilnahme ein eigener Rechtsgutsangriff des Teilnehmers ist.⁴²

Allerdings muss auch berücksichtigt werden, dass bei den erfolgskupierten Delikten wie dem Diebstahl die Vollendung „vorgezogen“ wurde, um den Täter möglichst frühzeitig nicht nur aus Versuch, sondern aus Vollendung bestrafen zu können. Dieses Vorziehen der Strafbarkeit aber kann dann einen potenziellen Teilnehmer nicht privilegieren, da der Gesetzgeber damit gerade einen Nachteil für Täter begründen wollte.⁴³ Gerade in der Beendigungsphase, in der kein Rücktritt mehr möglich ist, ist das Geschehen für den Täter besonders heikel, sodass eine Hilfeleistung in diesem Zeitrahmen nur durch Beihilfe zur Haupttat entsprechend abgebildet ist. Dem Gesetzgeberwillen entsprechend, den die Gerichte gem. Art. 20 Abs. 3 GG zu beachten haben, ist somit auch im Beendigungsstadium eine Beihilfe grundsätzlich möglich.

Somit leistete J eine taugliche Unterstützungshandlung.

Hinweis: Lehnt man die Möglichkeit einer Beihilfe im Beendigungsstadium ab, ist allein § 257 StGB erfüllt. Die Abgrenzung der sukzessiven Beihilfe zur Begünstigung kann auch separat im subjektiven

³⁸ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 7 Rn. 48.

³⁹ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 7 Rn. 48.

⁴⁰ BGHSt 4, 132 (133); OLG Köln NJW 1990, 587 (588); zitiert nach Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 20 Rn. 18.

⁴¹ Hecker, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 257 Rn. 7.

⁴² So Joecks/Jäger, *StGB*, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 12.

⁴³ Vgl. Jescheck, in: FS Welzel, 1974, S. 689 f., der den Willen zu Pönalisierung des Gesamtgeschehens betont.

Tatbestand erfolgen.

c) **Vorsatz**

J handelte in Kenntnis der vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat und mit dem Ziel, F zu helfen, bzgl. der Unterstützungshandlung also absichtlich.

Dabei wollte J, dass die „Masche“ der F ein weiteres Mal gelingt. Es ging ihr also weniger um die Bewahrung vor dem Entzug, sondern um den erfolgreichen Abschluss der Tat. Damit lag eine sukzessive Beihilfe auch dann vor, wenn man, wie oben dargestellt, eine Abgrenzung zu § 257 StGB nach subjektiven Kriterien vornimmt.

Hinweis: Bei entsprechender Begründung ist auch ein anderes Ergebnis vertretbar, da die Abgrenzung anhand der subjektiven Kriterien der Rechtsprechung kaum eindeutig möglich ist.

Andere Stimmen lassen stets die Beihilfe vorgehen und behandeln die Begünstigung in Anlehnung an § 257 Abs. 3 S. 1 StGB als mitbestrafte Nachtat.⁴⁴ Damit ist zwischen diesen Auffassungen kein Streitentscheid nötig.

3. **Rechtswidrigkeit und Schuld**

J handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. **Ergebnis**

Indem J das Päckchen einsammelte, hat sie sich einer Beihilfe zum Diebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

III. **§§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1, 27 Abs. 1 StGB durch die gleiche Handlung**

Durch die gleiche Handlung kann J sich wegen Beihilfe zu einem Diebstahl mit Waffen gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1, 27 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. **Anwendbarkeit deutschen Strafrechts**

Zur Anwendbarkeit deutschen Strafrechts siehe oben.

2. **Tatbestand**

a) **Vorliegen einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat**

aa) **Vorliegen des Grunddelikts**

Ein taugliches Grunddelikt liegt vor, vgl. oben.

⁴⁴ Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 257 Rn. 7, 25.

bb) Beisichführen einer Waffe, § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1 StGB durch einen Beteiligten

Weiter muss ein Beteiligter bei dem Diebstahl eine Waffe bei sich geführt haben. Waffen sind Waffen im technischen Sinn, also Werkzeuge, die ihrer Natur nach dazu bestimmt sind, auf mechanischem oder chemischem Wege Verletzungen beizubringen.⁴⁵ Zwar führte F selbst keine Waffe bei sich. Allerdings führte J einen Distanztaser mit sich. Ein solcher wirkt – neben der mechanischen Beeinflussung durch den Kontakt der Drähte zur Haut – zwar primär durch Elektrizität und damit weder mechanisch noch chemisch. Er bringt aber Verletzungen bei und ist ausweislich Anlage 2 Abschnitt 1 Nr. 1.3.6 WaffG regelmäßig eine verbotene Waffe. Im Umkehrschluss dazu ergibt sich, dass Taser jedenfalls Waffen sind, unabhängig davon, ob sie als verbotene Waffen einzustufen sind. J führte somit eine Waffe mit sich. Sie ist Teilnehmerin des Diebstahls und damit gemäß der Legaldefinition des § 28 Abs. 2 StGB Beteiligte.

Fraglich ist aber, ähnlich dem Problem der sukzessiven Beihilfe, ob eine Qualifikation auch im Beendigungsstadium erfüllt werden kann. Aus dem Erfordernis, „bei einem Diebstahl“ eine Waffe bei sich geführt haben zu müssen, wird bisweilen gefolgert, die Qualifikation komme nur zwischen Versuchsbeginn und Vollendung in Betracht, nicht aber danach.⁴⁶

Durchaus gewichtig ist der Einwand, dass die erhöhten subjektiven Voraussetzungen des § 252 StGB unterlaufen würden, wenn man eine Qualifikation im Beendigungsstadium zuließe.⁴⁷ Diesem Einwand trägt die Rechtsprechung damit Rechnung, dass sie für den die Qualifikation im Beendigungsstadium verwirklichenden Täter eine gleichwertige subjektive Komponente verlangt (Zueignungs-, Bereicherungs- oder Beutesicherungsabsicht).⁴⁸ Hier hatte J die Absicht, die Drogen für F zu sichern.

Für die Ausweitung der qualifikationstauglichen Phase spricht vor allem, dass dieser Zeitrahmen für den Täter besonders risikoreich ist, weil er bereits aus Vollendung ohne Rücktrittsmöglichkeit bestraft werden kann.⁴⁹ Die Benutzung von Waffen ist zu jedem Zeitpunkt gefährlich. Gerade diese erhöhte Gefährlichkeit soll § 244 Abs. 1 StGB pönalisieren.⁵⁰ Unter Wertungsgesichtspunkten macht es für das Opfer keinen Unterschied, in welchem Zeitpunkt die Waffe zum Einsatz kommt.

Damit ist es überzeugender, das Beendigungsstadium als qualifikationstaugliche Phase zu erfassen.

Hinweis: Eine abweichende Auffassung ist mit entsprechender Begründung gut vertretbar.

J hat hier also eine Waffe bei sich geführt i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1 StGB.

Hinweis: Wer die Möglichkeit einer sukzessiven Beihilfe ablehnt, steht vor der Frage, wie der Distanztaser sinnvoll verarbeitet werden kann, da eine separate Prüfung nach der Ablehnung einer Beihilfe zum Diebstahl nicht mehr möglich ist. Prüft man die Qualifikation bereits in der rechtswidrigen Haupttat unter II. 2. a), droht ein Zirkelschluss, da das Beisichführen eines Beteiligten gerade die Teilnahme der J verlangt, die aber erst geprüft wird. Darauf sollte hingewiesen werden, aber selbiges

⁴⁵ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 14 Rn. 32.

⁴⁶ So Schmitz, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 26.

⁴⁷ BGH StV 2014, 282 (283); Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 4 Rn. 49.

⁴⁸ BGH StV 2014, 282 (283).

⁴⁹ Nachweise bei Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 4 Rn. 48.

⁵⁰ Nachweise bei Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 4 Rn. 48.

nicht weiter negativ in die Bewertung einfließen. Die Annahme der Qualifikation unter der Bedingung der tatsächlichen Beihilfe wäre eine gelungene Variante, die Waffe noch zu verarbeiten.

cc) Vorsatz der F

F war sich bewusst, dass J den Taser dabei hatte, handelte also auch insoweit vorsätzlich.

dd) Rechtswidrigkeit

Weiter handelte F rechtswidrig. Somit lag eine taugliche Haupttat vor.

b) Hilfeleisten durch J

Zu dieser Haupttat leistete J Hilfe, vgl. oben.

c) Vorsatz

J handelte vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Sie handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

Indem J das Päckchen einsammelte, hat sie sich einer Beihilfe zum Diebstahl mit Waffen gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1, 27 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

IV. § 246 Abs. 1 StGB durch Aufheben und Davonlaufen mit den Drogen

J könnte sich gem. § 246 Abs. 1 StGB wegen Unterschlagung strafbar gemacht haben, indem sie die Drogen aufhob und davonlief.

1. Tatbestand

Das Fentanyl stellt eine fremde bewegliche Sache dar (siehe oben). J hatte den Willen, F die Drogen zumindest für deren Verkauf und damit vorübergehend anzueignen und den ursprünglichen Inhaber, den B, zu enteignen. Das Aufheben und Davonlaufen sind auch unzweideutige Manifestationen dieses Zueignungsvorsatzes. Die Zueignung war auch rechtswidrig. J handelte vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Sie handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. § 246 Abs. 1 Hs. 2 StGB

Die Strafbarkeit der J gem. § 246 Abs. 1 Hs. 2 StGB könnte hinter §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1, 27 StGB zurücktreten. Dagegen könnte man hier anführen, dass die Unterschlagung täterschaftlich begangen wurde, während zum Diebstahl mit Waffen nur Beihilfe geleistet wurde und damit zwecks Klarstellung Tateinheit angebracht sei. Gleichwohl widerspräche ein derartiger Ansatz dem

eindeutigen Gesetzeswortlaut, der formelle Subsidiarität für die Strafbarkeit nach § 246 StGB anordnet, wenn die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. Somit tritt hier die Unterschlagung zurück.

Hinweis: Sollten Bearbeiter*innen die Subsidiarität etwa aus Klarstellungsgründen für die hier vorliegende Konstellation (Zusammenfallen einer täterschaftlichen Unterschlagung und der Beihilfe zu §§ 242, 244 StGB) ablehnen, ist dies positiv zu honorieren. Ein Übersehen der Subsidiarität dürfte gleichsam weniger schwer negativ in die Bewertung einfließen, als bereits das Erkennen des Tatbestandes Schwierigkeiten bereiten dürfte. Es wäre auch vertretbar, § 246 StGB direkt mit Verweis auf die Subsidiarität abzuhandeln.

V. § 259 Abs. 1 Var. 2 StGB durch Einsammeln der Drogen

Durch das Einsammeln des Fentanyls kann J sich weiter der Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 Var. 2 StGB schuldig gemacht haben. Dazu müsste sie sich eine Sache verschafft haben, die ein anderer gestohlen hat.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Sache

Bei dem Fentanyl handelt es sich um eine Sache.

bb) Die ein anderer gestohlen hat

Fraglich ist aber, ob sie „ein anderer“ gestohlen hat. Klar ist dabei, dass der Haupttäter einer Tat nicht Hehler sein kann, weil zwischen Täter und Hehler ein gemeinsames Zusammenwirken erforderlich ist, das bei Personenidentität nicht möglich ist.⁵¹ Schon dem Wortlaut nach fehlt es an einem „anderen“. Unklar ist hingegen, ob J als Teilnehmerin an dem Diebstahl (siehe oben), welcher die Vortat darstellt, Hehlerin sein kann.

Dies wird teilweise mit der Begründung verneint, dass das, was für den Täter gelte, erst recht für den Hehler gelte, der ein geringeres und stets vom Täter abhängiges Unrecht begehe.⁵² Dagegen spricht allerdings nach überwiegender Ansicht schon der Wortlaut der Vorschrift. Ein *anderer* muss die Sache durch eine rechtswidrige Tat erlangt haben.⁵³ Für Teilnehmer aber ist die (Vor-)Tat auch die eines anderen und eben nicht die eigene.⁵⁴ Dem ließe sich entgegen, dass es der allgemeinen Teilnahme dogmatik entspricht, dass auch der Teilnehmer einen eigenen Rechtsgutsangriff mit seiner Handlung unternimmt.⁵⁵ Gleichwohl bleibt es dabei, dass die Teilnahme strafbarkeit – zumindest begrenzt

⁵¹ BGHSt (GS) 7, 134 (137).

⁵² Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 259 Rn. 51.

⁵³ Hecker, JuS 2022, 780 (782).

⁵⁴ Grundlegend und noch stark auf die subjektive Theorie abstellend BGHSt (GS) 7, 134 (137 f.); 8, 390 (391 f.), bzgl. des Betruges zuletzt BGH NStZ 2022, 219 (219 f.).

⁵⁵ BGHSt 2, 315 (316 f.), siehe auch die weiteren Nachweise bei Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 259 Rn. 18.

– akzessorisch zur Strafbarkeit des Haupttäters ist. Auch die Terminologie ist in den §§ 26, 27 StGB und § 257 StGB ähnlich, wird doch dort stets vom „anderen“ gesprochen und eine zum Teilnehmer verschiedene Person, der Haupttäter, gemeint. Somit konnte J hier grundsätzlich eine Hehlerei begehen.

cc) Sich-Verschaffen

J müsste sich das Fentanyl verschafft haben. Ein Sich-Verschaffen ist die Erlangung einer eigenen, selbstständigen, also vom Vortäter unabhängigen, tatsächlichen Verfügungsgewalt.⁵⁶ Bei einer bloßen Verwahrung und beabsichtigten anschließenden Rückgabe – wie sie hier ursprünglich von J geplant war – ist diese Unabhängigkeit noch nicht erreicht,⁵⁷ sodass ein Sich-Verschaffen ausscheidet. Dass J die Sache letztlich selbst verkauft, ändert daran nichts. Ungeachtet des Umstands, dass nachträgliche Vorsatzwechsel keine Strafbarkeit für eine vorgelagerte Handlung begründen können, reicht auch die Stellung als bloßer Verkaufskommissionär nicht für ein tatbestandliches Sich-Verschaffen aus.⁵⁸ Die potentielle entgeltliche Verwertung durch F, die sich J zu diesem Zeitpunkt noch vorstellte, war zeitlich noch zu weit entfernt und war zu unkonkret, als dass ein Absetzen-Helfen angenommen werden könnte.

Hinweis: Wird die Hehlerei erkannt, sollte dies bereits entsprechend honoriert werden. Werden die Probleme erkannt und zufriedenstellend gelöst, können Punkte im höheren Bereich erzielt werden. Wer hier die Streitfragen mit Verweis auf das jedenfalls fehlende Sich-Verschaffen offen lässt, kann genauso höhere Punktzahlen erreichen.

b) Zwischenergebnis

J hat sich keine Sache verschafft, die ein anderer gestohlen hat.

2. Ergebnis

J hat sich durch das Aufheben der Drogen nicht wegen Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

Zweiter Tatkomplex: Verkauf der Drogen (Strafbarkeit der J)

I. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zum Nachteil des B durch Anbieten und Behauptung, die Drogen legal erworben zu haben

Indem J gegenüber B behauptet hat, das Fentanyl legal erworben zu haben, kann sie sich wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB zu dessen Nachteil strafbar gemacht haben.

⁵⁶ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 22 Rn. 40.

⁵⁷ BGH MDR 1991, 1022.

⁵⁸ Vgl. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 22 Rn. 42.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Täuschung

Dies setzt zunächst eine Täuschung voraus. J erklärte, das Fentanyl legal in der Apotheke erworben zu haben. In Wahrheit hatte sie es durch das Aufsammeln im Zusammenhang mit einer Diebstahlstat erlangt. Sie täuschte ausdrücklich über den rechtlichen Charakter eines vermeintlichen Erwerbsgeschäfts, einer Tatsache.

bb) Irrtum

Aufgrund dieser Täuschung muss B geirrt haben. Irrtum ist das Auseinanderfallen von Vorstellung und Wirklichkeit. Aufgrund der Täuschung nahm B an, dass J das Fentanyl legal erworben habe. Dies entsprach nicht der Wahrheit.

Fraglich ist aber, wie damit umzugehen ist, dass er an der Darstellung der J zweifelte. Bisweilen wird für die Annahme eines Irrtums gefordert, dass das Opfer die Richtigkeit der Behauptung für wahrscheinlicher halte als die Unrichtigkeit.⁵⁹ Dazu ist hier nichts festgestellt. Man könnte meinen, dass sich das Opfer im Falle seiner Zweifel selbst durch entsprechend gebotene Nachforschungen hätte schützen können und damit kein Irrtum i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB gegeben sei.⁶⁰ Dies ließe sich mit allgemeinen Zurechnungserwägungen begründen, wonach das zweifelnde Opfer sich letztlich in seinem eigenen Verantwortungsbereich eigenverantwortlich selbst gefährde.⁶¹ Das Opfer müsse sich in einem solchen Fall gegenüber dem Täter selbst behaupten.⁶² Solche einschränkenden Überlegungen begegnen allerdings gerade in kriminologischer Hinsicht Bedenken. Denn es besteht die Gefahr, dass dadurch ausgesucht leichtgläubigen, gutmütigen Menschen oder solchen, die sich kritisch mit ihrer Umwelt auseinandersetzen, der strafrechtliche Schutz entzogen wird.⁶³ Die Zurechnungsargumentation verlagert die Verantwortlichkeit einseitig belastend auf das Opfer, welches zwar – zugegebenermaßen – mit-, aber keineswegs alleinverantwortlich ist.⁶⁴ Weiterhin wird verkannt, dass auch der vermeidbare Irrtum immer noch ein Irrtum ist. Ein abweichendes Verständnis geht über die zulässige Begriffsauslegung des Gesetzesanwenders hinaus, da sie sich auch verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen lässt.⁶⁵ Entsprechende Einschränkungen wären Sache des Gesetzgebers. Es kann daher nur darum gehen, ob das Opfer einer Fehlvorstellung unterlag und ob diese auf der Täuschung des Täters beruhte.⁶⁶ Somit unterlag B durch die Täuschung der J einem Irrtum.

cc) Vermögensverfügung

In Folge des Irrtums muss B eine Vermögensverfügung (siehe oben) vorgenommen haben. Aufgrund

⁵⁹ Zur viktimodogmatischen Reduktion des Merkmals Irrtum *Hillenkamp*, ZStW 129 (2017), 596 ff.

⁶⁰ *Hassemer*, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981, S. 131 ff., 147; *Ellmer*, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 281 ff.

⁶¹ *Harbort*, Die Bedeutung der objektiven Zurechnung beim Betrug, 2010, S. 65 ff., 124 ff., 154 ff. zit. nach *Hillenkamp*, ZStW 129 (2017), 596 (611 Fn. 57).

⁶² *Beckemper/Wagner*, NStZ 2003, 315 (315 f.).

⁶³ *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 263 Rn. 76.

⁶⁴ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 362.

⁶⁵ *Hillenkamp*, ZStW 129 (2017), 596 (617 f.).

