

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. 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, PD Dr. Markus Wagner

Schriftleitung: PD Dr. Markus Wagner

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, PD Dr. Markus Wagner

Webmaster: PD Dr. Markus Wagner

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung: Irina Isabel Pommerenke

Internetauftritt: René Grellert

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Viel Neues im BGB – Verträge über digitale Produkte und neues Kaufrecht

Teil 2: Nacherfüllung und Vertragsbeendigung bei der Bereitstellung digitaler Produkte im Überblick

Von Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld 468

Die Zulässigkeit der Gesellschafterklage bei der Personengesellschaft

Von Dr. Christoph Keller, LL.M. (LSE), München 469

Crashkurs Zwangsvollstreckungsrecht

Eine Einführung in das Zwangsvollstreckungsrecht für das erste Staatsexamen

Von Ref. iur. Michael Kirchner, Mag. iur., Heidelberg 476

Öffentliches Recht

Wiederkehrende Klausurprobleme aus dem Kommunalrecht

Von Dr. Sebastian Schlingloff, LL.M., Dortmund 483

Strafrecht

Verfassungsmäßigkeit des § 184j StGB: Straftaten aus Gruppen – eine „Verhöhnung des Rechtsstaates“?

Von Ref. iur. und Wiss. Hilfskraft Jonathan Kuchinke, Marburg 494

Die Reform der §§ 275 ff. StGB

Zugleich eine Untersuchung der neuen Konkurrenzverhältnisse der §§ 277 ff. StGB zu § 267 Abs. 1 StGB

Von Ref. iur. und Wiss. Mitarbeiter Lennart Stieger, Kiel 503

DIDAKTISCHE BEITRÄGE*Zivilrecht***Der Grundsatz „Kein Lohn ohne Arbeit“ und seine Ausnahmen in der Klausur am Beispiel des Betriebsrisikos im Corona-Lockdown****Fallbearbeitung im Arbeitsrecht – Teil 3**

Von Akad. Oberrat Dr. Thomas Klein, Wiss. Mitarbeiter
Georg Kuhs, Trier

510

*Strafrecht***Grüße aus der Klausurwerkstatt****Methodische Ratschläge zum Verfassen einer erfolgreichen Strafrechtsklausur**

Von Dr. Julia Trinh, Münster

516

ÜBUNGSFÄLLE*Zivilrecht***Fortgeschrittenenklausur zum Stellvertretungsrecht: „Kommilitone in Quarantäne“**

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Björn Christian Becker, Stud. iur.
Moritz Schwemmer, Würzburg

523

Hausarbeit: Wasserschaden

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas Brinkmann, Wiss. Mitarbeiterin
Julia Pielsticker, Bielefeld

534

Übungsfall zu Verträgen über digitale Produkte: Schlaflos in B

Von Wiss. Hilfskraft Hendrikje Mederos Dahms, Stud. iur.
Julia Buschmann, Bielefeld

544

Anfängerübungsklausur BGB AT: Augen auf beim Schmuckkauf

Von Wiss. Mitarbeiterin Elena Hilgers, Gießen

550

Anfängerklausur: Der unerwünschte Social Media-Beitrag

Von Wiss. Mitarbeiter Moritz Schütrumpf, Wiss. Mitarbeiterin
Lisa Beer, Marburg

556

*Öffentliches Recht***Fortgeschrittenenhausarbeit im Verwaltungsrecht mit unionsrechtlichen Bezügen: Tiertransporte auf Abwegen**

Von Dr. Andreas Buser, Berlin

562

Übungshausarbeit: Wirtschaftsförderung in der Pandemie

Von Privatdozent Dr. Johannes Eichenhofer, Bochum/
Bielefeld

575

*Strafrecht***Fortgeschrittenenklausur: Geldabheben mit Hindernissen**

Von Dr. Dr. Philipp-Alexander Hirsch, Freiburg i.Br.,
Dipl.-Jur. Johannes Stefan Weigel, Göttingen

587

Übungsfall: Schlüssel zum Glück

Von Akad. Mitarbeiter Johannes Weigl, Potsdam/München,
Rechtsanwalt Tobias Gafus, Berlin

598

ÜBUNGSFÄLLE

Strafrecht

Übungsfall: Das Abfalldilemma

Von Stud. iur. Jonathan Groffik, LL.B., Stud. iur. Henrike Scheller, LL.B., Potsdam

608

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Zivilrecht

OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.12.2021 – 15 U 29/21 (Irreführende Werbung über die Öffnungs- und Lieferzeiten am Eingangsbereich einer Apotheke)

(Stud. iur. Ali Tahir Sen, München)

617

Öffentliches Recht

BVerwG, Urt. v. 20.1.2022 – 8 C 35.20 (Themenbezogene Widmungsbeschränkung einer kommunalen öffentlichen Einrichtung)

(Akad. Rat a.Z. Sascha D. Peters, Düsseldorf)

622

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22 (Zeitpunkt der Pflichtverteidigerbestellung)

(Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster)

630

BUCHREZENSIONEN

Zivilrecht

Vieweg, Klaus/Lorz, Sigrid, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022

(Ref. iur. Tino Haupt, Ellwangen [Jagst])

636

Viel Neues im BGB – Verträge über digitale Produkte und neues Kaufrecht

Teil 2: Nacherfüllung und Vertragsbeendigung bei der Bereitstellung digitaler Produkte im Überblick

Von Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld*

Kernstück der neuen Vorschriften über digitale Produkte ist ein eigenständiges Gewährleistungsrecht für Verbraucherverträge über solche Produkte, das Vorrang gegenüber den Regelungen zur Gewährleistung zu den einzelnen Vertragstypen des BGB genießt. Wird einem Verbraucher durch einen Unternehmer ein digitales Produkt bereitgestellt, so bestimmen sich die Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers allein nach den §§ 327d ff. BGB.

Als Einstiegsnorm stellt § 327d BGB fest, dass der Unternehmer verpflichtet ist, dem Verbraucher das digitale Produkt frei von Produkt- und Rechtsmängeln bereitzustellen. Der Mangelbegriff des § 327e BGB ist alsdann dem neuen Sachmangelbegriff in § 434 BGB sehr ähnlich. Auch hier kommt es zu einer Kumulation von objektiven und subjektiven Kriterien, die erfüllt sein müssen, damit vertragsgemäß geleistet wird. Ergänzt werden diese Voraussetzungen durch Anforderungen an die digitale Umgebung des Produkts. Bei der einmaligen Bereitstellung wird auf den Zeitpunkt der Bereitstellung abgestellt. Im Falle der dauerhaften Bereitstellung erstreckt sich die Haftung des Unternehmers auf den gesamten Bereitstellungszeitraum.

Zu beachten ist, dass auch die Bereitstellung von Aktualisierungen zum Leistungsprogramm des Unternehmers gehört. Unabhängig von einer entsprechenden Vereinbarung ist der Unternehmer kraft Gesetzes dazu verpflichtet, dem Verbraucher für den Zeitraum, den er in Anbetracht des Produkts erwarten kann, notwendige Aktualisierungen bereitzustellen, § 327f BGB. Die Parteien können aber auch eine entsprechende Vereinbarung zur Verpflichtung zur Bereitstellung von Aktualisierungen treffen, die dann über das notwendige Maß bzw. den entsprechenden Zeitraum hinausgehen kann. Im Falle der dauerhaften Bereitstellung besteht die Pflicht zur Aktualisierung während des gesamten Bereitstellungszeitraums.

Für negative Abweichungen von den objektiven Anforderungen an das Produkt oder die Aktualisierung enthält § 327h BGB eine besondere Regelung, die diesbezüglich hohe Hürden aufbaut. Grundsätzlich ist der Unternehmer i.R.d. §§ 327 ff. BGB nach Maßgabe von § 327s BGB nicht berechtigt, negativ von den Vorgaben der verbraucherschützenden Vorschriften abzuweichen. Dazu besteht allerdings nach § 327s Abs. 5 BGB i.V.m. § 327h BGB eine wichtige Ausnahme. Von den objektiven Anforderungen an das Produkt und der objektiven Pflicht zur Bereitstellung von Aktualisierungen kann gem. § 327h zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden, wenn dieser vor der Abgabe seiner Willenserklärung eigens davon in Kenntnis gesetzt und die entsprechende Abweichung ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde. Die Aktualisierungspflicht kann auf diesem Wege auch völlig ausgeschlossen

werden.

Liegt ein Produktmangel vor, was der Verbraucher unter Zuhilfenahme einer weitreichenden Beweislastumkehr aus § 327k BGB vortragen kann, oder werden vereinbarte oder notwendige Aktualisierungen nicht bereitgestellt, so ergeben sich die Rechte und Ansprüche des Verbrauchers aus § 327i BGB, der § 437 BGB nachgebildet wurde. Vorrangig hat der Verbraucher den Unternehmer auf Nacherfüllung in Anspruch zu nehmen. § 327l BGB unterscheidet sich von dem Vorbild aus § 439 BGB insbesondere dadurch, dass dem Verbraucher das Wahlrecht zwischen Nachlieferung und Nachbesserung nicht zusteht. Er verlangt schlicht Nacherfüllung. Kommt der Unternehmer, ohne dass er nach § 327l Abs. 2 BGB dazu berechtigt wäre, diesem Verlangen nicht nach oder liegen andere vergleichbare in § 327m Abs. 1 BGB aufgeführte Umstände vor, kann der Verbraucher den Vertrag beenden. Der Gesetzgeber hat ein neuartiges Recht der Vertragsbeendigung eingeführt, da dieses sowohl für den einmaligen Leistungsaustausch als auch für das Dauerschuldverhältnis zur Anwendung kommt. Es handelt sich um ein Gestaltungsrecht, das der Verbraucher nach § 327o Abs. 1 BGB ausüben kann. Das Recht zur Vertragsbeendigung aus § 327m BGB besitzt starke Ähnlichkeit zum Rücktritt aus § 323 BGB. Anstelle der Vertragsbeendigung kann der Verbraucher sich auch dazu entscheiden, die Gegenleistung zu mindern, § 327n BGB. Vergleichbar der Rechtslage im Kaufrecht besteht das Minderungsrecht auch bei geringfügigen Produktmängeln. In diesem Fall ist die Beendigung nach § 327m Abs. 2 S. 1 BGB ausgeschlossen. Die Vertragsbeendigung steht dem Verbraucher bei geringfügigen Mängeln indes offen, wenn er als Gegenleistung personenbezogene Daten bereitgestellt hat, weil in diesem Fall die Minderung ausscheidet.

In den §§ 327o und p BGB finden sich schließlich Regelungen zur Rückabwicklung des Vertrags nach Beendigung. Dem Verbraucher sind die Zahlungen, denen keine Leistung des Unternehmers gegenüberstand, zu erstatten. Von einer weiteren Leistungsverpflichtung wird der Verbraucher befreit. Dieser wiederum ist verpflichtet, die weitere Nutzung der bereitgestellten Produkte zu unterlassen. Der Unternehmer kann ihn von der weiteren Nutzung auch ausschließen.

Die Verjährung der Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers ergibt sich aus § 327j BGB. Ausgangspunkt ist der Zeitraum von zwei Jahren. Bei der dauerhaften Bereitstellung des digitalen Produkts und beim Auftreten von Leistungsstörungen im Zusammenhang mit der Pflicht zur Aktualisierung ordnet das Gesetz allerdings eine erhebliche Erweiterung an. Schließlich enthält § 327j Abs. 4 BGB eine Ablaufhemmung von vier Monaten, die relevant wird, wenn der Verbraucher den Mangel erst kurz vor Eintreten der Verjährung bemerkt.

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

Die Zulässigkeit der Gesellschafterklage bei der Personengesellschaft

Von Dr. Christoph Keller, LL.M. (LSE), München*

I. Einleitung

Personengesellschaften¹ können selbst Träger von Rechten sein. Diese Rechte müssen sie selbst durchsetzen. Kommt es zu einem Rechtsstreit, ist nur die Gesellschaft Partei. Vertreten wird sie durch den oder die vertretungsberechtigten Gesellschafter. Gelegentlich werden allerdings Situationen entstehen, in denen die gesellschaftsinterne Kompetenzverteilung versagt. Ein an sich nicht geschäftsführungsbefugter und vertretungsberechtigter Gesellschafter mag es dann für nötig halten, selbst Rechte der Gesellschaft durchzusetzen, wobei dies sowohl im Verhältnis zu Mitgesellschaftern als auch zu gesellschaftsfremden Dritten denkbar ist. In beiden Fällen stellt sich die Frage, warum es diesem Gesellschafter erlaubt sein soll, im eigenen Namen ein fremdes Recht geltend zu machen. Die Zulässigkeit der Gesellschafterklage erweist sich damit im Kern als ein Problem der Prozessführungsbefugnis. Dieses Problem, das bislang unter dem Namen *actio pro socio* verschlagwortet wurde, war schon bislang prüfungsrelevant; diese Prüfungsrelevanz hat nun noch einmal zugenommen: Zum 1.1.2024 wird ein neuer § 715b BGB in Kraft treten, der das Problem einer gesetzlichen Regelung zuführt. Es ist abzusehen, dass diese neue Vorschrift alsbald Prüfungsgegenstand sein wird, und es ist nicht ausgeschlossen, dass Klausurentwürfe zum alten Recht – vielleicht mit einer Zusatzfrage zum neuen Recht – in den Jahren 2022 und 2023 verwertet werden.

II. Interne Gesellschafterklage

Die interne Gesellschafterklage ist besser bekannt unter dem Namen *actio pro socio*. Als solche wird die Geltendmachung eines Anspruchs aus dem Gesellschaftsverhältnis (sog. Sozialanspruch) durch einen Gesellschafter im eigenen Namen gegen einen Mitgesellschafter auf Leistung an die Gesellschaft bezeichnet.²

1. Rechtslage bis 31.12.2023

a) Grundlagen

Die *actio pro socio* findet ihre Rechtsgrundlage nach derzeitiger Rechtslage im Gesellschaftsvertrag³ und ist solchermassen Ausfluss des Mitgliedschaftsrechts des Gesellschafters.⁴ Als

* Der Autor ist Rechtsanwalt in München.

¹ Zur Gesellschafterklage bei Kapitalgesellschaften Zöllner, ZGR 1988, 392; Für GmbH: Eickhoff, Die Gesellschafterklage im GmbH-Recht, 1988; Fastrich, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 13 Rn. 36–39; Für AG: Kommentierungen zu § 148 AktG für die AG, der eine die allgemeinen Grundsätze der *actio pro socio* verdrängende Spezialregelung enthält.

² BGH NJW-RR 2019, 742 (742 Rn. 10) m.w.N.; Ausnahme BGH WM 1967, 275 (Liquidation).

³ BGH NJW-RR 2019, 742 (742 Rn. 10); Schäfer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 223.

⁴ BGH NJW-RR 2019, 742 (742 Rn. 10) m.w.N.

Minderheitenschutzrecht⁵ steht sie jedem Gesellschafter unabhängig davon zu, ob er kraft Gesetzes oder auf Grund des Gesellschaftsvertrags Vertretungsbefugnis oder Geschäftsführungsbefugnis für die Gesellschaft hat, mithin auch Kommanditisten.⁶ Der Zustimmung seiner Mitgesellschafter bedarf der Gesellschafter zur Erhebung der Klage nicht.⁷ Die *actio pro socio* ist subsidiär in dem Sinne, dass sie nur erhoben werden kann, wenn die an sich zuständigen Gesellschaftsorgane den Anspruch nicht geltend machen.⁸ Konsequenz des Rechtscharakters der *actio pro socio* als Minderheitenschutzrecht ist, dass sie im Gesellschaftsvertrag oder durch Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter zwar eingeschränkt, namentlich von erschwerenden Voraussetzungen abhängig gemacht, aber niemals völlig abbedungen werden kann.⁹ Praktische Bedeutung hat die *actio pro socio* in erster Linie für Beitragspflichten sowie für Schadensersatzpflichten gegenüber der Gesellschaft aus der Verletzung des Gesellschaftsvertrags oder der in ihm begründeten Geschäftsführungspflichten.¹⁰ Grenzen für die Möglichkeit der *actio pro socio* ergeben sich zum einen aus ihrer Subsidiarität, ferner aus § 242 BGB: Der in Anspruch genommene Gesellschafter kann sich damit verteidigen, dass die Geltendmachung des Individualanspruches gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verstößt oder die interne Organisationsregelung missachtet.¹¹

b) Prozessführungsbefugnis des Gesellschafters

Umstritten ist in Abwesenheit einer gesetzlichen Regelung derzeit noch, wie sich die Prozessführungsbefugnis des Gesellschafters begründen lässt. Das ist abhängig von der Antwort auf die viel grundlegendere Frage, ob der Gesellschafter mit der *actio pro socio* (auch) eigene Ansprüche oder nur Ansprüche der Gesellschaft der Gesellschaft geltend macht.¹²

aa) Prozessführungsbefugnis kraft eigenen Rechts

Die früher h.M. ging trotz unstreitiger Zugehörigkeit der

⁵ Raiser, ZHR 153 (1989), 1 (13 mit Fn. 26a); Fleischer/Harzmeier, ZGR 2017, 239 (240); Roth, in: Baumbach/Hopt, Kommentar zum HGB, 40. Aufl. 2021, § 109 Rn. 32; Saenger, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 165; Schäfer (Fn. 3), § 705 Rn. 213, 215.

⁶ Grunewald, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2019, § 161 Rn. 70; Kort, DStR 2001, 2164 m.w.N.

⁷ Roth (Fn. 5), § 109 Rn. 35; Schäfer, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, Rn. 19.

⁸ v. Dithfurth, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 53 Rn. 67; Saenger (Fn. 5), Rn. 165; Schäfer (Fn. 7), Rn. 19.

⁹ Schäfer (Fn. 3), § 705 Rn. 215.

¹⁰ Saenger (Fn. 5), Rn. 165.

¹¹ BGHZ 25, 47 (50); BGH NJW 2000, 505; BGH NJW-RR 2019, 742; OLG Düsseldorf NZG 2000, 475; Höfler, JuS 1992, 391; Roth (Fn. 5), § 105 Rn. 32.

¹² Wertenbruch, in: Ebenroth u.a., Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2020, § 105 Rn. 259: beides richtig.

Sozialansprüche zum Gesamthandsvermögen und auch für den Fall der Rechtssubjektivität der Gesellschaft¹³ von der Geltendmachung auch eines eigenen Rechts durch den klagenden Gesellschafter aus.¹⁴ Bei Sozialansprüchen handle es sich um Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrag, deren Erfüllung sich die Gesellschafter bei Vertragsschluss wechselseitig zugesagt hätten. Jedem Sozialanspruch korrespondiere damit ein Individualanspruch, und den könne der Gesellschafter ohne Weiteres in eigenem Namen geltend machen. Allerdings konnte der einzelne Gesellschafter die Leistung, weil sie der Erfüllung des Gesellschaftszweckes dienen sollte, nicht für sich selbst beanspruchen, sondern lediglich Leistung an die Gesamtheit der Gesellschafter verlangen.

bb) Prozessführungsbefugnis kraft Prozessstandschaft

Nach heute h.L. handelt es sich bei dem geltend gemachten Anspruch jedoch um einen solchen der Gesellschaft, was zur Folge hat, dass die *actio pro socio* einen Fall der Prozessstandschaft darstellt.¹⁵ Für diese Sicht der Dinge spricht einmal, dass es auf der Grundlage der heute herrschenden Theorie der kollektiven Einheit keinen praktischen oder dogmatischen Grund mehr gibt, den klagenden Gesellschafter zum Inhaber des materiellen Anspruchs zu erklären. Vielmehr ist die Gesellschaft selbst Trägerin der ihr gegen Dritte zustehenden Ansprüche.¹⁶ Daran ändert sich auch dann nichts, wenn die Gesellschafter untereinander über die Geltendmachung dieses Anspruches in Streit geraten. Sodann aber verträgt sich die Gegenauffassung nur schwer mit dem Charakter des Gesellschaftsvertrags als eines nicht auf Austausch, sondern auf Begründung einer Zweckgemeinschaft gerichteten Rechtsverhältnisses.¹⁷ Auch führt sie im Hinblick auf die Anspruchsverdoppelung – jedem Sozialanspruch korrespondiert ein

Individualanspruch – zu unnötigen Schwierigkeiten.¹⁸

Handelt es sich bei dem geltend gemachten Anspruch um einen Anspruch der Gesellschaft, so liegt – wie gesagt – ein Fall der Prozessstandschaft vor: Der Gesellschafter macht ein fremdes Recht in eigenem Namen geltend. Umstritten ist unter den Vertretern der Prozessstandschaft, ob es sich um einen Fall gewillkürter¹⁹ oder gesetzlicher²⁰ Prozessstandschaft handelt. Zugunsten gewillkürter Prozessstandschaft wird vorgebracht, dass es sich nur um eine solchen handeln könne, da es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung fehle. Die Ermächtigung zur Prozessführung ergebe sich vielmehr aus einer ergänzenden Auslegung des Gesellschaftsvertrags. Die Vertreter der Gegenauffassung argumentieren, die Ermächtigung für eine prozessuale Rechtsverfolgung als Verkehrssitte i.S.d. § 157 BGB anzusehen und sie im Wege ergänzender Vertragsauslegung in alle Gesellschaftsverträge hineinzulesen, habe „stark fiktiven Charakter“ und überzeuge auch deshalb nicht, weil sie nicht zu erklären vermöge, warum die *actio pro socio* im Kern unentziehbar sei.²¹

3. Rechtslage ab 1.1.2024

Durch Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG)²² wurde ein neuer § 715b in das BGB eingefügt. Die Vorschrift ist auch im Recht der OHG (§ 105 Abs. 2 HGB n.F.) und der KG (§ 161 Abs. 2 HGB) anwendbar. Nach § 715b Abs. 1 S. 1 BGB n.F. ist künftig jeder Gesellschafter befugt, einen auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden Anspruch der Gesellschaft gegen einen anderen Gesellschafter im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen, wenn der dazu berufene geschäftsführungsbefugte Gesellschafter dies pflichtwidrig unterlässt²³. Das entspricht

¹³ Raiser, ZHR 153 (1989), 1 (12).

¹⁴ BGH NJW 1959, 1683 (1684); weitere Nachweise bei Saenger (Fn. 5), Rn. 165 mit Fn. 362 und Fleischer/Harzmeier, ZGR 2017, 239 (247); siehe ferner Altmeyen, in: Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag, 2004, S. 10; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, 9. Aufl. 1968, S. 292.

¹⁵ Fleischer/Harzmeier, ZGR 2017, 239 (265); v. Dithfurth (Fn. 8), § 53 Rn. 70; Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2019, § 11 Rn. 54 f.; Kort, DStR 2001, 2162 f.; Lieder, in: Oetker, Kommentar zum HGB, 6. Aufl. 2019, § 105 Rn. 71; Roth (Fn. 5), § 109 Rn. 32; Schäfer (Fn. 3), § 705 Rn. 14; ders. (Fn. 7), Rn. 19; Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1997, § 21 Abs. 4 S. 4; Schwab, Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2005, S. 118 f. Schwierig zu beurteilen ist, welcher Auffassung die Rechtsprechung zuneigt: Schäfer (Fn. 3), § 705 Rn. 214 schließt aus BGH NJW 2000, 505 (506), dass die Rechtsprechung der h.M. folgt; Offengelassen von BGH NJW 1985, 2830 (2831) und BGH NJW 1992, 1890 (1891).

¹⁶ Saenger (Fn. 5), Rn. 165; siehe bereits v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, S. 32 unter V.

¹⁷ Kindler (Fn. 15), § 11 Rn. 6.

¹⁸ Lieder (Fn. 15), § 105 Rn. 71.

¹⁹ So Bork/Oepen, ZGR 2001, 515 ff.; Grunewald, Die Gesellschaftsklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, S. 12 ff. und passim; Hadding, *Actio pro socio*, 1966, passim; ders., JZ 1975, 159; Hassold, JuS 1980, 34 m.w.N.

²⁰ So OLG München ZIP 2010, 2202 (2204); v. Dithfurth (Fn. 8), § 53 Rn. 70; Jacoby, in: Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 23. Aufl. 2013, § 50 Rn. 38; Mock, JuS 2015, 590 (592); Schäfer (Fn. 3), § 705 Rn. 215; wohl auch BGHZ 39, 14; unentschieden Lindacher/Hau, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, Vor § 50 Rn. 56.

²¹ Fleischer/Harzmeier, ZGR 2017, 239 (266) m.w.N.

²² BGBl. I 2021, S. 3436. Regierungsentwurf und Regierungsbegründung sind veröffentlicht als BT-Drs. 19/27635.

²³ Beruht das pflichtwidrige Unterlassen auf einem Gesellschafterbeschluss, und sei es auch nur, weil der Beschluss indirekt darauf gerichtet ist, einen Anspruch der Gesellschaft zur Geltendmachung eines Beschlussmangels grundsätzlich vor (BT-Drs. 19/27635, S. 155). Dadurch wird gewährleistet, dass besondere Voraussetzungen einer Beschlussmängelklage, mögen sie sich aus dem Gesellschaftsvertrag oder – wie bei Personenhandelsgesellschaften – aus dem Gesetz, ergeben, nicht unterlaufen werden und dass das Gericht vor einer unter Umständen komplexen Inzidentprüfung eines Beschlussmangels

der bisherigen Rechtslage: Die Gesellschafterklage ist nur subsidiär zulässig, das heißt nur dann, wenn sie aus besonderen Gründen nicht mit der primären Geschäftsführungs- und Vertretungsordnung kollidiert.²⁴ Es soll dabei der Rechtsprechung überlassen bleiben, Fallgruppen der Zulässigkeit der Gesellschafterklage herauszuarbeiten.²⁵ Dogmatisch handelt es sich um einen Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft: Daraus folgt, dass es sich bei den vorgenannten Voraussetzungen um Sachurteilsvoraussetzungen handelt, die das Gericht von Amts wegen zu prüfen hat.²⁶ Wie bisher²⁷ wird meines Erachtens auch künftig davon auszugehen sein, dass nur Leistung an die Gesellschaft verlangt werden kann. Nur das entspricht dem Charakter des § 715b BGB als einem Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft,²⁸ und nur das ist in der Sache richtig.

Gem. § 715b Abs. 2 BGB n.F. ist eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag, welche das Klagerecht ausschließt oder dieser Vorschrift zuwider beschränkt, unwirksam. Auch diese Regelung ist im bisherigen Recht bereits angelegt.²⁹ Sie schließt eine gesetzliche Einschränkung des Rechts zur Gesellschafterklage nicht vollständig aus: Eine solche soll zulässig sein, wenn den nicht geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschaftern gleichwertige andere Möglichkeiten eingeräumt werden, auf die Einziehung von Sozial- und Drittansprüchen hinzuwirken wie zum Beispiel durch Abberufungsrechte oder Rechte auf Bestellung von Sondergeschäftsführern.³⁰

Neu ist die in § 715b Abs. 3 BGB n.F. enthaltene Unterrichtungspflicht: Der klagende Gesellschafter hat die Gesellschaft unverzüglich über die Erhebung der Klage und die Lage des Rechtsstreits zu unterrichten. Ferner hat er das Gericht über die erfolgte Unterrichtung in Kenntnis zu setzen. Das Gericht hat auf eine unverzügliche Unterrichtung der Gesellschaft hinzuwirken. Nicht ausdrücklich geregelt ist die Frage, ob der Gesellschafter Leistung an sich verlangen kann oder Leistung an die Gesellschaft verlangen muss.

Neben die Möglichkeit der *actio pro socio* treten nach neuem Recht das Recht des Gesellschafters zur Notgeschäftsführung (§ 715a BGB n.F.) sowie die Möglichkeit, zur Anspruchsverfolgung analog § 147 Abs. 1 S. 1 AktG, § 46 Nr. 8 GmbHG einen besonderen Vertreter zu bestellen.³¹

gels bewahrt wird (BT-Drs. 19/27635, S. 155). Das schließt allerdings aus Gründen der Prozessökonomie eine Verbindung von Beschlussmängel- und Gesellschafterklage nicht aus (BT-Drs. 19/27635, S. 155).

²⁴ BT-Drs. 19/27635, S. 155.

²⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 155.

²⁶ BT-Drs. 19/27635, S. 155 a.E.

²⁷ BGH NJW-RR 2019, 742 (742 Rn. 10) m.w.N.; Ausnahme BGH WM 1967, 275 (Liquidation).

²⁸ So ausdrücklich BT-Drs. 19/27635, S. 154; zustimmend *Fleischer*, DStR 2021, 430 (436).

²⁹ Der sog. Mauracher-Entwurf sah noch vor, dass die Gesellschafterklage vollumfänglich abdingbar sein sollte (kritisch *Schall*, ZIP 2020, 1443 [1450]). Jetzt ist das Gegenteil der Fall.

³⁰ BT-Drs. 19/27635, S. 156.

³¹ BT-Drs. 19/27635, S. 154 unter Hinweis auf BGH ZIP

III. Externe Gesellschafterklage

1. Rechtslage bis 31.12.2023

a) Grundlagen

Von der internen Gesellschafterklage unterscheidet sich die externe Gesellschafterklage dadurch, dass sie sich gegen einen nicht an der Gesellschaft beteiligten Dritten³² richtet. Die Interessenlage freilich ist vergleichbar: Der eigentlich für die Anspruchsdurchsetzung zuständige Gesellschafter bleibt untätig, so dass sich ein nicht geschäftsführungs- und vertretungsbefugter Gesellschafter veranlasst sieht, selbst tätig zu werden. Kann er das?

b) Prozessführungsbefugnis

aa) Analogie zu § 744 Abs. 2 BGB

Im Fall der externen Gesellschafterklage hat der BGH³³ die erforderliche Prozessführungsbefugnis – unter weitestgehender Billigung des Schrifttums³⁴ – gelegentlich aus einer Analogie zu § 744 Abs. 2 BGB gewonnen. Nach dieser Vorschrift kann jeder Teilhaber die zur Erhaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes notwendigen Maßregeln ohne Zustimmung der anderen Teilhaber treffen. Allgemein anerkannt ist erstens, dass diese dem Recht der Gemeinschaft angehörende Vorschrift ergänzend im Recht der Personengesellschaften anzuwenden ist,³⁵ und zweitens, dass auch die Führung eines Prozesses eine notwendige Maßnahme sein kann.³⁶ Ein Fall der Notgeschäftsführung in diesem Sinne liegt vor, wenn der Gesellschaft eine akute Gefahr droht und zu ihrer Abwendung rasches Handeln erforderlich ist.³⁷ Der Gesellschafter kann dabei nur im eigenen Namen, nicht aber namens der Gesellschaft klagen, da § 744 Abs. 2 BGB dem Gesellschafter zwar ein Geschäftsführungs-, aber kein Vertretungsrecht ver-

2010, 2345.

³² Fallkonstellationen bei *Grunewald/Otte*, ZIP 2017, 1737.

³³ BGH NJW 1955, 1027 (1028) zur oHG; BGH NJW 2018, 3014 (3015 Rn. 24) m.w.N. (GbR); dazu *Schirrmacher*, NJW 2018, 3348, der stattdessen eine Analogie zu § 21 Abs. 2 WEG vorschlägt; siehe ferner BayObLGZ 1990, 260 (263 unter f.); OLG Dresden NZG 2000, 249 (250 unter 3.); OLG Naumburg BeckRS 2011, 22315.

³⁴ *Bergmann*, WM 2019, 189 (195); *Drescher*, in: Ebenroth u.a., Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2020, § 114 Rn. 13; *Ganßmüller*, NJW 1963, 641; *Kort*, DStR 2001, 2162 (2165); *Schäfer* (Fn. 3), § 705 Rn. 212; *Servatius*, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, BGB § 709 Rn. 15; a.A. *Diederichsen*, MDR 1963, 632 (635).

³⁵ RGZ 112, 361 (367); RGZ NJW 1955, 1027; BGH NJW 2000, 3272 (GbR); BGH NJW 2014, 3779 (3780 Rn. 15) zur GbR; BGH NJW 2018, 3014 (3015 Rn. 24); zu früheren Differenzierungen zwischen Personenhandels-gesellschaften und der GbR siehe *Fleischer/Harzmeier*, ZGR 2017, 239 (251).

³⁶ RGZ 76, 298 (299); *Heintzmann*, Die Prozessführungsbefugnis, 1970, S. 18 m.w.N.; *Heller*, Der Zivilprozess der Gesellschaft Bürgerlichen Rechts, 1989, S. 67; *Grunewald/Otte*, ZIP 2017, 1737.

³⁷ BGH NJW 2014, 3779 (3780 Rn. 15); BGH NJW 2018, 3014 (3015 Rn. 24); BayObLGZ 1990, 260 (263).

schaft.³⁸ Er kann nur Leistung an die Gesellschaft, nicht aber an sich selbst verlangen.³⁹

Dieser Ansatz war und ist nicht frei von Zweifel. So dürfte es in der Regel schon an einer Regelungslücke fehlen, die durch eine analoge Anwendung des § 744 Abs. 2 BGB geschlossen werden müsste. Das leuchtet unmittelbar ein, soweit eine gesellschaftsvertragliche Regelung zur Frage der Geschäftsführungsbefugnis vorliegt. In diesem Fall besteht kein Grund, den Gesellschaftern eine angeblich lückenhafte Regelung vorzuhalten und ihnen die Regelung des § 744 Abs. 2 BGB aufzuzwingen.⁴⁰ Ausnahmekonstellationen lassen sich durch Auslegung des Gesellschaftsvertrags sachgerechten Lösungen zuführen, so dass auch im Einzelfall unbillige Härten vermieden werden können.⁴¹

Eine Analogie zu § 744 Abs. 2 BGB scheidet meines Erachtens aber auch in dem (unwahrscheinlichen) Fall aus, dass keine gesellschaftsvertragliche Regelung vorliegt. Begründen lässt sich dieser Standpunkt mit zwei Argumenten: Nach Ansicht des historischen Gesetzgebers war die Gemeinschaft ein gesetzliches Schuldverhältnis, und zwar ein solches zwischen den Teilhabern. Sie war ursprünglich zusammen mit der Geschäftsführung ohne Auftrag und dem Bereicherungsrecht im 7. Abschnitt des Bürgerlichen Gesetzbuchs geregelt. Dementsprechend handelt es sich bei den §§ 741–758 BGB um Vorschriften, die das Verhältnis der Teilhaber zueinander betreffen,⁴² nicht aber ihr Verhältnis zu Dritten. Für das Verhältnis zu gemeinschaftsfremden Dritten, also im Wesentlichen für die Geltendmachung gemeinschaftlicher Rechte diesen gegenüber, sollten nach dem Willen des historischen Gesetzgebers die §§ 428 ff. BGB, namentlich § 432 BGB gelten.⁴³

§ 744 Abs. 2 BGB verschafft dem klagenden Gesellschafter das Recht zur Klage mithin nur gegenüber den Mitgesellschaftern. Dritten gegenüber kann die Vorschrift jedoch nicht als Grundlage der Prozessführungsbefugnis ins Feld geführt werden. An dieser normstrukturellen Ungeeignetheit der Vorschrift zur Lösung des Problems ändert schließlich auch ihre analoge Anwendung nichts. Die methodische Rechtfertigung der Analogie liegt darin, dass eine Vorschrift zwar nicht ihrem Wortlaut, wohl aber ihrem Sinn nach zur Lösung eines unregulierten Problems geeignet ist. Fehlt diese teleologische Eignung, scheidet eine Analogie aus. Diese Auffassung steht nicht im Widerspruch zu der bereits erwähnten, zutreffenden Auffassung, dass § 744 Abs. 2 BGB analog auf Personengesellschaften angewendet werden kann.⁴⁴ Allerdings hat sich

eine solche Analogie eben auf das Innenverhältnis der Gesellschaft zu beschränken. Deshalb kann sie Grundlage der internen, aber nicht der externen Gesellschafterklage sein.⁴⁵

bb) Analogie zu § 432 BGB

Der BGH hat die Prozessführungsbefugnis eines einzelnen Gesellschafters in der Vergangenheit daneben vereinzelt und unter engen Voraussetzungen auf eine analoge Anwendung des § 432 Abs. 1 S. 1 BGB gestützt.⁴⁶ Einzelne Gesellschafter konnten immer dann eine Gesellschaftsforderung einklagen, wenn sie an der Geltendmachung ein berechtigtes Interesse hatten, die anderen Gesellschafter die Einziehung der Forderung aus gesellschaftswidrigen Gründen verweigerten und zudem der verklagte Gesellschaftsschuldner an dem gesellschaftswidrigen Verhalten beteiligt war.⁴⁷ Den klagenden Gesellschafter auf den umständlichen Weg zu verweisen, zunächst die anderen Gesellschafter auf Mitwirkung an der Geltendmachung der Forderung zu verklagen, war demgegenüber insbesondere bei Beteiligung des Gesellschaftsschuldners am gesellschaftswidrigen Verhalten ein unnötiger Umweg.⁴⁸

Auch dieser Ansatz kann nicht uneingeschränkt überzeugen. Der BGH hat ihm zu anderen Gelegenheiten zwei Argumente entgegengehalten: So widerspreche die Anwendung des § 432 Abs. 1 S. 1 BGB dem gesellschaftsrechtlichen Regelstatut über Vertretung und Geschäftsführung. Ein Gesamthänder sei zur Geltendmachung eines der Gesamthandsgemeinschaft zustehenden Anspruchs nicht befugt, wenn die jeweilige Gesamthandsgemeinschaft im Gegensatz zu § 432 BGB durch Gesetz oder Vertrag so ausgestaltet sei, dass sich daraus die Befugnis zur Vornahme des Geschäfts im eigenen Namen nicht erbe. So liege es nicht nur bei den Personengesellschaften⁴⁹, sondern auch bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, denn nach den §§ 709 Abs. 1, 730 Abs. 2 S. 2 BGB könnten die Gesellschafter, falls nicht ein anderes vereinbart ist, die Geschäfte der Gesellschaft nur gemeinschaftlich führen, mithin auch nur gemeinschaftlich eine Forderung einklagen.⁵⁰ Deshalb komme auch für den oder die vertretungsberechtigten Gesellschafter⁵¹ eine Klageerhebung im eigenen Namen nach § 432 BGB nicht in Betracht. Der BGH

⁴⁵ Vgl. *Schmidt* (Fn. 40), § 745 Rn. 50.

⁴⁶ BGH NJW 1963, 641 mit zustimmender Anmerkung *Ganßmüller*; BGH NJW 1988, 558 (559); BGH NJW 2000, 734; OLG Düsseldorf NZG 2000, 475; OLG Dresden NZG 2000, 249; zustimmend *Heinemeyer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 432 Rn. 10.

⁴⁷ BGHZ 39, 14; BGH ZIP 1988, 12; BGH NJW-RR 2008, 1484; *Schäfer* (Fn. 3), § 705 Rn. 212.

⁴⁸ BGH NJW 1963, 641; BGH NJW 1988, 558 (559); *Fikentscher*, Schuldrecht, 6. Aufl. 1976, S. 343.

⁴⁹ BGH NJW 1973, 2198 (2199) zur oHG; dazu *Grunewald/Otte*, ZIP 2017, 1737 (1741).

⁵⁰ BGH NJW 1988, 1585 (1586); BGH NJW 1963, 641; BGH NJW 1955, 1393; BGH NJW 1954, 1159; BGH WM 1979, 366; nach OLG Dresden NZG 2000, 249 (250) gilt dies auch bei Auflösung der Gesellschaft.

⁵¹ BGH NJW 1988, 1585 (1586).

³⁸ BGH NJW 1955, 1027 (1028); BGH NJW 2018, 3014 (3015 Rn. 24); *Heintzmann* (Fn. 36), S. 18 f.; *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 79. Aufl. 2020, § 709 Rn. 6.

³⁹ BGH NJW 1955, 1027 (1028); *Heintzmann* (Fn. 36), S. 19.

⁴⁰ *Schmidt*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 745 Rn. 50 m.w.N.

⁴¹ *Grunewald/Otte*, ZIP 2017, 1737 (1738 und 1741); *Raiser*, ZHR 153 (1989), 1 (12).

⁴² *Lobe*, in: Plancks, Kommentar zum BGB, Bd. 2/2, 4. Aufl. 1928, Vorb. zu §§ 744–746; Anmerkung 2; a.A. *Sprau* (Fn. 38), § 744 Rn. 3 m.w.N.

⁴³ *Heintzmann* (Fn. 36), S. 21; *Schmidt* (Fn. 40), § 741 Rn. 47 f.

⁴⁴ Siehe oben bei und in Fn. 35.

führt ergänzend das prozessuale Argument an, dass im Regelfall allein dies dem Interesse der übrigen Gesellschafter und insbesondere dem des Gesellschaftsschuldners entspreche, weil dieser bei einer – sei es auch nur teilweisen – Abweisung der Klage wegen der beschränkten Rechtskraft befürchten muss, in einem weiteren Prozess von den Gesellschaftern in Anspruch genommen zu werden.⁵²

cc) Andere Ansätze

In der Literatur und Rechtsprechung wurde versucht, die für die *actio pro socio* geltenden Grundsätze auf das Außenverhältnis der Gesellschaft zu übertragen.⁵³ Dabei soll diese „externe *actio pro socio*“ ausdrücklich neben die bislang bekannten Fälle zulässiger externer Gesellschafterklagen treten. Das überzeugt nicht. Das entscheidende Gegenargument liegt auch hier darin, dass die Anerkennung einer solchen Klagemöglichkeit zu einer Umgehung der gesellschaftsinternen Geschäftsverteilung führen kann.⁵⁴ Obendrein besteht angesichts der bereits vorhandenen Einzelklagebefugnisse für eine derartige Rechtsfortbildung kein praktisches Bedürfnis. Schließlich wird dieser Ansicht entgegengehalten, dass in den Konstellationen der Klage gegen gesellschaftsfremde Dritte der für die *actio pro socio* charakteristische Zusammenhang zur Sphäre der Mitgliedschaft fehle.⁵⁵ Die heute ganz h.M.⁵⁶ hält die *actio pro socio* denn auch nur im Innenverhältnis für möglich.

dd) Gewillkürte Prozessstandschaft

Liegt kein Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft vor, so ist die externe Gesellschafterklage nur zulässig, wenn ein Fall der gewillkürten Prozessstandschaft vorliegt.⁵⁷ Da sich der oder die Mitgesellschafter mit der Klagerhebung einverstanden erklären müssen, ist – anders als im Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft i.S.v. § 432 BGB – sichergestellt, dass der Prozess nicht gegen den Willen der Gesellschafter geführt wird. Infolgedessen ist auch nicht, wie bei einer Befürwortung einer Klagebefugnis gem. § 432 BGB, zu befürchten, dass der Prozess – wie immer er auch ausgehen mag – die Gesellschaft unzumutbar belastet. Ebenso ist durch das Erfordernis der Prozessermächtigung gewährleistet, dass der Gesellschafter nicht Gefahr läuft, in einen Rechtsstreit verwickelt zu werden, den die Gesellschafter aus sachlichen Erwägungen

nicht führen würden. Zudem unterscheidet sich die prozessuale Situation des Gesellschaftsschuldners gegenüber der im Falle der gesetzlichen Prozessstandschaft grundlegend. Der Grund hierfür liegt darin, dass der mit Hilfe der gewillkürten Prozessstandschaft in Anspruch genommene Beklagte prozessrechtlich weitgehend geschützt wird. Erzielt er gegen den Kläger ein in der Sache obsiegendes Urteil, so erstreckt sich die Rechtskraft dieses Urteils auf den Rechtsinhaber, der der ersten Prozessführung zugestimmt hat. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Kläger sich im Prozess auf die ihm erteilte Ermächtigung des Rechtsinhabers berufen und zum Ausdruck gebracht hat, dessen Recht er geltend macht.⁵⁸ Erhebt der Rechtsinhaber selbst Klage, während das von dem gewillkürten Prozessstandschafter eingeleitete Verfahren noch rechtshängig ist, so wird der Beklagte auch hier weitgehend geschützt, da ihm die Einrede der Rechtshängigkeit (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) jedenfalls dann zur Seite steht, wenn eine Rechtskrafterstreckung stattfände.⁵⁹

2. Rechtslage ab 1.1.2024

Wie die interne Gesellschafterklage, so wurde durch das MoPeG auch die externe Gesellschafterklage einer ausdrücklichen Regelung zugeführt. Gem. § 715b Abs. 1 S. 2 BGB n.F. erstreckt sich die Prozessführungsbefugnis nach § 715b Abs. 1 S. 1 BGB n.F. auch auf einen Anspruch der Gesellschaft gegen einen Dritten, wenn dieser an dem pflichtwidrigen Unterlassen mitwirkte oder es kannte (fahrlässige Unkenntnis reicht nicht). Die Regelung räumt den Streit um die dogmatische Grundlage der externen Gesellschafterklage aus, indem sie als gemeinsame Rechtsfolge für die Geltendmachung von Sozial- und Drittansprüchen eine Einziehungs- und Prozessführungsbefugnis des Gesellschafters für die Gesellschaft begründet.⁶⁰ Auch im Falle des § 715b Abs. 1 S. 2 BGB n.F. handelt es sich um einen Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft. Inhaltlich entspricht die Regelung der bisherigen Rechtslage. Das gilt insbesondere für das Erfordernis, dass der Beklagte an dem pflichtwidrigen Unterlassen mitgewirkt oder es gekannt haben muss, wobei fahrlässige Unkenntnis nicht genügt.⁶¹

IV. Gesellschafterklage und Streitgenossenschaft

Hier geht es um die Frage, ob mehrere Gesellschafter als Streitgenossen Klagen müssen oder nicht. Diese Frage wird sich auch nach dem 31.12.2023 noch stellen, weil § 715b BGB n.F. sie nicht beantwortet.

1. Prozessual notwendige Streitgenossenschaft

Prozessual notwendige Streitgenossenschaft (§ 62 S. 1 Fall 1 ZPO) liegt nach Ansicht des BGH vor, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind: Die Rechtskraft eines des Urteils muss

⁵² BGH NJW 1963, 641; BGH NJW 1988, 1585 (1586); BGH WM 1979, 366 (367); ebenso OLG Dresden NZG 2000, 248 (250).

⁵³ OLG Düsseldorf NZG 2000, 475; *Bork/Oepenset*, ZGR 2001, 515 (543 ff.); *Jacoby*, in: Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 23. Aufl. 2013, § 50 Rn. 38; *Grunewald*, NZG 2000, 475 (476); *Kort*, DSStR 2001, 2162 (2165).

⁵⁴ *Fleischer/Harzmeier*, ZGR 2017, 239 (269); *Roth* (Fn. 5), § 109 Rn. 33.

⁵⁵ *Schäfer* (Fn. 3), § 705 Rn. 212.

⁵⁶ *Schäfer* (Fn. 3), § 705 Rn. 212.

⁵⁷ BGH NJW 1988, 1585; OLG Düsseldorf ZIP 1985, 1000 (1001); *Müther*, MDR 2002, 987 (990); *Roth* (Fn. 5), § 114 Rn. 7; *Wieser*, MDR 2001, 421.

⁵⁸ BGH NJW 1972, 1580.

⁵⁹ BGH NJW 1980, 2461 m.w.N.

⁶⁰ BT-Drs. 19/27635, S. 154.

⁶¹ BGH NJW 1963, 641 mit zustimmender Anmerkung *Ganßmüller*; BGH NJW 1988, 558 (559); BGH NJW 2000, 734; OLG Düsseldorf NZG 2000, 475; OLG Dresden NZG 2000, 249; zustimmend *Heinemeyer* (Fn. 46), § 432 Rn. 10.

sich auf alle potentiellen Streitgenossen erstrecken⁶² oder das Urteil muss (erga omnes) Gestaltungswirkung entfalten. Hinzukommen muss als zweite Voraussetzung ein einheitlicher Streitgegenstand.⁶³ In der Literatur wird für einen etwas weiteren Begriff der prozessual notwendigen Streitgenossenschaft plädiert und vorgeschlagen, Fälle der sog. „Unteilbarkeit des streitigen Rechtes“ einzubeziehen.⁶⁴ Damit sind Aktivprozesse von Mitberechtigten (§§ 432, 1011, 2039 BGB) gemeint, in denen eine einheitliche Entscheidung zwar in streng juristischer Hinsicht wegen fehlender Rechtskrafterstreckung nicht notwendig, wohl aber wünschenswert ist.

Ob im Falle der Gesellschafterklagen eine prozessual notwendige Streitgenossenschaft vorliegt, hängt, folgt man dem BGH, zunächst einmal davon ab, ob sich die Rechtskraft des von einem Gesellschafter im Wege der actio pro socio oder der Notgeschäftsführung nach § 744 Abs. 2 BGB erstrittenen Urteiles auch auf die übrigen, nicht klagenden Gesellschafter erstreckt. Diese Frage ist umstritten. Ein Teil des Schrifttums steht auf dem Standpunkt, dass es in diesen Fällen zu einer Rechtskrafterstreckung auf die nicht klagenden Gesellschafter komme.⁶⁵ Zur Begründung werden zwei Argumente angeführt: Wenn einzelne Gesellschafter ausnahmsweise in eigenem Namen klagen dürften, so habe ihr Vorgehen zur Folge, dass nach Abweisung der Klage des einen Gesellschafters der Beklagte Gefahr laufe, in derselben Sache noch einmal (von einem anderen Gesellschafter) verklagt zu werden. Um dies zu verhindern, müsse sich die Rechtskraft auf den zweiten und alle übrigen Gesellschafter erstrecken.⁶⁶ Der Beklagte sei deshalb schützenswert, weil er für den gesellschaftsinternen „Notstand“ nicht verantwortlich sei.⁶⁷ Außerdem spreche für eine Rechtskrafterstreckung auch die Identität des Streitgegenstandes, weil der Gesellschafter nicht eine eigene, sondern eine Gesamthandsforderung geltend mache.⁶⁸ Der Gesetzgeber des MoPeG entschied sich gegen eine Rechtskrafterstreckung auf die übrigen Gesellschafter: Werde der Gesellschaft ein Sozial- oder Drittanspruch aberkannt, stehe damit gleichzeitig fest, dass es der geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Gesellschafter nicht pflichtwidrig unterlassen habe, einen solchen Anspruch zu verfolgen. Für eine neuerliche Gesellschafterklage eines anderen Gesellschafters fehlten damit die besonderen Sachurteilsvoraussetzungen.⁶⁹

2. Materiell-rechtlich notwendige Streitgenossenschaft

Materiell-rechtlich notwendige Streitgenossenschaft (§ 62 S. 1 Fall 2 ZPO) liegt vor, wenn mehreren Personen Prozessführungs- und Sachbefugnis nur gemeinsam zusteht. Materiell-rechtlich notwendige Streitgenossenschaft kann danach in den Fällen der Gesellschafterklagen nie vorliegen. Gesellschafterklagen sind geradezu paradigmatische Fälle der Einzelklagebefugnis, woran § 715a Abs. 1 S. 1 BGB n.F. nicht den leisesten Zweifel zulässt. Einzelklagebefugnis und materiell-rechtlich notwendige Streitgenossenschaft aber schließen sich gegenseitig aus.⁷⁰ Nur diese Auffassung entspricht im Übrigen dem Wesen der actio pro socio als einem Minderheitenrecht, das jedem Gesellschafter völlig unabhängig vom Verhalten der anderen Gesellschafter zustehen soll. Jeder Gesellschafter soll es in der Hand haben, die Ansprüche der Gesellschaft gleichsam als „Hilfs- oder Ersatzorgan“⁷¹ gegen einen anderen Gesellschafter durchzusetzen.⁷² Das Erfordernis gemeinsamer Klage würde dieses Anliegen der actio pro socio zunichtemachen.⁷³ Die Gegenansicht⁷⁴, die in diesem Fall von notwendiger Streitgenossenschaft ausgeht und dies damit begründet, dass die Gesamthänder nicht aus ihrer jeweiligen Einzelklagebefugnis vorgehen, sondern den nur der Gesamthand zustehenden Anspruch geltend machten, kann nicht überzeugen, da auch bei Einzelklagen der Anspruch der Gesamthand geltend gemacht wird.⁷⁵

IV. Gesellschafterklage und Rechtskraft

Die bislang h.M. stand auf dem Standpunkt, dass sich die Rechtskraft des für oder gegen den Gesellschafter ergehenden Urteils nicht auf die Gesellschaft erstrecke.⁷⁶ Das MoPeG ändert diese Rechtslage durch § 715b Abs. 4 BGB. Danach wird die Rechtskraft sowohl des klagestattgebenden als auch des klageabweisenden Sachurteils in Anlehnung an den geltenden § 148 Abs. 5 S. 1 AktG auf die Gesellschaft erstreckt. Verstünde man die Gesellschafterklage als einen Fall der gewillkürten Prozessstandschaft, ergäbe sich die Rechtskrafterstreckung bereits nach den allgemeinen Regeln dieses Instituts aus der Prozessführungsermächtigung.⁷⁷ Das Verständnis als gesetzliche Prozessstandschaft erforderte hingegen eine

⁶² BGH NJW 2008, 69 (72 Rn. 32).

⁶³ Lindacher, JuS 1986, 379 (382).

⁶⁴ Hüßtege, in: Prütting/Gehrlein, ZPO Kommentar, 39. Aufl. 2018, § 62 Rn. 8.

⁶⁵ Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, S. 726; Kornblum, BB 1970, 1449; Heller (Fn. 36), S. 72 m.w.N.; Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, 1961, S. 213.

⁶⁶ Hadding (Fn. 20), S. 105; Heller (Fn. 36), S. 72.

⁶⁷ Heller (Fn. 36), S. 72.

⁶⁸ Heller (Fn. 36), S. 72; Henckel (Fn. 65), S. 214; Nitschke, ZHR 128 (1966), 48 (79); Schwab, in: Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag, 1957, S. 284.

⁶⁹ BT-Drs. 19/27635, S. 156 f.

⁷⁰ Weth, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 16. Aufl. 2019, § 62 Rn. 10; Schultes, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, § 62 Rn. 30 a.E.

⁷¹ Raiser, ZHR 153 (1989), 1 (10); Heller (Fn. 36), S. 72; Kornblum, BB 1970, 1445 (1449 bei Fn. 72).

⁷² Deshalb ist diese Frage entgegen Westermann, NZG 2001, 289 (292) auch nicht bedeutungslos.

⁷³ Bendtsen, in: Saenger, Kommentar zur ZPO, 9. Aufl. 2021, § 62 Rn. 8 a.E.

⁷⁴ Lindacher, JuS 1986, 379 (383).

⁷⁵ Gottwald, JA 1982, 64 (68); Weth, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 18. Aufl. 2021, § 62 Rn. 10; a.A. Lieder (Fn. 15), § 105 Rn. 71a.

⁷⁶ Roth (Fn. 5), § 109 Rn. 35 a.E.; Wertenbruch (Fn. 12), § 105 Rn. 263 m.N. auch zur Gegenauffassung.

⁷⁷ BT-Drs. 19/27635, S. 156.

eigene gesetzliche Regelung.⁷⁸ Die Bundesregierung fundiert diese Rechtskrafterstreckung teleologisch (wörtlich) wie folgt: Werde der Gesellschafterklage durch rechtskräftiges Urteil stattgegeben, sei die Rechtskrafterstreckung deswegen geboten, weil sie anderenfalls ihre reflexive Minderheitenschutzfunktion nicht erfüllen könne: Greife ein Gesellschafter zur Gesellschafterklage, nachdem der geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Gesellschafter den betreffenden Anspruch aus pflichtwidrigen Gründen nicht verfolgt habe, habe die Klage Erfolg, und kommt es dadurch zu einer entsprechenden Leistung des beklagten Gesellschafters beziehungsweise Dritten an die Gesellschaft, muss dieser Vermögenszuwachs durch die Rechtskraftbindung abgesichert werden. Anderenfalls könnte nämlich der beklagte Gesellschafter beziehungsweise Dritte gegen die Gesellschaft auf Rückgewähr klagen. Ohne Rechtskrafterstreckung genössen die Früchte der Gesellschafterklage also keinen Bestandsschutz. Werde die Gesellschafterklage durch rechtskräftiges Sachurteil abgewiesen, sprechen wiederum Gründe der Prozessökonomie dafür, die Rechtskraft auf die Gesellschaft zu erstrecken.⁷⁹ Fragen der Rechtshängigkeit überlässt der Gesetzgeber der Rechtsprechung.⁸⁰

⁷⁸ BT-Drs. 19/27635, S. 156.

⁷⁹ BT-Drs. 19/27635, S. 156 unter Hinweis auf *Berger*, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozeßstandschaft, 1990, S. 278 f.

⁸⁰ BT-Drs. 19/27635, S. 157.

Crashkurs Zwangsvollstreckungsrecht

Eine Einführung in das Zwangsvollstreckungsrecht für das erste Staatsexamen

Von Ref. iur. **Michael Kirchner**, Mag. iur., Heidelberg*

Das Zwangsvollstreckungsrecht ist wichtiger Bestandteil des Referendariats und der Praxis.¹ Aber auch im Studium sind zumindest Grundkenntnisse des Zwangsvollstreckungsrechts für das Examen notwendig.² Jedoch wird es vielfach als „unangenehmes“ Rechtsgebiet wahrgenommen. Der Beitrag möchte die Grundzüge und Systematik dieses Rechtsgebiets aufzeigen, um damit den Einstieg in das Zwangsvollstreckungsrecht zu erleichtern. Dabei kann aus Platzgründen selbstverständlich nicht auf alle Einzelheiten eingegangen werden. Eine weitere Befassung mit der Thematik ist daher unabdingbar.³

I. Einleitung

1. Grundlagen des Zwangsvollstreckungsrechts

Die Zwangsvollstreckung dient der staatlichen Durchsetzung eines zivilprozessualen Vollstreckungstitels.⁴ In Abgrenzung zum Insolvenzverfahren handelt es sich bei der Zwangsvollstreckung um Einzelvollstreckung. Dies bedeutet, dass einzelne Gläubiger in einzelne Vermögensgegenstände des Schuldners vollstrecken und damit gerade keine Gesamtvollstreckung stattfindet.⁵ Anders stellt sich die Situation im Insolvenzverfahren dar, in welchem die Gläubiger in das gesamte Vermögen des Schuldners vollstrecken (§§ 1 S. 1, 35 Abs. 1 InsO). Die Zwangsvollstreckung ist während des Insolvenzverfahrens nach § 89 InsO nicht zulässig. Die wichtigsten gesetzlichen Grundlagen für die Zwangsvollstreckung finden sich in der Zivilprozessordnung, aber auch das Zwangsversteigerungsgesetz und das Rechtspflegergesetz sind, neben zahlreichen anderen Vorschriften, von Bedeutung. In der Zwangsvollstreckung heißen die Parteien ausgehend von dem Vollstreckungstitel bzw. der Vollstreckungsklausel Gläubiger und Schuldner.⁶ Die Durchführung der Zwangsvollstreckung ist wegen des Gewaltmonopols des Staates und des Verbots der privaten Selbsthilfe dem Staat zugeordnet.⁷ Soweit §§ 753

Abs. 1, 766 Abs. 2 ZPO von einem „Auftrag“ sprechen ist allgemein anerkannt, dass es sich hierbei nicht um einen Auftrag i.S.d. §§ 662 ff. BGB handelt, sondern um einen Antrag auf Vornahme der Amtshandlung, welche hoheitlicher Rechtsnatur ist.⁸

2. Die Systematik im Zwangsvollstreckungsrecht

Die Zwangsvollstreckung ist im 8. Buch der ZPO geregelt. Für das Verständnis hilft ein Blick in das Inhaltsverzeichnis der ZPO. Aus diesem ergibt sich die grundlegende Systematik des Regelungskomplexes für die Zwangsvollstreckung. Zunächst erfolgt eine Unterteilung nach der Art des Anspruchs, der vollstreckt werden soll, und für Geldforderungen anschließend eine weitere Unterteilung nach dem Vollstreckungsobjekt.

Zunächst werden im ersten Abschnitt allgemeine Vorschriften normiert. Danach folgt im zweiten Abschnitt die erste wichtige Unterteilung in die Vollstreckung wegen Geldforderungen (§§ 803 ff. ZPO). Der dritte Abschnitt beschäftigt sich mit der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen (§§ 883 ff. ZPO) und zur Erzwingung von Handlungen oder Unterlassungen (§§ 887 ff. ZPO).

In den jeweiligen Untertiteln der Abschnitte sind teilweise noch allgemeine Vorschriften geregelt, die nur für diesen Abschnitt gelten, sowie spezifische Regelungen bezüglich des Vollstreckungsobjekts.

Somit ist die erste Frage, welche man sich gedanklich stellen muss, warum vollstreckt und anschließend, in was vollstreckt werden soll. Daraus ergibt sich, welche Regelungen im Einzelfall anwendbar sind. So ist es etwa verfehlt, bei einer Vollstreckung wegen einer Geldforderung in das unbewegliche Vermögen (§§ 864 ff. ZPO, §§ 1 ff. ZVG) Regelungen zur Unpfändbarkeit von Sachen nach den §§ 811 ff. ZPO zu prüfen, weil diese in einem anderen Abschnitt geregelt und daher auf den konkreten Fall nicht anwendbar sind. Anschließend ist bei Geldforderungen die Frage zu stellen, in welchen Gegenstand vollstreckt werden soll.

3. Verfahrensgrundsätze im Zwangsvollstreckungsrecht

Die Zwangsvollstreckung ist, wie das Erkenntnisverfahren, durch Verfahrensgrundsätze geprägt, die die Rechtsmaterie prägen ohne aber jedoch in jeder Hinsicht idealtypisch verwirklicht zu sein.⁹ Für die Klausur ist die Kenntnis der Verfahrensgrundsätze insbesondere für die eigene Argumentation von Bedeutung.¹⁰ Für die Zwangsvollstreckung sind dabei insbesondere die Dispositionsmaxime, der Grundsatz der

* Der Autor ist Rechtsreferendar am LG Heidelberg und Wiss. Hilfskraft am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht an der Universität Heidelberg (Lehrstuhl Prof. Dr. Stefan J. Geibel, maître en droit).

¹ Zu zwangsvollstreckungsrechtlichen Klausuren im Assessor-examen *Kliebisch*, JuS 2013, 316 ff.

² Vgl. für Baden-Württemberg § 8 Abs. 2 Nr. 6 JAPrO.

³ Aus der Studienliteratur dazu sehr zu empfehlen *Jauernig/Berger/Kern*, Zwangsvollstreckungsrecht, 24. Aufl. 2021; daneben wird auf die an den jeweiligen Stellen zitierten Aufsätze aus der Ausbildungsliteratur zur Vertiefung der jeweiligen Thematik verwiesen. Zu diesem Zweck beschränken sich die Nachweise im Wesentlichen auf die Ausbildungsliteratur.

⁴ *Lippross/Bittmann*, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl. 2021, Rn. 1.

⁵ *Lippross/Bittmann* (Fn. 4), Rn. 2.

⁶ *Jauernig/Berger/Kern* (Fn. 3), § 1 Rn. 8.

⁷ *Jauernig/Berger/Kern* (Fn. 3), § 1 Rn. 13; *Piekenbrock*

Kienle, ZPO-Examinatorium, 2. Aufl. 2016, Rn. 334.