⁶⁶ *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 263 Rn. 76.

seines Irrtums bezahlte B den Kaufpreis i.H.v. 100 € an J. Dadurch wurde sein Vermögen in Höhe des Kaufpreises gemindert. B verfügte über einen Teil seines Vermögens.

dd) Vermögensschaden

Aufgrund der Vermögensverfügung muss ein Schaden eingetreten sein. Dies ist der Fall, wenn das Vermögen nach der Verfügung weniger wert ist als davor.⁶⁷ Im Rahmen einer Saldierung sind die Vermögenspositionen vor und nach der Verfügung gegenüberzustellen.⁶⁸

Hier könnte die fehlende Eigentumsverschaffung einen Vermögensschaden begründen. Der Wert von Drogen folgt aber allein aus dem Besitz und nicht dem Eigentum, weil dessen Erwerb gem. § 134 BGB i.V.m. § 3 Abs. 1 BtMG i.V.m. Anlage III BtMG ausgeschlossen ist. In Vollziehung des „Kaufvertrags“ zwischen J und B erlangte letzterer aber Besitz an dem Fentanyl. Diesem kommt ein Vermögenswert zu (vgl. oben). Der B bekam also genau das, was er bekommen wollte und konnte. Der Kaufpreis i.H.v. 100 € entsprach dem Marktpreis. Daher wurde der Vermögensabfluss durch einen entsprechenden Zuwachs kompensiert. Dass der Kauf von Drogen von der Rechtsordnung missbilligt ist, schadet nach den oben gemachten Ausführungen nicht. Der Vermögensbegriff ist – wie gesehen – rein wirtschaftlich zu bestimmen. Es ist kein Schaden eingetreten.

Hinweis: Es geht hier vor allem darum, in der Bearbeitung konsequent zu bleiben: Wenn sich die Studierenden eingangs dazu entschieden haben, das Fentanyl als vom Vermögen erfasst zu sehen, kann hier nichts anderes gelten. Falls sie sich dazu entschieden haben, das Fentanyl nicht als vom Vermögen erfasst zu sehen, würde die „Kaufpreiszahlung“ nicht durch einen entsprechenden Vermögensschaden kompensiert. Dabei wäre sich B aber bewusst, dass er im Austausch die Drogen erhalten werde. Somit läge dann eine bewusste Selbstschädigung vor, die einen Betrug ebenfalls ausschließt. Der Fall ist hierbei zu unterscheiden von Fällen, in denen im Rahmen von Drogengeschäften minderwertigere Ware gehandelt wird als angepriesen wurde (vgl. dazu *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 263 Rn. 151 ff.). Denn hier erhält B ja das, was ihm versprochen wurde (Besitz an den Drogen).

2. Ergebnis

Damit hat J sich keines Betrugsgeschehens gegenüber und zulasten des B strafbar gemacht, indem sie ihm die Drogen verkaufte.

II. § 259 Abs. 1 StGB durch Verkauf der Drogen

J könnte sich durch den Verkauf der Drogen an B wegen Hehlerei strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Taugliches Tatobjekt

Bei den Drogen handelt es sich um eine Sache, die ein anderer gestohlen hat (vgl. oben).

⁶⁷ *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 263 Rn. 101.

⁶⁸ *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 662.

bb) Abgesetzt

J hat diese wirtschaftlich im Einvernehmen mit F durch entgeltliche Weitergabe an einen Dritten, B, verwertet und damit abgesetzt.⁶⁹

b) Subjektiver Tatbestand: Vorsatz und Drittbereicherungsabsicht

J handelte vorsätzlich. Sie müsste ferner Bereicherungsabsicht gehabt haben. J selbst hat kein Interesse an dem Verkaufserlös. In Betracht kommt somit allein die Drittbereicherungsabsicht.

Fraglich ist allerdings, ob F als Vortäterin eine „Dritte“ i.S.d. § 259 StGB ist. Denn sie ist als Vortäterin eine „andere“ i.S.d. Vorschrift. Ob „andere“ gleichzeitig „Dritte“ sein können, lässt sich unterschiedlich beurteilen.

So lassen sich Vortäter als Dritte begreifen, weil sie keine Teilnehmer der Hehlerei sein können.⁷⁰ Der Begriff „Dritte“ umschlüsse dann alle Personen außer den an der Hehlerei beteiligten, in diesem Fall also J und B. Für ein solches Verständnis spricht, dass ansonsten eine Vielzahl an Fallkonstellationen, in denen der Hehler zugunsten des Vortäters tätig wird, aus dem Anwendungsbereich des § 259 StGB herausfielen und möglicherweise Strafbarkeitslücken entstünden.⁷¹

Gegen dieses Verständnis spricht allerdings der Wortlaut der Norm. Im objektiven Tatbestand wird ebenfalls zwischen „anderem“ und „Drittem“ unterschieden;⁷² die Norm meint damit verschiedene Personen – in der Folge ist der Hehlereitattbestand objektiv nicht verwirklicht, wenn der „Hehler“ die Sache dem Vortäter wieder verkauft.⁷³ Es ist nicht ersichtlich, warum diese Differenzierung nicht auch im subjektiven Tatbestand gelten sollte. Zudem würde damit das Verhältnis zwischen Begünstigung und Hehlerei verwischt, obwohl man mit der Neufassung des Hehlereitattbestandes gerade eine trennschärfere Differenzierung ermöglichen wollte.⁷⁴

Somit ist der „andere“ i.S.d. § 259 StGB nicht gleichzeitig als „Dritter“ anzusehen. J fehlte es also an der erforderlichen Drittbereicherungsabsicht.

Hinweis: Hier kann auch mit entsprechender Argumentation der anderen Ansicht gefolgt werden. Allein die Qualität der Argumentation ist entscheidend.

2. Ergebnis

Damit hat sich J nicht wegen Hehlerei durch Verkauf der Drogen an B strafbar gemacht.

Hinweis: An dieser Stelle ließe sich § 257 StGB prüfen, eine Bestrafung der J scheidet aber gem. § 257 Abs. 3 S. 1 StGB insoweit aus, weil sie Teilnehmerin der Vortat ist. Die Prüfung der Norm wurde daher nicht erwartet, ist aber positiv zu honorieren. Eine Prüfung sollte angesichts des Abs. 3 aber entsprechend kurz ausfallen.

⁶⁹ Zur Definition des Absetzens BGH NJW 1976, 1950; BGH NSTZ 2014, 577.

⁷⁰ BGH NJW 1979, 2621 (2622).

⁷¹ Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 259 Rn. 44.

⁷² Maier, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 259 Rn. 155.

⁷³ Walter, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 259 Rn. 52; Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 259 Rn. 54.

⁷⁴ Maier, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 259 Rn. 155 m.w.N.

III. § 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB durch Verkauf der Drogen

J könnte sich durch den Verkauf der Drogen gem. § 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB wegen Geldwäsche strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Die Drogen rühren aus einer rechtswidrigen Tat her (siehe oben). Hier hat J sich die Drogen zwar nicht selbst verschafft (vgl. oben), jedoch B eine eigenständige sachenrechtsähnliche Verfügungsgewalt durch die Besitzübertragung eingeräumt, ihm die Sache mithin verschafft i.S.d. § 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB.

J handelte auch vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

J handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. § 261 Abs. 5 StGB

Da J die Drogen hier in den Verkehr gebracht hat, greift der persönliche Strafausschlussgrund wegen der Beteiligung an der Vortat aus § 261 Abs. 5 StGB nicht.

4. Ergebnis

J hat sich durch den Verkauf der Drogen an B gem. § 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB wegen Geldwäsche strafbar gemacht.

IV. § 246 Abs. 1 StGB durch Verkauf der Drogen

J könnte sich durch den Verkauf der Drogen gem. § 246 Abs. 1 StGB wegen Unterschlagung strafbar gemacht haben.

Bei den Drogen handelt es sich um eine für J fremde bewegliche Sache (siehe oben).

Diese müsste sich J zueignet haben. Zueignung verlangt den nach außen eindeutig manifestierten Zueignungswillen. Mit dem Verkauf der Drogen spricht sich J eine eigentümerähnliche Stellung zu und bringt damit zum Ausdruck, die Drogen als Bestandteil ihres Vermögens zu betrachten.

Fraglich ist, ob sich die Drogen ein zweites Mal zueignet werden können. Hier war bereits durch das Aufheben der Drogen eine Unterschlagung begangen worden (siehe oben). Für die Möglichkeit einer weiteren Zueignung spricht, dass so auch Teilnehmer bestraft werden können, die sich erst an der wiederholten Zueignung beteiligen.⁷⁵ Man könnte die Problematik dann auf Konkurrenzebene sinnvoll lösen. Damit wäre eine Zueignung nicht von vorneherein ausgeschlossen.

Dies führt allerdings zu einer faktischen Unverjährbarkeit der Unterschlagung, da noch nach Jahren eine erneute Unterschlagung bzgl. desselben Tatgegenstandes begangen werden könnte.⁷⁶ Zwar sind wiederholte Aneignungen, etwa durch Dritte möglich, doch wird man das ursprüngliche Opfer

⁷⁵ Zur Konkurrenzlösung *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 246 Rn. 19.

⁷⁶ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 5 Rn. 54.

begrifflich nicht wiederholt enteignen können.⁷⁷ Es ist daher geboten, eine wiederholte Zueignung bereits nicht als taugliche tatbestandliche Handlung anzusehen.

Hinweis: Sofern oben mit Verweis auf die formelle Subsidiarität von § 246 StGB zu den §§ 242 Abs. 1, 244, 27 StGB die Unterschlagung nicht geprüft wurde, sind hier Ausführungen zu dieser vorangegangenen Zueignung zu machen.

J hat sich nicht gem. § 246 Abs. 1 StGB wegen Unterschlagung strafbar gemacht, indem sie B die Drogen verkaufte.

Dritter Tatkomplex: Geschehen am Vereinsheim (Strafbarkeit der T)

I. § 212 Abs. 1 StGB zum Nachteil der M durch das Überfahren

Indem T die M überfahren hat, kann sie sich wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB zu deren Nachteil strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Tötung einer anderen Person

T verursachte den Tod der M in zurechenbarer Weise.

b) Vorsatz

Dabei muss sie vorsätzlich gehandelt haben. Grundsätzlich wollte T einen Menschen töten, handelte also vorsätzlich. Dies ließe sich aber mit der Überlegung in Frage stellen, dass sie F, aber nicht M töten wollte; sie unterlag also einem error in persona. Bei der Behandlung des error in persona ist entscheidend, ob das verletzte und das vorgestellte Tatobjekt tatbestandlich gleichwertig sind. Ist dies nicht der Fall, so ist der Vorsatz des Täters nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ausgeschlossen, denn dem Täter fehlt die Kenntnis von der Tatbestandszugehörigkeit des verletzten Tatobjekts.⁷⁸ Hier tötete T genau den Menschen, den sie anvisiert hatte. Vorgestelltes und getroffenes Objekt waren jeweils Menschen und damit tatbestandlich gleichwertige Tatobjekte. T irrte lediglich über die Identität, die in § 212 StGB aber keine Rolle spielt. Es handelt sich hierbei nur um einen irrelevanten Motivirrtum.⁷⁹

T tötete M also vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit

Sie handelte rechtswidrig.

⁷⁷ Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 246 Rn. 38.

⁷⁸ Freund/Rostalski, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 7 Rn. 82 ff.

⁷⁹ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 15 Rn. 22; Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, § 12 Rn. 194.

3. Schuld

Aufgrund ihrer Alkoholintoxikation war sie aber gem. § 20 StGB schuldunfähig. Eine Bestrafung gem. § 212 Abs. 1 StGB durch die Autofahrt scheidet daher aus.

Hinweis: Dogmatisch sauber wäre es, Ausnahme- und Ausdehnungsmodell bereits hier zu prüfen. Aus Gründen der Übersichtlichkeit ist es allerdings auch vertretbar, diese Theorien (wie hier vorgeschlagen) mit den anderen Auffassungen in einer einheitlichen Prüfung abzuhandeln.

II. § 212 Abs. 1 StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. durch das Sich-Betrinken

Möglicherweise ist T aber durch das Sich-Betrinken wegen Totschlags i.V.m. den Grundsätzen der actio libera in causa (a.l.i.c.) zu bestrafen.

1. Verfassungsmäßigkeit der a.l.i.c.

Es ist streitig, ob eine solche Konstruktion zulässig ist.

a) Verfassungswidrigkeit der a.l.i.c.

Dabei wird einerseits vertreten, die a.l.i.c. verstoße gegen den Schuldgrundsatz,⁸⁰ weil Schuld im Tatzeitpunkt erforderlich ist. Dann wäre T jedenfalls insoweit nicht zu bestrafen.

b) Ausnahmemodell

Dagegen wird vertreten, die a.l.i.c. stelle eine Ausnahme vom Schuldprinzip dar. Die Schuldlosigkeit werde durch das schuldhafte Vorverhalten ausgeglichen.⁸¹

c) Ausdehnungsmodell

Weiter wird vertreten, bei der a.l.i.c. werde die Schuldfrage auf relevantes Vortatverhalten ausgelehnt. Ein bloßes Abstellen auf die Schuld bei der Tat sei unzureichend, weil es bei Schuldfragen ohnehin um normative Betrachtungen gehe.⁸² Vorliegend handelte T im Zeitpunkt des Betrinks (noch) schuldhaft. Somit wäre eine Bestrafung gem. § 212 Abs. 1 StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. möglich.

d) Tatbestandsmodell

Das Tatbestandsmodell geht davon aus, dass nicht während der ganzen Tatbegehung schuldhaft gehandelt werden müsse. Parallel zu einer mittelbaren Täterschaft, bei der der Täter sich selbst als Werkzeug verwendet, beginne der Versuch der Tat schon bei dem Beginn des Versetzens in den schuldunfähigen Zustand.

⁸⁰ Paeffgen, ZStW 97 (1985), 513 (522 ff.).

⁸¹ Nach Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 25 Rn. 8.

⁸² Streng, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 20 Rn. 128.

e) Streitentscheid

Das Ausnahmemodell ist als Verstoß sowohl gegen das Schuldprinzip⁸³ als auch gegen den Gesetzlichkeitsgrundsatz⁸⁴ und damit als Verfassungsverstoß abzulehnen. Umgekehrt scheint es aber nicht so, dass die a.l.i.c. zwingend verfassungswidrig ist, solange sich ein Einbeziehen von sehr früh vor dem eigentlichen Taterfolg liegenden Handlungen begründen lässt. Das Ausdehnungsmodell bezieht dies auf den Schuldvorwurf, unter anderem mit der Begründung, dass auch die §§ 17 und 35 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 StGB Verhalten mit in die Bewertung einbezögen, das nicht Teil des eigentlichen Tatbestandes sei.⁸⁵ Allerdings ist der Wortlaut des § 20 StGB („bei der Tat“) im Vergleich zu § 35 StGB anders gefasst und direkt auf die eigentliche Tat bezogen. Eine ähnliche Formulierung findet sich in § 16 StGB, der das Koinzidenzprinzip festschreibt.⁸⁶ Es ist nicht ersichtlich, warum für die Schuldfrage dann etwas anderes gelten sollte als für die Vorsatzfrage.⁸⁷ Das Ausdehnungsmodell ist somit abzulehnen. Daher ist auf das relevante Verhalten abzustellen und zu fragen, ob sich in einem Verhalten vor dem Rauschzustand schon ein Hinwirken auf das Herbeiführen des tatbestandmäßigen Erfolges zu sehen ist. Die a.l.i.c. ist damit jedenfalls für Erfolgsdelikte – wie § 212 Abs. 1 StGB – zulässig.⁸⁸ Genau einen solchen Ansatz verfolgt das Tatbestandsmodell – mit dem Ansetzen zum Sich-Berauschen begibt sich der Täter in das Stadium des Versuchs, setzt also unmittelbar an. Das bedeutet grundsätzlich eine Vorverlagerung im Vergleich zur „normalen“ Begehung. Die a.l.i.c. aus diesen Gründen abzulehnen,⁸⁹ ist aber jedenfalls dann nicht überzeugend, wenn man eine Vorverlagerung der Versuchsstrafbarkeit auch bei der mittelbaren Täterschaft annimmt.⁹⁰ Um eine solche handelt es sich bei der a.l.i.c. zwar nicht, sie kommt dem aber strukturell sehr nahe.⁹¹ Aus diesem Grund überzeugt auch das Argument nicht, eine a.l.i.c. verstoße gegen den Wortlaut des § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB.⁹² Eine a.l.i.c. ist somit über das Tatbestandsmodell dogmatisch begründbar.

2. Voraussetzungen der a.l.i.c.

Für eine Strafbarkeit der T müssten die Voraussetzungen der a.l.i.c. vorgelegen haben.

a) Doppelvorsatz

Dies erfordert zunächst einen Doppelvorsatz;⁹³ T muss vorsätzlich sowohl bezüglich des Sich-Berausens als auch der anschließend zu begehenden Tat gehandelt haben. T betrank sich gerade, um – den Hinweisen in einem Internetforum folgend – im schuldunfähigen Zustand eine Tat begehen zu können, ohne dafür bestraft zu werden. Bei der Tat handelte es sich um das Überfahren eines Menschen. Genau diese führte T aus.

⁸³ Joecks/Jäger, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 323a Rn. 35; Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, § 20 Rn. 58.

⁸⁴ Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, § 20 Rn. 58.

⁸⁵ Streng, JZ 1994, 709 (712); Streng, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 20 Rn. 136.

⁸⁶ Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben, JuS 2012, 976 (979).

⁸⁷ BGHSt 42, 235 (240 f.).

⁸⁸ Joecks/Jäger, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 323a Rn. 35 f.

⁸⁹ Paeffgen, ZStW 97 (1985), 513 (518).

⁹⁰ Streng, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 20 Rn. 123.

⁹¹ Jacobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, § 17 Rn. 64.

⁹² So etwa Streng, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 20 Rn. 122.

⁹³ BGHSt 23, 356 (358); BGH NStZ 1995, 329 (330), Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 11 Rn. 17 m.w.N. aus der Literatur in Fn. 39.

b) Error in persona in der a.l.i.c.

Fraglich ist jedoch, wie sich der Umstand auswirkt, dass T bei der Tat einem Motivirrtum, einem error in persona unterlag. Wie festgestellt, führt dieser grundsätzlich zu einer Vollendungsstrafbarkeit, wenn wie hier die beiden Tatobjekte gleichwertig sind.

Erfolgt dieser Irrtum im Rahmen einer a.l.i.c., ist möglicherweise eine andere Bewertung erforderlich, weil T im Zeitpunkt der unmittelbaren Tötungshandlung nicht schuldfähig war und sie, als sie noch schuldfähig war, eine andere Person als die letztlich getroffene töten wollte. Für die in diesem Zeitpunkt schuldfähige T stellt sich die Tat also möglicherweise als fehlgegangen, als aberratio ictus dar. Dies wäre allerdings nur dann relevant, falls ein solches Fehlgehen anders zu behandeln wäre als ein error in persona.

aa) Die Behandlung der aberratio ictus

Hierzu werden verschiedene Ansichten vertreten.

(1) Gleichbehandlung der aberratio ictus mit dem error in persona (Gleichwertigkeitstheorie)

Auch im Rahmen dieser Frage ließe sich darauf abstellen, dass T hier allgemein einen Menschen töten wollte und dies letztlich auch tat.⁹⁴ Wie beim error in persona handle es sich damit bei der aberratio ictus um einen für den Vorsatz unbeachtlichen Motivirrtum.

Innerhalb dieser Ansicht wird teilweise auch noch danach differenziert, ob es sich um ein höchstpersönliches Rechtsgut handelt oder nicht.⁹⁵ Sind – wie hier – höchstpersönliche Rechtsgüter betroffen, sei der Irrtum beachtlich.

(2) Beachtlichkeit nach allgemeinen Grundsätzen für Kausalverlaufsabweichungen

Andere wollen die aberratio ictus wie gewöhnliche Abweichungen im Kausalverlauf behandeln und fragen danach, ob die Abweichung wesentlich war. Dies ist der Fall, wenn das Fehlgehen außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung läge und die Umstände eine andere Behandlung verlangten.⁹⁶ Hier lag die Fehlindividualisierung durch eine stark alkoholisierte Person im Rahmen dessen, was ein objektiver Dritter in Rechnung stellen würde, sodass die Abweichung unwesentlich war. Mithin wäre der Irrtum danach unbeachtlich.

(3) Individualisierungsthese

Man könnte wiederum annehmen, dass der Vorsatz der T auf F konkretisiert war und das Überfahren einer anderen Person gerade nicht umfasste. Hiernach macht sich die Täterin nur wegen Versuchs bezüglich des ursprünglich ins Auge gefassten, konkretisierten Objekts und gegebenenfalls wegen Fahrlässigkeit bezüglich des wirklich getroffenen Objekts strafbar.

(4) Streitentscheid

Gegen die erste Ansicht einer formellen Gleichwertigkeit des anvisierten und getroffenen Opfers spricht, dass sie einen allgemeinen Gattungsvorsatz unterstellt, den T nicht hatte.⁹⁷ So wird der

⁹⁴ Noll, ZStW 77 (1965), 1 (5).

⁹⁵ Zur materiellen Gleichwertigkeitslehre siehe die Nachweise bei Joecks/Kulhanek, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 101 (Fn. 309).

⁹⁶ Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 16 Rn. 16.

⁹⁷ Joecks/Kulhanek, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 103 f.

Nachweis eines spezifischen Tatvorsatzes umgangen. Auch eine Differenzierung nach der Höchstpersönlichkeit von Rechtsgütern überzeugt vor dem Hintergrund nicht, dass auch Vermögenswerte nicht ihrer Gattung nach geschädigt werden.⁹⁸ Eine solche Differenzierung ist nicht im Gesetz angelegt und inkonsequent. Die Individualisierungsthese und die materielle Gleichwertigkeitstheorie kommen zum selben Ergebnis, sodass insoweit ein Streitentscheid dahinstehen kann.

Eine Beurteilung wie im Falle eines gewöhnlichen Abweichens vom Kausalverlauf verkennt den grundlegenden Unterschied zur aberratio ictus.⁹⁹ Eine Abweichung vom Kausalverlauf liegt vor, wenn der Erfolg auf andere Weise als vom Täter geplant eintritt. Bei der aberratio ictus tritt der Erfolg aber gerade an einem ganz anderen als von dem Täter anvisierten Opfer ein und erfasst damit einen ganz anderen Sachverhalt. Eine Gleichbehandlung überzeugt damit nicht.

c) Behandlung des error in persona in der a.l.i.c.

Zur Ausgangsfrage zurückkehrend ist daher zu prüfen, ob der error in persona in der a.l.i.c. als solcher zu behandeln ist, oder ob aufgrund der Fehlindividualisierung im schuldunfähigen Zustand das Geschehen als aberratio ictus zu behandeln ist.

aa) Abstellen auf schuldunfähige T

Dabei lässt sich zunächst auf die Perspektive der schuldunfähigen T abstellen. Dann ergäben sich im Vergleich zum „normalen“ error in persona keine Abweichungen.¹⁰⁰

bb) Abstellen auf schulfähige T

Anders ließe sich auf die schulfähige T abstellen. Insoweit ließe sich anführen, dass sie sich selbst als (schuldunfähiges) Werkzeug einsetzt und der Irrtum erst aufgetreten ist, als sie als ihr eigenes Werkzeug handelte. Insoweit käme es dann darauf an, wie ein Fehler des Werkzeugs sich auf den Hintermann auswirkt. Dabei ließe sich einerseits davon ausgehen, dass der Fehler des Werkzeugs auf den Hintermann „durchschlägt“, also ebenfalls als error in persona zu behandeln ist. Insoweit ergäben sich keine Unterschiede zur ersten Auffassung.

Andererseits ließe sich die Tat für den Hintermann als aberratio ictus, also fehlgegangen, begreifen, weil aus Sicht des Hintermannes das Opfer nicht „nur“ fehlindividualisiert, sondern schlicht das falsche Opfer getroffen wurde.

cc) Individualisierungsrisiko

Letztlich ließe sich darauf abstellen, ob T selbst als mittelbare Täterin eine Ursache für die Fehlindividualisierung gesetzt hat, indem sie insoweit ein hinreichendes Risiko setzte. Ist dies der Fall, liegt ein für den Täter ungünstigerer error in persona vor. Angesichts der starken Alkoholisierung dürfte ein gewichtiges Risiko für das Fehlgehen der Tat gelegt worden sein, sodass hiernach ein error in persona anzunehmen ist.

dd) Streitentscheid

Für die erste Ansicht lässt sich anführen, dass der Irrtum über die Person die Vorsätzlichkeit unbe-

⁹⁸ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 15 Rn. 38.

⁹⁹ Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 57.

¹⁰⁰ Zur Gleichbehandlung von Irrtum bei Tatmittler und unmittelbarem Einzeltäter Nestler/Prochota, Jura 2020, 560 (560 f.).

rührt lasse und es deswegen sachgerechter erscheinen mag, wegen Vollendung zu bestrafen.¹⁰¹ Dies berücksichtigt, dass es nicht außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung liegt, im betrunkenen Zustand einer Fehlindividualisierung zu unterliegen.¹⁰² Selbiges lässt sich für letztere Ansicht anführen, die eine differenzierende Betrachtung ermöglicht und damit grundsätzlich dem Einzelfall gerecht wird. Von Einzelfallgerechtigkeit dürfte in der a.l.i.c.-Konstellation allerdings keine Rede sein, als bei einem bis zur Schuldunfähigkeit berauschten Täter stets ein hinreichendes Fehlindividualisierungsrisiko gesetzt wird. Beide Ansätze ignorieren darüber hinaus die Besonderheit der Tatbestandslösung, bei der es um die Schuldhaftigkeit im Zeitpunkt des Sich-Berauschens geht. Dann kann aber nichts anderes für den Vorsatz gelten, weil das Sich-Berauschen die tatbestandsmäßige Handlung ist und konsequenterweise dem Koinzidenzprinzip gemäß es auf diesen Vorsatz zu dieser Zeit ankommt.¹⁰³ Dieser Vorsatz ist die den Unrechtsvorwurf der a.l.i.c. tragende Verbindung zwischen Tatplan und Tatausführung, die hier entfällt.

Demnach ist die Tat hier im Sinne einer aberratio ictus fehlgeschlagen.

Damit liegt mit der Individualisierungstheorie ein den Vorsatz ausschließender Irrtum vor.

Durch das Betrinken hat T sich nicht wegen eines Totschlags i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. strafbar gemacht.

III. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. durch das Sich-Betrinken

Durch das gleiche Verhalten kann sich T aber wegen eines versuchten Totschlags gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Der Erfolg ist zwar in Form des Todes der M eingetreten. Dieser ist T aber nicht zuzurechnen. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus §§ 212 Abs. 1, 23 Abs. 1 Var. 1, 12 Abs. 1 StGB.

2. Tatentschluss

T wollte sich betrinken, um dann im schuldunfähigen Zustand M zu überfahren. Sie handelte also mit unmittelbarem Verwirklichungswillen bezüglich eines Totschlags i.V.m. mit den Grundsätzen der a.l.i.c. und somit mit Tatentschluss.

3. Unmittelbares Ansetzen

Sie führte die – nach der oben vertretenen Tatbestandslösung – tatbestandsmäßige Handlung, das Sich-Betrinken, aus und hat somit zur Tatverwirklichung unmittelbar angesetzt.

Hinweis: Da bereits oben die anderen Ansichten abgelehnt wurden, bedarf es keiner weitergehenden Erörterung des Zeitpunkts des unmittelbaren Ansetzens. Es ist gleichwohl nicht negativ zu bewerten, wenn Bearbeiter*innen diese Frage mit Blick auf die unterschiedlichen Ansichten zur a.l.i.c. nochmal thematisieren.

¹⁰¹ BGHSt 21, 381 (383 f.).

¹⁰² Schweinberger, JuS 2016, 507 (508), BGHSt 21, 381 (384).

¹⁰³ Neumann, in: FS Kaufmann, 1993, S. 581.

4. Rechtswidrigkeit

Sie handelte rechtswidrig.

5. Schuld

Im Zeitpunkt des Sich-Betrinkens handelte sie (noch) schuldhaft.

6. Kein Rücktritt

Ein möglicher Rücktritt setzt voraus, dass der Versuch nicht fehlgeschlagen ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Täter im Zeitpunkt der letzten Ausführungshandlung keine Möglichkeit mehr sieht, den Erfolg ohne zeitliche Zäsur herbeizuführen.¹⁰⁴ Nach dem Überfahren der M war es T nicht mehr möglich, das eigentliche Opfer noch zeitnah aufzufinden. Der Versuch war somit für sie fehlgeschlagen, ein Rücktritt daher ausgeschlossen.

7. Ergebnis

T hat sich durch das Betrinken somit wegen eines versuchten Totschlags i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. zum Nachteil der F strafbar gemacht.

IV. § 222 StGB durch das Sich-Betrinken zum Nachteil M

Indem T sich betrunken hat, kann sie sich weiter wegen fahrlässiger Tötung strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Erfolg und Kausalität

Der Erfolg ist mit dem Tod der M eingetreten. Das Sich-Betrinken wurde für diesen kausal.

b) Objektive Sorgfaltswidrigkeit

Das Verhalten der T muss sorgfaltswidrig gewesen sein, sie muss also die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen haben.¹⁰⁵ Dabei ist auf einen objektiven Dritten in der konkreten Situation und mit den Fähigkeiten und Kenntnissen der T abzustellen. Es war allgemein erkennbar, dass im schweralkoholisierten Zustand Fehlindividualisierungen bei der Tatausführung vorkommen können. T handelte sorgfaltswidrig, indem sie sich gezielt betrank, um in diesem Zustand eine Straftat zu begehen.

Hinweis: An das alkoholisierte Fahren selbst kann wegen der Schuldunfähigkeit in diesem Zeitpunkt nicht angeknüpft werden. Vielmehr ist an eine vor diesem Zustand erfolgte Sorgfaltspflichtverletzung anzuknüpfen. Da alle Bedingungen bzw. Sorgfaltspflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit gleichwertig sind, bedarf es der a.l.i.c. insoweit nicht.

¹⁰⁴ BGHSt 34, 53; BGH NStZ 2008, 393; BGH NStZ 2010, 690.

¹⁰⁵ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 1118.

c) Objektive Zurechnung

Der Erfolg muss T zuzurechnen sein. Durch ihr pflichtwidriges Verhalten hat sie eine Gefahr für persönliche Rechtsgüter geschaffen, namentlich Leib und Leben anderer. Durch das Überfahren der M realisierte sich der Pflichtwidrigkeitszusammenhang. Der Erfolg ist ihr auch im Übrigen zuzurechnen.

F tötete M fahrlässig.

2. Rechtswidrigkeit

Dabei handelte sie rechtswidrig.

3. Schuld

Die Möglichkeit der Fehlindividualisierung war für sie im Zeitpunkt des Sich-Betrinkens erkennbar und durch ein nicht betrinken vermeidbar. Sie handelte auch im Übrigen schuldhaft.

Durch das Sich-Betrinken hat F sich gem. § 222 StGB wegen fahrlässiger Tötung zum Nachteil der M strafbar gemacht.

V. § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit .a StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. durch das Sich-Betrinken

In Betracht kommt weiter eine Strafbarkeit gem. § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. Im Rahmen des Tatbestandsmodells ist die a.l.i.c. jedoch nicht auf verhaltensgebundene Delikte anzuwenden, bei denen der Unrechtsgehalt in der Tätigkeit selbst liegt.¹⁰⁶ Unter § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB kann aber aufgrund der eng umschriebenen Tathandlung (Führen eines Kraftfahrzeugs) ein Sich-Betrinken nicht subsumiert werden, da nicht bereits „fährt“, wer nur trinkt.¹⁰⁷ Anknüpfungspunkt kann aufgrund des in der Tätigkeit selbst liegenden Unrechtsgehalts auch nicht das schuldhafte „Verursachen des Führens“ sein. Eine Strafbarkeit der M scheidet daher insoweit aus.

VI. § 323a StGB durch das Sich-Betrinken

In Betracht kommt weiter eine Strafbarkeit der T wegen Vollrauschs.

1. Tatbestand

T befand sich alkoholbedingt in einem Rauschzustand. Sie hat sich selbst betrunken, sich also in diesen auch versetzt. Dabei handelte sie vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Weiter handelte sie rechtswidrig und schuldhaft.

¹⁰⁶ Streng, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 20 Rn. 116.

¹⁰⁷ Vgl. die Nachweise bei Joecks/Jäger, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 323a Rn. 36.

3. Begehung einer Straftat im Rauschzustand

Im Rausch beging sie eine rechtswidrige Tat. Neben der (versuchten) a.l.i.c. findet § 323a StGB keine Anwendung,¹⁰⁸ so dass eine Strafbarkeit wegen Vollrauschs insoweit ausscheidet. Indem T mit einer Blutalkoholkonzentration von 3,6 Promille M anfuhr und diese dadurch, als denknottwendiges Zwischenstadium zum Tode, an ihrem Leben konkret gefährdete, hat sie den Tatbestand der Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB) StGB erfüllt. Sie handelte dabei auch rechtswidrig. Sie handelte jedoch nicht schulfähig und eine Bestrafung kann auch nicht über die Grundsätze der a.l.i.c. erfolgen (siehe oben), sodass § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB taugliche Rauschtat i.S.d. § 323a StGB ist.

Durch das Sich-Betinken hat T sich somit wegen Vollrauschs strafbar gemacht.

Konkurrenzen und Gesamtergebnis

J ist strafbar gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1, 27 Abs. 1 StGB und § 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Diese stehen gem. § 53 in Tateinheit zueinander.

T ist strafbar gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c., wegen einer fahrlässigen Tötung gem. § 222 StGB und wegen Vollrauschs gem. § 323a StGB. Die Taten wurden durch das gleiche Verhalten begangen. Sie stehen daher grundsätzlich in Tateinheit gem. § 52 Abs. 1 StGB.

Fragen ließe sich, ob nicht die fahrlässige Tötung hinter den Vollrausch zurücktreten muss. Beide Normen schützen allerdings verschiedene Rechtsgüter. Während die fahrlässige Tötung das Individualrechtsgut Leben schützt,¹⁰⁹ schützt der Vollrausch die Allgemeinheit.¹¹⁰ Beide Delikte konkurrieren daher ideal miteinander.¹¹¹ Somit ergibt sich eine Gesamtstrafbarkeit nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 222, 323a, 52 Abs. 1 StGB.

Zusatzfrage

Aufgrund des im Strafverfahren geltenden Unmittelbarkeitsgrundsatzes ist F als Zeugin persönlich über ihre Wahrnehmung zu vernehmen, § 250 S. 1 StPO. Eine Vernehmung darf grundsätzlich nicht durch das Verlesen eines Protokolls ersetzt werden, § 250 S. 2 StPO.

Vorliegend kommt aber eine Ausnahme gem. § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO in Betracht. Demnach ist eine Verlesung u.a. dann ausnahmsweise zulässig, wenn die zu vernehmende Person in absehbarer Zeit nicht gerichtlich vernommen werden kann. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Zeuge keinen bekannten Aufenthaltsort hat, sofern nach der Auskunftsperson gesucht worden ist und weitere Nachforschungen keinen Erfolg versprechen.¹¹² F befindet sich im außereuropäischen Ausland. Die Ermittlungen blieben im Übrigen ergebnislos, und insoweit sind keine weiteren Erfolge in Aussicht. Somit hat F keinen bekannten Aufenthaltsort.

Das Vernehmungsprotokoll kann damit ausnahmsweise verlesen werden.

Fraglich ist, wie sich der Umstand auswirkt, dass F in der Vernehmung nicht belehrt wurde. Jedenfalls ein Verstoß gegen § 55 StPO zieht nach überwiegender Ansicht kein Verwertungsverbot nach sich.¹¹³ Etwas anderes gilt grundsätzlich dann, wenn der Zeuge später zum Beschuldigten wird.

¹⁰⁸ Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 323a Rn. 31.

¹⁰⁹ Neumann, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, Vor § 211 Rn. 1.

¹¹⁰ Fahl, JuS 2005, 1076.

¹¹¹ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 323a Rn. 18.

¹¹² Diemer, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 251 Rn. 14.

¹¹³ Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 712.

Gemein ist beiden Überlegungen jedoch, dass ein hieran anknüpfendes Verwertungsverbot mit der Rechtskreistheorie grundsätzlich zunächst nur zugunsten des Aussagenden gilt. Die Rechtskreistheorie fragt ähnlich dem Schutzzweckgedanken danach, ob die verletzte Rechtsvorschrift dem Schutz des Beschuldigten und nicht etwa eines Dritten dient. Fraglich ist, ob dementsprechend ein solches Beweisverwertungsverbot auch für Angeklagte gefolgert werden kann, was voraussetzen würde, dass § 55 StPO dem Schutz des Angeklagten dient. Man könnte annehmen, dass § 55 StPO auch das Interesse des Angeklagten an einer konfliktfreien und wahrheitsgemäßen Aussage des Zeugen schützt.¹¹⁴ Dies verkennt allerdings, dass § 55 StPO Ausfluss des Nemo-tenetur-Grundsatzes ist, der wiederum nur den Aussagenden selbst vor einer ihn belastenden Aussage schützen will.¹¹⁵ Zumal der Gefahr, die Aussagen verdächtiger Zeugen für die Wahrheitsfindung bilden können, schon die Bestimmungen über die Nichtvereidigung tatverdächtiger wie verwandter Zeugen (§§ 60 Nr. 3, 61 Nr. 2 StPO) begegnen.¹¹⁶ Das Auskunftsverweigerungsrecht des § 55 StPO beruht ausschließlich auf der Achtung vor der Persönlichkeit des Zeugen.¹¹⁷ Sinn und Zweck von § 55 StPO ist es also, dem Zeugen, und nur ihm, einen Konflikt zu ersparen.¹¹⁸ Der Angeklagte kann kein rechtlich zu schützendes Interesse daran haben, dass die Entschlussfreiheit des Zeugen gewahrt bleibt.¹¹⁹ Demnach gilt ein mögliches Beweisverwertungsverbot allenfalls für F, nicht jedoch für J. Im Verfahren gegen sie kann das Protokoll über die Vernehmung der F damit gem. § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO eingeführt werden.