⁸ BGHZ 93, 287 (298); *Schreiber*, Jura 2006, 742 (742).

⁹ Vgl. zu den Verfahrensgrundsätzen im Erkenntnisverfahren *Möller*, JA 2010, 47 ff.

¹⁰ *Heiderhoff/Skamel*, Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 40.

Formalisierung, das rechtliche Gehör und das Prioritätsprinzip prägend.¹¹ Die Dispositionsmaxime bezeichnet dabei die Herrschaft über das Verfahren. Demnach steht es dem Gläubiger durch seinen Antrag zur Zwangsvollstreckung zur Disposition, ob und wann diese beginnen soll und durch die Rücknahme des Antrages auch, wann diese beendet werden soll.¹² Ausdruck der Formalisierung ist es, dass im Zuge der Vollstreckung materiell-rechtliche Einwendungen nicht geprüft werden.¹³ Eng damit zusammen hängt, dass in der Zwangsvollstreckung rechtliches Gehör häufig erst nachträglich gewährt wird, um die Effektivität der Zwangsvollstreckung zu gewährleisten. Folge des Prioritätsprinzips ist es, dass der Gläubiger Vorrang vor anderen Gläubigern genießt, zu dessen Gunsten zuerst wirksam eine Vollstreckungsmaßnahme am Vollstreckungsobjekt vorgenommen wurde.¹⁴

II. Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung

Die Durchführung der Zwangsvollstreckung ist nur zulässig, wenn die Zwangsvollstreckung zulässig ist, wobei die Voraussetzungen von Amts wegen geprüft werden.¹⁵ Dabei sind die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung in weiten Teilen mit den Sachurteilsvoraussetzungen im Erkenntnisverfahren identisch.¹⁶ Zusätzlich müssen die besonderen Voraussetzungen für die Vollstreckung aus dem jeweiligen Titel erfüllt sein. Hieraus ergibt sich folgendes Prüfungsschema:¹⁷

1. Allgemeine Verfahrensvoraussetzungen
 - a) Vollstreckungsantrag
 - b) Zuständigkeit
 - c) Deutsche Gerichtsbarkeit
 - d) Parteifähigkeit
 - e) Prozessfähigkeit
 - f) Prozessführungsbefugnis
 - g) Rechtsschutzbedürfnis
2. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen
 - a) Titel
 - b) Klausel
 - c) Zustellung
3. Voraussetzungen der konkreten Zwangsvollstreckungsart
 - a) Zuständigkeit
 - b) Ordnungsgemäße Durchführung der Zwangsvollstreckung

Eine Prozessstandschaft ist im Vollstreckungsverfahren nur zulässig, wenn das Erkenntnisverfahren in Prozessstandschaft

geführt wurde, jedoch nicht, wenn das Erkenntnisverfahren vom Anspruchsinhaber selbst geführt wurde (sog. isolierte Vollstreckungsstandschaft).¹⁸

III. Die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen

Für eine Vollstreckung müssen deren allgemeinen Voraussetzungen, nämlich Titel, Klausel und Zustellung vorliegen.¹⁹

1. Titel

Für die Vollstreckung ist zunächst ein Vollstreckungstitel notwendig. Wegen des Grundsatzes der Formalisierung der Zwangsvollstreckung ist nämlich nicht der materiell-rechtliche Anspruch Anknüpfungspunkt der Zwangsvollstreckung, sondern vielmehr ein Titel.²⁰ Vollstreckungstitel können dabei Endurteile (§ 704 ZPO), aber auch andere Vollstreckungstitel nach § 794 ZPO sein. Daneben kommen auch die §§ 93, 132 ZVG, 201 Abs. 2 S. 1, 257 Abs. 1 S. 1, 308 InsO und zahlreiche weitere Vollstreckungstitel nach anderen Vorschriften in Betracht. Da die Vollstreckung aus dem Titel erfolgt, ist bei der Abfassung des Titels (etwa bei der Tenorierung eines Urteils) darauf zu achten, dass dieser auch vollstreckbar ist. Dazu muss dieser hinreichend bestimmt sein. Dafür ist wiederum erforderlich, dass sich aus dem Titel selbst ergibt, weswegen und in was vollstreckt werden kann.²¹ Aus § 750 Abs. 1 ZPO ergibt sich, dass die Parteien im Titel bezeichnet werden müssen.

2. Klausel

Neben dem Titel ist grundsätzlich eine Vollstreckungsklausel notwendig. Allerdings ist eine solche bei den §§ 796 Abs. 1, 929 Abs. 1, 936, 105, 795a ZPO ausnahmsweise nicht erforderlich. Die Vollstreckungsklausel besteht nach § 725 ZPO aus dem amtlichen Vermerk: „Vorstehende Ausfertigung wird dem usw. (Bezeichnung der Partei) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt.“ Sie bestätigt das Bestehen und die Vollstreckungsreife des Titels.²² Die Vollstreckungsklausel wird grundsätzlich von der Geschäftsstelle ausgestellt. Durch sie soll sichergestellt werden, dass nur eine vollstreckbare Ausfertigung im Umlauf ist, damit nur einmal gegen den Schuldner vollstreckt werden kann. Die Vollstreckungsklausel wird nur auf Antrag erteilt. Sie stellt ein eigenständiges Verfahren vor dem Zwangsvollstreckungsverfahren dar.²³ Dabei wird zwischen dem einfachen Klauselverfahren (§ 724 ZPO) und dem qualifizierten Klauselverfahren (§§ 726 ff. ZPO) unterschieden.²⁴ Das Vollstreckungsorgan prüft nicht,

¹⁸ Heiderhoff/Skamel (Fn. 10), § 3 Rn. 70.

¹⁹ Schreiber, Jura 2006, 742 (742).

²⁰ BGH Rpfleger 2010, 37; Lippross/Bittmann (Fn. 4), § 5 Rn. 28.

²¹ Heiderhoff/Skamel (Fn. 10), § 3 Rn. 87.

²² Seiler, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 42. Aufl. 2021, § 724 Rn. 3.

²³ BGH MDR 1976, 837 (838); Lippross/Bittmann (Fn. 4), § 5 Rn. 47; Jäckel, JuS 2005, 610 (610).

²⁴ Saenger, JuS 1992, 861 (861 f.); zu den Rechtsbehelfen im Klauselverfahren Jäckel, JuS 2005, 610 ff.

¹¹ Jauernig/Berger/Kern (Fn. 3), § 1 Rn. 47.

¹² BGH NJW-RR 2016, 319 Rn. 7; Jauernig/Berger/Kern (Fn. 3), § 1 Rn. 48.

¹³ Jauernig/Berger/Kern (Fn. 3), § 1 Rn. 53; Heiderhoff/Skamel (Fn. 10), § 2 Rn. 40.

¹⁴ Jauernig/Berger/Kern (Fn. 3), § 1 Rn. 59.

¹⁵ Gottwald, FPR 2007, 438 (438).

¹⁶ Heiderhoff/Skamel (Fn. 10), § 3 Rn. 67.

¹⁷ Prüfungsschema nach Hein, JuS 2012, 902 (905).

ob die Klausel hätte erteilt werden dürfen; Einwendungen gegen die Klausel müssen im Klauselverfahren geltend gemacht werden.²⁵ Damit kommt der Klausel eine zweifache Bedeutung zu. Zum einen wird das Vollstreckungsorgan von der Prüfung befreit, ob überhaupt ein vollstreckungsfähiger Titel vorliegt und falls ja, ob auch alle in diesem Titel enthaltenen Bedingungen eingetreten sind. Zum anderen ist (in der Regel) nur ein Titel im Umlauf, auf welchem alle Zahlungen vermerkt werden, womit verhindert wird, dass der Gläubiger zu viel pfändet.²⁶

3. Zustellung

Die Zustellung nach den §§ 166 ff. ZPO ist als beurkundete Übergabe einer Ausfertigung oder einer beglaubigten Abschrift des Titels an den Schuldner spätestens bei Beginn der Zwangsvollstreckung vorzunehmen (§ 750 Abs. 1 ZPO). Die vorherige Zustellung ist entbehrlich in Fällen der §§ 929 Abs. 3, 936 ZPO sowie bei § 845 ZPO. Dabei handelt es sich aber um Ausnahmen zum Grundsatz. Die Zustellung soll dem Schuldner die Möglichkeit geben, vor Beginn der Zwangsvollstreckung angehört zu werden, weil in der Zwangsvollstreckung eine solche Anhörung nicht mehr stattfindet.²⁷ Gleichzeitig kommt der Zustellung auch eine Warnfunktion zu.

IV. Voraussetzungen der konkreten Art der Zwangsvollstreckung

Im nachfolgenden sollen die einzelnen Zwangsvollstreckungsarten nacheinander schlaglichtartig beleuchtet werden. Den Zuständigkeiten der einzelnen Vollstreckungsorgane wird sodann ein eigener Abschnitt gewidmet.

1. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen

Zunächst soll die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen betrachtet werden. Dafür sind in den §§ 802a–802l ZPO allgemeine Vorschriften, die nur für die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gelten, geregelt.

a) Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen

Beispiel 1: Gerichtsvollzieher R möchte bei Schuldner S in eine in dessen Gewahrsam befindliche wertvolle Vase wegen eines Titels des Gläubigers G vollstrecken. S wendet ein, dass die Vase nicht in seinem Eigentum stünde, sondern nur geliehen sei. R fragt sich, ob er die Vase trotzdem pfänden darf.

Beispiel 2: Gerichtsvollzieher R pfändet einen Mähdrescher bei Schuldner S, der sich in dessen Gewahrsam befindet. Dieser wendet ein, dass er diesen als Lohnunternehmer für seine berufliche Tätigkeit benötigen würde.

Die Pfändung einer beweglichen Sache erfolgt nach § 808 ZPO durch den Gerichtsvollzieher durch Wegnahme oder durch Anbringung des Pfandsiegels. Dabei handelt es sich um die weithin bekannte Vollstreckung durch das im Volksmund als „Kuckuck“ bezeichnete Pfandsiegel. Die Vollstreckung erfolgt durch Pfändung und Versteigerung der beweglichen Sache nach §§ 808 ff. ZPO.²⁸ Dabei ist § 808 ZPO anwendbar, wenn sich die Sache im Gewahrsam des Schuldners befindet. Gewahrsam meint die rein tatsächliche Herrschaft über die Sache und ist nicht zwangsläufig deckungsgleich mit den Besitzverhältnissen i.S.d. Bürgerlichen Gesetzbuchs.²⁹ In Fällen des Mitgewahrsams durch einen Dritten ist § 809 ZPO anwendbar.³⁰ Bei Ehegatten sind die §§ 739 und 744a ZPO zu beachten. Nach § 739 ZPO gilt nur der Schuldner als Gewahrsamsinhaber, wenn die Voraussetzungen des § 1362 BGB vorliegen.³¹ Zu beachten sind ebenso die Pfändungsverbote des § 811 ZPO.³² Diese dienen sowohl dem Schutz des Schuldners als auch öffentlichen Interessen.³³ Ein Verzicht auf § 811 ZPO vor der Pfändung ist unzweifelhaft nicht möglich.³⁴ Der Verzicht auf den Pfändungsschutz während bzw. nach der Pfändung ist umstritten. Die herrschende Lehre lehnt einen Verzicht auf den Pfändungsschutz generell ab.³⁵ Die Rechtsprechung folgt dieser Auffassung.³⁶ Die Unverzichtbarkeit folgt aus dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Pfändungsschutzes. Die Befriedigung des Gläubigers folgt aber nicht aus der Pfändung. Dazu muss vielmehr die Verwertung als zweiter Akt der Vollstreckung hinzutreten.³⁷ Bei Geld erfolgt die Verwertung durch Ablieferung beim Gläubiger (§ 815 Abs. 1 ZPO). Bei beweglichen Sachen erfolgt die Verwertung nach § 814 Abs. 1 ZPO durch öffentliche Versteigerung.³⁸

²⁸ Zu den Pfandrechtstheorien *Piekenbrock/Kienle* (Fn. 7), Rn. 387 ff.

²⁹ *Seiler* (Fn. 22), § 808 Rn. 3.

³⁰ *Seiler* (Fn. 22), § 808 Rn. 4.

³¹ *Schreiber*, Jura 2006, 742 (744); *Preisner*, JA 2010, 705 (710 f.); dazu Referendarexamensklausur *Berger/Glas*, JuS 2006, 425 ff.

³² Zur Neufassung des § 811 ZPO zum 1.1.2022 *Herberger*, JA 2022, 21 ff.

³³ *Seiler* (Fn. 22), § 811 Rn. 1.

³⁴ BayObLG NJW 1950, 697; KG NJW 1960, 682 f.

³⁵ *Gruber*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, § 811 Rn. 15; *Flockenhaus*, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 18. Aufl. 2021, § 811 Rn. 9; *Seiler* (Fn. 22), § 811 Rn. 5; *Herget*, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 34. Aufl. 2022, § 811 Rn. 11; *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2021, § 12 Rn. 186 f.; *Lippross/Bittmann* (Fn. 4), Rn. 177.

³⁶ BGHZ 137, 193 (197) = NJW 1998, 1058, allerdings obiter dictum; BayObLG NJW 1950, 697; AG Sinzig NJW-RR 1987, 757 (758).

³⁷ *Jauernig/Berger/Kern* (Fn. 3), § 18 Rn. 1.

³⁸ Zur Verwertung durch Versteigerung beweglicher Sachen *Jauernig/Berger/Kern* (Fn. 3), § 18 Rn. 13 ff.

²⁵ *Jäckel*, JuS 2005, 610 (610); *Seibel*, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 34. Aufl. 2022, § 724 Rn. 14.

²⁶ *Heiderhoff/Skamel* (Fn. 10), § 3 Rn. 101.

²⁷ *Heiderhoff/Skamel* (Fn. 10), § 3 Rn. 118.

Lösungshinweise zu Beispiel 1: Der Gerichtsvollzieher prüft nicht die Eigentumslage an dem Objekt. Dies würde dem Grundsatz der Formalisierung zuwiderlaufen und eine wirksame Rechtsdurchsetzung erschweren. Vielmehr ist es nach § 808 ZPO ausreichend für die Pfändung durch den Gerichtsvollzieher, dass sich die Vase als körperliche Sache im Gewahrsam des Schuldners befindet. Der Verleiher ist gehalten, sich mit der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO der Vollstreckung entgegenzusetzen.

Lösungshinweise zu Beispiel 2: Als problematisch erweist sich hier, ob die Sache unpfändbar ist. Nach der alten Rechtslage war für den Pfändungsschutz nach § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO eine (oftmals schwierige) Abgrenzung zwischen persönlicher und kapitalistischer Arbeitsweise notwendig.³⁹ Durch die Neuregelung des § 811 ZPO ist diese Unterscheidung entfallen. § 811 Abs. 1 Nr. 1 lit. b ZPO unterscheidet nun nicht mehr nach der Art der Erwerbstätigkeit.⁴⁰

b) Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte⁴¹

Bei Forderungen erfolgt die Zwangsvollstreckung durch Pfändung und Überweisung der Geldforderung (in der Praxis als „PfÜB“ bezeichnet) nach den §§ 828 ff. ZPO.⁴² Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, der bei genauer Betrachtung zwei Beschlüsse enthält, wird in der Praxis zumeist zusammengefasst. Durch ihn wird dem bisherigen Gläubiger der Forderung untersagt, nach § 829 Abs. 1 S. 2 ZPO über diese Forderungen zu verfügen (sog. Inhibitorium). Daneben wird dem Schuldner der Forderung nach § 829 Abs. 1 S. 1 ZPO untersagt, gegenüber dem bisherigen Gläubiger der Forderung diese zu erfüllen (sog. Arrestatorium). Dabei erfolgt die Überweisung in aller Regel „zur Einziehung“. Demnach ist der Gläubiger dem Drittschuldner gegenüber zur Geltendmachung der Forderung berechtigt, wobei die vollstreckbare Forderung aber erst untergeht, wenn der Gläubiger mit seinem Einziehungsversuch erfolgreich war.⁴³ Es kommt also in einem ersten Akt zur Pfändung der „angeblichen“ Forderung und anschließend mit einem zweiten Akt der Vollstreckung, der Verwertung, zur Überweisung an den Gläubiger.

c) Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen⁴⁴

Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ist in den §§ 864 ff. ZPO geregelt. Dabei enthält § 869 ZPO einen Verweis auf das Zwangsversteigerungsgesetz. Die Regelungssystematik resultiert aus der Entstehungsgeschichte, weil zum Zeitpunkt des Erlasses der Zivilprozessordnung das

Liegenschaftsrecht noch nicht einheitlich geregelt war. Deswegen erfolgte die Regelung durch das Zwangsversteigerungsgesetz zeitlich später zusammen mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch.⁴⁵ Die Zwangsvollstreckung in Immobilien kann durch die Zwangsversteigerung (§§ 15 ff. ZVG), die Zwangsverwaltung (§§ 146 ff. ZVG) und die Zwangshypothek (§ 867 ZPO) erfolgen. § 803 Abs. 2 ZPO findet keine Anwendung, auch nicht analog.⁴⁶ Der Eigentumserwerb in der Zwangsversteigerung erfolgt originärer kraft Hoheitsakt.⁴⁷ Damit steht auch die Bösgläubigkeit des Ersteigerers dem Eigentumserwerb bei schuldnerfremden Sachen nicht entgegen.⁴⁸ Eine der zentralen Fragestellungen ist häufig, ob der Ersteigerer mit dem Zuschlag neben dem Eigentum am Grundstück auch seine wesentlichen Bestandteile erworben hat. Der Eigentumserwerb bei der Zwangsversteigerung richtet sich nach den §§ 90 Abs. 2, 55, 20 ZVG, §§ 1120 ff. BGB bei schuldner-eigenem Zubehör und nach §§ 90 Abs. 2, 55 Abs. 2 ZVG bei schuldnerfremdem Zubehör.⁴⁹ Bei manchen Gegenständen der Immobiliervollstreckung kann es zu Überschneidungen mit der Mobilienvollstreckung kommen. Dabei ist zu beachten, dass sich alle Gegenstände unter Ausnahme des Zubehörs, auf die sich die Hypothek erstreckt, solange gepfändet werden können, wie die Beschlagnahme im Wege der Immobiliervollstreckung noch nicht erfolgt ist (§ 865 Abs. 2 ZPO). Dagegen unterliegt Zubehör der Mobilienvollstreckung überhaupt nicht, solange es der hypothekarischen Haftung unterfällt (§ 865 Abs. 2 S. 1 ZPO).

2. Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen

a) Herausgabe

Die Herausgabe beweglicher Sachen bestimmt sich nach § 883 ZPO, die unbeweglicher nach § 885 ZPO. Bei beweglichen Sachen erfolgt die Vollstreckung durch Wegnahme und Übergabe an den Gläubiger.⁵⁰ Bei unbeweglichen Sachen erfolgt die Besitzzeiweisung des Gläubigers beispielsweise durch Übergabe der Schlüssel oder Einbau eines neuen Schlosses.⁵¹ Die Pfändungsschutzvorschriften (§§ 811 ff. ZPO) sind auf die Vollstreckung der Herausgabe nicht anwendbar.⁵² Durch die Wegnahme der Sache beim Schuldner wird diese durch staatlichen Akt beschlagnahmt und die Sache beim Schuldner sichergestellt.⁵³

³⁹ Jauernig/Berger/Kern (Fn. 3), § 32 Rn. 19.

⁴⁰ BR-Drs. 62/21, S. 27; Herberger, JA 2022, 21 (22).

⁴¹ Schlosser, Jura 1984, 139 ff.

⁴² Ausführlich zum Pfändungs- und Überweisungsbeschluss Pfrang, JA 2019, 532 ff.

⁴³ Schlosser, Jura 1984, 139 (141).

⁴⁴ Dazu Gerhardt, JA 1981, 13 ff.; Meier, JuS 1992, 650 ff.; Schreiber, Jura 2013, 792 ff.

⁴⁵ Gerhardt, JA 1981, 12 (12); Piekenbrock/Kienle (Fn. 7), Rn. 440.

⁴⁶ BGH NJW 2002, 3178 (3179).

⁴⁷ Schreiber, Jura 2013, 792 (798).

⁴⁸ Böttcher, in: Böttcher, Kommentar zum ZVG, 7. Aufl. 2022, § 90 Rn. 3.

⁴⁹ Vgl. dazu Übungsklausur Bögeholz, JuS 2018, 360 ff.

⁵⁰ Hein, JuS 2012, 902 (904).

⁵¹ Gruber (Fn. 35), § 885 Rn. 24.

⁵² Hein, JuS 2012, 902 (905).

⁵³ Hein, JuS 2012, 902 (904).

b) Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen

Für die Vornahme von vertretbaren Handlungen findet § 887 ZPO Anwendung. Soweit die §§ 803 ff., 883 ff. ZPO oder § 894 ZPO Anwendung finden, wird § 887 ZPO verdrängt.⁵⁴ § 888 ZPO betrifft den Fall der unvertretbaren Handlung. Die Unterlassungsvollstreckung nach § 890 ZPO erfolgt durch Ordnungsgeld oder Ordnungshaft. Bei § 894 ZPO handelt es sich um eine kraft gesetzlicher Fiktion eintretende Ersatzvornahme.⁵⁵

V. Zuständigkeiten innerhalb der Zwangsvollstreckung

1. Gerichtsvollzieher⁵⁶

In der Zwangsvollstreckung werden unterschiedliche Organe tätig. Der Gerichtsvollzieher ist nach den §§ 753, 802a ZPO für die Mobiliarpfändung und -verwertung nach § 808 ZPO, die Herausgabe und Räumung nach den §§ 883, 885 ZPO, Zustellungen nach § 829 Abs. 2 S. 2 ZPO und die Sachaufklärung nach den §§ 802c, 802l ZPO zuständig.

2. Vollstreckungsgericht durch den Rechtspfleger

Das Vollstreckungsgericht ist durch den Rechtspfleger (§ 20 Nr. 17 RPflG) für die Rechtspfändung nach § 828 ZPO und die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken nach § 869 ZPO, § 1 ZVG, § 3 Nr. 1 lit. i RPflG zuständig.

3. Prozessgericht des ersten Rechtszuges

Die Vollstreckung von Handlungs- und Unterlassungstiteln nach den §§ 887, 888, 889, 890 ZPO erfolgen durch das Prozessgericht des ersten Rechtszuges.

4. Grundbuchamt

Auch das Grundbuchamt kann innerhalb der Zwangsvollstreckung tätig werden und zwar zur Eintragung der Vormerkung bzw. des Widerspruchs nach § 895 ZPO oder zur Eintragung einer Sicherungshypothek nach § 867 ZPO.

VI. Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung⁵⁷

Eine für das erste Examen besonders wichtige Thematik des Zwangsvollstreckungsrechtes sind die Rechtsbehelfe.⁵⁸ Auch hier sollen nur die wichtigsten Grundzüge und Problemfelder der Rechtsbehelfe dargestellt werden. Es empfiehlt sich, die Thematik für das Examen mit der entsprechenden Literatur zu vertiefen.⁵⁹

1. Allgemeines zu den Rechtsbehelfen

Bei der Prüfung aller Rechtsbehelfe im Zwangsvollstreckungsrecht empfiehlt es sich, in der Zulässigkeit grundsätzlich die Statthaftigkeit, die Zuständigkeit und das Rechtsschutzbedürfnis zumindest kurz darzustellen.⁶⁰ Die Statthaftigkeit dient der Abgrenzung der Rechtsbehelfe im Zwangsvollstreckungsrecht. Bei der Zuständigkeit ist zu beachten, dass die Gerichtsstände im 8. Buch der Zivilprozessordnung nach § 802 ZPO ausschließliche sind. Das Rechtsschutzbedürfnis besteht in der Regel, wenn die Zwangsvollstreckung begonnen hat und noch nicht beendet ist. Die Rechtsbehelfe gelten gem. § 795 ZPO nicht nur für Urteile, sondern für alle Arten von Vollstreckungstiteln. Aus anwaltlicher Sicht ist auch immer an die Anträge auf einstweilige Anordnung zu denken (§§ 732 Abs. 2, 766 Abs. 1 S. 2, 769, 771 Abs. 3, 805 Abs. 4 ZPO).

2. Vollstreckungsabwehrklage⁶¹

Die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO richtet sich gegen materiell-rechtliche Einwendungen gegen den titulierten Anspruch. Der Prüfungsschwerpunkt derartiger Klausuren dürfte daher meist im Schuldrecht und somit im materiellen Recht liegen. Die Vollstreckungsabwehrklage stellt eine prozessuale Gestaltungsklage dar, die darauf gerichtet ist, die Vollstreckung aus dem Titel ganz oder teilweise für unzulässig zu erklären.⁶² Sie stellt damit keine Durchbrechung der Rechtskraft des Titels dar.⁶³ Die Vollstreckungsgegenklage ist nicht gegen eine konkrete Vollstreckungsmaßnahme gerichtet.⁶⁴ Als zentrales Problem des § 767 ZPO erweist sich dabei die Präklusionswirkung des § 767 Abs. 2 ZPO. Sie gilt aber unmittelbar nur für Vollstreckungsabwehrklagen gegen Urteile.⁶⁵ Teilweise findet die Vorschrift auf andere Vollstreckungstitel Anwendung (§§ 795, 796 Abs. 2 ZPO). Aber die Erstreckung ist teilweise auch ausdrücklich ausgeschlossen, wie dies bei der notariellen Urkunde nach §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797 Abs. 4 ZPO der Fall ist. Eine ungeschriebene Ausnahme besteht beim Prozessvergleich, auf welchen die Präklusionsvorschrift ebenfalls nicht anwendbar ist.⁶⁶ Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des § 767 Abs. 2 ZPO. Dieser dient dem Schutz der Rechtskraft. Allerdings ist ein Prozessvergleich der Rechtskraft nicht fähig.⁶⁷

Umstritten ist Präklusion bei Gestaltungsrechten.⁶⁸ Dabei ist der BGH der Auffassung, dass es auf die Entstehung der

⁵⁴ Gruber (Fn. 35), § 887 Rn. 2.

⁵⁵ Gruber (Fn. 35), § 894 Rn. 1.

⁵⁶ Zur Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher Schreiber, Jura 2006, 742 ff.

⁵⁷ Dazu Kindl/Sondhof, Jura 2022, 263 ff., 407 ff.

⁵⁸ Zu den Rechtsbehelfen während des Klausurverfahrens Hoffmann, Jura 1995, 411 ff.; Jäckel, JuS 2005, 610 ff.

⁵⁹ Für Baden-Württemberg sind nach § 8 Abs. 2 Nr. 6 JAPrO nur die Vollstreckungsgegenklage und die Drittwiderspruchsklage Prüfungstoff.

⁶⁰ Vgl. Übungsklausur Köpf/Lappe, JuS 2018, 877 ff.; zudem Koch, JA 2011, 749 ff.

⁶¹ Dazu ausführlich Zott/Singbartl, JA 2017, 262 ff.

⁶² Piekenbrock/Kienle (Fn. 7), Rn. 485.

⁶³ Kindl/Sondhof, Jura 2022, 407 (410).

⁶⁴ Kindl/Sondhof, Jura 2022, 407 (410).

⁶⁵ Zott/Singbartl, JA 2017, 262 (264).

⁶⁶ Zott/Singbartl, JA 2017, 262 (264).

⁶⁷ BGHZ 86, 184 (186) = NJW 1983, 996 (997); Habersack, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 779 Rn. 82; Herget (Fn. 35), § 767 Rn. 20.

⁶⁸ Ausführlich dazu Rimmelspacher, JuS 2004, 560 (563 ff.); Makowsky, JuS 2014, 901 (904).

Gestaltungslage ankommt.⁶⁹ Der BGH stützt seine Auffassung auf den Schutz der materiellen Rechtskraft und des Rechtsfriedens. Bei vertraglich vereinbarten Gestaltungsrechten stellt im Übrigen auch der BGH auf den Zeitpunkt der Ausübung der Gestaltungserklärung ab.⁷⁰ Die Literatur folgt dieser Ansicht überwiegend nicht, sondern stellt auf den Zeitpunkt der Gestaltungserklärung ab.⁷¹ Denn der Anspruch wird erst durch die Ausübung des Gestaltungsrechts vernichtet oder beschränkt.⁷² Deswegen ist es auch überzeugend, mit der herrschenden Auffassung in der Literatur auf den Zeitpunkt der Gestaltungserklärung abzustellen. Dies dürfte im Falle der Ausübung eines Verbraucherwiderrufsrechts nach den §§ 355, 357, 312g BGB bzw. §§ 495, 485, 510 Abs. 2 BGB aus unionsrechtlichen Gründen sogar zwingend sein.⁷³ Denn der europarechtliche Effektivitätsgrundsatz darf auch nicht durch das Prozessrecht untergraben werden.⁷⁴ Der BGH blieb in einer den Verbraucherwiderruf nach §§ 495 Abs. 1, 355 Abs. 1 und Abs. 2 BGB in der bis zum 10.6.2010 gültigen Fassung betreffenden Entscheidung bei seiner Auffassung, dass der Zeitpunkt des Entstehens des Gestaltungsrechts maßgeblich sei.⁷⁵ Dabei ist zu berücksichtigen, dass in dem vom BGH zu entscheidenden Fall der Darlehensvertrag am 22.1.2003 geschlossen wurde und zur damaligen Zeit keine unionsrechtlichen Vorgaben vorhanden waren.⁷⁶ Der *XI. Zivilsenat* führte gleichwohl in einem obiter dictum weiter aus, dass auch die EU-Richtlinie eine Präklusionswirkung von Widerrufsrechten nicht vorsehe, weshalb auch nach der jetzigen Rechtslage deutsches Recht Anwendung findet.⁷⁷ Ob diese Ausföhrung dahingehend zu verstehen ist, dass der *XI. Zivilsenat* auch unter der jetzigen Rechtslage ein unionales Widerrufsrecht nach § 797 Abs. 2 ZPO als präkludiert ansehen möchte, bleibt unklar. Jedenfalls wäre dies nur möglich, wenn der BGH die Frage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV dem EuGH vorlegt.

Dabei darf § 767 Abs. 2 ZPO nicht mit Abs. 3 verwechselt werden. § 767 Abs. 3 ZPO betrifft nämlich den Fall der wiederholten Vollstreckungsabwehrklage gegen denselben Titel und hat zum Zweck, dass der Schuldner alle Einwendungen gebündelt geltend macht.

⁶⁹ Vgl. dazu nur BGH NJW-RR 2010, 1598 m.w.N.

⁷⁰ BGH NJW 1985, 2481 (2482); *Jauernig/Berger/Kern* (Fn. 3), § 12 Rn. 12 bezeichnen die Differenzierung zurecht als „dogmatisch fragwürdig“.

⁷¹ *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 15. Aufl. 2020, § 8 Rn. 1315; *Lüke*, Zivilprozessrecht II, 11. Aufl. 2021, § 21 Rn. 15.

⁷² *Brox/Walker* (Fn. 35), § 44 Rn. 75 f.

⁷³ So auch *Bruckert/Gläser/Schwab*, StudZR-Ausbildung 2021, 119 (152).

⁷⁴ Dazu EuGH EuZW 2013, 918; EuGH EWiR 2015, 65 m. Anm. *Fervers*.

⁷⁵ BGH NJW 2020, 2876 m. Anm. *Buck-Heeb* = JZ 2020, 46 m. Anm. *Piekenbrock*.

⁷⁶ BGH NJW 2020, 2876, 2877 Rn. 19; *Piekenbrock*, JZ 2020, 848 (851) weist dabei zurecht darauf hin, dass eine Vorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV an den EuGH unter diesen Voraussetzungen sogar unzulässig gewesen wäre.

⁷⁷ BGH NJW 2020, 2876 (2877 Rn. 19).