Hinweis: Mit entsprechender Argumentation ist auch ein anderes Ergebnis gut vertretbar. So ließe sich darauf abstellen, dass der Beschuldigte ein berechtigtes Interesse daran hat, dass nur justizkonform erlangte Beweise im Verfahren gegen ihn verwendet werden.

Sofern die Bearbeiter*innen ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot darüber hinaus auf Grundlage einer Verletzung des Fair-trial-Grundsatzes wegen der fehlenden Konfrontationsmöglichkeit der Beschuldigten J mit der Belastungszeugin F prüfen, sollte dies positiv honoriert werden.

Aus dem Grundsatz der Verfahrensfairness und insb. Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 EMRK folgt ein Recht des Beschuldigten den Belastungszeugen, in diesem Fall F, unmittelbar zu befragen oder befragen zu lassen. Eine Nichtgewährung dieses Konfrontationsrecht führt aber nicht unmittelbar zu einem Beweisverwertungsverbot. Ein solches kommt vielmehr nur dann in Betracht, wenn die fehlende Konfrontationsmöglichkeit das Verfahren in seiner Gesamtheit als unfair erscheinen lässt. Dabei spielt insbesondere die Frage, ob die fehlende Konfrontation der Justiz zuzurechnen ist, eine wichtige Rolle. Aber auch die Frage, ob ein Verfahrensverstöß vorliegt – in diesem Fall die fehlende Belehrung – muss in Betracht gezogen werden. Jedenfalls sind in diesen Fällen hohe Anforderungen an die Beweiswürdigung zu stellen und die Verurteilung darf nicht allein auf der Aussage des nicht-konfrontierten Belastungszeugen gestützt werden. Vielmehr müssen andere, gewichtige Gesichtspunkte diese Aussage bestätigen.¹²⁰

¹¹⁴ Paul, NStZ 2013, 489 (490).

¹¹⁵ Bader, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 55 Rn. 1.

¹¹⁶ BGH NJW 1958, 557 (558).

¹¹⁷ BGH NJW 1958, 557 (558).

¹¹⁸ BGH NJW 1958, 557 (558).

¹¹⁹ BGH NJW 1958, 557 (558).

¹²⁰ Vgl. dazu etwa EGMR, Entsch. v. 17.11.2005 – 73047/01 (Haas./Deutschland) = NStZ 2007, 103; EGMR, Urt. v. 20.12.2001 – 33900/96 (P.S./Deutschland) = NJW 2003, 2893 sowie BGH, Beschl. v. 17.3.2010 – 2 StR 397/09 = NJW 2010, 2224 (2225); BGH, Beschl. v. 29.11.2006 – 1 StR 493/06 = NStZ 2007, 166 f. und BGH, Beschl. v. 22.6.2005 – 2 StR 4/05 = NStZ-RR 2005, 321 f.

Entscheidungsbesprechung

KG, Beschl. v. 16.8.2023 – 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23¹

Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte durch das Festkleben auf der Fahrbahn

Grundsätzlich kommt eine Strafbarkeit wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte nach § 113 Abs. 1 StGB auch dann in Betracht, wenn sich der Täter bereits vor Beginn der Vollstreckungshandlung auf der Fahrbahn mit Sekundenkleber o.ä. festklebt, um die von ihm erwartete alsbaldige polizeiliche Räumung der Fahrbahn nicht nur unwesentlich zu erschweren.

(Amtlicher Leitsatz)

StGB §§ 113, 240

StPO §§ 267, 349

Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, LL.M. (Athen), Vaduz, Stud. iur. Christoph Bauch, B.A., Frankfurt am Main*

I. Einführung

In einer Welt, die zunehmend mit den spürbaren Auswirkungen des Klimawandels konfrontiert wird, haben Klimaproteste insbesondere die letzten anderthalb Jahre eine entscheidende Rolle in der Gestaltung des öffentlichen Diskurses eingenommen. Dies führt jedoch gleichzeitig zu der Frage, wie weit Protestaktionen gehen dürfen, die von politischen und gesellschaftlichen Verantwortlichen eine effiziente, wirksame und schnelle Umsetzung von Klimaschutzmaßnahmen fordern.² So unternahmen Mitglieder der „Letzten Generation“ unter anderem Aktionen wie die Blockierung von Flughäfen in Berlin und München, um den Flugverkehr zu beeinträchtigen.³ Zudem versperrten sie die Zugänge zum Bundestag, um Gespräche mit Politikern zu erzwingen.⁴ Zu den weiteren Protestmethoden zählen auch das Ankleben von Klimaaktivisten an Ausstellungsstücke in Galerien und Museen⁵ sowie das

* Die Autorin Papathanasiou ist Inhaberin der Professur für Wirtschaftsstrafrecht, Compliance und Digitalisierung an der Universität Liechtenstein; der Autor Bauch studiert Rechtswissenschaft an der Goethe-Universität Frankfurt am Main und ist Teilnehmer des Executive Master of Laws (LL.M.) im Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Liechtenstein.

¹ Der Beschluss ist abrufbar unter <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/JURE230053412> sowie veröffentlicht in NJW 2023, 2792 = BeckRS 2023, 21365 = NZV 2023, 461.

² Vgl. bereits Erb, NStZ 2023, 577 (577).

³ Krause/Tschirner, ZEIT ONLINE v. 8.12.2022, abrufbar unter <https://www.zeit.de/gesellschaft/2022-12/muenchen-flughafen-klimaprotest-sperrung> (20.1.2024); der Bundesverkehrsminister Volker Wissing wirft den Aktivisten insoweit „kriminelle Machenschaften“ vor.

⁴ Tagesschau v. 15.12.2022, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/inland/klimaaktivisten-bundestag-blockade-101.html> (20.1.2024).

⁵ Siehe etwa RedaktionsNetzwerk Deutschland v. 31.10.2022, abrufbar unter <https://www.rnd.de/panorama/klimaaktivisten-kleben-sich-an-dino-skelett-letzte-generation-protest-im-berliner-naturkundemuseum-HFHAEB3HISOG7KCQTCND2RG5AI.html> (20.1.2024); in diesem Fall hatten sich Klimaaktivisten im Berliner Museum für Naturkunde an die Haltestangen eines Dinosaurierskelettes geklebt.

Beschmieren oder Bewerfen dieser Objekte mit Lebensmitteln und Farben.⁶ Grundsätzlich sind Klima-protestaktionen kein neues Phänomen.⁷ Das Neue an den zeitgenössischen Protestaktionen ist jedoch das Ankleben der Hände an Objekte oder den Straßenbelag. Am bekanntesten sind in diesem Kontext die Sitzblockaden auf stark befahrenen Straßen: Zumindest einige Aktivisten kleben sich am Straßenbelag so fest, dass sie von der Polizei mit Lösungsmitteln abgelöst werden müssen. Nach der Ablösung vom Asphalt lassen sie sich widerstandslos von der Straße wegtragen.⁸

Auf rechtspolitischer Ebene haben die Klimaproteste die Frage nach einem effektiven (gefahren-abwehrrechtlichen) Vorgehen gegen solche Blockaden aufkommen lassen. Insoweit wurden eine bundesweite Ausweitung der Präventionshaft nach bayrischem Vorbild⁹ und zugleich das Verbot von Klimaprotesten im Wege einer Allgemeinverfügung diskutiert.¹⁰ Auf justizieller Ebene bestätigte das Landgericht München I in seinem Beschluss vom 16.11.2023 den Anfangsverdacht bei der „Letzten Generation“ betreffend die Bildung einer kriminellen Vereinigung. Dies beruht vor allem auf der Art und Weise, wie die Gruppe aufgefallen ist: insbesondere durch ihre Taktiken, Verkehrsteilnehmer zu nötigen, was maßgeblich ihr öffentliches Bild prägt.¹¹

Somit ist auch das „letzte Mittel“ des Staates – das Strafrecht – in den Mittelpunkt der Diskussion¹² gerückt und nunmehr in gerichtlichen Verfahren endgültig angekommen. Je nach Einzelfall können vor allem Strafbarkeiten wegen Sachbeschädigung, Hausfriedensbruchs, Straßenverkehrsdelikten, Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte oder Nötigung in Betracht kommen.¹³ Neben dem Schwerpunkt einer möglichen Rechtfertigung solcher Taten¹⁴ konzentriert sich die Diskussion auf die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes des § 113 Abs. 1 StGB („Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte“): Stellt das charakteristische Festkleben ein Widerstandleisten mit Gewalt gegen Vollstreckungsbeamte dar? Wird im Falle des Vorliegens von Gewalt diese „bei“ der Vornahme einer Vollstreckungshandlung ausgeübt?

Diese Fragen werden in der Rechtsprechung uneinheitlich beantwortet. Drei Entscheidungen des Amtsgerichts Berlin-Tiergarten verneinten eine Strafbarkeit nach § 113 Abs. 1 StGB.¹⁵ Teilweise wur-

⁶ Simmons, ZEIT ONLINE v. 23.10.2022, abrufbar unter <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2022-10/potsdam-museum-barberini-monet-getreideschober> (20.1.2024).

⁷ Seit 1970 gibt es bereits den „Earth Day“; zur historischen Entwicklung siehe unter <https://earthday.de/ueber-uns/geschichte/> (20.1.2024). Auch im Zusammenhang mit den Anti-Atomkraft-Protesten gegen das AKW Brokdorf wurden Anfang 1981 Zufahrten durch Sitzblockaden versperrt; siehe hierzu Weber, NDR v. 25.1.2023, abrufbar unter <https://www.ndr.de/geschichte/schauplaetze/Dem-Verbot-zum-Trotz-Grossdemo-gegen-AKW-Brokdorf-1981,brokdorfdemonstration101.html> (20.1.2024).

⁸ Die Gewaltfreiheit wird als einer der Werte genannt, welche dem Handeln der „Letzten Generation“ zugrunde liegen; siehe unter <https://letztegeneration.org/mitmachen/werte-protestkonsens/> (20.1.2024).

⁹ Süddeutsche Zeitung v. 9.12.2022, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/muenchen/muenchen-allgemeinverfuegung-verbot-klimaproteste-1.5712674> (20.1.2024).

¹⁰ Geyer, RedaktionsNetzwerk Deutschland v. 23.11.2022, abrufbar unter <https://www.rnd.de/politik/strafen-fuer-klimaaktivisten-polizeigewerkschaft-fordert-bundesweite-vorbeugehaft-BHUVXDLEAFHQHOKRWRWVDS4BLY.html> (20.1.2024); Bayerns Polizeiaufgabengesetz sieht vor, dass Bürgerinnen und Bürger auf Grundlage einer richterlichen Entscheidung bis zu einem Monat lang festgehalten werden können, um die Begehung einer Ordnungswidrigkeit oder Straftat zu verhindern (Art. 17 ff. PAG).

¹¹ Zu LG München I, Beschl. v. 16.11.2023 – 2 Qs 14/23 siehe Redaktion beck-aktuell v. 23.11.2023.

¹² Teilweise wird bereits der Begriff des „Klimastrafrechts“ angeführt; zum Begriff des Klimastrafrechts im engeren und weiteren Sinne vgl. Burchard/Schmidt, Normative Orders Working Paper Series 01/2023, 2 ff.; siehe auch den Sammelband Satzger/v. Maltitz, Klimastrafrecht, 2024.

¹³ Zur strafrechtlichen Bewertung der Sitzblockaden von Klimaaktivisten siehe näher Preuß, NZV 2023, 60.

¹⁴ Siehe hierzu ausführlich Homann, JA 2023, 649 (650 ff.).

¹⁵ AG Berlin-Tiergarten, Urt. v. 30.8.2022 – (422 Cs) 231 Js 1831/22 (11/22) Jug.; AG Berlin-Tiergarten, Beschl. v. 5.10.2022 – (303 Cs) 237 Js 2450/22 (202/22) = BeckRS 2022, 31817; AG Berlin-Tiergarten, Beschl. v. 20.10.2022 – (298 Cs) 237 Js 2481/22 (167/22) = BeckRS 2022, 50575.

den die Entscheidungen mit Rechtsmitteln angegriffen. Die angegriffenen Entscheidungen des Amtsgerichts wurden vom Landgericht Berlin aufgehoben.¹⁶ Dessen Begründung schloss sich Ende April 2023 auch ein erneutes Urteil des Amtsgerichts Berlin-Tiergarten an.¹⁷ Diese Unübersichtlichkeit innerhalb der gerichtlichen Entscheidungspraxis wird dadurch verstärkt, dass sich die Entscheidung des Landgerichts Berlin im Ergebnis gegen eine Parallelentscheidung desselben Gerichts stellt.¹⁸

In diesem Themenkomplex reiht sich nun auch der Beschluss des 3. Strafsenates des Berliner Kammergerichts vom 16. August 2023 ein.

II. Sachverhalt und Verfahrensgang

Dem Beschluss des Kammergerichts ging eine Sprungrevision der Angeklagten voran. Im zugrunde liegenden Sachverhalt¹⁹ beteiligte sich die Angeklagte von 8:00 bis 9:40 Uhr auf dem Autobahnzubringer A 111 im Bereich K.-Damm/H.-Damm in Berlin an einer Straßenblockade der Gruppierung „Aufstand der letzten Generation“. Die Angeklagte und drei weitere Personen setzten sich aufgrund eines zuvor gefassten gemeinsamen Tatplans auf die Fahrbahn der viel befahrenen Straße, um dadurch die auf der Straße befindlichen Fahrzeugführer bis zur Räumung der Blockade durch Polizeibeamte an der Fortsetzung ihrer Fahrt zu hindern. Fernziel der Blockadeaktion war es, die Bundesregierung zu einer vernünftigen Klimapolitik zu bringen. Wie von der Angeklagten beabsichtigt, kam es aufgrund der Blockade bis zu deren Auflösung zu einer erheblichen Verkehrsbeeinträchtigung. Es entstand ein ca. 60 Minuten andauernder Rückstau über mehrere hundert Meter. Um erforderliche polizeiliche Maßnahmen zur Beseitigung der Blockade zu erschweren, klebte die Angeklagte ihre rechte Hand mit Sekundenkleber auf die Straßenfahrbahn. Dies führte dazu, dass die Polizeibeamten sie erst nach Lösung des Klebstoffs, die eine bis eineinhalb Minuten in Anspruch nahm, von der Straße tragen konnten.

Das Amtsgericht Berlin-Tiergarten hatte die Angeklagte am 12.1.2023 wegen „gemeinschaftlich begangener“ Nötigung in Tateinheit mit Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu je 20 € verurteilt.²⁰

Die Angeklagte erhob die Sachrüge und rügte unter anderem, ihre Einlassung sei nur lückenhaft dargestellt worden und die Feststellungen ermöglichten keine Verwerflichkeitsprüfung nach § 240 Abs. 2 StGB. Zudem seien die Voraussetzungen des § 113 Abs. 1 StGB nicht erfüllt: Die Angeklagte ist der Rechtsauffassung, dass ihre Tathandlung entweder schon nicht tatbestandlich wegen fehlender Verwerflichkeit bzw. keine Widerstandshandlung oder die Tat jedenfalls gerechtfertigt sei. Hinsichtlich einer Rechtfertigung bezog sie sich auf den gegenwärtigen Klimawandel. Die Aktion sei im Ergebnis notwendig, um die Bundesregierung zu weiteren Maßnahmen gegen den Klimawandel aufzurufen. Ziel der Aktion sei nicht die Blockade selbst, sondern eine rationale Klimapolitik. Die Freiheitsrechte der Kraftfahrer seien angesichts des wichtigen Klimaschutzes nicht wesentlich beeinträchtigt worden; die Einschränkungen der Kraftfahrer seien daher im Ergebnis angemessen und verhältnismäßig gewesen. Die gesamte Aktion sei gewaltfrei verlaufen. Auch sei niemand beleidigt worden.²¹

¹⁶ LG Berlin, Beschl. v. 21.11.2022 – 534 Qs 80/22 = BeckRS 2022, 40639; LG Berlin, Beschl. v. 31.5.2023 – 502 Qs 138/22 = KlimR 2023, 218.

¹⁷ AG Berlin-Tiergarten, Ur. v. 26.4.2023 – (324 Cs) 237 Js 2886/22 (196/22) = BeckRS 2023, 13582.

¹⁸ LG Berlin, Beschl. v. 20.4.2023 – 503 Qs 2/23 = BeckRS 2023, 8689; dazu auch Schmidt, KlimR 2023, 210 (212).

¹⁹ KG, Beschl. v. 16.8.2023 – 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23 = BeckRS 2023, 21365 Rn. 2.

²⁰ KG, Beschl. v. 16.8.2023 – 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23 = BeckRS 2023, 21365 Rn. 1.

²¹ KG, Beschl. v. 16.8.2023 – 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23 = BeckRS 2023, 21365 Rn. 3.

Nach erhobener Sachrüge beantragte die Generalstaatsanwaltschaft, die Revision der Angeklagten mit der Maßgabe zu verwerfen, dass die Angeklagte der Nötigung schuldig ist.²²

III. Die Entscheidung des Kammergerichts

Das Kammergericht hob das Urteil des Amtsgerichts auf und verwies die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Abteilung des Amtsgerichts Berlin-Tiergarten zurück.²³

Im Zentrum der Entscheidung stehen dabei zunächst Ausführung zur tatrichterlichen Beweiswürdigung.²⁴ In dieser Hinsicht soll das Urteil der Vorinstanz mehrere Mängel aufweisen. Es fehle insoweit an einer geschlossenen und zusammenhängenden Wiedergabe wenigstens der wesentlichen Grundzüge der Einlassung der Angeklagten. Dies sei notwendig, um die Beweiswürdigung des Tatrichters auf sachlich-rechtliche Fehler hin überprüfen zu können. Im Ergebnis sei weder den mitgeteilten Zeugenaussagen noch dem mitgeteilten Inhalt des Geständnisses zu entnehmen, worauf das Amtsgericht seine Annahme gestützt hatte, dass sich die Angeklagte auf der Fahrbahn festgeklebt habe, um die erwartete polizeiliche Maßnahme zur Räumung der Blockade zu erschweren. Weiterhin bleibe die Beweiswürdigung zu den Abwägungselementen im Rahmen der Prüfung des § 240 Abs. 2 StGB lückenhaft.²⁵ Schließlich beruhe auch die Begründung zur festgesetzten Tagessatzhöhe auf unzureichenden Feststellungen.²⁶

Mithin konnte das Urteil des Amtsgerichts bereits wegen der lückenhaften Beweiswürdigung keinen Bestand haben. Allerdings wies das Kammergericht für die weitere Sachbearbeitung durch das Amtsgericht auf einige interessante Punkte zum materiellen Recht hin. Schwerpunktmäßig finden sich lehrreiche Ausführungen betreffend eine Strafbarkeit nach § 113 Abs. 1 StGB.