In der Praxis wird neben der Vollstreckungsabwehrklage häufig in objektiver Klagehäufig nach § 260 ZPO eine Klage auf Titelherausgabe analog § 371 BGB erhoben.⁷⁸

3. Titelgegenklage analog § 767 ZPO⁷⁹

Beispiel 4: Gegen Schuldner S soll aus einem Titel vollstreckt werden, der zum Inhalt hat, dass dieser das KFZ mit dem Kennzeichen HD-M 111 herauszugeben hat.

Kurz hingewiesen werden soll auch auf die Titelgegenklage analog § 767 ZPO, mit der nach der Rechtsprechung des BGH Einwendungen gegen den titulierten Anspruch selbst vorgebracht werden können sollen.⁸⁰ Gegenstand der Titelgegenklage ist somit der Titel selbst, der nach Form oder Inhalt zur Vollstreckung ungeeignet ist.⁸¹ Die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO richtet sich im Gegensatz dazu jedoch gegen den materiell-rechtlichen Anspruch und gerade nicht gegen den Titel als solchen.

Lösungshinweise zu Beispiel 4: Hiergegen ist die Titelgegenklage statthaft, weil der Titel zu unbestimmt ist. Es wäre in dem Titel die Fahrzeugidentifikationsnummer zwingend mit aufzunehmen, damit durch den Gerichtsvollzieher zweifelsfrei festgestellt werden kann, welches Fahrzeug herauszugeben ist. Das Kennzeichen ist dafür allein nicht ausreichend.

Exkurs: Eine vertraglicher Haftungsbeschränkung ist ebenfalls analog § 767 ZPO geltend zu machen, wobei § 767 Abs. 2 ZPO keine Anwendung findet.⁸²

4. Vollstreckungserinnerung, § 766 ZPO⁸³

Die Vollstreckungserinnerung richtet sich gegen die Verletzung formellen Verfahrensrechts durch das Vollstreckungsorgan.⁸⁴ Mit ihr können somit formelle Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung geltend gemacht werden. Sie ist darauf gerichtet, einzelne Zwangsvollstreckungsmaßnahmen für unzulässig zu erklären.⁸⁵ In der Zulässigkeit ist neben der Zuständigkeit, der Statthaftigkeit und dem Rechtsschutzbedürfnis auch die Erinnerungsbefugnis zu prüfen. Der Erinnerungsföhrer muss dabei geltend machen, dass die Vollstreckungsmaßnahme Vorschriften verletzt hat, die zumindest auch seinem Schutz zu dienen bestimmt sind, wodurch er

⁷⁸ *Kliebisch*, JuS 2013, 316 (317); zur Klage auf Titelherausgabe *Wendt*, JuS 2013, 33 ff.

⁷⁹ *Socha*, JuS 2008, 794 ff.; zur verlängerten Titelgegenklage *Ullenboom*, JuS 2021, 35 ff.

⁸⁰ BGH NJW 1994, 460 (462).

⁸¹ *Jauernig/Berger/Kern* (Fn. 3), § 12 Rn. 21.

⁸² *Becker*, JuS 2011, 37 (38).

⁸³ Dazu *Becker*, JuS 2011, 37 ff.

⁸⁴ BGHZ 57, 108 (110) = NJW 1971, 2226; *Becker*, JuS 2011, 37 (37).

⁸⁵ *Piekenbrock/Kienle* (Fn. 7), Rn. 476.

möglicherweise in seinen Rechten verletzt wurde.⁸⁶ Materiell-rechtliche Einwände können dagegen mit der Vollstreckungserinnerung nicht geltend gemacht werden. In der Begründetheit ist zu prüfen, ob die Zwangsvollstreckung hätte stattfinden dürfen (insbesondere Titel, Klausel, Zustellung) und ob die Zwangsvollstreckung ordnungsgemäß durchgeführt wurde (zur rechten Zeit, am rechten Ort, richtiger Umfang, richtige Art und Weise).⁸⁷

5. Drittwiderspruchsklage, § 771 ZPO⁸⁸

Da die fehlende Zugehörigkeit des Vollstreckungsgegenstandes zum Vermögen grundsätzlich kein Vollstreckungshindernis darstellt,⁸⁹ stellt die Drittwiderspruchsklage das hierzu notwendige Korrektiv dar. Die Drittwiderspruchsklage ist als prozessuale Gestaltungs- und Verurteilungsklage darauf gerichtet, die Unzulässigkeit der Vollstreckung in einen bestimmten Gegenstand herbeizuführen.⁹⁰

In der Statthaftigkeit kann sich das Problem der Abgrenzung der Drittwiderspruchsklage von der Klage auf vorzugsweise Befriedigung nach § 805 ZPO stellen. Die Abgrenzungsschwierigkeit stellt sich sowohl beim Vorbehalts- als auch beim Sicherungseigentum. Ein Teil der Lehre hält in Bezug auf den Vorbehaltsverkäufer die Klage nach § 805 ZPO für statthaft, weil dadurch ein ausreichender Schutz gewährleistet sei.⁹¹ Die herrschende Meinung sieht den Schutz nach § 805 ZPO aber nicht als ausreichend an und hält deswegen – zutreffender Weise – die Drittwiderspruchsklage für den Vorbehaltsverkäufer bei einer Vollstreckung durch den Gläubiger des Vorbehaltskäufer für statthaft.⁹² Beim Sicherungseigentum hält eine Auffassung wiederum die Klage aus § 805 ZPO für statthaft.⁹³ Mit der Rechtsprechung ist auch hier allerdings die Klage nach § 771 ZPO statthaft, da die Sicherungsübereignung materiell-rechtlich anerkannt ist und auch vollstreckungsrechtlich zum Vermögen des Sicherungseigentümers gehört.⁹⁴ Nach der vollständigen Durchführung der Vollstreckung ist die Drittwiderspruchsklage nicht mehr statthaft. Die materiell-rechtlichen Ansprüche⁹⁵ sind außerhalb

des Vollstreckungsverfahrens mit der sog. verlängerten Drittwiderspruchsklage geltend zu machen.⁹⁶

In der Begründetheit liegt der Schwerpunkt bei der Prüfung der Drittwiderspruchsklage häufig darin, ob ein „die Veräußerung hindernde[s] Recht“ besteht. Da selbst das Eigentum gutgläubig wegerworben werden kann, ist die gesetzliche Formulierung dahingehend zu verstehen, dass ein widerrechtlicher Eingriff in den Rechtskreis eines Dritten vorliegt.⁹⁷ Hier schließt sich in der Klausur häufig eine Prüfung der materiellen Eigentumslage nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs an.

6. Weitere Klagen im Zwangsvollstreckungsrecht

Für den Gläubiger mit einem Pfand- oder Vorzugsrecht besseren Ranges steht die Klage nach § 805 ZPO zur Verfügung. Diese ist insbesondere auch für den Vermieter statthaft, welcher ein Vermieterpfandrecht nach § 562b BGB an einer Sache erworben hat, weil für besitzlose Pfandrechte die Drittwiderspruchsklage nicht statthaft ist.

Daneben ist die Einziehungsklage (auch Drittschuldnerklage genannt) anerkannt.⁹⁸ Bei ihr handelt es sich aber um eine „normale“ Leistungsklage, die einige Besonderheiten aufweist.⁹⁹ Mit der Einziehungsklage soll die Leistung auf einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss durch den Drittschuldner erwirkt werden. Es handelt sich damit um keinen Rechtsbehelf der Zwangsvollstreckung im engeren Sinne.

VIII. Zusammenfassung

Die zentrale Fragestellung im Zwangsvollstreckungsrecht ist die Frage, weshalb in welche Vermögensmasse vollstreckt werden soll. Denn nach dieser Unterscheidung bestimmen sich die anwendbaren Vorschriften. Für das erste Examen von besonderer Bedeutung sind die Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung (und dort wiederum für Baden-Württemberg die Vollstreckungsgegenklage und die Drittwiderspruchsklage), welche spätestens für das Examen bekannt sein sollten. Mit dem notwendigen Systemverständnis lassen sich zwangsvollstreckungsrechtliche Klausuren aber gut lösen.

⁸⁶ Kindl/Sondhof, Jura 2022, 263 (266); Preuß, Jura 2003, 181 (184).

⁸⁷ Becker, JuS 2011, 37 (39).

⁸⁸ Petersen, Jura 2018, 990 ff.; Leyendecker, JA 2010, 725 (725 ff., 879 ff.).

⁸⁹ Kindl/Sondhof, Jura 2022, 263 (269).

⁹⁰ Preuß, in: Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO, Stand: 1.12.2021, § 771 Rn. 1; K. Schmidt/Brinkmann, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, § 771 Rn. 3.

⁹¹ Raiser, Dingliche Anwartschaften, 1961, S. 91 f.; Schwerdtner, Jura 1980, 661 (668).

⁹² Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 28. Aufl. 2021, Rn. 510; Brox/Walker (Fn. 35), § 45 Rn. 24; Piekenbrock/Kienle (Fn. 7), Rn. 517.

⁹³ K. Schmidt/Brinkmann (Fn. 90), § 771 Rn. 30.

⁹⁴ RGZ 57, 175 (177 f.); BGHZ 100, 95 (105); Jauernig/Berger/Kern (Fn. 3), § 13 Rn. 18.

⁹⁵ Zu den Ansprüchen des Dritten nach Zwangsvollstreckung in schuldnerfremde Sachen Büchler, JuS 2011, 691 ff., 779 ff.

⁹⁶ Jauernig/Berger/Kern (Fn. 3), § 13 Rn. 8.

⁹⁷ BGHZ 55, 20 (26).

⁹⁸ Hein, JuS 2015, 35 ff.

⁹⁹ Zu den Besonderheiten Hein, JuS 2015, 35 (36).

Wiederkehrende Klausurprobleme aus dem Kommunalrecht

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

*Das Kommunalrecht zählt zu dem klassischen Pflichtfachstoff in den juristischen Staatsprüfungen. Oftmals hatten die Kandidatinnen und Kandidaten (speziell in der ersten juristischen Staatsprüfung) zuvor nur wenige Berührungspunkte mit der Materie, so dass dieses Rechtsgebiet zunächst eher „abstrakt“ wirkt. Das Kommunalrecht zeichnet sich in der Prüfung jedoch durch eine überschaubare Anzahl regelmäßig wiederkehrender Problemfelder aus, so dass eine fokussierte Beschäftigung mit diesen Problemkreisen die nötigen Kenntnisse vermitteln kann, um Sachverhalte in der Klausur in den korrekten Kontext der Prüfung einordnen zu können. Der vorliegende Beitrag greift solche regelmäßig geprüften Themen auf und erläutert, wo die typischen Probleme liegen, wo sie in der Klausur zu verorten sind und wie sie sachgerecht gelöst werden können. Wo landesspezifische Normen einschlägig sind, konzentriert sich der Beitrag auf die Regelungen in Nordrhein-Westfalen, wobei sich aber entsprechende Normen größtenteils auch in den anderen Bundesländern finden. Der größere Bereich der kommunalen Satzungen wird dabei bewusst ausgespart, da dieser in Kürze einen eigenen Beitrag in dieser Zeitschrift erhalten wird.**

I. Der Kommunalverfassungsstreit

Während Streitigkeiten zwischen Bürgern und der Gemeinde (z.B. hinsichtlich des Anspruchs auf Nutzung einer kommunalen Stadthalle) regelmäßig über die bekannten Klagearten der VwGO abgebildet werden, so sollte bei Klausursachverhalten, in denen lediglich Teile der Gemeinde untereinander streiten, der Kommunalverfassungsstreit (je nach Konstellation als allgemeine Leistungsklage gestützt auf § 43 Abs. 2 VwGO oder als Feststellungsklage gestützt auf § 43 VwGO) geprüft werden. Wenn die dem Sachverhalt zugrundeliegende Differenz allein zwischen Organen, Organvertretern oder Organteilen einer Gemeinde besteht bzw. gerichtlich ausgetragen wird, und ausschließlich Innenrechtspositionen im Streit stehen, wirkt sich dies bereits auf die Zulässigkeitsprüfung der Klage aus.

Ein Kommunalverfassungsstreit kann einerseits zwischen verschiedenen Organen der Gemeinde entstehen (z.B. zwischen dem Bürgermeister in seiner Eigenschaft als Hauptverwaltungsbeamter und dem Rat); dann liegt ein sog. Interorganstreit vor. Zum anderen kann ein Kommunalverfassungsstreit auch innerhalb eines Kollegialorgans im Verhältnis zwischen einzelnen Organteilen oder eines Organteils gegenüber dem Gesamtorgan vorliegen (z.B. zwischen dem Bürgermeister als Vorsitzenden des Rates und einem einzelnen Ratsmitglied oder zwischen Ratsmitgliedern untereinander); man spricht dann von einem sog. Intraorganstreit.¹

* Der Autor ist Städtischer Verwaltungsdirektor bei der Stadt Dortmund.

¹ Frenzen, in: Dietlein/Heusch (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 1.6.2022, GO NRW § 40 Rn. 23.

1. Statthafte Klageart: Klageart sui generis?

Auf der Ebene der Prüfung der statthaften Klageart sollte in einem solchen Fall zunächst kurz dargestellt werden, dass die Frage, wie der Kommunalverfassungsstreit rechtlich einzuordnen ist, lange Zeit umstritten war. Insbesondere wurde vertreten, dass es sich bei dem Kommunalverfassungsstreit um eine Klage eigener Art („sui generis“) handle. Dies wurde damit begründet, dass die in der VwGO vorgesehenen Klagearten sämtlich auf Außenrechtsstreitigkeiten ausgelegt seien und eine reine Innenrechtsstreitigkeit daher nicht abbilden würden.² Nach inzwischen ganz herrschender Ansicht lässt sich der Kommunalverfassungsstreit jedoch in das System der Klagearten der VwGO einordnen; einer Klageart sui generis bedarf es daher nicht.³

Zu beachten ist jedoch, dass die Entscheidungen kommunaler Organe im Innenrechtsverhältnis regelmäßig keine Verwaltungsakte i.S.d. § 35 VwVfG darstellen, da es an der Außenwirkung fehlt.⁴ Zudem ist in der Ausübung organ-schaftlicher Kompetenzen auch funktional nicht das Handeln einer Behörde zu erblicken.⁵ Vor diesem Hintergrund scheiden die Anfechtungsklage, die Verpflichtungsklage und die Fortsetzungsfeststellungsklage als statthafte Klagearten für den Kommunalverfassungsstreit aus. Es verbleiben damit typischerweise die allgemeine Leistungsklage und die Feststellungsklage als statthafte Klagearten.⁶ Die Leistungsklage ist im Rahmen des Kommunalverfassungsstreits dann einschlägig, wenn ein Organ(teil) zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen verpflichtet werden soll, welches nicht im Erlass eines Verwaltungsaktes besteht, sondern eine faktische Organhandlung darstellt.⁷ Da der Begriff des Rechtsverhältnisses in § 43 Abs. 1 VwGO nicht auf Außenrechtsverhältnisse beschränkt ist, kann auch die Feststellungsklage die statthafte Klageart sein, wenn die Beteiligten über den Bestand oder die Reichweite organschaftlicher Rechte und Pflichten streiten.⁸

² OVG NRW OVGE 17, 261 (263); OVG NRW OVGE 27, 258 (260).

³ Ogorek, JuS 2009, 511 (512 f.); Gern/Brüning, Deutsches Kommunalrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 704; Ehlers, NVwZ 1990, 105 (106).

⁴ v. Alemann/Scheffczyk, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, Stand: 1.4.2022, § 35 Rn. 244; Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 22. Aufl. 2021, § 35 Rn. 144.

⁵ Ogorek, JuS 2009, 511 (513); Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 705; Schoch, JuS 1987, 783 (788).

⁶ Otto, ZJS 2015, 381 (382 f.).

⁷ Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 706.

⁸ W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 27. Aufl. 2021, § 43 Rn. 10; Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 707.

2. Klagebefugnis: Die wehrfähige Innenrechtsposition

Bei der Prüfung eines Kommunalverfassungsstreits sollte bei dem Prüfungspunkt der Klagebefugnis besonderes Augenmerk auf die Frage gelegt werden, auf die Verletzung welcher subjektiv-öffentlichen Rechte sich die Klägerseite im Rahmen der Möglichkeitstheorie (§ 42 Abs. 2 VwGO analog) berufen kann. Zentral ist dabei zu beachten, dass das klagende Organ bzw. der klagende Organteil geltend machen muss, durch ein Handeln oder durch ein Unterlassen der Gegenseite in einem durch Gesetz oder Geschäftsordnung eingeräumten organschaftlichen Recht verletzt zu sein.⁹ Soweit die Gemeindeorgane oder -organteile in der Ausübung abgeleiteter Staatsgewalt handeln, ist darin im Grundsatz kein subjektives Recht zu erblicken, da diese Kompetenzen nicht im Eigeninteresse des Organs bzw. Organteils bestehen, sondern im Interesse der seitens durch sie vertretenen Körperschaft. Diese organschaftlichen Rechtspositionen können nur dann subjektiviert werden, wenn sie dem einzelnen Organ oder Organteil einen eigenen Anteil an der Entscheidungsgewalt übertragen, der auch gegen andere Organe oder Organteile verteidigt bzw. durchgesetzt werden kann.¹⁰ Es kommt dabei entscheidend auf die Frage an, ob dem aus Sicht der Klägerseite beeinträchtigten Recht ein Bedürfnis nach verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz zukommt und somit eine sogenannte „wehrfähige Innenrechtsposition“ vorliegt.¹¹ Häufig ist nur durch Auslegung der jeweils maßgeblichen kommunalverfassungsrechtlichen Norm zu ermitteln, ob und wenn ja welchem Organ oder Organteil ein wehrfähiges Innenrecht zu ihrer Geltendmachung zukommt.¹² In der Klausurbearbeitung dürften hier die verschiedenen Ausprägungen der Mitgliedschaftsrechte der Ratsmitglieder eine herausgehobene Rolle spielen, die sich aus dem Grundsatz des freien Mandats (§ 43 Abs. 1 GO NRW) ergeben und teilweise in der Geschäftsordnung des Rates näher ausgestaltet werden können (z.B. das Fragerecht nach § 47 Abs. 2 S. 2 GO NRW). Gerade diese Rechte sind regelmäßig Gegenstand des Kommunalverfassungsstreits.¹³ Es ist insofern genau herauszuarbeiten und darzustellen, auf welche konkrete Rechtsposition sich die Klägerseite bezieht und ob diese ihr ein subjektives Organrecht zur eigenen Wahrnehmung vermittelt.¹⁴

Nach wohl herrschender Auffassung kann sich ein Organ(teil) in diesem Zusammenhang im Grundsatz nicht auf Grundrechte berufen, da es als Funktionsträger nicht Grundrechte, sondern öffentlich-rechtliche Organbefugnisse wahrnimmt.¹⁵ Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn sich ein

Gemeinderatsmitglied z.B. durch eine Ordnungsmaßnahme in seinem Recht auf Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG) beschränkt fühlt und die zugrundeliegende Aussage nur bei Gelegenheit der organschaftlichen Tätigkeit als privates Statement abgegeben hat.¹⁶

3. Klagegegner: Das Funktionsträgerprinzip

Im Rahmen der Bestimmung des richtigen Klagegegners sollte bei der Prüfung des Kommunalverfassungsstreits beachtet werden, dass das allgemeine Rechtsträgerprinzip des § 78 VwGO hier keine Wirkung entfaltet. Dies liegt in dem Umstand begründet, dass Gegenstand des Verfahrens gerade nicht eine Rechtsbeziehung zwischen dem Träger der Verwaltung und dem (außenstehenden) Bürger ist, sondern eine Rechtsbeziehung zwischen verschiedenen Organen bzw. Organteilen, die jeweils mit eigenen Rechten ausgestattet sind. Die Klage ist daher nicht gegen die Gebietskörperschaft (Stadt, Kreis etc.) zu richten, sondern gegen denjenigen Funktionsträger (z.B. den Gemeinderat), demgegenüber die in Streit stehende Innenrechtspositionen bestehen bzw. durchgesetzt werden soll. Man spricht insofern vom sogenannten „Funktionsträgerprinzip“.¹⁷

II. Zugang zu öffentlichen Einrichtungen

Der Zugang zu bzw. die Benutzung von öffentlichen Einrichtung stellt eine klassische Problematik in der kommunalrechtlichen Fallbearbeitung dar.¹⁸ Sie wird typischerweise nicht im Rahmen eines Kommunalverfassungsstreits thematisiert, sondern in der Konstellation, dass ein außenstehender Bürger bzw. eine außenstehende Organisation Zugang begehrt. Klassischerweise treten dabei Parteien als Antragstellende auf, da diese aufgrund ihrer Stellung gem. Art. 21 Abs. 1 GG besondere Problemfelder in der Prüfung (Gleichbehandlungsgrundsatz und das Problem der vermeintlich verfassungsfeindlichen Partei, vgl. II. 6. c) eröffnen. Da die Materie den Prüflingen bekannt sein dürfte, können Ungenauigkeiten in der Prüfungssituation hier deutliche Punktabzüge nach sich ziehen. Es bietet sich an, die folgenden Punkte zumindest gedanklich zu prüfen, um möglichst keine entscheidende Problematik zu übersehen.

1. Handelt es sich um eine öffentliche Einrichtung?

Eine öffentliche Einrichtung nach § 8 Abs. 1 GO NRW¹⁹ ist dann gegeben, wenn die Gemeinde mit der Einrichtung eine in ihren Wirkungskreis fallende Aufgabe erfüllt und demge-

⁹ Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 709.

¹⁰ Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 709; Dietlein, in: Dietlein/Heusch (Fn. 1), Rn. 175.

¹¹ R. P. Schenke, in: Kopp/Schenke (Fn. 8), § 42 Rn. 80.

¹² Heusch/Rosarius, NVwZ 2020, 1562 (1564); vgl. im Einzelnen die umfassenden Auflistungen bei Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 711 f. sowie bei Frenzen (Fn. 1), GO NRW § 43 Rn. 9.1.

¹³ Frenzen (Fn. 1), GO NRW § 43 Rn. 9.

¹⁴ Erbguth/Mann/Schubert, Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2020, Rn. 185.

¹⁵ Ausführlich zu diesem Problemkreis: Ogorek, JuS 2009, 511 (515); Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 709; Dietlein/Hellermann,

Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 8. Aufl. 2021, § 2 Rn. 168.

¹⁶ Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Kommentar, Stand: Februar 2022, § 42 Rn. 101.

¹⁷ Otto, ZJS 2015, 381 (383); W.-R. Schenke (Fn. 8), § 78 Rn. 2; Ogorek, JuS 2009, 511 (516); Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 713; Dietlein (Fn. 10), Rn. 176.

¹⁸ Vgl. Rennert, JuS 2008, 211.

¹⁹ Die der GO NRW entsprechenden Gesetze der anderen Bundesländer haben jeweils entsprechende Regelungen, vgl. die Aufzählung bei Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 930.

mäß die Einrichtung den Gemeindeeinwohnern zur Verfügung stellt. Notwendig ist dafür, dass die Kommune personelle und sachliche Mittel zusammenfasst, um die Einrichtung für bestimmte öffentliche Zwecke zu unterhalten. Ob es sich um eine körperliche Einrichtung (z.B. eine Veranstaltungshalle) oder eine virtuelle Einrichtung (z.B. eine Internetdomain²⁰) handelt, ist dabei irrelevant. Dabei ist es auch unerheblich, ob die Kommune damit einer gesetzlichen Verpflichtung nachkommt oder freiwillig handelt.²¹

2. Liegt eine Widmung vor?

Es muss zudem eine ausdrückliche oder konkludente Widmung zur bestimmungsgemäßen Nutzung durch die Einwohner der Kommune oder einen festgelegten Personenkreis vorliegen. Die Widmung drückt (als öffentlich-rechtliche Willenserklärung) den Willen der Gemeinde aus, dass die Einrichtung der Nutzung durch alle Einwohner zu einem bestimmten öffentlichen Zweck offen steht.²² Reine Verwaltungseinrichtungen, die nur für die Nutzung durch die Kommunalverwaltung bestimmt sind (z.B. interne Bibliotheken und Druckereien), dienen nicht der Nutzung durch die Öffentlichkeit und unterfallen daher nicht einer entsprechenden Widmung.²³ Neben der Nutzung werden häufig auch Nutzungsbedingungen formuliert, die im Rahmen des Anspruchs auf Zulassung zu der öffentlichen Einrichtung Relevanz haben können (vgl. II. 6. a). In der Prüfungssituation sollte darauf geachtet werden, dass der Widmungszweck nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent festgelegt werden kann: Wenn z.B. eine öffentliche Einrichtung der Gemeinde in der Vergangenheit regelmäßig für Parteiveranstaltungen genutzt worden ist, so kann sich hieraus mittels einer konkludent herbeigeführten Widmung ergeben, dass auch bislang nicht beachtete Parteien einen grundsätzlichen Anspruch auf Zulassung zu diesem Zweck haben.²⁴

Zu beachten ist in einem solchen Fall auch das Parteienprivileg und der damit verbundene Anspruch auf Gleichbehandlung (§ 5 Abs. 1 S. 1 ParteiG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 S. 1, 21 GG)²⁵: Das Parteienprivileg findet seine Grundlage in Art. 21 Abs. 1 S. 1, 2 GG. Danach bringen die Parteien den Willen des Volkes in staatliche Entscheidungsprozesse ein. Dies kann aber nur dann gelingen, wenn der Staat weder ihre Gründung noch ihre programmatische Ausrichtung beeinflusst. Als Ausprägung dieses Gedankens garantieren Art. 21 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG die Chancengleichheit der politischen Parteien: Der Staat ist danach verpflichtet, die politischen Parteien im Grundsatz gleich zu behandeln und sich insbesondere bei der Vergabe staatlicher Leistungen wie z.B. des Zugangs zu öffentlichen

Einrichtungen neutral zu verhalten.²⁶ In der Entscheidung über die Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung kann sich daher nicht darauf zurückgezogen werden, dass die antragstellende Partei bloß unliebsame politische Standpunkte vertritt.

Ein klausurrelevantes Problem kann auch darin bestehen, dass es sich bei dem Antragsteller um eine politische Organisation handelt, die sich aber noch nicht zu einer Partei verdichtet hat (z.B. die PEGIDA-Bewegung). Fraglich ist dann, ob solche Vereinigungen sich bereits auf das Parteienprivileg berufen können. Dies ist im Grundsatz abzulehnen, da Art. 21 GG nur von Parteien spricht. Aufgrund der Tatsache, dass ein trennscharfer Übergang hin zur politischen Partei in manchen Fällen nicht möglich ist, sollte in Zweifelsfragen der Wortlaut des § 2 Abs. 1 ParteiG herangezogen werden. Der Sachverhalt in der Prüfung wird regelmäßig deutliche Anhaltspunkte für die Frage bieten, ob es sich bei dem zu prüfenden Zusammenschluss (schon) um eine Partei handelt.²⁷

3. Welche Organisationsform wurde gewählt?

Der Kommune steht ein Formenwahlrecht zu, welches sich aus ihrer Organisationshoheit (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG) ableitet. Es sind verschiedenste Formen der Organisation einer öffentlichen Einrichtung denkbar (z.B. GmbH und AG als Privatrechtsformen, Regiebetrieb und Eigenbetrieb als öffentlich-rechtliche Formen).²⁸ Für die grundlegende Definition als öffentliche Einrichtung ist diese Frage nicht entscheidend, jedoch ergeben sich aus dieser rechtlichen Weichenstellung Folgeprobleme im Rahmen des Zulassungsanspruchs (vgl. II. 6. e).

4. Wer ist anspruchsberechtigt?

Im Grundsatz eröffnet § 8 Abs. 2 GO NRW den Anspruch auf Zulassung lediglich für Einwohner der Gemeinde gem. § 21 Abs. 1 GO NRW. Dieser Anspruch wird nach § 8 Abs. 3 GO NRW auf Grundbesitzer und Gewerbetreibende, die nicht in der Gemeinde wohnen, ausgeweitet. Gem. § 8 Abs. 4 GO NRW gilt der Anspruch für juristische Personen und Personenvereinigungen entsprechend. Ein gängiges Problem in kommunalrechtlichen Fallkonstellationen ist dabei der Ortsverein einer politischen Partei: Diese sind regelmäßig als e.V. organisiert und im Gemeindegebiet ansässig, so dass der Anspruch des § 8 Abs. 2 GO NRW auch auf sie anwendbar ist.²⁹

5. Besteht ein Anspruch auf Schaffung einer kommunalen Einrichtung?

Hinsichtlich der Entscheidung, welche öffentlichen Einrichtungen geschaffen werden, ist im Grundsatz zwischen gesetzlichen Pflichtaufgaben (z.B. Errichtung von Schulen gem. § 78 Abs. 4 SchulG NRW) und freiwilligen Aufgaben zu unterscheiden. Bei gesetzlichen Pflichtaufgaben hat die Kommune

²⁰ Milker/Schuster, NVwZ 2021, 377; OVG NRW, Beschl. v. 19.5.2015 – 15 A 86/14 = BeckRS 2015, 46869.

²¹ Peters, in: Dietlein/Heusch (Fn. 1), GO NRW § 8 Rn. 7.

²² Peters (Fn. 21), GO NRW § 8 Rn. 8; Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 921.

²³ Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 923.

²⁴ Dietlein/Hellermann (Fn. 15), § 2 Rn. 251; Peters (Fn. 21), GO NRW § 8 Rn. 38; Köster, KommJur 2007, 244 (245 f.).

²⁵ Köster, KommJur 2007, 244 (246 f.).

²⁶ Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2019, 763 (764).

²⁷ Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2019, 763 (764).

²⁸ Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 924 f.