In einem ersten Schritt vertritt das Kammergericht hinsichtlich des Merkmals „Gewalt“ den Standpunkt, dass ein Festkleben auf der Fahrbahn mit Sekundenkleber, um das Entfernen von dort zu verhindern oder zu erschweren, als Gewalt i.S.v. § 113 Abs. 1 StGB qualifiziert werden könne. Insoweit wird eine Parallele zu den Fällen des Selbstankettens hergestellt. Es läge eine durch tätiges Handeln bewirkte Kraftentfaltung vor, die gegen den jeweiligen Amtsträger gerichtet sei. Zudem sei dieses Handeln geeignet, die Durchführung der Vollstreckungshandlung zu verhindern oder zu erschweren.²⁷ Dem Merkmal der Gewalt stehe es zudem nicht entgegen, dass Polizeibeamte das durch das Festkleben der Hand entstandene physische Hindernis durch Geschicklichkeit – hier unter Verwendung eines Lösungsmittels – zu beseitigen in der Lage seien. Insoweit bedürfe es jedoch einer umfassenden Einzelfallabwägung. Im Rahmen dieser seien auch Umfang und Dauer der zur Überwindung des Hindernisses erforderlichen Mittel in den Blick zu nehmen.²⁸ Im Ergebnis stellt das Kammergericht fest, dass der Umstand, dass die Polizeibeamten eine bis eineinhalb Minuten benötigten, um Aktivisten von der Straßenfahrbahn zu lösen, ein gewichtiges Indiz für das Vorliegen von Gewalt i.S.d. § 113 Abs. 1 StGB sei.²⁹

²² KG, Beschl. v. 16.8.2023 – 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23 = BeckRS 2023, 21365 Rn. 7.

²³ KG, Beschl. v. 16.8.2023 – 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23 = BeckRS 2023, 21365 Rn. 17.

²⁴ KG, Beschl. v. 16.8.2023 – 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23 = BeckRS 2023, 21365 Rn. 8 ff.; diese Ausführungen prozessualer Natur stehen nicht im Vordergrund dieser Entscheidungsbesprechung und werden daher hier kurzgehalten; siehe hierzu ausführlicher KG, Beschl. v. 16.8.2023 – 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23 mit Anm. Preuß, NZV 2023, 461 (463 f.).

²⁵ KG, Beschl. v. 16.8.2023 – 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23 = BeckRS 2023, 21365 Rn. 11 f.

²⁶ KG, Beschl. v. 16.8.2023 – 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23 = BeckRS 2023, 21365 Rn. 16.

²⁷ KG, Beschl. v. 16.8.2023 – 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23 = BeckRS 2023, 21365 Rn. 20.

²⁸ KG, Beschl. v. 16.8.2023 – 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23 = BeckRS 2023, 21365 Rn. 20.

²⁹ KG, Beschl. v. 16.8.2023 – 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23 = BeckRS 2023, 21365 Rn. 20.

In einem zweiten Schritt ging das Kammergericht auf den zeitlichen Aspekt des Widerstandleistens mit Gewalt ein. Einer Strafbarkeit nach § 113 Abs. 1 StGB stehe es nicht entgegen, dass die Widerstandshandlung – hier durch das Festkleben auf der Straßenfahrbahn – bereits vor Beginn der Vollstreckungshandlung (Entfernen der Aktivisten von der Fahrbahn) vorgenommen wurde.³⁰ Insoweit sei es ausreichend, wenn der Täter gezielt eine Widerstandshandlung vornimmt, die bei Beginn der Vollstreckungshandlung noch fortwirke. Notwendig sei hierfür jedoch, dass der Wille des Täters dahin gehe, durch seine (vorherige) Tätigkeit den Widerstand vorzubereiten.³¹

In einem dritten und letzten Schritt geht das Kammergericht noch knapp auf die Verwerflichkeitsprüfung des § 240 Abs. 2 StGB ein. Insoweit sei eine einzelfallbezogene Würdigung aller Tatumstände notwendig. Hierbei seien zumindest folgende Gesichtspunkte zu beachten: Die Ankündigung der geplanten Blockade bzw. die Anmeldung der Demonstration, die Dauer der Blockade, eine präzise Beschreibung des Tatorts, die Art und das Ausmaß der Blockade (insbesondere die Länge des Staus und Ausweichmöglichkeiten), die Motive der Angeklagten (vor allem der Grund des Festklebens) sowie der Zweck bzw. die Zielrichtung der Demonstration.³²

IV. Bewertung und Fazit

Bislang hat sich noch keine einheitliche Rechtsprechung zur strafrechtlichen Bewertung des „Klimaklebens“³³ herausgebildet. Insoweit handelt es sich bei dem Beschluss des Kammergerichts um eine der ersten obergerichtlichen Entscheidungen,³⁴ welche sich mit dieser Bewertung auseinandersetzt. Der Fokus der Bewertung liegt auf den Ausführungen zu § 113 Abs. 1 StGB, während der prozessuale Teil und die Erörterungen zur Verwerflichkeitsprüfung i.R.d. § 240 Abs. 2 StGB für den vorliegenden Beitrag als weniger relevant angesehen und daher nicht weiter betrachtet werden. Im Folgenden ist sowohl auf die zeitliche Komponente („bei“ Vornahme einer Diensthandlung, d.h. Vollstreckungshandlung) als auch auf das Widerstandleisten mit „Gewalt“ einzugehen.

Hinsichtlich der zeitlichen Komponente besteht in den Fällen des „Klimaklebens“ das Problem, dass das eigentliche Festkleben *bereits vor* der Vollstreckungshandlung der Polizeibeamten erfolgt. Der Wortlaut des § 113 Abs. 1 StGB verlangt, dass der Widerstand gegen den Amtsträger „bei“ Vornahme der Diensthandlung geleistet wird. In der Regel kleben die Aktivisten ihre Hand aber an der Straße zu einem Zeitpunkt fest, in welchem die Polizisten noch gar nicht zur Beseitigung der Blockade erschienen sind. Die mögliche Tathandlung geht daher der Vollstreckungshandlung zeitlich voraus. Liegt das besagte Tatbestandsmerkmal in diesen Fällen vor? Anerkanntermaßen muss die Vollstreckungshandlung bereits begonnen haben oder unmittelbar bevorstehen und darf noch nicht beendet sein.³⁵ Hierbei sind die Begriffe des Beginns und der Beendigung nicht rein förmlich zu verstehen, sodass sie auch Ereignisse erfassen können, die damit in unmittelbarem Zusammenhang stehen und mit diesen somit einen einheitlichen Vorgang bilden.³⁶ Die Grenzen sind hierbei fließend.³⁷ Jedenfalls liegt ein enger Zusammenhang mit der Vollstreckungshandlung vor, wenn sich der Amts-

³⁰ KG, Beschl. v. 16.8.2023 – 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23 = BeckRS 2023, 21365 Rn. 21.

³¹ KG, Beschl. v. 16.8.2023 – 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23 = BeckRS 2023, 21365 Rn. 21.

³² KG, Beschl. v. 16.8.2023 – 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23 = BeckRS 2023, 21365 Rn. 23.

³³ KG, Beschl. v. 16.8.2023 – 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23 mit Anm. Preuß, NZV 2023, 461 (463).

³⁴ Siehe hierzu beispielsweise OLG Celle, Beschl. v. 29.7.2022 – 2 Ss 91/22 = NSTZ 2023, 113.

³⁵ Aus der Kommentarliteratur siehe repräsentativ Dietmeier, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 113 Rn. 7; Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 113 Rn. 15; Paeffgen, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 113 Rn. 18, jeweils m.w.N.

³⁶ Bosch, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 113 Rn. 13; Rosenau, in: LK-StGB, Bd. 7, 13. Aufl. 2021, § 113 Rn. 20.

³⁷ Rosenau, in: LK-StGB, Bd. 7, 13. Aufl. 2021, § 113 Rn. 20.

träger bereits im potentiellen „Kontakt“- bzw. „Herrschaftsbereich“ des von der Amtshandlung Betroffenen bzw. der zu vollstreckenden Amtshandlung befindet.³⁸

Ein enger Zusammenhang mit der Vollstreckungshandlung liegt nach dem Kriterium des „Kontaktbereiches“ erst vor, sobald der Herrschaftsbereich (bspw. Garten, Haus, Fabrikgelände) des von der Vollstreckungshandlung Betroffenen betreten wird.³⁹ Dies ist ebenfalls der Fall, wenn zwar ein allgemein zugänglicher, jedoch räumlich abgegrenzter Bereich (bspw. ein Festplatz) zwecks der Festnahme eines dort gesichteten Straftäters erreicht wird.⁴⁰ Dagegen gehört die polizeiliche Fahrt zum Vollstreckungsort regelmäßig noch nicht zur Vollstreckungshandlung als solcher.⁴¹ In den einschlägigen Fällen des „Klimaklebens“ befindet sich der Amtsträger zum Zeitpunkt des Anklebens in der Regel noch nicht im „Kontaktbereich“ des Aktivisten. Das Festkleben erfolgt also noch bevor die Polizei überhaupt vor Ort bzw. über die konkrete Aktion informiert ist, sodass der von § 113 Abs. 1 StGB geforderte zeitliche Zusammenhang nach dem „Kontaktbereichs“-Kriterium regelmäßig nicht gegeben ist.⁴²

Ein anderes Ergebnis ergibt sich, wenn man die theoretische Konstruktion des sog. „vorweggenommenen Widerstands“ einbezieht.⁴³ So führt das Kammergericht – unter Bezugnahme auf den Bundesgerichtshof⁴⁴ und das Oberlandesgericht Stuttgart⁴⁵ – aus, dass es der Strafbarkeit nach § 113 Abs. 1 StGB nicht entgegenstehe, dass die Widerstandshandlung bereits vor Beginn der Vollstreckungshandlungen vorgenommen wurde. Erforderlich sei in diesem Fall die gezielte Vornahme einer Widerstandshandlung, die bei Beginn der Vollstreckungshandlung noch fortwirke.⁴⁶ Es genüge daher, wenn der Täter eine Widerstandshaltung einnehme, die später auf den absehbaren Vollstreckungsakt trifft und auf diesen abziele.⁴⁷ Der „vorweggenommene Widerstand“ ist jedoch umstritten, was eine genauere Betrachtung erforderlich macht.

Grundsätzlich richtet sich die Kritik gegen eine bedenkliche Ausdehnung des Wortlauts: Die Norm verlangt, dass der Täter „bei“ der Vornahme einer Vollstreckungshandlung Widerstand leistet.⁴⁸ Insoweit sei gerade nicht eine Formulierung wie „im Zusammenhang mit einer Diensthandlung“ gewählt worden.⁴⁹ Ferner wird die kritische Frage aufgeworfen, ob durch einen „vorweggenommenen Widerstand“ der Gewaltbegriff zu weit ausgedehnt werde.⁵⁰ Manchmal wird schließlich bezweifelt, ob in solchen Fällen ein Widerstandsakt vorliegt.⁵¹

Das Wortlautargument erscheint indes nicht zwingend, was bereits das nicht rein formale Begriffsverständnis des Beginns und der Beendigung verdeutlicht. Ein gewisser zeitlicher Spielraum scheint

³⁸ *Bosch*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 113 Rn. 13; *Rosenau*, in: LK-StGB, Bd. 7, 13. Aufl. 2021, § 113 Rn. 20; *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 113 Rn. 15; AG Berlin-Tiergarten, Urt. v. 3.7.1987 – (269) 2 P Js 243/87 Ls = NJW 1988, 3218 (3218).

³⁹ *Rosenau*, in: LK-StGB, Bd. 7, 13. Aufl. 2021, § 113 Rn. 20.

⁴⁰ *Rosenau*, in: LK-StGB, Bd. 7, 13. Aufl. 2021, § 113 Rn. 20.

⁴¹ AG Berlin-Tiergarten, Urt. v. 3.7.1987 – (269) 2 P Js 243/87 Ls = NJW 1988, 3218 (3218).

⁴² So auch *Preuß*, NZV 2023, 60 (66); gleichwohl können die Umstände des Einzelfalls dazu führen, dass eine solche „Kontaktbereichsberührung“ bereits vorliegt.

⁴³ Siehe hierzu wohl erstmalig BGH, Urt. v. 16.11.1962 – 4 StR 337/62 = NJW 1963, 769 (770) mit Anm. *Russ*, NJW 1963, 1165(1165); zustimmend u.a. *Rosenau*, in: LK-StGB, Bd. 7, 13. Aufl. 2021, § 113 Rn. 20.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 16.11.1962 – 4 StR 337/62 = NJW 1963, 769 (770).

⁴⁵ OLG Stuttgart, Urt. v. 30.7.2015 – 2 Ss 9/15 = NStZ 2016, 353 (355).

⁴⁶ KG, Beschl. v. 16.8.2023 – 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23 = BeckRS 2023, 21365 Rn. 21.

⁴⁷ OLG Stuttgart, Urt. v. 30.7.2015 – 2 Ss 9/15 = NStZ 2016, 353 (355).

⁴⁸ Vgl. *Schmidt*, KlimR 2023, 210 (214).

⁴⁹ *Seel*, HRRS 2023, 313 (316).

⁵⁰ *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 113 Rn. 15.

⁵¹ *Dallmeyer*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2023, § 113 Rn. 6.

dem Tatbestand des § 113 Abs. 1 StGB innezuwohnen. Zu Recht wird davon ausgegangen, dass der Widerstand immer noch „bei“ der Vollstreckungshandlung geleistet wird, wenn er sich erst in diesem Zeitraum auswirkt.⁵² Im Ergebnis wohl etwas ungenau – aber dennoch als allgemeine Argumentationslinie bekannt – führte der Bundesgerichtshof bereits vor über 60 Jahren aus, dass die grundsätzliche Möglichkeit eines „vorweggenommenen Widerstandes“ der Gerechtigkeit entspreche.⁵³ Insofern sei es nicht einzusehen, warum der vorbereitete, mithin geplante Widerstand besser behandelt werden solle, als der nicht vorbereitete, der erst im Augenblick der Amtshandlung beginnt.⁵⁴ Dieser Argumentationslinie folgend spricht ein besonders planvolles Vorgehen für den Einbezug des „vorweggenommenen Widerstandes“ in den Tatbestand.

Um eine Entgrenzung des Tatbestandes zu verhindern, ist nur die gezielte Vorbereitung einer Widerstandsleistung als möglicher „vorweggenommener Widerstand“ zu qualifizieren. Nicht vom Tatbestand erfasst sind Tätigkeiten, die sich äußerlich zwar auch als Hindernisbereitung auswirken, als solche zunächst aber nicht gedacht waren und deren Ergebnis erst später vom Täter lediglich als schon vorhandenes Hindernis genutzt wird.⁵⁵ Eine solche Entgrenzung des Tatbestandes findet in den Fällen des „Klimaklebens“ gerade *nicht* statt. Bei lebensnaher Betrachtung rechnen die Aktivisten in den meisten Fällen fest mit einem Eingreifen von Polizeibeamten in absehbarer Zeit und wissen, dass sie dieses – und nicht nur den Abtransport durch einzelne Autofahrer – durch das Ankleben erschweren und beabsichtigen dies zur Erzielung einer maximalen Aufmerksamkeit auch.⁵⁶ Zuzugestehen ist den Kritikern des „vorweggenommenen Widerstandes“ im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG, dass einer unbegrenzten zeitlichen Ausdehnung des Tatbestandes nicht „Tür und Tor“⁵⁷ geöffnet werden darf. Es handelt sich somit nicht um eine bevorstehende Vollstreckungshandlung, wenn zwischen dieser Handlung und dem Widerstand mehrere Stunden verstrichen sind. Es kann jedoch keineswegs von einer zu weiten zeitlichen Unbestimmtheit gesprochen werden, wenn sich Aktivisten auf stark befahrenen Straßen festkleben: Angesichts der erheblichen Verkehrsbehinderung werden Polizeibeamte in kürzester Zeit vor Ort sein. In anderen Fallkonstellationen ist es hingegen Aufgabe der Rechtsprechung, diesen zeitlichen Rahmen näher zu konkretisieren. Im Ergebnis ist daher die grundsätzliche Einbeziehung des „vorweggenommenen Widerstandes“ in den Anwendungsbereich des § 113 Abs. 1 StGB durch das Kammergericht zu befürworten.

Im Ergebnis abzulehnen ist jedoch die Annahme, dass das Festkleben der Hand mit Sekundenkleber auf die Fahrbahn – ohne sonstige körperliche Einwirkungen oder Kraftaufwendungen gegen das Ablösen – als ein Widerstandleisten mit Gewalt zu qualifizieren ist. Widerstand kann der Täter durch jedes aktive, gegen den Vollstreckungsbeamten gerichtete Verhalten leisten, welches zumindest subjektiv geeignet ist, die Durchführung der Vollstreckungsmaßnahme als solche zu vereiteln oder zu erschweren.⁵⁸ Gewalt i.R.d. § 113 Abs. 1 StGB ist ein Einsatz materieller Zwangsmittel, vor allem körperlicher Kraft, durch tätiges Handeln gegen die Person des Vollstreckenden, wobei dieser Einsatz geeignet ist, die Vollendung der Diensthandlung zumindest zu erschweren.⁵⁹

⁵² Vgl. *Kindhäuser/Schramm*, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 36 Rn. 16, die noch folgendes Beispiel nennen: Es genüge etwa das Stellen einer Falle, in die der Beamte beim Vollzug der Vollstreckung gerate.

⁵³ BGH, Urt. v. 16.11.1962 – 4 StR 337/62 = NJW 1963, 769 (770).

⁵⁴ BGH, Urt. v. 16.11.1962 – 4 StR 337/62 = NJW 1963, 769 (770).

⁵⁵ BGH, Urt. v. 16.11.1962 – 4 StR 337/62 = NJW 1963, 769 (770).

⁵⁶ *Preuß*, NZV 2023, 60 (66).

⁵⁷ So *Seel*, HRRS 2023, 313 (316).

⁵⁸ *Bosch*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 113 Rn. 17.

⁵⁹ *Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 113 Rn. 23; *Paeffgen*, in: *NK-StGB*, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 113 Rn. 21.

Ein rein passives Verhalten gilt grundsätzlich nicht als Widerstandsleistung mit Gewalt, z.B. beim Sich-wegtragen-Lassen.⁶⁰ Allerdings ist im Einzelnen umstritten, wann genau die Schwelle des bloß passiven Verhaltens überschritten wird. Das Kammergericht vertritt den Standpunkt, dass ein Festkleben auf der Fahrbahn mit Sekundenkleber, um das Entfernen von dort zu verhindern oder zu erschweren, als Gewalt i.S.v. § 113 Abs. 1 StGB qualifiziert werden könne. Dabei wird eine Parallele zu den Fällen des Selbstankettens hergestellt.⁶¹ Das Kammergericht stellt sodann fest, dass der Umstand, dass die Polizeibeamten eine bis eineinhalb Minuten benötigten, um Aktivisten von der Straßenfahrbahn zu lösen, ein gewichtiges Indiz für das Vorliegen von Gewalt i.S.d. § 113 Abs. 1 StGB sei.⁶²

Der Vergleich zu den Fällen des Selbstankettens kann jedoch bereits unter physikalischen Gesichtspunkten nicht überzeugen: Inwieweit ein Festkleben mit Sekundenkleber, welches ein Polizeibeamter in ein bis eineinhalb Minuten mit Seifenlauge oder handelsüblichem Speiseöl⁶³ ohne Einsatz von Körperkraft jenseits einer geringfügigen körperlichen Aktivität und ohne Einsatz schweren Werkzeugs beenden kann, „in seiner physischen Wirkung dem Selbstanketten vergleichbar“ sein soll, ist nicht nachvollziehbar.⁶⁴ Anerkanntermaßen können auch nur mittelbar gegen die Person des Vollstreckenden gerichtete Handlungen genügen, sofern sie von dieser körperlich empfunden werden.⁶⁵ Dies setzt jedoch voraus, dass die Kraftentfaltung im Zeitpunkt der Amtshandlung gegen den Vollstreckungsbeamten dergestalt wirkt, dass dieser seine Amtshandlung nicht ausführen kann, ohne selbst eine nicht ganz unerhebliche Kraft aufwenden zu müssen.⁶⁶

Das Ankleben per se stellt zwar eine aktive Tätigkeit dar, welche die Durchführung der Vollstreckungsmaßnahme erschweren soll. Die betroffene Person kann außerdem gerade nicht problemlos von der Fahrbahn getragen werden. Vielmehr muss erst festgestellt werden, ob und wie sie mit der Fahrbahn verklebt ist. Daraufhin muss Lösungsmittel aufgetragen werden. Trotzdem führt dies nicht dazu, dass zur Durchführung der Vollstreckungshandlung – d.h. des Entfernens der Personen von der Straße – *erhebliche* Kraft aufgebracht werden muss.⁶⁷ In einem vom Amtsgericht Berlin-Tiergarten entschiedenen Fall äußerte der Beamte, dass sich die körperliche Tätigkeit der Vollzugsperson im Anheben der festgeklebten Hand erschöpfe, damit das jeweilige Lösungsmittel auch unter die Hand gelange.⁶⁸ Dies verdeutlicht, dass die nötige Erheblichkeitsschwelle körperlicher Betätigung in diesen Fällen nicht erreicht ist.⁶⁹ Daher lässt sich nicht erkennen, dass das Ablösen von Kleber einen vergleichbaren Kraftaufwand begründet, wie das Durchtrennen einer Kette oder das Lösen von Personen, welche sich mittels ihrer Körperkraft festklammern⁷⁰, der Einsatz von Bolzenschneidern oder Schneidbrennern⁷¹, das Entfernen eines fest verschraubten Gegenstands.

⁶⁰ BGH, Urt. v. 16.11.1962 – 4 StR 337/62 = NJW 1963, 769 (770); Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 113 Rn. 40/41; Paeffgen, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 113 Rn. 26.

⁶¹ Das Kammergericht bezieht sich auf BVerfG, Beschl. v. 24.10.2001 – 1 BvR 1190/90, 2173/93, 433/96 = BVerfGE 104, 92; OLG Stuttgart, Urt. v. 30.7.2015 – 2 Ss 9/15 = NStZ 2016, 353.

⁶² KG, Beschl. v. 16.8.2023 – 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23 = BeckRS 2023, 21365 Rn. 20.

⁶³ Vgl. hierzu Homann, JA 2023, 554 (554).

⁶⁴ Bereits Seel, HRRS 2023, 313 (315); siehe auch Schmidt, KlimR 2023, 210 (214).

⁶⁵ Preuß, NZV 2023, 60 (66).

⁶⁶ BGH, Urt. v. 16.11.1962 – 4 StR 337/62 = NJW 1963, 769 (770).

⁶⁷ AG Berlin-Tiergarten, Beschl. v. 5.10.2022 – (303 Cs) 237 Js 2450/22 (202/22) = BeckRS 2022, 31817 Rn. 5; so auch Preuß, NZV 2023, 60 (66).

⁶⁸ AG Berlin-Tiergarten, Beschl. v. 5.10.2022 – (303 Cs) 237 Js 2450/22 (202/22) = BeckRS 2022, 31817 Rn. 5; Homann, JA 2023, 554 (554).

⁶⁹ Erb, NStZ 2023, 577 (580); Homann, JA 2023, 554 (554).

⁷⁰ Siehe hierzu auch Ladiges, RÜ 2023, 781 (782).

⁷¹ Paeffgen, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 113 Rn. 26 Fn. 196.

Abschließend ist festzuhalten, dass durch Hilfsmittel gleich welcher Art unterstützte Formen passiven Widerstandes den Tatbestand des § 113 Abs. 1 StGB nicht erfüllen, da es gerade an der für den Gewaltbegriff konstitutiven körperlich fühlbaren Zwangswirkung fehlt.⁷² Ob Hilfsmittel – wie der Kleber in dem Fall des Kammergerichts – dafür sorgen, dass die Vollstreckung verzögert wird und zusätzlichen Aufwand bereitet, bedeutet insoweit einen quantitativen, aber keinen qualitativen Unterschied.⁷³ Es könnte ebenfalls offensichtlich werden, wie unzweckmäßig es letztendlich ist, in Fällen des Anklebens von Gewalt auszugehen, wenn diese Konstellationen auf ein Widerstandsleisten durch eine Drohung mit Gewalt (die alternative Tathandlung des § 113 Abs. 1 StGB) übertragen würden: Es müsste folgerichtig die Ankündigung eines Aktivisten, sich nun mit Kleber auf der Straße festzukleben, eine Drohung mit Gewalt darstellen.⁷⁴ Dies zeigt, dass sich eine solche Auslegung am Rande der Unbestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG) bewegt.⁷⁵

Es bleibt abzuwarten, wie die höchstrichterliche Rechtsprechung die Fälle der Klimaaktivisten, die Klebeaktionen durchführen, bewältigen werden.

Anhang: Prüfungsschema des § 113 StGB⁷⁶

Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, § 113 StGB

- I. Tatbestand
 1. Objektiver Tatbestand
 - a) Tatopfer: Zur Vollstreckung berufener Amtsträger
 - b) Tatsituation: Bei der Vornahme einer Vollstreckungshandlung
 - c) Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshandlung (§ 113 Abs. 3 S. 1 StGB)
 - d) Tathandlungen: Widerstandsleisten mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt
 2. Subjektiver Tatbestand
 - a) Vorsatz (§ 15 StGB) bzgl. Tatopfer, Tatsituation und Tathandlungen
 - b) Für etwaige Irrtümer über die Rechtmäßigkeit findet sich eine abschließende Regelung in § 113 Abs. 4 StGB
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld
- IV. Strafzumessung: Besonders schwere Fälle (§ 113 Abs. 2 S. 2 StGB)

⁷² Bosch, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 113 Rn. 20; Schmidt, KlimR 2023, 210 (213).

⁷³ Barton, in: AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 113 Rn. 27; so auch Schmidt, KlimR 2023, 210 (213).

⁷⁴ Homann, JA 2023, 554 (555); vgl. ähnlich auch Zöller/Steffens, JA 2010, 161 (163).

⁷⁵ So auch Schmidt, KlimR 2023, 210 (213).

⁷⁶ Schema nach Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 9. Aufl. 2020, § 36 Rn. 66. Bezüglich der straf-tatsystematischen Einordnung der „Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshandlung“ werden insgesamt drei verschiedene Auffassungen vertreten (Tatbestandsmerkmal, objektive Bedingung der Strafbarkeit, Rechtfertigungsgrund); praxisrelevant ist dies aber kaum (Dietmeier, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 113 Rn. 9).

Entscheidungsbesprechung

BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22¹

Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten, Ne bis in idem

1. Das grundrechtsgleiche Recht des Art. 103 Abs. 3 GG enthält kein bloßes Mehrfachbestrafungsverbot, sondern ein Mehrfachverfolgungsverbot, das Verurteilte wie Freigesprochene gleichermaßen schützt.
2. Es entfaltet seine Wirkung auch gegenüber dem Gesetzgeber, wenn dieser die gesetzlichen Voraussetzungen für eine erneute Strafverfolgung durch die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens schafft.
3. Das in Art. 103 Abs. 3 GG statuierte Mehrfachverfolgungsverbot trifft eine Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit gegenüber der materialen Gerechtigkeit. Diese Vorrangentscheidung steht einer Relativierung des Verbots durch Abwägung mit anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang nicht offen, so dass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wiederaufnahmerechts insoweit kein Gestaltungsspielraum zukommt.
4. Art. 103 Abs. 3 GG umfasst nur eine eng umgrenzte Einzelausprägung des Vertrauensschutzes in rechtskräftige Entscheidungen. Er schützt den Einzelnen allein vor erneuter Strafverfolgung aufgrund der allgemeinen Strafgesetze, wenn wegen derselben Tat bereits durch ein deutsches Gericht ein rechtskräftiges Strafurteil ergangen ist.
5. Im Rahmen dieses begrenzten Schutzgehalts verbietet Art. 103 Abs. 3 GG die Wiederaufnahme von Strafverfahren zum Nachteil des Grundrechtsträgers nicht generell, jedenfalls aber die Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel.
6. Freigesprochene dürfen darauf vertrauen, dass die Rechtskraft des Freispruchs nur aufgrund der zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft geltenden Rechtslage durchbrochen werden kann. Der Grundsatz ne bis in idem erkennt die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in ein freisprechendes Strafurteil an und Art. 103 Abs. 3 GG verleiht diesem Vertrauensschutz Verfassungsrang.

(Amtliche Leitsätze)

GG Art. 103

StPO § 362

Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M., Düsseldorf*

* Die Verf. ist Inhaberin des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

¹ Das Urteil ist abrufbar unter https://www.bverfg.de/e/rs20231031_2bvr090022.html sowie veröffentlicht in NJW 2023, 3698.

I. Einleitung

Manchmal stößt man in der juristischen Ausbildung auf Fälle, die eher an einen Krimi erinnern. In diese Kategorie fällt der Mordfall „Frederike“, der mittelbar die Ursache für das vorliegende Urteil des Bundesverfassungsgerichts geworden ist: Nachdem ein zunächst des Mordes an Frederike Angeklagter freigesprochen worden war, gab es lange keine weiteren Ermittlungsansätze, bis ca. 30 Jahre nach der Tat – nunmehr technisch möglich – die Analyse einer an der Leiche gefundenen DNA-Spur vorgenommen werden konnte. Was unter anderen Umständen ein Durchbruch in einem „cold case“ Fall gewesen wäre, hatte zunächst keine praktischen Auswirkungen, weil die DNA-Analyse auf den Angeklagten hinwies, der bereits rechtskräftig freigesprochen worden war. Nach dem damals geltenden Recht war die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten aufgrund der DNA-Analyse nicht möglich.

Für die Angehörigen des Mordopfers ist es schwer zu ertragen, wenn das Gesetz die Verfolgung eines Verdächtigen nicht gestattet, obwohl dessen Schuld vermeintlich feststeht. Manche, wie etwa der Vater der ermordeten Kalinka im Fall „Krombach“, greifen zu Selbstjustiz,² andere, wie der Vater der ermordeten Frederike, setzen sich für eine Gesetzesänderung ein, um die bestehenden rechtlichen Hürden abzubauen. Vor diesem Hintergrund wurde 2021 § 362 Nr. 5 StPO neu eingeführt, über dessen Verfassungsmäßigkeit das Bundesverfassungsgericht in der hier besprochenen Entscheidung befunden hat. Im Zentrum der Entscheidung stehen zwei Verfassungsgrundsätze, die das Fundament unseres Rechtsstaats darstellen, der Ne-bis-in-idem-Grundsatz und das Rückwirkungsverbot. Die Entscheidung hat daher grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung, so dass sie – obwohl das Wiederaufnahmerecht als solches in der Regel nicht zum Examenspflichtstoff gehört – von großer Examensrelevanz ist.

II. Sachverhalt

Im Jahr 1981 wurde die 17-jährige Schülerin Frederike von M. vergewaltigt und getötet. Der Verdacht fiel auf den Beschwerdeführer, der 1982 vom LG Lüneburg wegen Mordes verurteilt wurde. Auf die Revision des Beschwerdeführers hin wurde das Urteil aufgehoben und die Sache zur Entscheidung an das LG Stade verwiesen, das den Beschwerdeführer vom Vorwurf des Mordes 1983 freisprach. Das Urteil wurde rechtskräftig. Fast 30 Jahre später, 2012, fand eine molekulargenetische Untersuchung von am Tatort gefundenen DNA-Spuren statt, die eine Übereinstimmung mit dem Beschwerdeführer aufzeigte, die seine Täterschaft wahrscheinlich erscheinen ließ. § 362 StPO a.F. sah zwar die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten vor, allerdings nicht aufgrund von neuen Beweisen. 2021 änderte der Gesetzgeber die Vorschrift durch das „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“³ und ergänzte den Wiederaufnahmegrund des § 362 Nr. 5 StPO. Dieser lautet:

² *Krombach* wurde beschuldigt, seine Stieftochter Kalinka getötet zu haben. Während das deutsche Ermittlungsverfahren nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt wurde und auch ein Klageerzwingungsverfahren erfolglos blieb, wurde *Krombach* in Frankreich in Abwesenheit zu 15 Jahren Haft verurteilt. Die Überstellung *Krombachs* nach Frankreich, wo das Verfahren in dessen Anwesenheit wiederholt werden sollte, wurde von den deutschen Behörden mit Blick auf die rechtskräftige Entscheidung im Klageerzwingungsverfahren und den transnationalen Ne-bis-in-idem-Grundsatz der Art. 50 GRK, 54 SDÜ abgelehnt. Daraufhin veranlasste der Vater der getöteten Kalinka die Entführung *Krombachs* nach Frankreich, wo ihm der Prozess gemacht wurde. Siehe zum Sachverhalt *Netzer*, ZIS 2009, 752.

³ Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung – Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten gemäß § 362 StPO und zur Änderung der zivilrechtlichen Verjährung (Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit) Vom 21. Dezember 2021, BGBl. I 2021, S. 5252.

§ 362 Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten

Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zuungunsten des Angeklagten ist zulässig,

[...]

5. wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringende Gründe dafür bilden, dass der freigesprochene Angeklagte wegen Mordes § 211 des Strafgesetzbuches), Völkermordes § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches), des Verbrechens gegen die Menschlichkeit (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 und 2 des Völkerstrafgesetzbuches) oder Kriegsverbrechens gegen eine Person (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 des Völkerstrafgesetzbuches) verurteilt wird.

Das Gesetz war schon während des Gesetzgebungsprozesses umstritten.⁴ Der Bundespräsident fertigte es aus, ließ aber gleichzeitig durch eine Pressemitteilung verlautbaren, dass er Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes habe.⁵ 2022 stellte die Staatsanwaltschaft auf Basis dieser Vorschrift einen Antrag auf Wiederaufnahme des Strafverfahrens gegen den Beschwerdeführer, dem das LG Verden stattgab und Untersuchungshaft anordnete.⁶ Eine hiergegen gerichtete Beschwerde wurde vom OLG Celle verworfen.⁷

Mit der Verfassungsbeschwerde wendet sich der Beschwerdeführer gegen die beiden Beschlüsse, die seiner Auffassung nach auf einer verfassungswidrigen Regelung (§ 362 Nr. 5 StPO) beruhen. Konkret rügt er einen Verstoß gegen den Ne-bis-in-idem-Grundsatz (Art. 103 Abs. 3 GG) und das Rückwirkungsverbot (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. 20 Abs. 3 GG). Das BVerfG hatte den Vollzug des Haftbefehls bereits zuvor im Wege einer einstweiligen Anordnung ausgesetzt, weil es die Nachteile für den Betroffenen im Fall der Verfassungswidrigkeit der Regelung als größer bewertete als die der Strafverfolgung im Fall der Verfassungskonformität drohenden Nachteile.⁸

III. Entscheidung

Das BVerfG hat die Norm für mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig erklärt. Es hat dabei mehrheitlich (6:2) einen Verstoß gegen den Ne-bis-in-idem-Grundsatz (Art. 103 Abs. 3 GG) und einstimmig eine Verletzung des Rückwirkungsverbots (Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 103 Abs. 3 GG) angenommen.⁹ Die Entscheidung hat gem. § 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG Gesetzeskraft.

Das BVerfG stellt zunächst klar, dass der Ne-bis-in-idem-Grundsatz auch Freigesprochenen zu Gute kommt und bereits eine erneute Strafverfolgung ausschließt, also ein Verbot der Mehrfachverfolgung statuiert.¹⁰ Hierfür verweist es auf die Entstehungsgeschichte von Art. 103 Abs. 3 GG, bei der deutlich wurde, dass gerade auch der Schutz Freigesprochener umfasst war, auf die strafrechtliche Praxis, die den Grundsatz seit jeher so verstehe, weil er mit der Unschuldsvermutung zusammenhänge, sowie auf den Zweck der Norm, der darin liege, dem Einzelnen zuzusichern, dass er den mit

⁴ Siehe etwa die unterschiedlichen Stellungnahmen der Sachverständigen *Eisele, Gärditz, Kubiciel, Schädler* (befürwortend) und *Aust und Conen* (ablehnend), alle abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw25-pa-recht-wiederaufnahme-strafverfahren-847544> (30.1.2024).

⁵ Pressemitteilung des Bundespräsidenten v. 22.12.2021, abrufbar unter <https://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/12/211222-Gesetzesausfertigung-StPO-362.html> (30.1.2024).

⁶ LG Verden BeckRS 2022, 7939.

⁷ OLG Celle BeckRS 2022, 7938.

⁸ BVerfG NJW 2022, 2389; wiederholt in BVerfG BeckRS 2022, 36851; BVerfG BeckRS 2023, 14103.

⁹ Richter *Müller* und Richterin *Langenfeld* haben eine abweichende Meinung verfasst, siehe BVerfG NJW 2023, 3712.