²⁹ VG Münster, Beschl. v. 23.7.2020 – 1 L 598/20 = BeckRS 2020, 18438.

regelmäßig kein Ermessen hinsichtlich der Errichtung der jeweiligen Einrichtung.³⁰ Bei der freiwilligen Errichtung öffentlicher Einrichtungen hat die Kommune ihr pflichtgemäßes Ermessen auszuüben, welches sich an der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und der Erforderlichkeit der öffentlichen Einrichtung zu orientieren hat.³¹ Dem einzelnen Einwohner vermittelt § 8 GO NRW jedoch grundsätzlich keinen einklagbaren Anspruch auf die Errichtung einer bestimmten öffentlichen Einrichtung.³² Ausnahmsweise kann ein solcher Leistungsanspruch nur dann angenommen werden, wenn er auf eine zum Schutz von Grundrechten unbedingt erforderliche Maßnahme beschränkt ist.³³

6. Besteht ein Anspruch auf die begehrte Zulassung bzw. Nutzung?

Die Frage, ob ein Anspruch auf die begehrte Zulassung/Nutzung besteht, ist regelmäßig der Schwerpunkt einer entsprechenden Prüfung. Hier haben sich einige Fallgruppen herausgebildet, deren grundsätzliche Problemmuster in teilweise abgewandelter Form oft auftauchen. Es ist daher angezeigt, sich mit den Grundproblemen vertraut zu machen, um in der Prüfungssituation auf bekannte Strukturen zurückgreifen zu können.

a) Überschreitung von Widmungszweck bzw. geltendem Recht

Die Frage, ob einem Einwohner ein Anspruch auf Zulassung zu bzw. Nutzung der öffentlichen Einrichtung zusteht, wird regelmäßig durch den Widmungszweck begrenzt. Geht die beabsichtigte Nutzung über den Widmungszweck hinaus, kann ein Zulassungsanspruch im Grundsatz nicht begründet werden.³⁴ Eine weitere Begrenzung erfährt der grundsätzliche Anspruch durch die vorausgesetzte Nutzung „im Rahmen des geltende[n] Rechts“. Dies schließt sowohl eine rechtswidrige Nutzung als auch eine Nutzung aus, die gegen die für die öffentliche Einrichtung geltenden Nutzungsbedingungen verstößt (auch diese Nutzungsbedingungen sind, soweit rechtmäßig zustande gekommen, „geltendes Recht“).³⁵

b) Kapazitätserschöpfung

Eine natürliche Grenze des Zulassungsanspruchs stellt die Kapazität der Einrichtung dar (z.B. können in einer Veranstaltungshalle nicht zwei Veranstaltungen gleichzeitig stattfinden und auf einem städtischen Jahrmarkt gibt es eine begrenzte Anzahl an Stellplätzen). Ist die Kapazität erschöpft, wandelt sich der Zulassungsanspruch des Anspruchsberechtigten in einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung

seitens der Kommune.³⁶ Die Kommune darf grundsätzlich selbst darüber entscheiden, nach welchen Maßstäben sie ihre öffentlichen Einrichtungen belegt: Es ist ihr unbenommen, z.B. auf den rein zeitlichen Eingang des Antrags abzustellen (sogenanntes Prioritätsprinzip)³⁷, auf ein Lossystem zurückzugreifen,³⁸ den Grundsatz „bekannt und bewährt“ anzuwenden oder auf die Attraktivität für die Besucher (z.B. bei einem Volksfest) abzustellen. Insbesondere bei den beiden letzten Kriterien ist zu beachten, dass es eine typische Klausurproblematik darstellt, dass die Kommune ausschließlich eines dieser Kriterien anwendet und damit die Möglichkeit für neue Bewerber (z.B. um einen Stellplatz bei einem städtischen Jahrmarkt) dauerhaft ausschließt. Dies ist jedoch nach ständiger Rechtsprechung nicht zulässig.³⁹ Wenn der Maßstab „bekannt und bewährt“ als einziges Kriterium herangezogen wird, besteht die Gefahr, dass die Auswahlentscheidung zu einem System führt, das Neu- oder Wiederholungsbewerbern, die bislang nicht auf dem Markt vertreten waren, weder im Jahr der Antragstellung noch in einem erkennbaren zeitlichen Turnus eine Zulassungschance einräumt.⁴⁰ Die Attraktivität z.B. eines Fahrgeschäfts auf einem Jahrmarkt ist nur schwer objektiv abzubilden. Zudem kann es durchaus dem Veranstaltungszweck entsprechen, auch ältere oder weniger vielseitige Fahrgeschäfte zuzulassen. Insofern kann dieses Auswahlkriterium als Gesichtspunkt in einer Gesamtwürdigung dienen, als einziges Kriterium ist es aber ungeeignet.⁴¹

c) Antrag einer „verfassungsfeindlichen“ Partei

Ein Standardproblem in Fallgestaltungen wird dadurch eröffnet, dass eine politische Partei Zugang zu der öffentlichen Einrichtung begehrt und die kommunalen Entscheidungsträger die Partei für „verfassungsfeindlich“ und damit „rechtswidrig“ erachten. Für die Frage, ob mit dieser Konstellation der „Rahmen des geltenden Rechts“ durch die Partei überschritten ist, ist auf Art. 21 Abs. 4 GG abzustellen, nach dem (nur) das BVerfG die ausschließliche Entscheidungskompetenz für die Frage der Verfassungswidrigkeit einer Partei innehat. Für Vereine kann entsprechend auf § 3 VereinsG abgestellt werden. Eine entsprechende Entscheidungskompetenz kommt der Gemeinde daher nicht zu. Es verstößt zudem gegen das in § 5 Abs. 1 S. 1 PartG einfachrechtlich sowie in Art. 21 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich fundierte parteirechtliche Gleichbehandlungsgebot, wenn gemeindliche öffentliche Einrichtungen nur den im Stadtrat vertretenen Parteien zur Durchführung von Parteiveranstal-

³⁰ Peters (Fn. 21), GO NRW § 8 Rn. 13; Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 926.

³¹ Peters (Fn. 21), GO NRW § 8 Rn. 11; Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 926; OVG NRW, Urt. v. 26.10.2010 – 15 A 440/08 = BeckRS 2010, 55163.

³² Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 927.

³³ OVG NRW, Beschl. v. 14.12.2017 – 15 E 831/17 = BeckRS 2017, 141873.

³⁴ Peters (Fn. 21), GO NRW § 8 Rn. 25.

³⁵ Peters (Fn. 21), GO NRW § 8 Rn. 26 ff.

³⁶ Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 938.

³⁷ VGH Mannheim, Beschl. v. 16.10.2014 – 1 S 1855/14 = BeckRS 2014, 57510.

³⁸ OVG Lüneburg, Urt. v. 16.6.2005 – 7 LC 201/03 = BeckRS 2005, 28367; OVG NRW, Beschl. v. 15.5.2017 – 4 A 1504/15 = BeckRS 2017, 110992.

³⁹ BVerwG, Beschl. v. 24.6.2011 – 8 B 31/11 = BeckRS 2011, 52577.

⁴⁰ OVG Lüneburg NJW 2003, 531 (532).

⁴¹ BVerwG NVwZ-RR 2006, 786.

tungen überlassen werden.⁴² Auch das Argument, dass der gute Ruf der Gemeinde durch Veranstaltungen von „verfassungsfeindlichen“ Parteien beschädigt werden könnte, vermag eine Verweigerung der Zulassung nicht zu rechtfertigen.⁴³ Um eine ablehnende Entscheidung auf derartige Erwägungen stützen zu können, müsste das BVerfG zuvor ein Parteiverbot nach Art. 21 Abs. 2 und Abs. 4 GG ausgesprochen haben, welchem die Prüfung der Verfassungswidrigkeit der Partei vorausgegangen ist. Ein solches Verbot stellt „die schärfste und überdies zweischneidige Waffe des demokratischen Rechtsstaats gegen seine organisierten Feinde dar“.⁴⁴ Es muss festgestellt worden sein, dass der jeweiligen Partei eine verfassungswidrige Zielsetzung zuzurechnen ist, die z.B. in der Beeinträchtigung oder Beseitigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder in der Gefährdung des Bestandes der Bundesrepublik Deutschland liegen kann.⁴⁵ Die besondere Bedeutung der Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei wird auch in dem Umstand deutlich, dass das BVerfG die Entscheidung nur mit einer 2/3-Mehrheit der Mitglieder des *Senats* treffen kann (§§ 15 Abs. 4, 13 Nr. 2 BVerfGG).

d) Befürchtete Proteste/Gegendemonstrationen

In den verschiedenen Prüfungskonstellationen taucht regelmäßig der Fall auf, dass die betroffene Gemeinde die Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung verweigern möchte, weil sie Proteste oder Gegendemonstrationen befürchtet. Diese Variante liegt typischerweise dann vor, wenn eine rechtspopulistische Partei oder Organisation z.B. eine kommunale Veranstaltungshalle für eine Informationsveranstaltung oder eine Parteiveranstaltung nutzen möchte. Bei solchen Fallgestaltungen ist zu beachten, dass eventuelle Ausschreitungen bei befürchteten oder angemeldeten Gegendemonstrationen per se nicht die Versagung der Zulassung rechtfertigen. Dies würde ansonsten die Ausübung der (politischen) Meinungsäußerung im Rahmen einer solchen Veranstaltung in unzulässiger Weise von dem Verhalten der Gegendemonstranten abhängig machen. Grundsätzlich ist es Aufgabe der Polizei- und Ordnungsbehörden, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass es anlässlich derartiger Veranstaltungen nicht zu Übergriffen durch Dritte kommt. Die Versagung der Zulassung zur öffentlichen Einrichtung kann nur dann zulässig sein, wenn es keine anderen Möglichkeiten zur Beseitigung der bevorstehenden Gefahr gibt; insbesondere dann, wenn trotz eines eventuellen Verbots der Gegenveranstaltung Ausschreitungen mit hinreichender Sicherheit zu erwarten und nicht mehr polizeirechtlich kontrollierbar sind.⁴⁶ In der Prüfung sollten daher alle im Sachverhalt aufgeworfenen Argumente herangezogen und gewertet werden. Allzu pauschale Aussagen der Kommune hinsichtlich der Furcht vor Protesten

⁴² Heusch/Dickten, NVwZ 2019, 359 (363).

⁴³ Köster, KommJur 2007, 244 (247).

⁴⁴ BVerfG NJW 2017, 611 (613).

⁴⁵ Kluth, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, Stand: 15.5.2022, Art. 21 Rn. 206.

⁴⁶ Vgl. zu diesem Problem insgesamt Köster, KommJur 2007, 244 (247).

dürften jedoch nicht dazu führen, dass die Zulassung zur öffentlichen Einrichtung versagt werden kann.

In diesem Zusammenhang kann auch die Frage aufkommen, ob der veranstaltenden Partei mittels der ordnungsrechtlichen Figur des Zweckveranlassers die Unterlassung der Veranstaltung aufgegeben werden kann. Diese Figur kann jedoch aufgrund des o.g. Parteienprivilegs nicht auf politische Parteien angewendet werden.⁴⁷

e) Führung der Einrichtung in privatrechtlicher Form

Ein spezieller Sonderfall liegt vor, wenn die öffentliche Einrichtung in einer privatisierten Form geführt wird (vgl. II. 3.). Ein Anspruch gegen die Kommune selbst geht dabei ins Leere, weil sie nicht selbst in der Lage ist, den begehrten Zugang unmittelbar zu genehmigen.⁴⁸ Der Anspruch wandelt sich dann in einen sogenannten „Verschaffungsanspruch“ oder „Einwirkungsanspruch“ gegenüber der Kommune, der darauf gerichtet ist, dass diese ihre organschaftlichen Rechte gegenüber dem verselbständigten Träger der öffentlichen Einrichtung ausübt und so auf die Zulassung zu der Einrichtung hinwirkt.⁴⁹ Da der Anspruch auf die rein faktische Einwirkung der Gemeinde auf die Gesellschaft und nicht auf den Erlass eines Verwaltungsakts gerichtet ist, ist die korrekte Klageart hier die allgemeine Leistungsklage.⁵⁰

III. Rechtliche Probleme hinsichtlich der Ratssitzungen

Abläufe in den Ratssitzungen und die sich daraus ergebenden rechtlichen Probleme sind ebenfalls eine Standardproblematik in kommunalrechtlichen Prüfungsfällen. Im Rahmen der Bearbeitung dieser Thematik sollte immer bedacht werden, dass die Mitglieder des Rates als gewählte Vertreter des Volkes auf kommunaler Ebene eine herausgehobene Stellung innehaben. Der in § 41 Abs. 1 GO NRW niedergelegte Grundsatz des freien Mandats lehnt sich insofern an die Regelungen für Bundes- bzw. Landtagsabgeordnete (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 30 Abs. 2 Landesverfassung NRW) an.⁵¹ Beschränkende Maßnahmen gegenüber den Ratsmitgliedern müssen sich daher an dieser Stellung messen lassen.

1. Ordnung in den Sitzungen und Ausübung des Hausrechts

Die zentrale Norm hinsichtlich der Ordnungsgewalt und der Ausübung des Hausrechts innerhalb von Ratssitzungen stellt § 51 Abs. 1 GO NRW dar, welcher die Ausübung dieser Rechte dem Bürgermeister überträgt.

a) Die Ordnung in den Sitzungen

Der Begriff der „Ordnung“ ist in diesem Zusammenhang nicht mit dem aus dem Polizei- und Ordnungsrecht bekannten Begriff der „öffentlichen Ordnung“ zu verwechseln, sondern

⁴⁷ VGH Kassel NJW 1993, 2331 (2332); Hoffmann-Riem, NVwZ 2002, 257 (263 f.).

⁴⁸ Peters (Fn. 21), GO NRW § 8 Rn. 35 ff.

⁴⁹ Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 934; Dietlein/Hellermann (Fn. 15), § 2 Rn. 277.

⁵⁰ Erbguth/Mann/Schubert (Fn. 14), Rn. 265.

⁵¹ Frenzen (Fn. 1), GO NRW § 43 Rn. 5.

umfasst (nur) die Vorschriften der GO NRW, der kommunalen Satzungen, der kommunalen Geschäftsordnungen und den Gesamtbestand der innerorganisatorischen Verhaltensregelungen, die einen ungestörten und reibungslosen Geschäftsablauf der Ratssitzungen sicherstellen sollen.⁵² Die Ordnungsgewalt des Bürgermeisters in den Sitzungen erstreckt sich daher zentral auf die Ratsmitglieder bzw. deren Verhaltensweisen. Ein zentrales Element der Ordnung in den Sitzungen ist dabei das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme, welches dazu dient, die Mitwirkungsinteressen der Ratsmitglieder untereinander auszugleichen.⁵³ Um dieses Gebot für das einzelne Ratsmitglied faktisch auch fruchtbar zu machen, korrespondiert damit ein sogenannter „innerorganisatorischer Störungsbeseitigungsanspruch“, welcher für das einzelne Ratsmitglied eine wehrfähige Innenrechtsposition (siehe I. 2.) darstellt und so auch gegenüber dem Bürgermeister geltend gemacht werden kann.⁵⁴ In der kommunalrechtlichen Prüfung wird die Frage, ob eine Ordnungsmaßnahme des Bürgermeisters gegenüber einem Ratsmitglied rechtmäßig war, regelmäßig im Rahmen eines Kommunalverfassungsverstreits⁵⁵ im Wege einer Feststellungsklage zu thematisieren sein. Wenn ein Ratsmitglied dagegen seinen innerorganisatorischen Störungsbeseitigungsanspruch geltend macht und erwirken möchte, dass ein anderes Ratsmitglied z.B. ein unerwünschtes Verhalten unterlässt, so wird im Rahmen eines Kommunalverfassungsverstreits die allgemeine Leistungsklage zu thematisieren sein.

aa) Einzelne Problemfelder

Einen klassischen Problemfall stellt das Rauchen in den Ratssitzungen dar. Abgesehen von dem Umstand, dass ein solches Verhalten heute nicht mehr denkbar ist, entschied das OVG NRW bereits im Jahr 1982, dass Nichtraucher einen entsprechenden Störungsbeseitigungsanspruch innehaben, da das Rauchen schon damals dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme widersprach.⁵⁶

Die Grundkonstellation, dass ein Ratsmitglied durch sein Verhalten andere Ratsmitglieder stört oder in deren Konzentration beeinträchtigt, lässt sich auch in aktuelle Klausurprobleme (wie z.B. lautes Telefonieren oder das Ansehen von YouTube-Videos mit Ton während der Ratssitzungen⁵⁷) übertragen. Allen Varianten ist gemeinsam, dass letztlich eine Gegenüberstellung der widerstreitenden Interessen zu erfolgen hat. Das OVG NRW hat diesbezüglich festgestellt, dass auch mit einer nur geringfügigen, vorübergehenden und nur subjektiv spürbaren Belästigung eines einzelnen Ratsmitgliedes ein für den Funktionsablauf des Rates nachteiliges Nachlassen des Leistungsvermögens wie z.B. durch verminderte Aufmerksamkeit oder Aufnahmefähigkeit, verbunden sein

kann.⁵⁸ Demgegenüber ist zu fragen, ob das als störend empfundene Verhalten (Rauchen, Telefonieren) für das jeweilige Ratsmitglied in der konkreten Situation zwingend notwendig ist und nicht z.B. auf Sitzungspausen verschoben werden kann.⁵⁹

Ein weiteres klausurrelevantes Problem ist das Verhalten von Ratsmitgliedern, welches ersichtlich provozierende oder diffamierende Ziele verfolgt. So ist es denkbar, dass Ratsmitglieder ihr Rederecht dazu nutzen, um andere Ratsmitglieder anzugreifen. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass Äußerungen innerhalb des Rates stets auch den Hintergrund der politischen Auseinandersetzung aufweisen und daher in eine Gesamtwürdigung eingebettet werden müssen. So dürfte die Bezeichnung „Klüngelkandidat“ innerhalb einer politischen Auseinandersetzung bezüglich eines Stellenbesetzungsverfahrens noch tolerierbar sein.⁶⁰

Auch das Zur-Schau-Stellen (provokanter) politischer Statements innerhalb der Ratssitzungen bedarf stets einer Gesamtabwägung. So ist das Verwenden von Plakaten oder auffälligen Aufklebern „von nicht unerheblicher Größe“ potentiell geeignet, die Ordnung der Sitzung zu stören; das Verwenden dezenter Anstecknadeln oder Buttons hingegen dürfte im Grundsatz keine Störung darstellen.⁶¹

Ein aktuelles und prüfungsgeeignetes Problem ergibt sich dann, wenn Ratsmitglieder gegen Rechtsgrundlagen verstoßen, die im Rahmen der derzeitigen Corona-Pandemie die Teilnahme an Ratssitzungen von bestimmten Umständen, wie z.B. dem Merkmal 3G, abhängig machen. So hat das OVG NRW jüngst entschieden, dass es Ratsmitgliedern vor dem Hintergrund der damals geltenden CoronaSchVO NRW grundsätzlich zuzumuten ist, das Merkmal 3G nachzuweisen, um an einer Ratssitzung teilzunehmen. Es hat dabei den Gesundheitsschutz der übrigen Ratsmitglieder und der anwesenden Besucher mit dem Recht zur freien Ausübung des Mandats abgewogen⁶²: Hierbei wurde unter anderem erwogen, dass es sich bei einer verpflichtenden Testung des einzelnen Ratsmitglieds zwar um eine gewisse Beeinträchtigung der organischen Stellung handele, diese aber nur von kurzer Dauer sei und (bei einem Abstrich im vorderen Nasenraum) nur geringfügig in die körperliche Unversehrtheit und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingreife. Dabei müsse jedoch beachtet werden, dass dem Ratsmitglied keine zusätzlichen Kosten entstehen dürfen und im Zweifelsfall (bei dem Wegfall kostenloser Bürgertestungen) Vorkehrungen seitens der Kommune zu treffen sind, die eine kostenlose Testung ermöglichen.⁶³

⁵⁸ OVG NRW NVwZ 1983, 485 (487).

⁵⁹ OVG NRW NVwZ 1983, 485 (487).

⁶⁰ OVG NRW Beschl. v. 16.5.2013 – 15 A 785/12 = BeckRS 2013, 51162.

⁶¹ BVerwG NVwZ 1988, 837; Dietlein/Hellermann (Fn. 15), § 2 Rn. 168; Rohde (Fn. 53), GO NRW § 51 Rn. 14; Wagner, in: Kleebaum/Palmen (Hrsg.), Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 3. Aufl. 2017, S. 754 f.

⁶² OVG NRW NVwZ 2022, 91 (95).

⁶³ OVG NRW NVwZ 2022, 91 (95 f.).

⁵² Dietlein/Hellermann (Fn. 15), § 2 Rn. 167.

⁵³ Rohde, in: Dietlein/Heusch (Fn. 1), GO NRW § 51 Rn. 12; Dietlein/Hellermann (Fn. 15), § 2 Rn. 168.

⁵⁴ Dietlein/Hellermann (Fn. 15), § 2 Rn. 168.

⁵⁵ Heusch, NWVBl. 2016, 353 (358).

⁵⁶ OVG NRW NVwZ 1983, 485.

⁵⁷ Vgl. Plückhahn/Faber, Praxis der Kommunalverwaltung NRW, Stand: September 2020, GO NRW § 51 Ziffer 3.3.

bb) Durchsetzung der Ordnung

Hinsichtlich der Durchsetzung der Ordnung in den Sitzungen stehen dem Bürgermeister verschiedene Instrumente zur Verfügung, die in § 51 GO NRW jedoch nur unvollständig abgebildet werden.⁶⁴ Im Regelfall sind in den jeweiligen kommunalen Ratsgeschäftsordnungen Regelungen über die verschiedenen Sanktionsmöglichkeiten (z.B. Rüge, Aufforderung zur Sache zu debattieren, Ordnungsruf, Wortentziehung, Sitzungsunterbrechung, Sitzungsabbruch⁶⁵) enthalten. Wenn in der Prüfung Auszüge der entsprechenden Geschäftsordnung abgedruckt sind und die Rechtmäßigkeit einer Ordnungsmaßnahme in Rede steht, so sollte darauf geachtet werden, dass die entsprechenden Maßnahmen in einer abgestuften Art und Weise angewendet werden müssen: Um die Rechtmäßigkeit einer Ordnungsmaßnahme zu begründen, müssen zuvor mildere Mittel (sprich: weniger eingriffsintensive Maßnahmen) gegebenenfalls auch wiederholt ergriffen worden sein. Es gilt insofern der bekannte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.⁶⁶ Insbesondere bei der Anwendung von Ordnungsmaßnahmen in Bezug auf einen Redebeitrag sind größte Zurückhaltung und eine saubere Abwägung geboten: Auch hier gilt, dass die politische Auseinandersetzung teilweise schärfere Argumentationen und Formulierungen rechtfertigen kann. Die Ordnungsgewalt des Bürgermeisters darf insoweit kein Instrument zur Ausschließung bestimmter inhaltlicher Positionen aus der Debatte darstellen. Die Ratsordnung wird durch das Redeerecht regelmäßig erst dann verletzt, wenn es nicht mehr um die inhaltliche Auseinandersetzung geht, sondern die bloße Provokation, die Herabwürdigung Anderer oder die Verletzung von Rechtsgütern Dritter im Vordergrund steht.⁶⁷

b) Die Ausübung des Hausrechts

Die ebenfalls in § 51 Abs. 1 GO NRW geregelte Ausübung des Hausrechts bietet in der Fallbearbeitung mehrere vermeidbare Fallstricke.

aa) Abgrenzung zur Ordnung in den Sitzungen

Zum einen sollte beachtet werden, dass die Handhabung der Ordnung in den Ratssitzungen und die Ausübung des Hausrechts in den Ratssitzungen keine deckungsgleichen Maßnahmen darstellen. Die Ausübung der Ordnung richtet sich (wie oben dargestellt) gegen Ratsmitglieder; die Ausübung des Hausrechts richtet sich dagegen gegen Zuschauer oder sonstige Dritte.⁶⁸ Neben der sauberen sprachlichen Differenzie-

rung zwischen diesen Maßnahmen sollte auch darauf geachtet werden, dass Hausverbote daher regelmäßig Verwaltungsakte darstellen und entsprechend z.B. mit der Anfechtungs- oder Fortsetzungsfeststellungsklage (und gerade nicht im Rahmen des Kommunalverfassungsstreits) angegriffen werden können.⁶⁹

bb) Abgrenzung zum allgemeinen Hausrecht

Weiterhin sollte sauber zwischen dem in § 51 Abs. 1 GO NRW genannten Hausrecht in den Ratssitzungen und dem allgemeinen Hausrecht (z.B. hinsichtlich der Nutzung von Dienstgebäuden) unterschieden werden. Im Gegensatz zu dem Hausrecht in den Ratssitzungen hat das allgemeine Hausrecht keine rechtliche Grundlage in den verschiedenen Gemeindeordnungen der Länder erfahren und ist in seiner Herleitung und seiner rechtlichen Einordnung seit jeher umstritten. Teilweise wird angenommen, dass sich das allgemeine Hausrecht im Grundsatz auf die Organisationsbefugnis des Bürgermeisters stützt.⁷⁰ Dies wird damit begründet, dass das Hausrecht und die damit einhergehende Befugnis zum Erlass von Hausverboten ein notwendiger und zudem gewohnheitsrechtlich anerkannter Annex der Sachkompetenz des Bürgermeisters seien, für die ordnungsgemäße Erfüllung der ihm übertragenen Verwaltungsaufgaben zu sorgen.⁷¹ Teilweise wird demgegenüber auch von einem verwaltungsprivatrechtlich verfassten Hausrecht an öffentlichen Sachen aus §§ 1004, 903 BGB ausgegangen. Diese Ansicht stützt sich zentral darauf, dass Gegenstände/Gebäude im Verwaltungsgebrauch der verwaltungsinternen Aufgabenerfüllung gewidmet sind und es dem Bürger an sachenrechtlichen Gebrauchsrechten an diesen Gegenständen fehle. Insofern könnten zur Abwehr von Verletzungen des räumlichen Bereichs nur die aus dem Eigentum folgenden privatrechtlichen Abwehrrechte eingreifen.⁷² Eine eindeutig herrschende Meinung liegt in diesem Bereich nicht vor; da es in der Prüfungssituation jedoch nicht darauf ankommen dürfte, sich für eine der beiden Ansichten zu entscheiden (zumal sie regelmäßig zu den gleichen Ergebnissen kommen dürften), bietet es sich an, die verschiedenen Meinungen darzustellen, den Streit aber letztlich offen zu lassen.

2. Mitwirkungsverbote der Ratsmitglieder

Insbesondere bei der Frage, ob ein Ratsbeschluss mit der notwendigen Mehrheit i.S.d. § 50 GO NRW gefasst worden ist, kann sich in Prüfungssituationen die Problematik stellen, ob einzelne Ratsmitglieder gegebenenfalls ein Beratungs- und Entscheidungsverbot trifft. Für Mitglieder des Gemeinderates gelten dabei über den Verweis in § 43 Abs. 2 GO NRW im Grundsatz die Ausschließungsgründe des § 31 GO NRW. Wenn diese Norm in der Prüfung einschlägig sein sollte, bietet es sich an, die folgenden Hinweise zu klausurrelevanten Sachverhalten zu beachten:

⁶⁴ Rohde (Fn. 53), GO NRW § 51 Rn. 18.

⁶⁵ Rohde (Fn. 53), GO NRW § 51 Rn. 15; Wellmann, in: Rehn u.a., Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, Kommentar, Januar 2022, § 51 S. 3.

⁶⁶ Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 631; Heusch, NWVBl. 2016, 353 (355 f.); Wagner (Fn. 61), S. 755.

⁶⁷ OVG Münster NVwZ-RR 2018, 318; VG Gelsenkirchen, Urt. v. 7.4.2020 – 15 K 2442/19 = BeckRS 2020, 9711; Rohde (Fn. 53), GO NRW § 51 Rn. 20; Wellmann (Fn. 65), § 51 S. 4.

⁶⁸ Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 633; Rohde (Fn. 53), GO NRW § 51 Rn. 16; Heusch, NWVBl. 2016, 353 (357); Wagner (Fn. 61), S. 756.

⁶⁹ Wagner (Fn. 61), S. 756.

⁷⁰ Wagner (Fn. 61), S. 758; Klenke, NWVBl. 2006, 84 (87).

⁷¹ Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 634.

⁷² Gern/Brüning (Fn. 3), Rn. 634.

Das Merkmal der Unmittelbarkeit (§ 31 Abs. 1 GO NRW) setzt eine direkte Kausalität zwischen der zu treffenden Entscheidung und dem daraus resultierenden Vor- oder Nachteil voraus. Die noch notwendigerweise vorzunehmende Ausführung der Entscheidung durch den Bürgermeister berührt die Kausalität dabei nicht, sondern stellt lediglich einen formalen Akt dar, der durch die Ratsentscheidung bereits vorgegeben ist.⁷³

Wer „Angehöriger“ i.S.d. § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GO NRW ist, definiert § 31 Abs. 5 GO NRW. Es sollte dabei beachtet werden, dass der Begriff der Angehörigen sich im Grundsatz an § 20 Abs. 5 VwVfG orientiert, aber z.B. Verlobte und geschiedene Ehegatten ebenso wie Pflegekinder und Pflegeeltern von der Regelung der GO NRW nicht erfasst werden.⁷⁴

Ein Rechtsanwalt, der gelegentlich ein Unternehmen berät oder vertritt, ist durch diese Tätigkeit nicht bei dem Unternehmen „gegen Entgelt beschäftigt“ i.S.d. § 31 Abs. 2 Nr. 1 GO NRW, da Selbstständige und Angehörige freier Berufe nicht unter diese Norm fallen.⁷⁵ Rechtsanwälte können jedoch unter den Ausschlussgrund des § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO NRW fallen, wenn sie im Rahmen einer Vollmacht eine Person, die aus der Entscheidung des Rates einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil herleiten kann, in dieser konkreten Angelegenheit bereits im Vorfeld vertreten haben.⁷⁶

IV. Wirtschaftliche Betätigung einer Kommune

Regelmäßig wird in kommunalrechtlichen Klausuren die Frage aufgeworfen, inwieweit eine geplante wirtschaftliche Betätigung einer Kommune zulässig ist. Ganz grundsätzlicher Anknüpfungspunkt für diese Thematik ist der Art. 28 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 78 der Landesverfassung NRW, nach dem die Gemeinden die Befugnis innehaben, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft anzunehmen. In diesem Problemkreis sollten die §§ 107, 107a GO NRW in den Blick genommen werden. Bei Klausurfragen aus diesem Bereich sind insbesondere die Angaben im Sachverhalt ausführlich zu werten, da diese regelmäßig deutliche Hinweise für die rechtliche Wertung bieten.

1. Grundsätzliche Prüfungsreihenfolge

Im Rahmen der Fallbearbeitung sollte zunächst geprüft werden, ob im Grundsatz überhaupt eine wirtschaftliche Betätigung vorliegt. § 107 Abs. 1 S. 3 GO NRW liefert diesbezüglich eine Legaldefinition für den Begriff der wirtschaftlichen Betätigung. Sodann sollte geprüft werden, ob eine in § 107 Abs. 2 GO NRW benannte Ausnahme (sogenannter Negativkatalog) greift, was der grundsätzlichen Qualifizierung als wirtschaftliche Tätigkeit entgegensteht. Bei einer Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes sollten zudem die Abs. 3 und 4 beachtet werden. Der Schwerpunkt der Prüfung wird

regelmäßig in der Frage liegen, ob eine wirtschaftliche Betätigung i.R.d. § 107 Abs. 1 S. 1 GO NRW zulässig ist. Dabei sollten die einzelnen dort genannten Voraussetzungen sauber voneinander getrennt dargestellt werden.

2. Negativkatalog des § 107 Abs. 2 GO NRW

Der Katalog des § 107 Abs. 2 GO NRW dürfte aufgrund seiner sehr ausdifferenzierten Darstellungsweise in der Fallbearbeitung grundsätzlich wenig Probleme bereiten. Fraglich könnte im Einzelfall sein, zu welchen Einrichtungen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist (§ 107 Abs. 2 Nr. 1 GO NRW). Hierzu gehören insbesondere die Feuerwehren (§ 3 BHKH NRW).⁷⁷

3. Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 S. 1 GO NRW

Die in § 107 Abs. 1 S. 1 GO NRW genannten Voraussetzungen gelten kumulativ. Generell werden in dem zugrunde liegenden Sachverhalt deutliche Hinweise enthalten sein, die die Lösung der einzelnen Prüfungspunkte ermöglichen werden. Hier ist daher eine saubere und eng am Sachverhalt orientierte Vorgehensweise zu empfehlen.

a) Voraussetzung des öffentlichen Zwecks

Die wirtschaftliche Betätigung der Kommune ist an den öffentlichen Zweck gebunden, um zu verdeutlichen, dass auch sie sich am Gemeinwohl und an dem Interesse der Einwohner der Kommune zu orientieren hat.⁷⁸ Ein öffentlicher Zweck in diesem Sinne ist jeder im Aufgabenbereich der Kommune wurzelnde Gemeinwohlbelang, also jede gemeinwohlorientierte, im öffentlichen Interesse der Einwohner liegende Zielsetzung, was insbesondere die Wahrnehmung einer sozial-, gemeinwohl- und damit einwohner-nützigen Aufgabe umfasst.⁷⁹ Da der Begriff des öffentlichen Zwecks weit gefasst ist und auch über den Rahmen der Daseinsvorsorge hinausgeht, dürften in der Fallbearbeitung hier regelmäßig kurze Ausführungen mit Bezug auf die Angaben im Sachverhalt genügen. Entscheidend für die Argumentation dürfte sein, dass ein Bezug zu den Einwohnern der Gemeinde zu erkennen ist und ein Ziel verfolgt wird, welches den Einwohnern zugutekommt.

b) Angemessenes Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde

Mit der Schaffung wirtschaftlicher Unternehmen darf die handelnde Gemeinde ihre eigenen personellen, finanziellen und sachlichen Kräfte nicht übersteigen.⁸⁰ Es kommt insofern insbesondere darauf an, ob das Unternehmen seitens der Gemeinde erfolgreich steuerbar ist, ob der finanzielle Aufwand tragbar ist und (damit einhergehend) ob die Risiken, die mit der wirtschaftlichen Betätigung verbunden sind, für den Haus-

⁷³ Smith, in: Kleebaum/Palmen (Fn. 61), S. 434; Dietlein (Fn. 10), GO NRW § 31 Rn. 32.

⁷⁴ Dietlein (Fn. 10), GO NRW § 31 Rn. 52.

⁷⁵ Smith (Fn. 73), S. 441; Dietlein (Fn. 10), GO NRW § 31 Rn. 18.

⁷⁶ Smith (Fn. 73), S. 441; VG Koblenz NVwZ-RR 2006, 717.

⁷⁷ Flühöh, in: Kleebaum/Palmen (Fn. 61), S. 1303; Wellmann (Fn. 65), § 107 Rn. 104.

⁷⁸ Flühöh (Fn. 77), S. 1288.

⁷⁹ OVG NRW NVwZ 2008, 1031 (1035); Wellmann (Fn. 65), § 107 Rn. 62.

⁸⁰ Flühöh (Fn. 77), S. 1296.

halt der Kommune tragfähig sind.⁸¹ In der Fallbearbeitung wird entweder der Hinweis enthalten sein, dass dieses Merkmal vorliegt oder es werden Zahlen hinsichtlich der personellen, finanziellen und sachlichen Aufwands angegeben werden, die es möglich machen, das Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde zu beurteilen.

c) Vergleich mit anderen Unternehmern

Ein wirtschaftliches Handeln der Gemeinde ist nur dann zulässig, wenn der öffentliche Zweck nicht durch andere Unternehmen besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann. Im Rahmen der Prüfung dieser sogenannten Subsidiaritätsklausel ist eine umfassende Abwägung mit den Angaben im Sachverhalt vorzunehmen. Regelmäßig werden sich dort Erwägungen finden, die von privaten Unternehmen vorgebracht werden und die verdeutlichen sollen, warum sie die in Rede stehende Aufgabe besser und wirtschaftlicher erfüllen können als die betroffene Kommune. Unter dem unbestimmten Rechtsbegriff „besser“ können im Einzelfall Faktoren wie die Güte der Leistung oder des Produkts, der Aspekt der Nachhaltigkeit und auch ökologische Gesichtspunkte gefasst werden. Je wichtiger eine durch den öffentlichen Zweck gerechtfertigte Leistung für die Bürger ist, desto größer ist auch das Bedürfnis der Bürger nach einem krisenfesten, stetigen und möglichst ungestörten Angebot zu sozial gerechtfertigten Bedingungen. Da hierfür eine gewisse Kontinuität und Stabilität der Aufgabenerfüllung notwendig ist, kann dies dazu führen, dass ein Privater den öffentlichen Zweck nicht „ebenso gut“ verwirklichen kann wie die Gemeinde. Denn der Private steht im Regelfall stärker unter betriebswirtschaftlichem Erfolgszwang als die Gemeinde, was das Risiko erhöht, dass er seinen Betrieb aufgrund wechselnder Marktsituationen einschränken oder einstellen muss.⁸² In der Fallbearbeitung können hier Hinweise wie die wirtschaftliche Stärke des privaten Unternehmens, seine bisherige Etablierung am Markt, seine Erfahrung mit der in Rede stehenden Leistung und sein Zugriff auf z.B. nachhaltige Produktionsmethoden Anhaltspunkte für das Ergebnis der anzustellenden Abwägung geben.

d) Problematik der Annexstätigkeit

Ein beliebtes Problem im Zusammenhang mit Fallgestaltungen der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen ist die Frage nach der sogenannten Annexstätigkeit. Es geht dabei zentral um die Frage, ob eine Tätigkeit, die für sich genommen keinen öffentlichen Zweck darstellt, trotzdem zulässig sein kann, wenn sie einen anderen zulässigen öffentlichen (Haupt-)Zweck dienen soll. Soweit in der (Neben-)Tätigkeit eine im Vergleich zum (Haupt-)Zweck zulässige Tätigkeit gesehen wird, ist sie als Annexstätigkeit ebenfalls von dem öffentlichen Zweck umfasst.⁸³ In diesem Fall ist der öffentliche Zweck der Annexstätigkeit nicht separat zu prüfen, sondern die Einordnung als wirtschaftlich oder unwirtschaftlich wird allein

aufgrund der Haupttätigkeit vorgenommen.⁸⁴ So kann die Vermietung eines räumlich integrierten Fitness-Studios dem Hauptzweck der wirtschaftlichen Bewirtschaftung eines Parkhauses dienen.⁸⁵ Der Verkauf von Kfz-Kennzeichen in den Diensträumen der Zulassungsstelle durch die Gemeinde kann eine Hilfstätigkeit zum hoheitlichen Handeln darstellen, wobei die Gemeinde dem Kunden die Wahl lassen muss, die Schilder auch bei einem privaten Anbieter zu erwerben und auf etwaige private Bezugsquellen in geeigneter Weise hinweisen muss.⁸⁶ Auch das Vermieten von Räumlichkeiten der Gemeinde an Schilderpräger kann durch den öffentlichen Zweck gerechtfertigt sein, den Bürgern die Beschaffung amtlicher Kfz-Kennzeichen zu erleichtern.⁸⁷ Der Betrieb einer Saunaaanlage in einem kommunalen Frei- und Hallenbad kann ebenfalls eine Annexstätigkeit darstellen, da diese als untergeordneter Hilfsbetrieb dem öffentlichen Zweck der Daseinsvorsorge dient.⁸⁸

V. Grenzen der Äußerungen eines Bürgermeisters im politischen Meinungskampf

Die Grenzen der rechtlichen Äußerungsmöglichkeiten des Behördenleiters sind mit dem Urteil des BVerwG aus dem Jahr 2017⁸⁹ prominent aufgegriffen worden. Die grundsätzliche Frage nach der Möglichkeit eines Bürgermeisters, durch Äußerungen bzw. Stellungnahmen Einfluss auf den politischen Meinungskampf zu nehmen, bietet sich für verschiedene Klausurkonstellationen an.

1. Die Entscheidung des BVerwG

Das Urteil des BVerwG vom 13.9.2017 (10 C 6.16) beschäftigte sich mit den Inhalten und Grenzen politischer Äußerungen von Hauptverwaltungsbeamten. Gegenstand der Entscheidung war der Aufruf des Düsseldorfer Oberbürgermeisters an die Bürger und Geschäftsleute, die Beleuchtung ihrer Gebäude anlässlich einer Kundgebung der sogenannten DÜGIDA-Bewegung auszustellen; auch die Beleuchtung an städtischen Gebäuden wurde abgeschaltet. Er führte bei dem Aufruf unter anderem aus, dass „Düsseldorf kein Platz für das Schüren dumper Ängste und Ressentiments ist“ und rief die Bürger zudem zu einer Gegendemonstration auf.

Das BVerwG arbeitete zunächst heraus, dass Hauptverwaltungsbeamte befugt sind, sich im Rahmen ihres Aufgabebereichs zu Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft öffentlich zu äußern und dass sich die Äußerungen des Düsseldorfer Oberbürgermeisters hier noch im Rahmen dieser Aufgabenzuweisung hielten. Seine (grund-)gesetzliche Verankerung findet dies im Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG. Die Kommune hat danach unter anderem die Befugnis, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft anzunehmen. Dies

⁸¹ Bätge, KommJur 2020, 265.

⁸² RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (803).

⁸³ Kaster, in: Dietlein/Heusch (Fn. 1), GO NRW § 107 Rn. 30 f.; Wellmann (Fn. 65), § 107 Rn. 49 ff.

⁸⁴ Bätge, KommJur 2020, 321 (323).

⁸⁵ VG Düsseldorf, Beschl. v. 20.5.2003 – 1 L 542/03 = BeckRS 2003, 151766 Rn. 17 ff.

⁸⁶ BGH NJW 1974, 1333.

⁸⁷ OVG NRW NVwZ-RR 2005, 198.

⁸⁸ OVG NRW NVwZ 1986, 1045 (1046).

⁸⁹ BVerwG NVwZ 2018, 433.

kann auch ohne eine weitere gesetzliche Kompetenzzuweisung an die Kommune geschehen. Voraussetzung ist jedoch, dass die Angelegenheit keinem anderen Träger öffentlicher Gewalt überantwortet ist (darauf verweist schon der Wortlaut „im Rahmen der Gesetze“).⁹⁰ Da dem Oberbürgermeister als Stadtoberhaupt eine kommunikative Äußerungsbefugnis zukommt, die sich auch auf die Beteiligung am politischen Diskurs erstreckt, sind die von Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG gesteckten Grenzen durch die oben genannte Aussage zunächst eingehalten.

Das BVerwG stellte klar, dass in den Aussagen des Oberbürgermeisters auch keine Verletzung des Neutralitätsgebots zu sehen ist. Dieses Gebot folgt aus dem Recht auf Chancengleichheit der politischen Parteien (Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG) und gilt zwar auch für die kommunale Ebene, es handelte sich bei der DÜGIDA-Bewegung aber nicht um eine politische Partei und noch nicht mal um eine Gruppierung im Vorfeld der Parteiengründung. Vor diesem Hintergrund kann in den Äußerungen des Oberbürgermeisters auch keine Verletzung des Neutralitätsgebotes gesehen werden, da schon Art. 21 GG auf die Bewegung nicht anwendbar ist.⁹¹

Auch kommunalrechtliche Amtsträger unterfallen jedoch dem Rechtsstaatsprinzip (in den Ausprägungen des Willkürverbots und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) und dem Demokratieprinzip (in der Ausprägung des Willensbildungsprozesses im demokratischen Gemeinwesen). Der Willensbildungsprozess muss ich daher vom Volk zu den Staatsorganen hin und nicht umgekehrt vollziehen,⁹² so dass ein Amtsträger in Wahrnehmung seiner hoheitlichen Funktion nicht lenkend oder steuernd auf den politischen Meinungsbildungsprozess der Bevölkerung einwirken darf. In seiner Funktion als Amtsträger ist dem Oberbürgermeister auch ein Rückgriff auf die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Var. 1 GG verwehrt.⁹³ Dieser Umstand wird auch mit dem „Konfusionsargument“ umschrieben: Es ist allgemein anerkannt, dass ein Hoheitsträger nicht gleichzeitig Träger und Adressat eines Grundrechts sein kann und sich daher auch im Zusammenhang mit Meinungsäußerungen nicht auf die Kommunikationsgrundrechte berufen darf.⁹⁴ Solange die Vertreter anderer politischer Meinungen die Grenze strafrechtlich relevanter Äußerungen nicht überschreiten, ist eine Ausgrenzung oder Diskreditierung dieser Meinungen durch Amtsträger ausgeschlossen. Das BVerwG fasste die hier gegenständlichen Prinzipien unter dem Begriff des Sachlichkeitsgebotes zusammen.

Die in der Gesamtschau beider Maßnahmen (Aufruf an die Bürger, das Licht zu löschen sowie das Löschen des Lichts in städtischen Gebäuden) zum Ausdruck gebrachte Missbilligung der mit der Versammlung der Klägerin verfolgten politischen Ziele verletzte vor diesem Hintergrund das Sachlichkeitsgebote.

⁹⁰ *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 45), Art. 28 Rn. 43 ff.

⁹¹ Kritisch hierzu *Spitzlei*, JuS 2018, 856 (859) m.w.N.

⁹² Vgl. auch BVerfG NVwZ 2015, 209 (211).

⁹³ *Schemmer*, in Epping/Hillgruber (Fn. 45), Art. 5 Rn. 3.

⁹⁴ *Harding*, NJW 2019, 1910 (1911).

Der Aufruf zur Gegendemonstration verfolgte einerseits das Ziel, die Versammlung der Klägerin in ihrer Wirkung zu schwächen und andererseits die Gegendemonstration zu stärken. Er griff daher unzulässig in den Wettstreit der politischen Meinungen ein und verletzte ebenfalls das Sachlichkeitsgebote.

2. Klausurbearbeitung

Die Problematik der Grenzen der Äußerungsmöglichkeit von Bürgermeistern kann vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Entscheidung des BVerwG und auch anderer Entscheidungen in jüngerer Zeit⁹⁵ in unterschiedlichen Konstellationen in die kommunalrechtliche Klausur einbezogen werden. Einerseits kann die Problematik im Wege eines Antrags nach § 123 VwGO abgefragt werden, wenn es z.B. darum geht, dass der Anmelder der Versammlung begehrt, dass entsprechende Aufrufe des Oberbürgermeisters von der städtischen Homepage zu entfernen sind. Weiterhin ist die Einkleidung in einen öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch denkbar, wenn ein Widerruf der getätigten Äußerungen des Oberbürgermeisters begehrt wird.⁹⁶

Die oben dargestellte Entscheidung des BVerwG sollte bei dem Problemkreis zwar Richtschnur sein, es ist jedoch darauf zu achten, nicht den voreiligen Schluss zu ziehen, das Ergebnis der Entscheidung „blind“ auf alle möglichen Sachverhalte anzuwenden. Die für die Fallbearbeitung entscheidenden Punkte sind im Folgenden dargestellt:

a) Hat der Oberbürgermeister in amtlicher Funktion oder als „Privatperson“ gehandelt?

Wenn sich der Amtsträger bei seiner Äußerung als Privatperson äußert, so kann die getätigte Äußerung gegebenenfalls unter die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG fallen.⁹⁷ Etwas anderes ergibt sich dann, wenn sich der Amtsträger gerade nicht als Privatperson äußert. Die konkrete Abgrenzung kann in der Fallbearbeitung schwierig sein. Es bietet sich dabei an, zu hinterfragen, ob der Amtsträger ausdrücklich in amtlicher Funktion auftritt,⁹⁸ ob er sich kommunaler Ressourcen (Amtsblätter, Homepage der Gemeinde, offizielle Mail-Adresse des Bürgermeisters, Nutzung von Amtsräumen für ein Interview) bedient oder sich der amtliche Charakter aus dem Gesamtzusammenhang der Äußerungen ergibt.⁹⁹ Der Sachverhalt wird dazu in aller Regel deutliche Hinweise enthalten.

⁹⁵ VG Göttingen, Beschl. v. 29.8.2018 – 1 B 462/18 = BeckRS 2018, 22505; VG Gera KommJur 2011, 138.

⁹⁶ *Spitzlei*, JuS 2018, 856 (860).

⁹⁷ *Kalscheuer*, KommJur 2018, 121 (122).

⁹⁸ Die bloße Verwendung der Amtsbezeichnung soll dabei aber noch nicht automatisch dazu führen, dass ein Handeln in amtlicher Funktion vorliegt: *Oebbecke*, NVwZ 2007, 30 (31); *Kalscheuer*, KommJur 2018, 121 (123); VGH Kassel NVwZ 2006, 610 (611).

⁹⁹ *Oebbecke*, NVwZ 2007, 30 (31); *Kalscheuer*, KommJur 2018, 121 (123).

b) *Handelt es sich um Kritik an einer politischen Partei oder an einer anderen Vereinigung?*

Falls es sich um Kritik an einer politischen Partei handelt, könnte bereits das Neutralitätsgebot verletzt sein. Der Missbrauch von amtlichen Positionen zum Meinungskampf gegen unliebsame Parteien dürfte regelmäßig unzulässig sein.¹⁰⁰ Bei anderen Vereinigungen dürfte dies zu verneinen und sodann das Sachlichkeitsgebot als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als „zweite Schranke“ zu prüfen sein.¹⁰¹

c) *Versucht der Oberbürgermeister Einfluss auf die politische Meinungsbildung zu nehmen?*

In dem Fall, in dem der Bürgermeister Einfluss auf die politische Meinungsbildung nehmen möchte, ist eine mögliche Verletzung des Sachlichkeitsgebotes zu prüfen. In diesem Zusammenhang ist zu thematisieren, ob die Äußerungen ein gewisses Maß überschreiten. Das BVerwG selbst nimmt eine Verletzung des Sachlichkeitsgebotes zumindest dann an, wenn die Missbilligung der gegenläufigen politischen Ansicht in „drastischer Weise“ zutage tritt, d.h. dann, wenn gerade nicht der politische Austausch gesucht wird, sondern dieser mit der getätigten Aussage gerade ausgeschlossen werden soll. Sobald eine Äußerung oder eine Aktion des Amtsträgers die Ebene eines rationalen und sachlichen Diskurses verlässt, ohne für eine weitere diskursive Auseinandersetzung mit den politischen Zielen der Gegenseite offen zu sein, dürfte das Sachlichkeitsgebot verletzt sein.¹⁰² An dieser Stelle sollte eine genaue Beschäftigung mit den Angaben im Sachverhalt erfolgen. Die Verletzung des Sachlichkeitsgebotes dürfte regelmäßig nur bei besonders schwerwiegenden und drastischen Formulierungen und Äußerungen zu bejahen sein.

VI. Schluss

Es dürfte deutlich geworden sein, dass das Kommunalrecht in der Prüfungssituation verschiedene Konstellationen bereithält, die den Prüflingen Normenkenntnis und Argumentationsvermögen abverlangen. Man sollte dieses Rechtsgebiet bei der Prüfungsvorbereitung daher nicht „auf Lücke“ lernen, da während der Klausur ein komplettes Erschließen der relevanten Problemkreise in der Kürze der Zeit kaum möglich sein dürfte. Jedoch ist das Kommunalrecht insofern ein „dankbares“ Rechtsgebiet, als dass es sich (wie eingangs erwähnt) aus einer überschaubaren Menge von oftmals wiederkehrenden Problemen und Themen zusammensetzt. Wenn die beschriebenen Grundkonstellationen beherrscht werden, dürfte man in aller Regel nicht „auf dem falschen Fuß“ erwischt werden.

¹⁰⁰ BVerfG NVwZ 2018, 485; *Heusch/Dickten*, NVwZ 2019, 359 (363).

¹⁰¹ OVG NRW NVwZ 2017, 1316 (1319); *Wellmann* (Fn. 65), § 62 Rn. 19; kritisch hierzu aber *Wahnschaffe*, NVwZ 2016, 1767 (1771); vgl. auch *Milker*, JA 2017, 647 (649 f.) m.w.N.

¹⁰² BVerwG NVwZ 2018, 433 (436); *Lübken*, in: Kleebaum/Palmen (Fn. 61), S. 922.

Verfassungsmäßigkeit des § 184j StGB: Straftaten aus Gruppen – eine „Verhöhnung des Rechtsstaates“?*

Von Ref. iur. und Wiss. Hilfskraft **Jonathan Kuchinke**, Marburg**

Der Gesetzgeber hat mit der Einführung des § 184j StGB durch das 50. StÄG¹ (Gesetz zur Verbesserung der sexuellen Selbstbestimmung), das am 10. November 2016 in Kraft trat, etwas nahezu Unmögliches geschafft: Bis auf Hörnle² steht dieser neuen Kreation wohl jeder veröffentlichte Beitrag aus der juristischen Fachwelt kritisch bis ablehnend gegenüber.³ Ein unbeugsames gallisches Dorf wird es in der Strafrechtswissenschaft – sinnvollerweise – vermutlich immer wieder geben. Neben der die mediale Berichterstattung dominierenden Einführung der „Nein-heißt-Nein!“-Lösung wurde mit der Strafbarkeit aus Gruppen ein eigentlich der Vergangenheit angehörendes Haftungsmodell nach dem Motto „mitgegangen, mitgefangen“ eingeführt.⁴ § 184j StGB ermöglicht für Personengruppen die Verurteilung eines jeden Einzelnen aus Sexualstrafrecht aufgrund eines Sexualdelikts, das nur durch ein Gruppenmitglied begangen wird, ohne dass diese Tat für die anderen auch nur vorhersehbar gewesen sein muss.⁵

Der folgende Beitrag hinterfragt die Zulässigkeit eines solchen Haftungsmodells im Rahmen des durch die Verfassung vorgegeben Grundsatzes *nulla poena sine culpa*. Einführend ist die Norm selbst und ihre Struktur zu betrachten, um weitere Analysen zu ermöglichen. Dabei soll kurz auf die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 184j StGB eingegangen sowie die Gesetzgebungsgeschichte nachverfolgt werden. Darauf aufbauend kann die Norm auf ihre Verfassungsmäßigkeit

hin überprüft werden. Die Untersuchung endet mit einer abschließenden Stellungnahme.

I. Einführung in die Norm

1. Hintergründe und Verlauf der Sexualstrafrechtsreform von 2016

Bereits im Koalitionsvertrag der 2013 neu gebildeten schwarz-roten Bundesregierung findet sich das erklärte Ziel, Schutzlücken und Wertungswidersprüche im Sexualstrafrecht zu schließen.⁶ Im April 2014 wurde der erste Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums (BMJ vormals BMJV) zur „Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht“ vorgelegt.⁷ Diesen für ungenügend befindend, stellten Abgeordnete der Oppositionsfraktion Bündnis90/DIE GRÜNEN noch im Juli desselben Jahres einen Antrag zur konsequenteren Umsetzung des Art. 36 des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention),⁸ womit die Diskussion um die Implementierung der „Nein-heißt-Nein!“-Lösung in § 177 StGB an Fahrt aufnahm.⁹ Ohne das Ergebnis der eigens im Februar 2015 eingesetzten Reformkommission abzuwarten, legte das BMJ im Juli einen zweiten Referentenentwurf vor.¹⁰ Das Bundeskanzleramt und das Bundesinnenministerium (BMI) verweigerten allerdings die Zustimmung.¹¹ Während bis dahin vor allem Interessenverbände den Diskurs stark in eine Richtung zu beeinflussen versuchten, bekam die Debatte mit dem Jahreswechsel 2015/16 endgültig eine neue Dynamik.¹² Bei vielen öffentlichen Neujahrsfeiern, insbesondere am Kölner Hauptbahnhof, kam es zu zahlreichen Übergriffen auf Frauen durch bzw. aus männliche(n) Personen-

* „Verhöhnung des Rechtsstaates“ nimmt Bezug auf die Rede der CDU-Abgeordneten *Widmann-Mauz*: „Von solchen Gruppen darf sich der Rechtsstaat doch nicht verhöhnen lassen.“, v. 7.7.2016, BT-Plenarprotokoll 18/183, S. 18007.

** Der *Verf.* ist Rechtsreferendar am Landgericht Marburg und Wiss. Hilfskraft am Institut für Kriminalwissenschaften bei Prof. Dr. *Stefanie Bock* an der Philipps-Universität Marburg.

¹ BGBl. I 2016, S. 2460.

² Vgl. *Hörnle*, NStZ 2017, 13; *dies.*, BRJ 2017, 57; *dies.*, KriPoZ 2018, 12, die aber auch die systematische Stellung im 13. Abschnitt kritisiert und sich für eine generelle Regelung im Allgemeinen Teil i.R.d. §§ 25 ff. StGB ausspricht, vgl. *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (21); *dies.*, BRJ 2017, 57 (61 f.); *dies.*, KriPoZ 2018, 12 (14).

³ Statt vieler, siehe zunächst nur *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 184j Rn. 7, der zwar einen Verstoß gegen das Schuldprinzip verneint, aber den Strafrahmen als zu hoch befindet.

⁴ Vgl. *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (191); *Bock*, in: Papanthasiou u.a. (Hrsg.), Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht, 2021, S. 49 ff.

⁵ Vgl. *Hörnle*, BRJ 2017, 57 (57); *Bauer*, RuP 2017, 46 (56); *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (190); *Noltenius*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 184j Rn. 2; *Ziegler*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 1.5.2022, § 184j Rn. 2.

⁶ Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag 18. Legislaturperiode, S. 145, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/194886/696f36f795961df200fb27fb6803d83e/koalitionsvertrag-data.pdf> (16.6.2022).

⁷ Vgl. BMJ Referentenentwurf: Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht, v. 28.4.2014.

⁸ Siehe BT-Drs. 18/1969.

⁹ Am 28.1.2015 fand dazu eine Sachverständigenanhörung statt, in der sowohl Befürworter als auch Gegner einer Reform angehört wurden, siehe Wortprotokoll-Rechtsausschuss, BT-Plenarprotokoll 18/39.

¹⁰ Vgl. BMJV Referentenentwurf: Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, v. 14.7.2015.

¹¹ Siehe SPIEGEL-Online v. 24.10.2015, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/vergewaltigungsp-aragraf-manuela-schwesig-unterstuetzt-heiko-maas-a-1059456.html> (16.6.2022).

¹² Vgl. *Bauer*, RuP 2017, 46 (49); *Scholpp/Kosin*, in: Kosin/Schiemann/Wegner (Hrsg.), Polizei und Sexualstrafrecht, 2019, S. 89.

gruppen.¹³ Plötzlich wurde der zweite Referentenentwurf, den man ein Jahr zuvor noch als zu weitgehend abgelehnt hatte, Vorlage für den Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 25.4.2016.¹⁴ In der zwei Wochen später folgenden Stellungnahme des Bundesrates tauchte dann erstmals die Forderung nach einer Regelung des neuen „Gruppenphänomens“ auf, wobei ausdrücklich auf die Kölner Silvesternacht hingewiesen wurde.¹⁵ Wie auch letztlich in der Beschlussempfehlung zur Gesetzesänderung wurde auf die besondere Gefährlichkeit für das Opfer abgestellt, wenn es der Übermacht mehrerer Täter gegenüberstehe und so in seinen Verteidigungs- und Fluchtchancen eingeschränkt sei.¹⁶ Zweiter wesentlicher Punkt sei die motivierend wirkende Gruppendynamik, die beim einzelnen Beteiligten das Gefühl persönlicher Verantwortung zurückdränge und zur Überwindung von Hemmungen führe bzw. diese erst gar nicht aufkommen lasse.¹⁷ Der Regelungsbedarf sei insbesondere nicht durch die Bestrafung der gemeinschaftlichen Tatbegehung ausgeschöpft. Von dem Erfordernis, dass mindestens zwei Personen mit der derselben Zielrichtung handeln, könne häufig nicht mit der erforderlichen Sicherheit ausgegangen werden.¹⁸ Es ging also vor allem auch um die schwierige Beweisbarkeit der einzelnen Handlungen.¹⁹

Die Forderung des Bundesrats wurde sodann in einem „Eckpunktepapier“ einer Parlamentariergruppe der Regierungsfractionen aufgegriffen.²⁰ In der Sachverständigenanhörung vom 1. Juni 2016 befürworteten einige Sachverständige die Orientierung der Neuregelung an § 231 StGB.²¹ Dem folgte die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, auf welcher die Einführung des § 184j StGB, ebenso das Gesetz insgesamt, im Ergebnis beruhte. Am 7.7.2016 wurde das Gesetz durch den Bundestag beschlossen. Das Ergebnis der Reformkommission wurde erst gar nicht mehr abgewartet.

Die Bundesregierung ist mit der Einführung des § 184j StGB letztlich deutlich weitergegangen, als es die Opposition ursprünglich gefordert hatte. Ohne nun eine tiefergehende Analyse zum Gesetzgebungsverfahren zu präsentieren, ist die Beeinflussung durch die Öffentlichkeit unverkennbar, und dürfte als Paradebeispiel gelten, wie (Straf-)Normsetzung nicht erfolgen sollte: Geleitet von der Empörung mit dem Kopf

durch die Wand.²²

2. Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 184j StGB

Um in diesem Teil nicht zu lange auf die strittige Benennung der einzelnen Tatbestandsmerkmale sowie die verschiedenen Definitionsversuche einzugehen, beschränken sich die Ausführungen auf die sich aus den Gesetzesmaterialien ergebenden Voraussetzungen.

Erforderlich ist innerhalb des objektiven Tatbestandes zunächst, dass der Täter sich an einer Personengruppe beteiligt. Eine solche Gruppe besteht aus mindestens drei Personen.²³ Sie ist von bloßen Ansammlungen, etwa das gemeinsame Fahren in einer überfüllten U-Bahn, abzugrenzen.²⁴ Der Täter muss sich an dieser Gruppe beteiligen, wobei dies nicht i.S.d. §§ 25 ff. StGB, sondern „umgangssprachlich“ verstanden werden soll.²⁵ Ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken wird demnach nicht verlangt.²⁶

Die Personengruppe muss eine andere Person zur Begehung einer Straftat an ihr bedrängen. Ein Bedrängen ist gegeben, wenn die Person von der Gruppe mit Nachdruck, also einer gewissen Hartnäckigkeit, an der Ausübung seiner Bewegungsfreiheit oder seiner sonstigen freien Willensbetätigung gehindert wird.²⁷

Ob dem „Fördern einer Straftat“ eine eigenständige unrechtsbegründende Bedeutung zukommt, ist unklar. Der Gesetzeswortlaut („...dadurch fördert, dass...“) und die Gesetzesbegründung sprechen eher dafür, dass bereits die Beteiligung an der Personengruppe, die zur Begehung einer Straftat bedrängt, ein eben diese Tat förderndes Verhalten darstellt und das „Fördern“ demnach keine weitere objektive Strafbarkeitsvoraussetzung ist.²⁸ Es ergeben sich folgende Tatbestandsmerkmale:

1. Eine Personengruppe,
2. an der sich der Täter beteiligt,
3. die eine andere Person bedrängt,
4. zur Begehung einer Straftat an ihr.

²² Ebenso kritisch: *Bauer*, RuP 2017, 46 (53 ff.); *Fischer*, in: Saliger u.a. (Hrsg.) Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 1089 (1093); *Wollmann/Schaar*, NK 2016, 268 (279 ff.); *Lamping*, JR 2017, 347 (356); *Hörnle*, NSTZ 2017, 13 (14); *Hoven*, NK 2018, 392 (395 ff.); *Eisele*, RPpsych, 2017, 7 (8); *Rabe*, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Wortprotokoll der 101. Sitzung am 1.6.2016 – Protokoll-Nr.18/101, S. 20.

²³ BT-Drs. 18/9097, S. 31

²⁴ Ebd.

²⁵ Ebd.

²⁶ Ebd.

²⁷ Ebd.

²⁸ Vgl. *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (190); *Wolters*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 184j Rn. 10; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, § 184j Rn. 14 f.; *Noltenius* (Fn. 5), § 184j Rn. 11; a.A. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 184j Rn. 9.

¹³ Vgl. Bericht des PUA, NRW-Drs. 16/14450, etwa S. 15, 40, 364.

¹⁴ BT-Drs. 18/8210; vgl. auch *Wollmann/Schaar*, NK 2016, 268 (275); *Scholpp/Kosin* (Fn. 12), S. 70 f.

¹⁵ BR-Drs. 162/16 (B), S. 9.

¹⁶ Vgl. BR-Drs. 162/16 (B), S. 9; BT-Drs. 18/9097, S. 31.

¹⁷ Ebd.

¹⁸ Ebd.

¹⁹ Ebenso zu diesem Schluss kommend: *Renzikowski*, NJW 2016, 3553 (3557); *Pichler*, StRR 2016, 4.

²⁰ Eckpunktepapier zur Reform des Sexualstrafrechts – mit dem Grundsatz „Nein heißt Nein“ (Tischvorlage zur 101. Sitzung des Rechtsausschusses) vom 1. Juni 2017.

²¹ Vgl. *Hörnle*, in: Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Wortprotokoll der 101. Sitzung am 1.6.2016 – Protokoll-Nr. 18/101, S. 26; *Ohlenschlager*, in: ebd., S. 32.

Der Vorsatz (zumindest im Sinne eines *dolus eventualis*) muss sich auf diese Merkmale beziehen.