¹⁰ BVerfG NJW 2023, 3698 (3699 Rn. 59 ff.).

der Strafverfolgung verbundenen Belastungen pro Tat nur einmal ausgesetzt werde. Folgerichtig bestehe für ein zweites Strafverfahren ein Verfahrenshindernis.¹¹ Diese Grundsätze gälten auch für den Gesetzgeber.¹²

Dann wendet sich das Gericht dem Inhalt des Art. 103 Abs. 3 GG zu. Im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit, was zwei gleichberechtigte Ziele des Strafverfahrens seien, habe der Verfassungsgesetzgeber mit Art. 103 Abs. 3 GG eine Entscheidung für die Rechtssicherheit getroffen.¹³ Die Vorschrift sei, so das BVerfG, abwägungsfest, d.h. sie könne auch nicht durch entgegenstehendes Verfassungsrecht eingeschränkt werden. Dies ergebe sich zwar nicht eindeutig aus dem Wortlaut, weil verfassungsimmanente Schranken auch dort, wo sie anerkannt seien, nicht ausdrücklich in der Verfassung zu finden seien.¹⁴ Auch die Entstehungsgeschichte spreche nicht eindeutig dafür, weil im vorkonstitutionellen Recht zu Zeiten des RG eine Abwägung zulässig war.¹⁵ Allerdings spreche die Systematik der Norm dafür, keinerlei Einschränkung zuzulassen: Art. 103 Abs. 3 GG gewährleiste den Vertrauensschutz in Strafverfahren in besonderem Maße und gehe damit über den allgemeinen, nicht abwägungsfesten Vertrauensgrundsatz hinaus.¹⁶ Abs. 3 korrespondiere mit dem strafrechtlichen Rückwirkungsverbot in Art. 103 Abs. 2 GG, das ebenfalls abwägungsfest sei.¹⁷ Anders als andere verfassungsrechtliche Garantien setze Art. 103 Abs. 3 GG kein Verfahren voraus und bedürfe keiner verfahrensrechtlichen Ausgestaltung.¹⁸ Auch der Zweck der Norm spreche dafür, keine Einschränkungen zu erlauben. Aus Individualschutzaspekten müsse das Vertrauen in die gerichtliche Entscheidung Bestand haben.¹⁹ Zudem diene es dem Ziel, Rechtsfrieden zu schaffen, wenn gerichtliche Entscheidungen nicht jederzeit in Frage gestellt werden könnten.²⁰ Der Grundsatz sei daher in der Verfassungsrechtsprechung schon bislang als abwägungsfest angesehen worden, bei dem allenfalls „Grenzkorrekturen“ erlaubt seien.²¹

Als abwägungsfestes Grundrecht sei der Ne-bis-in-idem-Grundsatz eng auszulegen.²² Er erfasse nur strafrechtliche Sanktionen im eigentlichen Sinn, nicht aber z.B. Ordnungswidrigkeiten.²³ Auch gelte er nur für dieselbe Tat, d.h. denselben „geschichtlichen – und damit zeitlich und hinsichtlich des Sachverhalts begrenzten – Vorgang“²⁴ und nur für Strafurteile deutscher Gerichte.²⁵ Dabei seien nur Sachurteile erfasst, die aufgrund einer Hauptverhandlung in der Sache ergangen seien, nicht aber z.B. Strafbefehle oder strafprozessuale Einstellungsentscheidungen.²⁶ Vor diesem Hintergrund verbiete der Grundsatz die Wiederaufnahme von Strafverfahren nicht generell, aber aufgrund neuer Tatsachen und Beweise.²⁷ Zulässig sei eine Wiederaufnahme, wenn sie darauf gerichtet sei, ein mit

¹¹ BVerfG NJW 2023, 3698 (3701 Rn. 71).

¹² BVerfG NJW 2023, 3698 (3701 Rn. 72 ff.).

¹³ BVerfG NJW 2023, 3698 (3701 Rn. 78).

¹⁴ BVerfG NJW 2023, 3698 (3702 Rn. 80).

¹⁵ BVerfG NJW 2023, 3698 (3702 Rn. 81).

¹⁶ BVerfG NJW 2023, 3698 (3702 Rn. 83).

¹⁷ BVerfG NJW 2023, 3698 (3702 Rn. 84).

¹⁸ BVerfG NJW 2023, 3698 (3702 Rn. 85 f.).

¹⁹ BVerfG NJW 2023, 3698 (3703 Rn. 88).

²⁰ BVerfG NJW 2023, 3698 (3703 Rn. 89).

²¹ BVerfG NJW 2023, 3698 (3703 Rn. 91 ff.).

²² BVerfG NJW 2023, 3698 (3703 Rn. 94 ff.).

²³ BVerfG NJW 2023, 3698 (3704 Rn. 99).

²⁴ BVerfG NJW 2023, 3698 (3704 Rn. 100).

²⁵ BVerfG NJW 2023, 3698 (3704 Rn. 101).

²⁶ BVerfG NJW 2023, 3698 (3705 Rn. 104).

²⁷ BVerfG NJW 2023, 3698 (3705 Rn. 114).

rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbares Urteil aufzuheben, ohne auf die Änderung des materiellen Ergebnisses zu zielen, oder wenn es dabei vorrangig um die Aufhebung des Strafurteils gehe.²⁸ Letzteres sei der Fall bei den in § 362 Nrn. 1–4 StPO geregelten Wiederaufnahmegründen, bei denen v.a. Verfahrensmanipulation und –missachtung im Vordergrund stehe.²⁹ Im Gegensatz dazu gehe es bei § 362 Nr. 5 StPO um eine inhaltliche Änderung einer als materiell ungerecht empfundenen Entscheidung. Diesem stehe der mit Art. 103 Abs. 3 GG bezweckte Vorrang der Rechtssicherheit entgegen.³⁰ Auch technische Innovationen könnten nicht dazu führen, den verfassungsrechtlichen Schutz zurückzunehmen.³¹ Zudem gehe der Anspruch der Opfer(-angehörigen) auf effektive Strafverfolgung nicht so weit, dass die Korrektur einer rechtskräftigen Entscheidung geboten sei.³² Da § 362 Nr. 5 StPO auf eine nach diesen Grundsätzen unzulässige Ergebniskorrektur ziele, sei die Norm nicht mit Art. 103 Abs. 3 GG zu vereinbaren.³³

Einstimmig hat das BVerfG zudem einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot des Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 103 Abs. 3 GG angenommen. Soweit § 362 Nr. 5 StPO auch Verfahren erfasse, die vor dessen Inkrafttreten rechtskräftig abgeschlossen waren, handele es sich um einen Fall der echten Rückwirkung, also eine Situation, in der eine Rechtsfolge auf ein bereits abgeschlossenes Geschehen bezogen werde.³⁴ Die echte Rückwirkung sei verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig.³⁵ Es liege auch keine der Konstellationen vor, in denen die echte Rückwirkung ausnahmsweise zulässig sei, da der Angeklagte auf die Endgültigkeit des rechtskräftigen Urteils vertrauen durfte und auch keine zwingenden Gründe des Gemeinwohls für die echte Rückwirkung sprächen.³⁶

IV. Bewertung

Die Frage, ob § 362 Nr. 5 StPO mit der Verfassung vereinbar ist, war schon vor dessen Inkrafttreten umstritten. So hatte bereits der Bundespräsident bei der Ausfertigung Zweifel an der Verfassungskonformität. Dabei ging die Literatur mehrheitlich von der Verfassungswidrigkeit einer Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten aufgrund neuer Tatsachen aus.³⁷ Es gab aber auch Stimmen, die eine solche Vorschrift für verfassungsrechtlich unbedenklich hielten.³⁸ Die offenkundig notwendige Entscheidung des BVerfG war daher mit Spannung erwartet worden. Das Urteil wird diesen Erwartungen weitgehend gerecht und ist auch für Studierende lesenswert, weil an mehreren Stellen auf die juristische Auslegungsmethodik zurückgegriffen wird.

²⁸ BVerfG NJW 2023, 3698 (3706 Rn. 115).

²⁹ BVerfG NJW 2023, 3698 (3706 Rn. 117 ff.).

³⁰ BVerfG NJW 2023, 3698 (3707 f. Rn. 127 ff.).

³¹ BVerfG NJW 2023, 3698 (3708 Rn. 130).

³² BVerfG NJW 2023, 3698 (3708 Rn. 132 ff.).

³³ BVerfG NJW 2023, 3698 (3709 Rn. 141).

³⁴ BVerfG NJW 2023, 3698 (3710 Rn. 149).

³⁵ BVerfG NJW 2023, 3698 (3709 Rn. 145).

³⁶ BVerfG NJW 2023, 3698 (3711 Rn. 157 ff.).

³⁷ *Arnemann*, NJW-Spezial 2021, 440; *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (252 ff.); *Bohn*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, 2016, S. 219 ff.; *Bung*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 9, 2023, § 63 Rn. 35; *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (102 ff.); *Kaspar*, GA 2022, 21 (26 ff.); *Leitmeier*, StV 2021, 341 (342 ff.); *Neumann*, FS Jung, 2007, S. 655 (656 ff.); *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 66. Aufl. 2023, § 362 Rn. 19 ff.; *Pohlreich*, HRRS 2023, 140 (140 ff.); *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (90 f.); *Schweiger*, ZfStw 5/2022, 397 (398); *Singelstein*, NJW 2022, 1058 (1058 f.); *Singelstein*, in: BeckOK StPO, Stand: 1.1.2024, § 362 Rn. 11 ff.; *Stuckenberg*, StV 2024, 14 (14 ff.); *Tiemann*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 359 Rn. 21 ff.; *Brade*, ZIS 2021, 362 (363).

³⁸ *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1155 ff.); *Kubiciel*, GA 2021, 380 (382 ff.); *Letzgas*, NJW 2020, 717 (719); *Muckel*, JA 2022, 785 (785 f.); *Zehetgruber*, JR 2020, 157 (158 ff.).

1. Rückwirkungsverbot

Zutreffend geht das BVerfG von einem Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot aus.³⁹ Gemeint ist damit nicht das strafrechtliche Rückwirkungsverbot, sondern das allgemeine verfassungsrechtliche, das aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) entnommen wird. Mit der Rechtskraft des Urteils erhält der Angeklagte eine geschützte Rechtsposition, die sein Leben lang Gültigkeit behält. Die Einführung eines neuen Wiederaufnahmegrundes greift in diese Position ein und entwertet rückwirkend den mit dem rechtskräftigen Urteil verbundenen Strafklageverbrauch. Damit liegt ein Fall der echten Rückwirkung vor, den das BVerfG zurecht für verfassungsrechtlich unzulässig hält.

2. Ne bis in idem (Art. 103 Abs. 3 GG)

Im Zentrum des Urteils steht die auch innerhalb des *Senats* umstrittene Frage, ob § 362 Nr. 5 StPO gegen den deutschen Ne-bis-in-idem-Grundsatz (Art. 103 Abs. 3 GG) verstößt. Bei Art. 103 Abs. 3 GG handelt es sich um ein Justizgrundrecht, das anhand des üblichen Schemas zur Prüfung der Grundrechte geprüft wird.

a) Eingriff in den Schutzbereich

Dabei ist dem *Senat* zunächst darin zuzustimmen, dass die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens nach einem Freispruch vom Schutzbereich der Regelung umfasst ist. Daran könnte man deswegen zweifeln, weil Art. 103 Abs. 3 GG verbietet, dass jemand mehrfach *bestraft* wird.⁴⁰ Ein Freispruch ist aber keine Bestrafung. In den sozialen Netzwerken konnte man in den Tagen nach dem Urteil des BVerfG daher auch öfters die Frage lesen, warum ein Verstoß gegen das *Doppelbestrafungsverbot* vorliegen solle, wenn das Problem doch darin bestünde, dass der Angeklagte im ersten Verfahren gerade nicht bestraft worden sei. Diese Argumentation wäre zutreffend, wenn man die Verhängung und Vollstreckung einer Strafe als einzigen Nachteil eines Strafverfahrens ansehen würde, denn dann ließe sich sagen, dass der Angeklagte bei einem Freispruch nicht schützenswert sei. In der Realität ist aber, worauf das BVerfG zurecht verweist, bereits die Durchführung eines Strafverfahrens mit zum Teil erheblichen Nachteilen verbunden, etwa mit Freiheitseinbußen durch Untersuchungshaft oder die Anwesenheitspflicht in der Hauptverhandlung.⁴¹ Auch der Zusammenhang mit der Unschuldsvermutung spricht für die Einbeziehung eines Freispruchs. Dieser Grundsatz besagt, dass jeder bis zur Feststellung seiner Schuld als unschuldig zu behandeln ist.⁴² Wenn es aber eine Schuldfeststellung durch das Verfahren gibt, muss es umgekehrt auch eine Unschuldsfeststellung geben, die über die bloße Vermutung von Unschuld hinausgeht. Andernfalls wäre eine verurteilende Entscheidung höherwertig als eine freisprechende, was der Idee eines unparteiischen Gerichts widerspricht. Art. 103 Abs. 3 GG enthält daher ein Mehrfachverfolgungsverbot.⁴³

Abgesehen von diesem Punkt definiert das BVerfG den Schutzbereich denkbar eng. Insbesondere die Beschränkung auf Sachurteile der deutschen Strafgerichte, die aufgrund einer Hauptverhandlung ergangen sind, führt dazu, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift eingeschränkt ist. Das

³⁹ Zustimmung auch bei Jäger, JA 2024, 76 (79); Stuckenberg, StV 2024, 14 (16 f.). Siehe dazu auch Eichhorn, KriPoZ 2021, 357 (361); Gerson, StV 2022, 124 (125 ff.); Kaspar, GA 2022, 21 (33 ff.).

⁴⁰ So Letzgus, NJW 2020, 717 (718 f.); Hoven, JZ 2021, 1154 (1155 ff.).

⁴¹ So auch Scherzberg/Thiëe, ZRP 2008, 80 (81). Näher dazu Pohlreich, HRRS 2023, 140 (140 ff.).

⁴² Vgl. Art. 6 Abs. 2 EMRK: „Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig.“.

⁴³ Siehe auch Brade, ZIS 2021, 362 (362); Eichhorn, KriPoZ 2021, 357 (358); a.A. Hoven, JZ 2021, 1154 (1155 ff.).

BVerfG begründet dies damit, dass nur die strafgerichtliche Hauptverhandlung mit ihrer umfassenden Beweisermittlung die Rechtskraft und den damit verbundenen Eintritt des Strafklageverbrauchs legitimiere.⁴⁴ Bleibe die Prüfung oberflächlich wie beim Strafbefehl oder finde sie nicht durch das Gericht statt wie bei staatsanwaltlichen Einstellungsentscheidungen, sei Art. 103 Abs. 3 GG nicht betroffen, wohl aber der allgemeine rechtsstaatliche Ne-bis-in-idem-Grundsatz, der auf Art. 20 Abs. 3 GG gestützt wird. Nach dem BVerfG tritt neben den strafrechtlichen Ne-bis-in-idem-Grundsatz in Art. 103 Abs. 3 GG also noch ein weiterer allgemeiner Ne-bis-in-idem-Grundsatz, dessen Schutzbereich umfassender ist. Diese auf den ersten Blick kompliziert erscheinende Doppelung wird verständlich, wenn man sich ins Gedächtnis ruft, dass das BVerfG Art. 103 Abs. 3 GG für abwägungsfest und nicht einschränkbar hält.⁴⁵ Es ergibt Sinn, dass der Schutzbereich eines nicht einschränkbaren Rechts möglichst eng gefasst wird, um eine gewisse Flexibilität bei der Ausgestaltung des Rechts zu erhalten. Tatsächlich grenzt das BVerfG den Ne-bis-in-idem-Schutz aus Art. 103 Abs. 3 GG sogar noch weiter ein (siehe dazu b) bb)).

Durch die Gestattung der Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen greift § 362 Nr. 5 StPO in den Schutzbereich von Art. 103 Abs. 3 GG ein, da dem Freigesprochenen unter den in der Norm genannten Voraussetzung ein zweites Strafverfahren, also eine Mehrfachverfolgung, droht. Flankiert wird dies durch die Eingriffe, die in dem auf der Norm beruhenden Wiederaufnahmeantrag und der angeordneten Untersuchungshaft liegen. Deren Rechtfertigung steht und fällt jedoch mit der Verfassungsmäßigkeit des § 362 Nr. 5 StPO, so dass das Gericht sich zu Recht nur damit befasst.

b) Rechtfertigung

Fraglich ist, ob der Eingriff durch den Wiederaufnahmegrund in § 362 Nr. 5 StPO in den Ne-bis-in-idem-Grundsatz gerechtfertigt ist. Art. 103 Abs. 3 GG enthält keinen Gesetzesvorbehalt, so dass allenfalls verfassungsimmanente Schranken in Betracht kämen.

aa) Die These von der Abwägungsfestigkeit und ihre Schwächen

Das BVerfG geht allerdings noch einen Schritt weiter und hält die Vorschrift für abwägungsfest, d.h. eine Rechtfertigung eines Eingriffs in den Schutzbereich für prinzipiell ausgeschlossen, jedenfalls soweit es um eine auf neue Tatsachen gestützte Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten gehe.⁴⁶ Die Abwägung zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit soll also mit Art. 103 Abs. 3 GG schon final getroffen worden und eine Einzelabwägung damit nicht möglich sein.⁴⁷

Diese Begründung klingt auf den ersten Blick plausibel. Sie widerspricht aber jeglicher Wiederaufnahmeregelung. Konsequenterweise müssten auch die § 362 Nrn. 1–4 StPO als mit Art. 103 Abs. 3 GG unvereinbar angesehen werden, da auch diese Normen eine Ausnahme von der finalen Entscheidung des Art. 103 Abs. 3 GG zu Gunsten der Rechtssicherheit darstellen.⁴⁸ In einigen ausländischen

⁴⁴ BVerfG, NJW 2023, 3698 (3705 Rn. 104).

⁴⁵ BVerfG, NJW 2023, 3698 (3701 Rn. 75 ff.).

⁴⁶ BVerfG, NJW 2023, 3698 (3706 Rn. 114 ff.).

⁴⁷ Ebenso *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 (253); *Brade*, ZIS 2021, 362 (363); *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (359); *Neumann*, in: FS Jung, 2007, S. 655 (666 ff.); *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 102. Lfg., Stand: August 2023, Art. 103 Abs. 3 Rn. 62; *Tiemann*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 359 Rn. 25.

⁴⁸ Darauf weisen auch Richter *Müller* und Richterin *Langenfeld* in ihrer abweichenden Meinung hin, BVerfG NJW 2023, 3712 (3714 Rn. 15 ff.). Siehe auch *Hoven*, JZ 2021, 1154 (1156); *Slogsnat*, ZStW 133 (2021), 741 (762). Für das deutsche Recht wird dies etwa vertreten von *Scherzberg/Thi e*, ZRP 2008, 80 (81); in diese Richtung auch *Engländer/Zimmermann*, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1, 2019, Vor § 359 Rn. 3.

Rechtsordnungen, etwa in Italien und Frankreich, wird dies auch so gesehen.⁴⁹ Darüber hinaus müsste man auch die Frage aufwerfen, ob § 359 StPO, der die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten regelt, mit dem Ne-bis-in-idem-Grundsatz vereinbar ist. Wenn Art. 103 Abs. 3 GG tatsächlich so zu verstehen wäre, dass der Gesetzgeber darin die Rechtssicherheit über die materielle Gerechtigkeit gestellt hätte, dann wäre es konsequent, auch im Fall der Wiederaufnahme zugunsten des Angeklagten von einer Verfassungswidrigkeit auszugehen. Das wird mit gutem Grund so nicht vertreten, denn im Fall der Wiederaufnahme zugunsten des Angeklagten streiten sowohl dessen individuelle Interessen als auch rechtsstaatliche Aspekte für die Wiederaufnahme: Der Verurteilte wird durch das fehlerhafte Urteil zu Unrecht belastet und hat ein Interesse an der Wiederaufnahme und der Rechtsfrieden wird durch das fehlerhafte Urteil beeinträchtigt.⁵⁰ Einzig die Rechtssicherheit würde für die Beibehaltung des Urteils sprechen. Das genügt aber auch dem BVerfG nicht, vielmehr ist es „Beharrungstendenzen“, die die Wiederaufnahmegründe des § 359 StPO eng auslegen wollten, entgegengetreten.⁵¹ Ein absoluter Vorrang kommt der Rechtssicherheit für sich genommen daher nicht zu.

bb) Die Legitimation von § 362 Nrn. 1–4 StPO

Das BVerfG äußert sich im hier besprochenen Urteil nicht zur Wiederaufnahme zugunsten des Angeklagten, geht aber auf § 362 Nrn. 1–4 StPO ein, die nach der These von der Abwägungsfestigkeit eigentlich nicht mit Art. 103 Abs. 3 GG vereinbar wären. Anders als bei § 359 StPO liegen hier die Interessen des Angeklagten und die Interessen des Rechtsstaats im Konflikt, so dass die Konstellation viel eher mit § 362 Nr. 5 GG vergleichbar ist. Dieses Ergebnis ist vom BVerfG aber offenbar nicht gewollt, weil die § 362 Nrn. 1–4 StPO schon bei der Schaffung des Art. 103 Abs. 3 GG existierten und nicht geändert werden sollten.⁵² Das Urteil versucht daher zu begründen, warum die § 362 Nrn. 1–4 StPO verfassungsrechtlich unbedenklich seien, § 362 Nr. 5 StPO hingegen nicht.⁵³ Hierzu wird zum Teil vertreten, Art. 103 Abs. 3 GG beziehe sich auf den Ne-bis-in-idem-Grundsatz, wie er durch das vorkonstitutionelle Recht bei Schaffung des Grundgesetzes ausgestaltet gewesen sei.⁵⁴ Auch das BVerfG spricht von einer „Vorprägung“ durch die RStPO, hält aber „Grenzkorrekturen“ für zulässig.⁵⁵ Maßgeblich solle es darauf ankommen, ob die Änderung des materiellen Ergebnisses des Urteils im Vordergrund stehe oder ob es darum gehe, ein mit rechtsstaatlichen Grundsätzen unvereinbares Urteil aufzuheben.⁵⁶ Im letzteren Fall sei der „Schutzgehalt des Art. 103 Abs. 3 GG“ nicht berührt bzw. die Wiederaufnahmeregelung „nicht vom Verbot des Art. 103 Abs. 3 GG“ umfasst.⁵⁷ § 362 Nrn. 1–4 StPO seien daher grundsätzlich mit Art. 103 Abs. 3 GG vereinbar, wobei die Verhältnismäßigkeit im

⁴⁹ Deutliche die französische Strafprozessordnung in Art. 368 Code de procédure pénale: „Aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente.“

⁵⁰ Siehe auch v. *Bierbrauer zu Brennstein*, HRRS 2022, 118 (119).

⁵¹ Ganz aktuell zu § 359 Nr. 6 StPO BVerfG, Beschl. v. 26.1.2024 – 2 BvR 1699/22.

⁵² Siehe auch *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, 102. Lfg., Stand: August 2023, Art. 103 Abs. 3 Rn. 63.

⁵³ Siehe dazu auch *Stuckenberg*, StV 2024, 14 (16).

⁵⁴ *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 (360); *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 (102). Näher dazu *Bohn*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, 2016, S. 85 ff.; *Neumann*, in: FS Jung, 2007, S. 655 (656 ff.).

⁵⁵ BVerfG NJW 2023, 3698 (3703 Rn. 92).

⁵⁶ BVerfG NJW 2023, 3698 (3706 Rn. 114).

⁵⁷ BVerfG NJW 2023, 3698 (3706 Rn. 116, 118).

Einzelnen geprüft werden müsste.⁵⁸ Obwohl der Grundsatz uneingeschränkt gewährleistet wird, soll eine Einschränkung also dennoch möglich sein? Das ist verwirrend.⁵⁹

Für Studierende stellt sich angesichts dieser Ausführungen zunächst die Frage, an welcher Stelle der Prüfung darauf hinzuweisen ist. Nimmt man diese Ausführungen ernst, wäre mit Blick auf die Wiederaufnahmeregelung des § 362 Nrn. 1–4 StPO bereits der Schutzbereich nicht eröffnet. Denn nichts anderes ist mit dem „Schutzgehalt“ der Vorschrift gemeint. Die vom BVerfG vorgenommenen Konturierungen des Schutzbereichs wie die Beschränkung auf Sachurteile müssten dann um eine Ausnahme für bestimmte Wiederaufnahmegründe ergänzt werden. Das ist dogmatisch nicht überzeugend und umgeht auch wichtige Schranken-Schranken wie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der üblicherweise auf Rechtfertigungsebene zum Tragen kommt.⁶⁰ Das BVerfG bezieht sich allerdings dennoch auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und lässt offen, ob dieser bei § 362 Nrn. 1–4 StPO gewahrt ist.⁶¹ Dies spricht dafür, dass es sich doch um einen Eingriff in den Schutzbereich handelt, der in bestimmten Fällen eben gerechtfertigt werden kann, nämlich dann, wenn die Wiederaufnahme nicht primär der Änderung des Ergebnisses dient.

Geht man davon aus, dass das BVerfG trotz entgegenstehender Äußerung doch in bestimmten Fällen eine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten für gerechtfertigt hält, stellt sich die Frage, wann dies der Fall ist. Die Formulierung im Urteil ist wenig erhellend.⁶² Wenn die Abgrenzung sich daran orientieren soll, ob es um die Aufhebung des Strafurteils und nicht um die Änderung des materiellen Ergebnisses gehe, taugt dieses Kriterium schon deshalb nicht, weil die Wiederaufnahme immer mit der Aufhebung des rechtskräftigen Urteils einhergeht und das Ziel der Wiederaufnahme gerade die Aufhebung und Wiederholung der Hauptverhandlung ist.⁶³ Gemeint sein dürfte, dass der Zweck der Wiederaufnahme nicht mit dem des Ursprungsverfahrens identisch sein soll. Strafverfahren dienen verschiedenen Zwecken, insbesondere Rechtsfrieden, Wahrheitsfindung und Gerechtigkeit werden immer wieder genannt.⁶⁴ Die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten müsste daher einen anderen Zweck verfolgen als das ursprüngliche Verfahren, d.h. sie dürfte gerade nicht den genannten Zwecken – Rechtsfrieden, Wahrheitsfindung und Gerechtigkeit – dienen. Denkbar wäre als ergänzender Zweck z.B. die Korrektur schwerwiegender Verfahrensfehler, um die es im Ursprungsverfahren naturgemäß nicht gehen konnte. Diesem Zweck lassen sich jedenfalls § 362 Nrn. 1–3 StPO zuordnen, bei denen strafbare Einflussnahmen auf das Urteil vorliegen.⁶⁵ Bei § 362 Nr. 4 StPO beeinträchtigt das nach Freispruch erfolgte Geständnis zwar nicht das Verfahren als solches, es soll aber nach überwiegender Ansicht die Integrität des Verfahrens in Frage stellen, wenn der Freigesprochene „[...] sich ungestraft des Verbrechens selbst bezichtigen oder gar rühmen [dürfe]“. ⁶⁶ Auch das wäre ein Zweck, der zum Zeitpunkt des Ursprungsverfahrens keine Rolle gespielt hat. § 362 Nr. 5 StPO soll hingegen der „materiellen Gerechtigkeit“ dienen und ein Ergebnis korrigieren, das für „unerträglich“ gehalten wird. Hier zielt die Wiederaufnahme also darauf, durch Auf-

⁵⁸ BVerfG NJW 2023, 3698 (3706 Rn. 116, 118).

⁵⁹ Kritisch auch *Stuckenberg*, StV 2024, 14 (15).

⁶⁰ Kritisch auch *Kudlich/Göken*, NJW 2023, 3683 (3684).

⁶¹ BVerfG NJW 2023, 3698 (3706 Rn. 116, 118).

⁶² Kritisch auch *Stuckenberg*, StV 2024, 14 (16).

⁶³ Zu Recht weist *Stuckenberg* darauf hin, dass man sich die Mühe der Wiederaufnahme nicht machen würde, wenn es nicht auch um die Änderung des materiellen Ergebnisses ginge, StV 2024, 14 (16).

⁶⁴ Siehe nur *Ruhs*, ZRP 2021, 88 (88 f.).

⁶⁵ Dazu auch *Kaspar*, GA 2022, 21 (30); *Slogsnat*, ZStW 133 (2021), 741 (768).

⁶⁶ So bereits die Motive zur Reichsstrafprozessordnung von 1877, siehe *Hahn/Stegemann* (Hrsg.), Die gesammelten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 2. Aufl. 1885, Bd. 3 Abt. 1, S. 264 (zu § 323 a.F.). Kritisch zu diesem Zweck allerdings *Letzgus*, NJW 2020, 717 (718).

hebung des Urteils und Durchführung des neuen Verfahrens ein Ergebnis zu erhalten, das den Strafzwecken (besser) entspricht. Damit ist der Zweck der Wiederaufnahme der gleiche wie der des Ursprungsverfahrens. Dies erklärt auch die in Zusammenhang mit § 362 Nr. 5 StPO geäußerte Befürchtung, das Verfahren könne so oft wiederaufgenommen werden, bis das Ergebnis gerecht sei (nach wessen Maßstab auch immer).⁶⁷ Ein Verfahrensfehler wie die Würdigung einer gefälschten Urkunde (Nr. 1) lässt sich sehr viel klarer fassen als das Postulat „materieller Gerechtigkeit“.⁶⁸

Damit erweist sich die Zweckrichtung der Wiederaufnahme als plausibles Abgrenzungskriterium, wenn man nicht den kühnen Schritt gehen und die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten insgesamt für verfassungswidrig erklären will. Welchen Zweck eine Wiederaufnahmeregelung verfolgt und wie man gebündelte Zwecke priorisiert, ist allerdings eine Folgefrage, die nicht immer leicht zu beantworten sein wird. Selten wird der Gesetzgeber seine Priorisierung so offensichtlich wie im „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ offenlegen.

cc) Das Regelungsmodell des Ne-bis-in-idem-Grundsatzes

Zu kritisieren ist hingegen, dass das Urteil nicht deutlich macht, in welchem Verhältnis die Einschränkungen des Ne-bis-in-idem-Grundsatzes zur These der Abwägungsfestigkeit stehen. Das schafft unnötige Rechtsunsicherheit, ohne klare Vorteile erkennen zu lassen. Denn der Vorzug der Abwägungsfestigkeit, keine Einschränkungen zuzulassen, wird revidiert, wenn im selben Urteil doch Einschränkungen akzeptiert werden. Wäre es wirklich so schlimm gewesen, eine Legitimation durch entgegenstehende Verfassungsgüter zu erlauben und diese einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterwerfen?

Dass man einen Ne-bis-in-idem-Grundsatz auch anders ausgestalten kann, zeigt das europäische Recht, welches in Art. 50 GRC denselben Grundsatz vorsieht.⁶⁹ Nach Art. 50 GRC darf niemand, der „rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen“ worden ist, in der Union ein weiteres Mal verurteilt werden. Ähnliches regelt die sekundärrechtliche Vorschrift des Art. 54 SDÜ unter bestimmten weiteren Voraussetzungen für eine „rechtskräftige Aburteilung“ in einem anderen Mitgliedstaat. In ständiger Rechtsprechung fasst der EuGH auch nicht-gerichtliche verfahrensabschließende Entscheidungen unter den Begriff der Aburteilung, sofern diese einen Ahnungscharakter haben und nach nationalem Recht zumindest begrenzt rechtskraftfähig sind.⁷⁰ Damit gilt der europäische Ne-bis-in-idem-Grundsatz auch für Strafbefehle, Einstellungsentscheidungen nach § 153a StPO, Bußgeldbescheide oder auch die Verwerfung eines Klageerzwingungsantrags. Voraussetzung ist allerdings auch hier, dass eine Entscheidung in der Sache gefallen ist und das Verfahren nicht nur etwa mit Blick auf die in einem anderen Mitgliedstaat erfolgte Strafverfolgung eingestellt wird.⁷¹ Nichtsdestotrotz ist der Schutzbereich des europäischen Ne-bis-in-idem-Grundsatzes sehr viel weiter als Art. 103 Abs. 3 GG.

Dieser weite Schutzbereich korrespondiert mit erweiterten Einschränkungsmöglichkeiten.⁷² Aus Art. 52 Abs. 1 GRC ergibt sich, dass im Grundsatz jedes Charta-Recht eingeschränkt werden kann, sofern die Einschränkungen auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen und den Wesensgehalt des

⁶⁷ Scherzberg/Thiée, ZRP 2008, 80 (81); Tiemann, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 359 Rn. 25. Kritisch auch Schiffbauer, NJW 2021, 2097 (2099 Rn. 10).

⁶⁸ Siehe zur Unbestimmtheit des Ziels „Gerechtigkeit“ auch Kaspar, GA 2022, 21 (31).

⁶⁹ Hierauf verweist auch das Sondervotum von Richter Müller und Richterin Langenfeld, BVerfG NJW 2023, 3698 (3717 Rn. 30).

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 11.2.2003 – C-187/01, C-385/01 (Gözütök und Brügge).

⁷¹ EuGH, Urt. v. 21.6.2016 – C-486/14 (Kossowski).

⁷² Vgl. auch Bohn, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, 2016, S. 86; Kritisch zu diesem Zusammenhang Eichhorn, KriPoZ 2021, 357 (358).

Rechts achten sowie verhältnismäßig sind. Die Charta enthält somit einen Gesetzesvorbehalt, der durch zwei Schranken-Schranken – Wesensgehalt und Verhältnismäßigkeit – flankiert wird. Diese Regelungstechnik kennt man in Deutschland etwa aus Art. 2, 5 Abs. 1 GG. Und so wie hier nicht jeder Eingriff in die unter Gesetzesvorbehalt gewährten Grundrechte gerechtfertigt ist, stellt auch der EuGH immer wieder Verletzungen des Ne-bis-in-idem-Grundsatzes durch rechtliche Regelungen der Mitgliedstaaten fest.⁷³

Es würde zu weit gehen, an dieser Stelle die gesamte Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Ne-bis-in-idem-Grundsatz darzustellen, die kasuistisch geprägt ist und sich in ihren Leitentscheidungen nicht auf die Wiederaufnahme bezieht.⁷⁴ Es sei nur darauf hingewiesen, dass der EuGH den Wesensgehalt der Norm dann verletzt sieht, wenn zwei Verfolgungen oder Sanktionen nicht „komplementären Zwecken“ dienen, also nicht verschiedenen, sondern demselben Zweck.⁷⁵ Das ist nicht weit entfernt von dem, was das BVerfG in der hier besprochenen Entscheidung für die Zwecke der Wiederaufnahme festgehalten hat. Insoweit unterscheiden sich die Ergebnisse der beiden Regelungsmodelle nicht allzu sehr. Dabei soll allerdings nicht verschwiegen werden, dass Art. 50 Abs. 3 GRC für die innerstaatliche Wiederaufnahme auf Art. 4 Zusatzprotokoll 7 der EMRK verweist, der die Wiederaufnahme u.a. aufgrund neuer Tatsachen gestattet.⁷⁶ Es bedürfte näherer Untersuchung, wie weit dieser Verweis trägt und wie er sich in die übrige EuGH-Rechtsprechung einfügen lässt.⁷⁷ Letztendlich bleibt in beiden Rechtsordnungen die Frage, was der „Kern“ bzw. „Wesensgehalt“ des Ne-bis-in-idem-Grundsatzes ist.

V. Ergebnis

Das Urteil des BVerfG ist im Ergebnis eindeutig und erteilt der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten aufgrund neuer Tatsachen eine klare Absage. Eine jahrzehntelange Debatte in der Strafrechtswissenschaft um deren Zulässigkeit hat somit ein Ende gefunden. In dogmatischer Hinsicht weist die Entscheidung hingegen einige Ungereimtheiten auf und kann strukturell nicht überzeugen.⁷⁸ Es wäre mutiger gewesen, entweder die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten insgesamt für mit Art. 103 Abs. 3 GG unvereinbar zu erklären (als obiter dictum, weil danach nicht gefragt war), oder doch Einschränkungen des Art. 103 Abs. 3 GG zuzulassen. Für Studium und Examen sind die Ausführungen zu Art. 103 Abs. 3 GG und zur Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten im Strafverfahren dennoch von hoher Relevanz: Kenntnisse der Entscheidung werden in Zukunft vorausgesetzt werden.

⁷³ Z.B. aus neuerer Zeit EuGH, Urt. v. 14.9.2023 – C-25/22 (Volkswagen); EuGH, Urt. v. 23.3.2023 – C-365/21 (MR); EuGH (Große Kammer), Urt. v. 28.10.2022 – C-435/22 PPU (HF); EuGH, Urt. v. 22.3.2022 – C-151/20 (Nordzucker).

⁷⁴ Einen guten Überblick zum europäischen Ne-bis-in-idem-Grundsatz bietet Böse, AL 2022, 104.

⁷⁵ EuGH, Urt. v. 22.3.2022 – C-151/20 (Nordzucker), Rn. 50.

⁷⁶ Art. 4 Abs. 2 ZP7 EMRK lautet: „Artikel 4 – Recht, wegen derselben Strafsache nicht zweimal vor Gericht gestellt oder bestraft zu werden

(1) Niemand darf wegen einer Straftat, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut verfolgt oder bestraft werden.

(2) Absatz 1 schließt die Wiederaufnahme des Verfahrens nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht des betreffenden Staates nicht aus, falls neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen vorliegen oder das vorausgegangene Verfahren schwere, den Ausgang des Verfahrens berührende Mängel aufweist.

(3) Von diesem Artikel darf nicht nach Artikel 15 der Konvention abgewichen werden.“

⁷⁷ Siehe hierzu *Bohn*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, 2016, S. 113 ff.

⁷⁸ So auch *Kudlich/Göken*, NJW 2023, 3683 (3686).