Gerade nicht vom Vorsatz umfasst sein muss die Sexualstraftat eines Beteiligten der Gruppe nach § 177 oder § 184i StGB, da es sich dabei um eine objektive Bedingung der Strafbarkeit handelt.²⁹ Es kommt also nicht auf Kausalität, Vorhersehbarkeit, Vorsatz oder Schuld hinsichtlich dieser Straftat an.³⁰

Die völlige Entkopplung der objektiven Strafbarkeitsbedingung vom Unrechts- und Schuld tatbestand ist grundsätzlich problematisch³¹ und bedarf einer besonderen Begutachtung. Ob das „neue“ Gruppenphänomen tatsächlich eine solche Regelung legitimiert und notwendig macht, gilt es ebenfalls zu klären.

II. Der *nulla poena sine culpa* Grundsatz

Der auch als Schuldprinzip bezeichnete *nulla poena sine culpa* Grundsatz wird allgemein aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) abgeleitet.³² Prägende Grundlage dieses Grundsatzes mit Verfassungsrang ist die Garantie der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG.³³ Dem Schuldgrundsatz kommt insoweit doppelte Bedeutung zu: Schuld ist sowohl Bedingung als auch Mittel zur Begrenzung der Bestrafung des Täters.³⁴ Die Strafandrohung muss demnach einerseits stets in Relation zur tatbestandlichen Verhaltensnorm stehen.³⁵ Andererseits ist Bedingung für das mit der Bestrafung einhergehende Unwerturteil die individuelle Vorwerfbarkeit.³⁶ Der Täter soll nicht willkürlich haften, sondern nur für das, was er auch zu verantworten hat.³⁷ Dieser Grundsatz stellt sich aus Sicht der Strafrechts-

dogmatik als selbstverständliche Voraussetzung eines „gerechten“ Strafens dar.³⁸ Diese Selbstverständlichkeit birgt die Gefahr, dass die Neukreationen des Gesetzgebers nur unzulänglich auf ihre Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip hin geprüft werden. Das BVerfG jedenfalls hat – soweit ersichtlich – bis jetzt noch keine strafrechtliche Norm wegen eines Verstoßes gegen das Schuldprinzip beanstandet.³⁹

Dies kann als der „neuralgische Punkt“ bezeichnet werden, besteht doch in der Literatur weitestgehend Einigkeit darin, dass § 184j StGB, vor allem aber die objektive Bedingung der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip kaum bis überhaupt nicht zu vereinbaren ist.⁴⁰ Dabei wird jedoch selten differenziert dargelegt, welche Anforderungen das Schuldprinzip an die objektive Bedingung der Strafbarkeit stellt. Dies soll hier vorweg kurz ausgeführt werden. Sodann ist zu erörtern, inwieweit § 184j StGB diesen Anforderungen genügt und die einzelnen Kritikpunkte der Literatur berechtigt sind. Gegebenenfalls muss § 184j StGB dabei in verfassungsrechtlich gebotener Weise reduziert werden.

1. Objektive Bedingungen der Strafbarkeit und der Schuldgrundsatz

Während Anknüpfungspunkt für die Vorwerfbarkeit im Strafrecht stets Vorsatz oder Fahrlässigkeit ist,⁴¹ stehen objektive Strafbarkeitsbedingungen außerhalb des Unrechts- und Schuld tatbestandes.⁴² Die Begründungen, wie eine solche vierte Kategorie jenseits des dreistufigen Deliktsaufbaus mit dem Schuldprinzip in Einklang gebracht werden kann, gehen teilweise erheblich auseinander.⁴³

²⁹ BT-Drs. 18/9097, S. 31.

³⁰ Zur objektiven Bedingung der Strafbarkeit siehe Krause, Jura 1980, 449; Satzger, Jura 2006, 108; Rönnau, JuS 2011, 697; Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 23 Rn. 6 ff.

³¹ Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, Kap. 21 Rn. 6 ff.; Rönnau, JuS 2011, 697 (697).

³² BVerfGE 20, 323 (331); 86, 288 (313); 95, 96 (140); Vogel/Bülte, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor §§ 15 Rn. 45; Roxin/Greco (Fn. 30), § 3 Rn. 52; Frister (Fn. 31), Kap. 3 Rn. 1; Hörnle, BRJ 2017, 57 (58).

³³ BVerfGE 95, 96 (140); 123, 267 (413); Adam/Schmidt/Schumacher, NStZ 2017, 7 (8).

³⁴ BVerfGE 20, 323 (331); 95, 96 (140); Radtke, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vor § 38 Rn. 14; Landau, NStZ 2015, 665 (667); Hirsch, ZStW 106 (1994), 746 (748); Roxin/Greco (Fn. 30), § 3 Rn. 51 ff.

³⁵ BVerfGE 20, 323 (331); 86, 288 (313); Krey/Esser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 108.

³⁶ BVerfGE 6, 389 (439); 95, 96 (140); BGHSt 2, 194 (200); Hirsch, ZStW 106 (1994), 746 (749); Adam/Schmidt/Schumacher, NStZ 2017, 7 (8); Hörnle, BRJ 2017, 57 (58).

³⁷ Hoven, DriZ 2017, 280 (284); Hirsch, ZStW 106 (1994), 746 (750).

³⁸ BVerfGE 95, 96 (140); Satzger, Jura 2006, 108 (110); Adam/Schmidt/Schumacher, NStZ 2017, 7 (8).

³⁹ Vgl. Vogel/Bülte (Fn. 32), Vor §§ 15 Rn. 47.

⁴⁰ Fischer (Fn. 22), S. 1101; ders. (Fn. 28), § 184j Rn. 3, 20, 21; Wolters (Fn. 28), Rn. 12; Hoven, DriZ 2016, 280 (284); dies., NK 2018, 392 (405); dies./Weigend, JZ 2017, 182 (190 f.); Renzikowski, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 184j Rn. 14; Eisele (Fn. 28), § 184j Rn. 8; Kunz, jM 2016, 433 (435); Georgi/Wegner, in: Kosin/Schiemann/Wegner (Fn. 12), S. 142 f.; Bauer, RuP 2017, 46 (56 ff.); Bezjak, KJ 2016, 557 (570); Beck, in: Knierim u.a. (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht aktuell, 2018, Kap. 3 Rn. 12; Lamping, JR 2017, 347 (353); dagegen Hörnle, BRJ 2017, 56 (60); dies., NStZ 2017, 13 (21); dies., KriPoZ 2018, 12 (14); Heger (Fn. 3), § 184j Rn. 5.

⁴¹ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 51. Aufl. 2021, Rn. 207; Satzger, Jura 2006, 108 (109).

⁴² Vgl. Rönnau, JuS 2011, 697 (697, 699); Gottwald, JA 1998, 771 (771); Frister (Fn. 31), Kap. 21 Rn. 4; Roxin/Greco (Fn. 30), § 23 Rn. 1; Krey/Esser (Fn. 35), Rn. 372.

⁴³ Zusammenfassend: Rönnau, JuS 2011, 697 (698 f.); Satzger, Jura 2006, 108 (110 f.); gänzlich ablehnend hingegen: Bemann, Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, 1957, S. 27 ff. Zur Risikohaftung: Geisler, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip, 1998, S. 134. Zum Fahrlässigkeitsvorwurf: Roxin/Greco (Fn. 30), § 23 Rn. 7–13 am Beispiel der §§ 231, 323a StGB.

Die Mehrheit hält objektive Strafbarkeitsbedingungen mit dem Schuldprinzip für vereinbar, sofern sie unrechtsneutral sind, das tatbestandliche Verhalten also für sich genommen bereits strafwürdiges Unrecht darstellt (sog. Abzugsthese).⁴⁴ Strafbedürftig sei das Verhalten mit Blick auf die Ultima-ratio-Funktion des Strafrechts wiederum erst bei Eintritt der objektiven Bedingung, weshalb sie letztlich strafbarkeitsbegrenzende, also täterbegünstigende Wirkung entfalte.⁴⁵ Den Fallgestaltungen ist dabei stets gemein, dass bereits der Tatbestand ein rechtsgutgefährdendes sozialemisch missbilligtes Verhalten beschreibt, welches der Gesetzgeber aber nur bei Realisierung der Gefahr für pönalisierungsbedürftig erachtet. Die Strafbarkeit ist eine Wertungsfrage und kann im Sinne eines (eigentlich) „Strafe-Verdienen“ verstanden werden, wobei damit noch keine Aussage über die Strafbedürftigkeit des normwidrigen Verhaltens getroffen ist.⁴⁶ Diese Strafbedürftigkeit entstammt nämlich hingegen dem Zweckmäßigkeitsdiskurs der auf die Erforderlichkeit der Bestrafung gerichtet ist.⁴⁷ Mildere Mittel der sozialen Kontrolle sind dem Strafrecht so lange vorzuziehen, bis die durch die Tat drohende Erosion des Normgefüges nur durch das Strafrecht angemessen befriedigt werden kann.⁴⁸

Auch wenn die Begriffe der Strafbedürftig- und Strafbarkeit durchaus unbestimmt sind und eine trennscharfe Abgrenzung bezweifelt werden kann,⁴⁹ sollen sie dennoch dieser Untersuchung zugrunde gelegt werden. Der Gesetzgeber soll an den Maßstäben gemessen werden, die er selbst zur Grundlage seines Gesetzes gemacht hat.

2. Rechtfertigt eine Gruppenbedrängung zwei Jahre Freiheitsstrafe?

Es gilt also nun die hypothetische Überlegung zu erörtern, ob bereits die Beteiligung an einer Personengruppe, die eine andere Person zur Begehung einer Straftat an ihr bedrängt, für sich genommen eine Bestrafung mit bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe rechtfertigt. Die rechtsphilosophische Frage, wann ein Verhalten pönalisierungswürdiges Unrecht darstellt, kann und soll hier nicht beantwortet werden. Es soll nur ein kurzer Überblick über das allgemeine Verständnis gegeben werden. Zu nennen ist zunächst die Rechtsgutslehre, die ein Strafgesetz jedenfalls dann für unzulässig hält, wenn es kein mate-

rielles Rechtsgut schützt, sondern nur Verstöße gegen das Moralverständnis der „Allgemeinheit“ kriminalisiert.⁵⁰ Die Einzelheiten sind freilich umstritten.⁵¹ Die Kritik eines derartigen Verständnisses, dass daraus keine über die Maßstäbe der Verhältnismäßigkeit hinausgehenden Grenzen für den Gesetzgeber entwickelt werden können,⁵² dürfte durch die Inzestentscheidung⁵³ des BVerfG bestätigt worden sein. Die begrenzte Leistungsfähigkeit der Rechtsgutdogmatik wird durch die nahezu beliebig konstruierbaren Allgemeinrechtsgüter bekräftigt.⁵⁴ Feststeht, dass es in erster Linie Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ist, zu entscheiden, welche Verhaltensweisen er als derart verwerflich erachtet, dass er sie durch das Strafrecht sanktioniert.⁵⁵ Dabei kommt ihm ebenfalls ein weiter Beurteilungsspielraum zu.⁵⁶

a) Das Unrecht des § 184j StGB

Der Gesetzgeber erklärt in der Gesetzesbegründung, dass § 184j StGB „dem besonderen Gefahrenpotenzial von Gruppendelikten“ begegnet.⁵⁷ Diese Gefahr sei, wie in der Einführung erläutert, in der motivierend wirkenden Dynamik zwischen den Gruppenmitgliedern und den verringerten Fluchtchancen des Opfers angelegt. Ziel des § 184j StGB ist es also, dass, wie bei § 231 StGB, die Beteiligung an einer objektiv gefährlichen Situation geahndet werden soll.⁵⁸ Es handelt sich bei § 184j StGB wohl um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.⁵⁹

⁵⁰ Vgl. *Krey/Esser* (Fn. 35), Rn. 12; *Roxin/Greco* (Fn. 30), § 2 Rn. 17; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 41), Rn. 12; *Frister* (Fn. 32), Kap. 3 Rn. 22; *Hassemer/Neumann* (Fn. 46), Vorbem. zu § 1 Rn. 110 ff.

⁵¹ Siehe dazu etwa *Roxin/Greco* (Fn. 30), § 2 Rn. 2 ff.; zum aktuellen Stand: *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616.

⁵² *Weigend*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Einl. Rn. 7 f.; *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 (527).

⁵³ BVerfGE 120, 224, siehe insbesondere S. 241, 242.

⁵⁴ Etwa: Vertrauen in die Redlichkeit des Marktes, § 264a StGB, vgl. BT-Drs. 10/318, S. 22; sozial-moralische Grundanschauungen, *Heger* (Fn. 3), § 183a Rn. 1; Integrität des Sports, § 265c StGB, vgl. BT-Drs. 18/8831, S. 12.

⁵⁵ Dies ebenfalls betonend BVerfGE 90, 145 (173); 120, 224 (241); *Weigend* (Rn. 52), Einl. Rn. 7.

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 27, 18 (30); 120, 224 (241); *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 (625); *Fischer* (Fn. 22), S. 1102 insoweit krit. zu § 184j StGB; *Hassemer/Neumann* (Fn. 46), Vorbem. zu § 1 Rn. 86.

⁵⁷ Siehe BT-Drs. 18/9097, S. 21.

⁵⁸ So die Begründung der CDU/CSU Fraktion BT-Drs. 18/9097, S. 20, siehe auch *Hörnle*, Schriftliche Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 1. Juni 2016, S. 13; *Ohlenschlager*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung am 01. Juni 2016, S. 6 f.

⁵⁹ Vgl. *Renzikowski* (Fn. 40), § 184j Rn. 6; *Wolters* (Fn. 28), § 184j Rn. 5; a.A.: konkretes Gefährdungsdelikt (jedoch ohne Begründung) *Frommel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 184j Rn. 1.

⁴⁴ Vgl. BGHSt 16, 124 (125 f.); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 41), Rn. 214; *Satzger*, Jura 2006, 108 (110 f.); *Gottwald*, JA 1998, 771 (771); *Geisler* (Fn. 43), S. 131 ff.; *ders.*, GA 2000, 166 (167).

⁴⁵ BGHSt 16, 124 (125); 60, 166 (180); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 41), Rn. 214; *Satzger*, Jura 2006, 108 (110 f.); *Gottwald*, JA 1998, 771 (771); *Krey/Esser* (Fn. 36), Rn. 372.

⁴⁶ *Hassemer/Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vorbem. zu § 1 Rn. 51; *Frisch*, GA 2017, 364 (366).

⁴⁷ *Bloy*, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976, S. 243; *Frisch*, GA 2017, 364 (367).

⁴⁸ *Bloy* (Fn. 47), S. 243 ff.; *Frisch*, GA 2017, 364 (367).

⁴⁹ Siehe insbesondere *Geisler* (Fn. 43), S. 212 ff.; *ders.*, GA 2000, 166 (172); *Roxin/Greco* (Fn. 30) § 23 Rn. 35 ff.

Dies entspricht der Gesetzesbegründung und dem Archetyp des § 231 StGB, der ebenfalls nach der herrschenden Auffassung bereits die abstrakten Gefahren sanktioniert, die sich aus einer Schlägerei ergeben.⁶⁰ Abstrakte Gefährungsdelikte entsprechen dem Schuldprinzip, wenn das tatbestandliche Verhalten jedenfalls in der überwiegenden Zahl der Fälle tatsächlich gefährlich ist, also zumindest die Möglichkeit einer Rechtsgutsverletzung begründet.⁶¹

Dass der Gesetzgeber Gruppendynamiken als gefährlich betrachtet und die Strafbarkeit vorverlagert, ist mit Blick auf die §§ 30 Abs. 2, 129 ff. StGB nichts Neues.⁶² Zwar ist der Anwendungsbereich des § 30 StGB auf Verbrechen begrenzt, doch geht es auch dort zumindest partiell um die erhöhte Gefährlichkeit durch das Zusammenwirken mehrerer Personen gespeist durch den Motivationsdruck, welcher durch das Verpflichtungsgefühl gegenüber den anderen Beteiligten entsteht, wodurch die betroffenen Rechtsgüter bereits im Vorfeld des Versuchsstadiums in Gefahr gebracht werden.⁶³ Strafgrund der §§ 129 ff. StGB ist ebenfalls das Gefährdungspotenzial, das sich insbesondere aus dem Zusammenschluss der Mitglieder mit verbrecherischen Zielen und der sich daraus entwickelnden Eigendynamik ergibt.⁶⁴ Den Einzelpersonen wird die Begehung von Taten erleichtert und das persönliche Verantwortungsgefühl wird zurückgedrängt.⁶⁵ Die Vorverlagerung wird bei § 184j StGB zumindest durch das Erfordernis der Bedrängungssituation beschränkt. Im besonders kritischen Gefährungsstadium soll sich der Täter dann nicht mehr darauf berufen können, sein eigenes Verhalten noch für sozialadäquat und ungefährlich zu halten, und, dass er nur wegen der ihm nicht zurechenbaren Tat eines anderen bestraft werde.⁶⁶

⁶⁰ Vgl. BGHSt 33, 100 (103); *Paeffgen/Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 59), § 231 Rn. 2; *Fischer* (Fn. 28), § 231 Rn. 2.

⁶¹ Vgl. *Frister* (Fn. 31), Kap. 3 Rn. 29; siehe auch *Roxin/Greco* (Fn. 30), § 11 Rn. 153 ff.

⁶² Auch in der Literatur wird die Tatbegehung aus Gruppen schon länger diskutiert, vgl. *Pichler*, StRR 2016, 4; *Schumacher*, NJW 1980, 1880; *Nager*, GS 1927, 157, der zwar größere Gruppen (die Masse bzw. Menge) vor Augen hatte, aber sie ähnlich wie der heutige Gesetzgeber beschreibt, als Personen, „die plötzlich zusammenströmen und sich schnell wieder verflüchten, aber sich vermöge ihres gemeinsamen Ziels unter gleichen seelischen Rapporten vorübergehend einen“ (S. 157–158).

⁶³ BGH NStZ 2011, 570 (571); *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 28), § 30 Rn. 1; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 47 Rn. 22.

⁶⁴ Vgl. *Ostendorf*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 59), § 129 Rn. 5; v. *Heintzel-Heinegg*, in: v. Heintzel-Heinegg (Fn. 5), § 129 Rn. 1.

⁶⁵ BGHSt 28, 147 (148); BGH NJW 2010, 3042 (3044); *Rudolphi*, in: Frisch/Schmid (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978, S. 315 (317, 319 f.); *Schäfer/Anstötz*, in: Erb/Schäfer (Fn. 40), § 129 Rn. 2.

⁶⁶ Siehe *Hörnle*, BRJ 2017, 58 (60); a.A. *Roxin/Greco* (Fn. 30), § 23 Rn. 13a, wonach ein Unrecht erst mit der Begehung einer

Der durch eine Gruppendynamik geprägten Bedrängungssituation liegt nach Vorstellungen des Gesetzgebers die abstrakte Gefahr zugrunde, dass der Einzelne durch die enthemmende Wirkung Delikte begeht, die zuvor nicht anvisiert wurden. Mit dieser Annahme dürfte der Gesetzgeber auf Überlegungen zurückgreifen, die bereits *Freud* in seiner Schrift „Massenpsychologie und Ich-Analyse“ anstellte:

„Die Masse macht dem Einzelnen den Eindruck einer unbeschränkten Macht und einer unbesiegbaren Gefahr. Sie hat sich für den Augenblick an die Stelle der gesamten menschlichen Gesellschaft gesetzt, welche die Trägerin der Autorität ist, deren Strafen man gefürchtet, der zuliebe man sich so viele Hemmungen auferlegt hat. [...] Im Gehorsam gegen die neue Autorität darf man sein früheres ‚Gewissen‘ außer Tätigkeit setzen und dabei der Lockung des Lustgewinns nachgeben, den man sicherlich durch die Aufhebung seiner Hemmungen erzielt.“⁶⁷

Festzuhalten ist, dass das Unrecht einerseits die Beteiligung an der Gruppe und damit die Beförderung der (Gruppen-)Dynamik voraussetzt. Würde man die bloße Beteiligung an der Gruppe, also schon die bloße Anwesenheit für eine Tat handlung ausreichen lassen, wie es der Wortlaut suggeriert, so wären tatsächlich erhebliche Bedenken im Hinblick auf das Schuldprinzip zu erheben.⁶⁸ Wer das Unrecht nur innerlich billigt, diese Gesinnung aber nach außen nicht manifestiert, begeht selbst noch kein Unrecht.⁶⁹ Zusätzlich stünde man vor nicht zu überwindenden Beweisschwierigkeiten, wenn man bei der Bewertung von Vorgängen innerhalb von Menschenansammlungen zwischen Gruppenangehörigen und Unbeteiligten differenzieren müsste.⁷⁰ In der Konsequenz kann es also – entgegen dem Wortlaut der Norm – noch nicht ausreichen, sich nur an der Gruppe zu beteiligen; vielmehr muss der Täter zum Bedrängungseffekt beitragen.⁷¹ Es bedarf

Straftat nach den §§ 177 oder 184i StGB anzuerkennen sei.

⁶⁷ Siehe *Freud*, Massenpsychologie und Ich-Analyse, 1921, S. 31.

⁶⁸ Vgl. *Bezjak*, KJ 2016, 557 (570); *Bauer*, RuP 2017, 46 (56), die jeweils damit einen Verstoß gegen das Schuldprinzip annehmen.

⁶⁹ Zu Gesinnungsstrafrecht statt vieler siehe nur: *Ambos/Rackow*, in: Hilgendorf/Lerman/Córdoba (Hrsg.), Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag, 2020, S. 20 ff.

⁷⁰ So auch *Bauer*, RuP 2017, 46 (56).

⁷¹ Vgl. *Bauer*, RuP 2017, 46 (56); *Noltenius* (Fn. 5), § 184j Rn. 2; Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas am 19. Juli 2017 vorgelegt, S. 90

(https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.pdf;jsessionid=D776F35BF466DBA8D0CCF1AEB4415340.1_cid297?__blob=publicationFile&v=1 [12.7.2022]); *Eisele* (Fn. 28), § 184j Rn. 7; *ders.*, RPsych 2017, 7 (27); a.A. *Renzikowski*, NJW 2016, 3553 (3558), der aber die Norm auch zielgerichtet „gegen die

also der Beteiligung am Bedrängungsvorgang, der auf die Begehung einer Straftat gerichtet sein muss. Eine entsprechende Bedeutung könnte man dem Wort „fördert“ adjudizieren und dieses entgegen der herrschenden Ansicht⁷² als Tatbestandsmerkmal anerkennen. Darauf muss dann auch der Vorsatz des Täters gerichtet sein. Für eine solche Auslegung spricht, dass der Gesetzgeber kein echtes Unterlassungsdelikt schaffen wollte, bei dem sich die Strafbarkeit aus einem bloßen Nichtentfernen aus der als gefährlich eingestuften Gruppe ergeben könnte.⁷³ § 184j StGB muss insoweit verfassungskonform einschränkend ausgelegt werden. Freilich ist die Formulierung unglücklich.

b) Wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren bestraft

Das soeben näher erläuterte Unrecht muss eine Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren rechtfertigen. Vergleichsmaßstäbe lassen sich nur schwerlich heranziehen, da die „Straftat“, zu deren Begehung eine Person bedrängt wird, nicht näher spezifiziert ist und somit jedes Delikt in Betracht kommt, das „an“ einer Person begangen werden kann. *Hörnle*, die als einzige die Unrechtsneutralität der objektiven Strafbarkeitsbedingung anhand der Abzugsthese überprüft, trifft pauschal die Aussage, der Täter begehe eigenes Unrecht, wenn er tatbestandlich handle und den Vorsatz habe, dass mittels Bedrängens eine Straftat begangen werden soll.⁷⁴ Sie geht in der Folge allerdings nicht auf die Angemessenheit der angedrohten Rechtsfolgen ein.

Der Einwand, der Strafrahmen des § 184j StGB sei im Vergleich zu einer Beihilfe zur sexuellen Belästigung (§ 184i StGB – ebenfalls bis zu zwei Jahre) zu hoch bemessen, da dem Täter die Milderung aus § 27 Abs. 2 S. 2 StGB nicht zugutekomme,⁷⁵ geht fehl. Leistet der Täter Beihilfe zur sexuellen Belästigung und ist zugleich an der Gruppe beteiligt, die bedrängt, so ist Anknüpfungspunkt für einen Strafrahmenvergleich mit § 184j StGB nicht § 184i Abs. 1 StGB, sondern die gemeinschaftlich begangene sexuelle Belästigung nach § 184i Abs. 2 StGB, die mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe sanktioniert wird.⁷⁶

Heger kritisiert den zu geringen Unterschied der Strafrahmenobergrenze im Vergleich zu § 231 StGB (drei Jahre), dessen objektive Bedingung erst greift, wenn das Opfer eine

Wand“ der Verfassungswidrigkeit fahren lassen will, siehe *Renzikowski* (Fn. 40), § 184j Rn. 1 ff.

⁷² Siehe Fn. 28.

⁷³ Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht (Fn. 71), S. 90; *Eisele* (Fn. 28), § 184j Rn. 7.

⁷⁴ Vgl. *Hörnle*, BRJ 2017, 58 (60). Im Gegensatz zum Großteil der juristischen Fachwelt überprüft sie die objektive Strafbarkeitsbedingung anhand der Abzugsthese und proklamiert nicht pauschal die Unvereinbarkeit mit dem Schuldprinzip.

⁷⁵ So *Pichler*, StRR 2016, 4; *Heger* (Fn. 3), § 184j Rn. 8.

⁷⁶ Jedenfalls, wenn man das „gemeinschaftliche begehen“ wie in § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB versteht, so auch *Ziegler* (Fn. 5), § 184i Rn. 12; *Eisele* (Fn. 28), § 184i Rn. 13; a.A. *Heger* (Fn. 3), § 184i Rn. 5; *Renzikowski* (Fn. 40), § 184i Rn. 16; die jeweils davon ausgehen, § 184i Abs. 2 StGB setze Mitäterschaft voraus.

schwere Körperverletzung oder gar den Tod erleidet.⁷⁷ Dabei wird verkannt, dass die (schweren) Folgen in Form der objektiven Bedingungen der Straftatbestände nach der herrschenden Abzugsthese gar kein Einfluss auf das Unrecht haben dürfen.⁷⁸ Sie können damit auch kein Kriterium für die Strafrahmen sein. Vielmehr darf allein auf die tatbestandlichen Handlungen abgestellt werden, also Gruppenbedrängung zwecks Begehung einer Straftat bei § 184j StGB im Vergleich zu Schlägerei bzw. Angriff mehrerer bei § 231 StGB. Bei einer Höchststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe in § 231 StGB ist die Reduzierung um ein Jahr letztlich auch nicht zu vernachlässigen. Angesichts des weiten Beurteilungsspielraums ist der Unterschied nicht zu beanstanden. Die ausdrückliche Erwähnung des § 231 StGB in der Gesetzesbegründung zeigt, dass sich der Gesetzgeber damit auseinandergesetzt hat.⁷⁹ Letztlich ist festzustellen, dass sich der Gesetzgeber mit einer möglichen Freiheitsstrafe von zwei Jahren im vergleichsweise niedrigen Bereich bewegt. Im Ergebnis liegt der Strafrahmen damit wohl in seinem Beurteilungsspielraum.

c) Zusammenfassung

Dass der Gesetzgeber das tatbestandliche Verhalten als Unrecht einstuft, ist für sich genommen – soweit die angesprochene Einschränkung erfolgt – nicht zu beanstanden, da ihm, wie bereits so oft erwähnt, bei der Prognose der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren ein weiter Beurteilungsspielraum zusteht.⁸⁰

Die wohl schwerwiegendsten Kritikpunkte sind damit allerdings noch nicht geklärt. Erstens ist zu fragen, inwiefern ein Zusammenhang zwischen dem tatbestandlichen Verhalten und der objektiven Bedingung der Strafbarkeit besteht bzw. bestehen muss. Zweitens ist zu erörtern, ob die Beschränkung der objektiven Strafbarkeitsbedingung auf Sexualdelikte einen Verstoß gegen das Willkürverbot bedeutet.

3. Hinreichender Zusammenhang zwischen tatbestandlichem Verhalten und objektiver Strafbarkeitsbedingung – Zufallshaftung?

In der Literatur wird vielfach ein Verstoß gegen das Schuldprinzip angenommen, weil im tatbestandlichen Verhalten, anders als bei § 231 StGB, nicht die naheliegende Gefahr für den Eintritt der objektiven Bedingung angelegt sei.⁸¹ Zwischen der Bedrängung durch die Gruppe zwecks Begehung einer Straftat und dem Sexualdelikt fehle es an einem hinreichend

⁷⁷ *Heger* (Fn. 3), § 184j Rn. 7.

⁷⁸ Vgl. oben II. 1.

⁷⁹ Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 31.

⁸⁰ Vgl. BVerfGE 90, 145 (173); 77, 170 (214); Beispielhaft dafür ist § 323a StGB, der die Gefährlichkeit des Rausches mit einer möglichen Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren pönalisiert.

⁸¹ *Hoven*, NK 2018, 392 (405); *Wolters* (Fn. 28), Rn. 12; *Fischer* (Fn. 28), § 184j Rn. 20; *Kunz*, jM 2016, 433 (435); *Lamping*, JR 2017, 347 (353); *Bezjak*, KJ 2016, 557 (570); *Bauer*, RuP 2017, 46 (57 f.); *Renzikowski*, NJW 2016, 3553 (3557 f.).

phänomenologischen Zusammenhang, wie er zwischen der Schlägerei und der schweren Folge in § 231 StGB bestehe.⁸²

Dem muss insoweit zugestimmt werden, als die Wahrscheinlichkeiten für den Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung in § 184j StGB und § 231 StGB nicht gleichwertig sind. Dies ist allerdings bereits in der unterschiedlichen Konstruktion der Delikte angelegt. Das tatbestandliche Verhalten in § 231 StGB, die Schlägerei bzw. der von mehreren verübte Angriff, richtet sich unmittelbar gegen die Rechtsgüter Leben und körperliche Integrität. Die objektive Strafbarkeitsbedingung greift dies auf und macht die Bestrafung von einer besonders intensiven Verletzung dieser Rechtsgüter in Form der schweren Folge abhängig. In den meisten Fällen von Schlägereien besteht erfahrungsgemäß eine abstrakte Gefahr für den Eintritt der schweren Folge.⁸³ Demgegenüber richtet sich das tatbestandliche Verhalten des § 184j StGB grundsätzlich gegen alle Rechtsgüter, da es sich nur um irgendeine Straftat handeln muss, zu dessen Begehung bedrängt wird.⁸⁴ Die Strafbarkeitsbedingung greift wiederum nur bei Begehung eines Sexualdelikts ein. Da der Gesetzgeber den § 231 StGB im Gesetzgebungsverfahren stets als Archetyp nannte,⁸⁵ entsteht der Eindruck, der Gesetzgeber gehe tatsächlich davon aus, die Bedrängung durch Gruppen schaffe eine spezifische Gefahr für das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung. Eine solche Vorstellung liegt der Normierung aber gerade nicht zugrunde. In der Gesetzesbegründung wird vielmehr dargelegt, dass mit diesem *modus operandi* typischerweise neben den Sexualdelikten auch Vermögens- oder Körperverletzungsdelikte begangen würden.⁸⁶ Dass der Gesetzgeber § 231 StGB als Leitbild nutzte, dürfte sich vor allem aus der gleichen Interessenlage ergeben, die jeweils darauf gerichtet ist, Beweisprobleme durch einen verschuldensunabhängigen Erfolg zu umgehen, was im Rahmen der herrschenden Abzugsthese weitestgehend nicht als Verletzung des Zweifelsgrundsatzes angesehen wird.⁸⁷

Es ist also festzuhalten, dass § 231 StGB hinsichtlich der Gefahrenlage schlicht nicht als taugliche Vergleichsnorm dienen kann, da es bei ihm, anders als bei § 184j StGB, um eine

spezifische Gefahr für ein bestimmtes Rechtsgut geht. Die Qualität des Gefahrenverwirklichungszusammenhangs ist angesichts der unterschiedlichen Gefahrenlage zwangsläufig eine andere. Einige *Autoren* schlussfolgern aus der mangelnden Vergleichbarkeit mit § 231 StGB die Unvereinbarkeit des § 184j StGB mit dem Schuldgrundsatz.⁸⁸ Dies erscheint allerdings nicht sachgerecht. Zutreffend ist, dass der Schuldgrundsatz die zufällige Haftung verbietet. Für Delikte mit objektiven Strafbarkeitsbedingungen bedeutet dies, dass zwischen der Bedingung und dem tatbestandlichen Verhalten ein hinreichender Zusammenhang bestehen muss.⁸⁹ *Geisler* begründet dies zutreffend mit der fehlenden Möglichkeit, objektiv zu weit geratene Zurechnungen im subjektiven Bereich noch „korrigieren“ zu können, da auf den subjektiven Bereich gerade verzichtet wird.⁹⁰ Eine vom tatbestandlichen Verhalten völlig losgelöste objektive Strafbarkeitsbedingung kann es nicht geben. Welche Qualität ein solcher Zusammenhang aufweisen muss, kann meiner Ansicht nach nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss vielmehr deliktsspezifisch anhand der jeweilig bestehenden Gefahr beurteilt werden. Für § 184j StGB wird teilweise ein zeitlich-örtlicher Konnex für erforderlich gehalten.⁹¹ Mit Blick auf den Schutz vor enthemmenden Gruppendynamiken und einer Überzahl an Angreifern ist es erforderlich, dass sich das Gruppenbedrängungsrisiko realisiert. Dies entspricht wiederum dem notwendigen Zusammenhang innerhalb des § 231 StGB, bei dem sich das Schlägereirisiko realisieren muss, also das vom Täter schuldhaft (mit-)geschaffene Risiko.⁹² Nichts anderes kann für § 184j StGB gelten: Auch hier muss sich die Gefahr realisieren, die der Täter mitzuverantworten hat, nämlich die Gruppenbedrängung. Wird also das Sexualdelikt an einer anderen Person begangen, als derjenigen, die durch die Gruppe zwecks Begehung einer Straftat an ihr bedrängt wird, so liegt der erforderliche Konnex nicht vor. Es fehlt an einem objektiven Bindeglied zwischen tatbestandlichem Verhalten und objektiver Strafbarkeitsbedingung.

Der Wortlaut des § 184j StGB ist insoweit abermals ungenau und verlangt lediglich, dass eine Tat nach den §§ 177 oder 184i StGB begangen wird, ohne das Opfer dieser Tat zu spezifizieren. Opfer der Sexualtat könnten also auch andere als die bedrängte Person sein, wie Dritte oder gar andere Gruppenmitglieder, die wiederum Täter des § 184j StGB wären.⁹³ Auch wenn der Täter des Sexualdelikts möglicherweise durch die enthemmend wirkende Gruppendynamik zur Tat bewegt

⁸² *Hoven*, DRiZ 2017, 280 (284); *Georgi/Wegner* (Fn. 40) S. 143; *Fischer* (Fn. 22), S. 1101 f.; *Noltenius* (Fn. 5), § 184j Rn. 13.

⁸³ BGHSt 33, 100 (103); *Hohmann*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 231 Rn. 2; *Bauer*, RuP 2017, 46 (57).

⁸⁴ BT-Drs. 18/9097, S. 31.

⁸⁵ Vgl. Eckpunktepapier zur Reform des Sexualstrafrechts – mit dem Grundsatz „Nein heißt Nein“ (Tischvorlage zur 101. Sitzung des Rechtsausschusses) vom 1. Juni 2017, S. 4; *Hörnle*, in: Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Wortprotokoll der 101. Sitzung am 1.6.2016 – Protokoll-Nr. 18/101, S. 26; BT-Drs. 18/9097, S. 31.

⁸⁶ BT-Drs. 18/9097, S. 31.

⁸⁷ *Pichler*, StRR 2016, 4; *Eschelbach*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 5), § 231 Rn. 2; a.A. *Rönnau/Bröckers*, GA 1995, 549 (553 ff.); aus der Perspektive des Fahrlässigkeitsvorwurfs konsequenterweise ablehnend *Roxin/Greco* (Fn. 30), § 23 Rn. 9, 12.

⁸⁸ Vgl. *Bauer*, RuP 2017, 46 (58); *Bezjak*, KJ 2016, 557 (570); *Kunz*, jM 2016, 433 (436); *Wolters* (Fn. 28), § 184j Rn. 12; a.A. *Heger* (Fn. 3), § 184j Rn. 5.

⁸⁹ *Schmidhäuser*, ZStW 71 (1959), 546 (558); *Hoven*, DRiZ 2017, 280 (284).

⁹⁰ Siehe *Geisler* (Fn. 43), S. 305.

⁹¹ So *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (190).

⁹² *Geisler* (Fn. 43), S. 304–309; *Hohmann* (Fn. 83), § 231 Rn. 26 f.

⁹³ Vgl. *Hoven*, NK 2018, 392 (405); *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 183 (191); *Noltenius* (Fn. 5), § 184j Rn. 14; *Fischer* (Fn. 28), § 184j Rn. 19; *Wolters* (Fn. 28), § 184j Rn. 12; *Bock* (Fn. 4), S. 56.

wurde, ist in jedem Fall ein Konnex zur Bedrängung erforderlich. In solchen Fällen muss der Wortlaut erneut verfassungskonform ausgelegt werden.⁹⁴ Es muss stets der soeben beschriebene Bedrängungszusammenhang bestehen, da der Gruppenbeteiligte nicht mit einer Tat gegen eine andere, als die durch die Gruppe bedrängte Person rechnen muss.

Wird die Sexualtat an der im Sinne des Gesetzes bedrängten Person begangen, handelt es sich aus der Sicht des Gesetzgebers nicht mehr um eine Unfallhaftung, da mit dem modus operandi „typischerweise“ eben auch Sexualdelikte neben Vermögens- oder Körperverletzungsdelikten begangen würden.⁹⁵ Ob bei Bedrängungen durch Gruppen diese Delikte „typischerweise“ begangen werden, kann zwar bezweifelt werden,⁹⁶ doch liegt es, wie bereits zuvor erwähnt, im Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers, die dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren zu beurteilen.⁹⁷ Eine solche Annahme darf natürlich nicht völlig abwegig, gar willkürlich sein. Auch wenn der Gesetzgeber die Tatbegehung aus Gruppen als „neues und gewichtiges Phänomen“ ausmacht, wird doch selbst aus der kritischen Literatur angemerkt, dass sexuell motivierte Attacken auf weibliche Opfer gerade im Umfeld von Massenveranstaltungen seit langem bekannt sind.⁹⁸

Der Gesetzgeber hat mit dieser Formulierung zum wiederholten Mal unnötige Angriffsfläche geboten und selbst dafür gesorgt, dass § 184j StGB erheblicher Kritik ausgesetzt ist. Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass es letztlich nicht völlig abwegig ist, Gruppenbedrängungen per se als Gefahr für mehrere Rechtsgüter und auch für die sexuelle Selbstbestimmung anzusehen.⁹⁹ Diese Gefahr rührt aus der Nähe zum potenziellen Opfer (Bedrängungssituation), vornehmlich jedoch aus der bereits beschriebenen, enorm wirkmächtigen Gruppendynamik,¹⁰⁰ welche sich in der gegenseitigen Entthemung und der größeren Risikobereitschaft ausdrückt.¹⁰¹

⁹⁴ Dass der Gesetzgeber solche Fälle nicht erfassen wollte, deuten auch die Aussagen in der Plenardebatte zu § 184j StGB an, vgl. Plenarprotokoll 18/183, S. 18004: Der Abgeordnete *Keul*, die genau dieses Beispiel aufgriff, rief der Abgeordnete *Hoffmann* zu: „Genau das wird nicht erfasst!“.

⁹⁵ Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 31.

⁹⁶ Vgl. *Bauer*, RuP 2017, 46 (57 f.); *Bezjak*, KJ 2016, 557 (570).

⁹⁷ Vgl. insoweit schon auf S. 17, BVerfGE 90, 145 (173); 77, 170 (214).

⁹⁸ Siehe *Fischer* (Fn. 22), S. 1092; vgl. auch Schlussbericht PUA NRW-Drs. 16/14450, S. 714 f. Siehe auch *Bauer*, RuP 2017, 46 (53 f.), der jedenfalls Diebstahlsdelikte aus Gruppen als bereits bekanntes Phänomen benennt, siehe auch NRW-Drs 16/6857.

⁹⁹ So auch *Beck* (Fn. 40), Kap. 3 Rn. 12.

¹⁰⁰ Siehe dazu bereits Ausführungen unter II. 2. a), insbesondere *Freud* (Fn. 67), S. 30 f.

¹⁰¹ Vgl. *Schumacher*, NJW 1980, 1880 (1881 ff.), der damals aber noch für eine strafbarkeitsbegrenzende Wirkung von Gruppenprozessen plädierte und solche Taten vielmehr als „gruppendynamischen Unfall“ bezeichnete, vgl. S. 1882;

Demnach ist festzuhalten, dass der § 184j StGB keine mit dem § 231 StGB vergleichbare Gefahrenlage beschreibt. Gleichwohl bedeutet dies keinen Verstoß gegen das Schuldprinzip. Dies wäre nur der Fall, wenn es sich offensichtlich um eine Unfallhaftung handeln würde. Der Gesetzgeber nutzt aber in zulässiger Weise seinen Beurteilungsspielraum, wenn er in Bedrängungen durch Gruppen zwecks Begehung einer Straftat die abstrakte Gefahr für weitere Rechtsgüter sieht. Ob die Beschränkung der Strafbedürftigkeit auf Sexualdelikte einen unzulässigen Verstoß gegen das Willkürverbot bedeutet, gilt es nun zu erörtern.

4. § 184j StGB und das Willkürverbot

Es sind die folgenden zwei Umstände, die in Kumulation § 184j StGB als verfassungswidrig erscheinen lassen: Zunächst stellt bereits das tatbestandliche Verhalten, welches eine abstrakte Gefahr für eine Vielzahl von Rechtsgütern schafft, ein strafwürdiges Unrecht dar. Für strafbedürftig hält es der Gesetzgeber aber nur, wenn in die sexuelle Selbstbestimmung durch Taten nach §§ 177 oder 184i StGB eingegriffen wird, obwohl er selbst feststellt, dass typischerweise auch andere Delikte in Bedrängungssituationen begangen werden.¹⁰² Wenn es aber für den Unrechtsgehalt keinen Unterschied macht, welche Tat im Sinne einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit begangen wird, ist zu fragen, ob eine Beschränkung auf Sexualdelikte zulässig ist. Zwar gilt nicht in der Umkehrung des Schuldprinzips der Grundsatz „Keine Schuld ohne Strafe“, doch muss die Strafbarkeitsbeschränkung ihre Grenze im Willkürverbot finden.¹⁰³ Der Gesetzgeber ist nach Art. 3 Abs. 1 GG gehalten, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln; ihm verbleibt dabei aber ebenfalls ein weiterer Gestaltungsspielraum.¹⁰⁴

Bereits deutlich gemacht wurde, dass für die Begehung von Sexualdelikten kein höheres Risiko besteht als für andere Delikte. Weiterhin darf nach der Abzugsthese die Sexualtat keine unrechtsbegründende Wirkung haben. Einzig denkbarer Anknüpfungspunkt für eine Ungleichbehandlung wäre die beabsichtigte Wirkung, das Signal, das von einer derartigen Regelung ausgeht. Der Gesetzgeber wollte mit dem 50. StAG einen möglichst umfassenden Schutz vor sexualisierter Gewalt schaffen,¹⁰⁵ und folgt so der grundsätzlich zu befürwortenden Sensibilisierung der Gesellschaft im Hinblick auf sexistisches Denken und Handeln. Konsequenterweise erscheint diese Argumentation des Gesetzgebers allerdings nicht.¹⁰⁶ Das Strafrecht sollte angesichts des Ultima-ratio-Prinzips dem Ge-

ähnlich bereits früher *Nagler*, GS 1927, 157 (159): „Das Unbewusste übernimmt die Herrschaft“.

¹⁰² Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 31.

¹⁰³ So auch schon *Schmidhäuser*, ZStW 71 (1959), 545 (561).

¹⁰⁴ Vgl. BVerfGE 64, 158 (164 f.); *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 103.

¹⁰⁵ Siehe BT-Drs. 18/9097, S. 20 f.

¹⁰⁶ Ähnlich kritisch mit dieser Symbolpolitik aus kriminologischer Perspektive: *Kölbel*, in: Goeckenjan/Puschke/Singelstein (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 80. Geburtstag, 2019, S. 61 (78).

setzgeber nicht als Erziehungsmittel der Gesellschaft dienen, sind die Nutzen dafür doch ohnehin empirisch sehr spekulativ.¹⁰⁷ Wenn die Gefahren durch gruppenspezifische Prozesse tatsächlich derart ernst zu nehmen sind, wie sie der Gesetzgeber darstellt, dann wäre nur eine umfassende Regelung im Allgemeinen Teil die richtige Entscheidung.¹⁰⁸ Er kann nicht in einem Atemzug behaupten, die objektive Strafbarkeitsbedingung in § 184j StGB sei unrechtsneutral, gleichzeitig liege aber nur bei Begehung einer Sexualtat ein Strafbedürfnis vor. Die Unterscheidung zwischen dem über § 184j StGB haftenden Täter und demjenigen, aus dessen Gruppe „nur“ ein Diebstahl begangen wird, lässt sich nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen. Das Unrecht, die Gruppenbedrängung zwecks Begehung einer Straftat, bleibt dasselbe und der Gesetzgeber geht selbst davon aus, dass beide Delikte „typischerweise“ mit diesem *modus operandi* begangen werden.¹⁰⁹

In der derzeitigen Fassung kommt der Sexualtat also doch strafbarkeitsbegründende Wirkung zu, sodass die Norm im Sinne der herrschenden Abzugsthese nicht mit dem Schuldprinzip vereinbar ist. Es bedarf also entweder einer allgemeinen Gruppenhaftung oder gar keiner. Eine verfassungskonforme Auslegung ist insoweit nicht möglich, da sich die strafbarkeitsbegründende Wirkung der Sexualtat angesichts der Gesetzesbegründung nicht negieren lässt und eine allgemeine Gruppenhaftung den Rahmen der verfassungskonformen Auslegung sprengen würde. Diese findet ihre Grenze dort, „wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzes in Widerspruch treten würde“¹¹⁰. Es wäre ein nicht zu übersehender Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG, wollte man in den § 184j eine allgemeine Gruppenhaftung hineinlesen. Dann verbleibt es aber bei der festgestellten strafbarkeitsbegründenden Wirkung der Sexualtat und der Unvereinbarkeit mit dem Schuldprinzip nach der herrschenden Abzugsthese.

III. Abschließende Stellungnahme

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die mit heißer Nadel gestrickte Norm an gewichtigen Ungenauigkeiten leidet und in zweifacher Hinsicht verfassungskonform ausgelegt werden müsste. So kann die innerliche Billigung des Unrechts, also die bloße Anwesenheit ohne Manifestation der Gesinnung, für sich genommen kein strafbares Unrecht begründen. Der Täter müsste vielmehr über den Wortlaut hinaus etwas zum Bedrängungseffekt beitragen. Weiterhin müsste zwischen der Gruppenbedrängung und der Sexualtat stets der beschriebene Bedrängungszusammenhang als notwendiger Konnex des tatbestandlichen Verhaltens und der objektiven Strafbarkeitsbedingung bestehen. Dies ist nicht der Fall, wenn die Sexualtat an einer anderen als der bedrängten Person begangen wird. Wird die Sexualtat hingegen an der bedrängten Person begangen, liegt entgegen der weit verbreiteten Auffassung

keine mit dem Schuldprinzip unvereinbare Zufallshaftung mehr vor.

Die Norm ist aber letztlich aus anderen Gründen nicht zu retten: Es ist widersprüchlich, die Sexualtat als unrechtsneutral zu bezeichnen, während es keinen sachlichen Grund für eine Beschränkung auf solche gibt. Der Gesetzgeber selbst geht davon aus, dass in den avisierten Gruppenkonstellationen typischerweise auch andere Delikte begangen werden. Der Sexualtat kommt dann aber unrechtsbegründende Wirkung zu, wenn bei gleichwertiger Gefahr für die Begehung von Sexual-, Körperverletzungs- und Vermögensdelikten in Bedrängungssituationen nur bei Begehung von Sexualdelikten ein Strafbedürfnis bestehe, obwohl die Strafbarkeit in allen Konstellationen angenommen wird. Demnach ist die Norm verfassungswidrig.

Dass die Gruppenhaftung bei Sexualtaten unmittelbar nach den Silvesterereignissen 2015/16 in das Gesetzgebungsverfahren Eingang fand, hat sofort einen Schatten auf das Vorhaben geworfen. Die schlechte Umsetzung bestärkt den Eindruck, dass der Gesetzgeber, getrieben durch die mediale Berichterstattung, in erster Linie schnell ein (symbolisches) Exempel statuieren wollte.

Letztlich ist es auch eine Frage des Prinzips, ob wir die bisherigen Zurechnungsgrundsätze aufgeben wollen. Insoweit erscheint es nicht richtig, Exzesse durch andere Beteiligte aufgrund psychologischer Erkenntnisse über Gruppendynamiken zuzurechnen.¹¹¹ Dies birgt die Gefahr eines Tabubruchs, der weitere Ausweitungen nach sich ziehen könnte.

¹⁰⁷ So auch *Kölbel* (Fn. 106), S. 77 f.

¹⁰⁸ So auch *Hörnle*, BRJ 2017, 57 (61); *dies.*, NStZ 2017, 13 (21); *dies.*, KriPoZ 2018, 12 (14).

¹⁰⁹ BT-Drs. 18/9097, S. 31.

¹¹⁰ BVerfGE 71, 81 (105); vgl. auch BVerfGE 54, 277 (299 f.); 90, 263 (275).

¹¹¹ Deutlich sinnvoller ist es, wie *Schumacher* über eine verminderte Schuldfähigkeit bei dem durch die Dynamik motivierten Täter nachzudenken, vgl. NJW 1980, 1880 (1881).

Die Reform der §§ 275 ff. StGB

Zugleich eine Untersuchung der neuen Konkurrenzverhältnisse der §§ 277 ff. StGB zu § 267 Abs. 1 StGB

Von Ref. iur. und Wiss. Mitarbeiter **Lennart Stieger**, Kiel*

I. Einführung

Mit dem „Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ vom 22. November 2021 wurden die §§ 275 ff. StGB umfassend reformiert. Speziell die Vorschriften der §§ 277–279 StGB enthielten innerhalb des auf die Urkundenfälschung bezogenen 23. Abschnitts Straftatbestände, die sich auf Fälschung, Ausstellung und Gebrauch von (unrichtigen) Gesundheitszeugnissen bezogen und seit Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches am 1. Januar 1872 in ihren Tatbeständen unverändert geblieben sind. Angesichts der um sich greifenden COVID-19-Pandemie und der damit verbundenen erheblichen praktischen Bedeutung von Gesundheitszeugnissen erschienen die Regelungen nicht mehr als zeitgemäß. Insbesondere war seitens des Gesetzgebers festzustellen, dass einzelne strafwürdige Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Gesundheitszeugnissen strafrechtlich noch nicht hinreichend klar erfasst worden waren, wobei gerade in Pandemiesituationen ein von dogmatischen Unsicherheiten freier strafrechtlicher Schutz des Rechtsverkehrs vor unrichtigen Gesundheitszeugnissen zu gewährleisten sei.¹ Gleichzeitig reagierte der Gesetzgeber auf die zuvor im Schrifttum lautgewordene, bis dato aber ignorierte Kritik, die sich gegen die Tatbestandsfassung der §§ 277–279 StGB und speziell ihrem privilegierenden Verhältnis gegenüber der Urkundenfälschung formiert hatte.² Obwohl es sich bei Gesundheitszeugnissen lediglich um einen Spezialfall der Urkunde i.S.d. § 267 Abs. 1 StGB handelte und die Tatmodalitäten darüber hinaus nahezu deckungsgleich waren, entfalteten die §§ 277 ff. StGB eine Sperrwirkung gegenüber § 267 StGB. Folglich war für eine Beschränkung des Täuschungsadressaten auf Behörden oder Versicherungsgesellschaften, die fehlende Versuchsstrafbarkeit und den wesentlich geringeren Strafrahmen der §§ 277 ff. StGB kein vernünftiger Grund ersichtlich. Der folgende Beitrag beleuchtet zunächst die einzelnen Änderungen samt ihrem kriminalpolitischen Hintergrund (II.). Anschließend erfolgt eine kritische Betrachtung der Gesetzesänderung im Hinblick auf das neuartige Konkurrenzverhältnis der §§ 277 ff. zur Urkunden-

fälschung nach § 267 StGB. In diesem Zusammenhang wird es maßgeblich darauf ankommen, inwiefern den §§ 277–279, 281 StGB n.F. ein eigenständiger Anwendungsbereich gegenüber § 267 StGB zukommt (III.). Eine Schlussbemerkung fasst die Ergebnisse zusammen und gibt einen Ausblick auf die sicherlich nicht verstummende Diskussion um die Strafbarkeit im Zusammenhang mit Gesundheitszeugnissen (IV.).

II. Betrachtung der Reform der §§ 275 ff. StGB

1. Vorbereitung der Fälschung von amtlichen Ausweisen, Vorbereitung der Herstellung von unrichtigen Impfausweisen, § 275 StGB

Um die Strafbarkeit sämtlichen strafwürdigen Verhaltens im Bereich der Fälschung von Impfausweisen zweifelsfrei sicherzustellen, wurde die bisherige Fassung des § 275 StGB um einen Abs. 1a ergänzt, um zukünftig auch Vorbereitungshandlungen strafrechtlich zu erfassen. Nunmehr wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer die Herstellung eines unrichtigen Impfausweises vorbereitet, indem er in einem Blankett-Impfausweis eine nicht durchgeführte Schutzimpfung dokumentiert oder einen auf derartige Weise ergänzten Blankett-Impfausweis sich oder einem anderen verschafft, feilhält, verwahrt, einem anderen überlässt oder einzuführen oder auszuführen unternimmt. Der neue Tatbestand des § 275 Abs. 1a StGB ist formal zwar grundsätzlich an den des § 275 Abs. 1 StGB angelehnt, grenzt sich inhaltlich von diesem aber dadurch ab, dass sich das Tatmittel nicht auf amtliche Ausweise, sondern auf Impfausweise bezieht. Im Gegensatz zu amtlichen Ausweisen i.S.d. §§ 275 Abs. 1, 267a StGB werden Impfausweise regelmäßig nicht durch Behörden ausgegeben und ausgefüllt, sodass es sich bei Impfausweisen nicht um amtliche Dokumente handelt.³ Vielmehr werden Impfausweise zumeist in Arztpraxen durch Ärztinnen und Ärzte oder durch deren Hilfspersonal mit personenbezogenen Daten und Impfeinträgen versehen und an die geimpften Personen ausgehändigt. Blankett-Impfausweise sind demnach Impfausweise, die noch nicht personalisiert sind, die also noch keine Angaben zur Person des Inhabers enthalten.⁴ Wurde in einen Blankett-Impfausweis bereits eine (tatsächlich nicht erfolgte) Impfung eingetragen, war nach ehemaliger Rechtslage zweifelhaft, ob bereits vor der Personalisierung des Impfausweises eine Fälschung von Gesundheitszeugnissen (§ 277 StGB), ein Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse (§ 278 StGB) oder eine Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1 Var. 1 StGB) vorlag. Im Hinblick auf die Urkundenfälschung aus § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB konnte die Urkundenqualität und im Hinblick auf die §§ 277 f. StGB die Gesundheitszeugnisqualität daran

* Der *Autor* ist Rechtsreferendar am Landgericht Kiel und Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Andreas Hoyer an der Christian-Albrechts-Universität Kiel.

¹ BT-Drs. 20/15, S. 2, 20.

² Siehe etwa *Erb*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 277 Rn. 1; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, § 277 Rn. 1; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2019, § 277 Rn. 4 ff.; *Puppe/Schumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 277 Rn. 1; *Zieschang*, ZIS 2020, 481 (482 ff.) m.w.N.

³ Siehe etwa *Erb* (Fn. 2), § 275 Rn. 3; *Puppe/Schumann* (Fn. 2), § 275 Rn. 4.

⁴ BT-Drs. 20/15, S. 32.

scheitern, dass bei der Eintragung einer tatsächlich noch nicht erfolgten Impfung in einen Blankett-Impfausweis noch kein Personenbezug gegeben war. Für den effektiven Schutz des Rechtsverkehrs vor unrichtigen Impfausweisen sei es nach Ansicht des Gesetzgebers jedoch unerlässlich, bereits das entsprechende Präparieren von Blankett-Impfausweisen und den Handel mit solchen Produkten rechtssicher unter Strafe zu stellen. Andernfalls könne die Strafbarkeit des Herstellens und des Handels mit Blankett-Impfausweisen, die mit falschen Impfeinträgen versehen sind, davon abhängen, ob in die Impfausweise später Namen und sonstige personenbezogene Daten eingetragen werden. Es müsse aber bereits das Herstellen derart präparierter Impfausweise und deren Anbieten rechtssicher pönalisiert sein, weil derartige Handlungen insbesondere in Pandemiesituationen eine sehr hohe Gefährlichkeit aufwiesen, zumal es mit dem Eintragen personenbezogener Daten nur noch eines minimalen Aufwandes bedürfe, um dem Impfausweis eine Urkundenqualität oder die Qualität eines Gesundheitszeugnisses zu verleihen.

Deshalb erfasst der neue § 275 Abs. 1a StGB nunmehr diejenigen Fälle, in denen die Herstellung eines unrichtigen Impfausweises dadurch vorbereitet wird, dass in Blankett-Impfausweise mindestens eine Impfung eingetragen wird („indem er in einem Blankett-Impfausweis eine nicht durchgeführte Schutzimpfung dokumentiert“). Von dieser Tathandlungsbeschreibung des Dokumentierens von nicht durchgeführten Schutzimpfungen sind nach dem Willen des Gesetzgebers alle Konstellationen des händischen oder maschinellen Hineinschreibens oder -druckens von Einträgen, aber auch des Einklebens, Anheftens oder ähnlicher Verbindungshandlungen erfasst.⁵ Weitere strafbare Handlungsmodalitäten im Zusammenhang mit entsprechend präparierten Blankett-Impfausweisen sind – wie in § 275 Abs. 1 StGB –, dass jemand sich oder anderen derartige Impfausweise verschafft, sie feilhält, verwahrt, einer anderen Person überlässt oder sie ein- oder ausführt, also unter anderem Handlungen, die auf den Handel mit entsprechenden Dokumenten bezogen sind. Die Strafandrohung ist wie bei der Fälschung amtlicher Ausweise nach § 275 Abs. 1 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe versehen. Durch eine Ergänzung in § 275 Abs. 2 StGB wird dessen Qualifikationsvorschrift nun auch auf Konstellationen des neuen Absatzes 1a erstreckt. Wer gewerbs- oder bandenmäßig die Herstellung unrichtiger Impfausweise vorbereitet, ist unter Anwendung eines verschärften Strafrahmens von drei Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe zu bestrafen.

2. Unbefugtes Ausstellen von Gesundheitszeugnissen gem. § 277 StGB

Die Tatbestandsfassung des § 277 StGB wurde in zweierlei Hinsicht reformiert, wodurch insgesamt eine Angleichung der Tatmodalitäten an die Urkundenfälschung gem. § 267 StGB beabsichtigt wurde. Einerseits wurden die zweite und dritte Handlungsmodalität des ersten Teilkaktes („oder unberechtigt unter dem Namen solcher Personen ein Zeugnis über seinen oder eines anderen Gesundheitszustand ausstellt oder ein der-

artiges echtes Zeugnis verfälscht“) und der zweite Teilkakt („und davon zur Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften Gebrauch macht“) ersatzlos gestrichen. Dadurch wandelt sich die ehemals zweiaktige Deliktsstruktur des § 277 StGB a.F. zu einer einaktigen, da zukünftig das unbefugte Ausstellen des Gesundheitszeugnisses durch die dem Täter nicht zustehende Bezeichnung als Arzt oder als eine andere approbierte Medizinalperson für eine Strafbarkeit ausreichend ist. Der Gesetzgeber empfand es nicht mehr als überzeugend, eine strafbare Handlung erst dann anzunehmen, wenn von dem unrichtigen Gesundheitszeugnis auch tatsächlich Gebrauch gemacht wurde. Vielmehr bestehe schon mit der Existenz unrichtiger Gesundheitszeugnisse eine erhebliche Gefahr für den Rechtsverkehr, sodass es für eine Strafbarkeit nicht mehr auf das zusätzliche Gebrauchmachen ankomme.⁶ Andererseits wurde der Adressatenkreis der Täuschungshandlung erweitert und infolgedessen an § 267 StGB angeglichen. Bei der unbefugten Ausstellung von Gesundheitszeugnissen kommt es nun nicht mehr darauf an, dass mittels dieser eine Behörde oder eine Versicherungsgesellschaft getäuscht wird. Nach der Neufassung ist eine Täuschung im Rechtsverkehr ausreichend. Das Tatbestandsmerkmal ist deckungsgleich mit dem Verständnis der Urkundenfälschung zu verstehen und soll dann erfüllt sein, wenn der Täter davon ausgeht, dass das unrichtige Gesundheitszeugnis gegenüber einer anderen Person zum Einsatz kommen wird, um diese zu einem rechtlich erheblichen Verhalten zu veranlassen.⁷ Ein rechtlich erhebliches Verhalten kann in Zeiten der COVID-19-Pandemie insbesondere in der Ausübung des Hausrechts dahingehend liegen, dass einer Person der Zugang zu Räumlichkeiten oder das Verweilen in diesen, etwa bei Veranstaltungen, gestattet wird.⁸ Die Strafbarkeit der Herstellung eines unechten Gesundheitszeugnisses, der Verfälschung eines echten Gesundheitszeugnisses und des Gebrauchs eines unechten oder verfälschten Zeugnisses richtet sich künftig ausschließlich nach den §§ 267 und 269 StGB.

Die erste Variante des ersten Teilkaktes des bisherigen § 277 StGB (das Ausstellen eines Gesundheitszeugnisses unter der dem Täter nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder als eine andere approbierte Medizinalperson) betraf derweilen eine Sonderkonstellation, die von den Reformbemühungen bewusst ausgeklammert wurde. Die verbleibende Tathandlung betrifft nämlich den Fall, dass nicht über die Identität der ausstellenden Person, sondern über deren (medizinische) Qualifikation getäuscht wird. Eine solche Qualifikationstäuschung unterfällt nach Auffassung des Gesetzgebers nicht dem Kriterium der Unechtheit i.S.d. § 267 StGB, da es sich hierbei um eine „schriftliche Lüge“ handle.⁹ Obgleich die praktische Relevanz des ehemaligen § 277 Var. 1 StGB gering gewesen sein mag¹⁰ und das unbefugte Ausstellen von Gesundheitszeugnissen vielfach auch eine Strafbarkeit wegen Missbrauch von Titeln, Berufsbezeichnungen und Abzeichen

⁶ BT-Drs. 20/15, S. 34.

⁷ Erb (Fn. 2), § 267 Rn. 203; Fischer (Fn. 2), § 267 Rn. 43.

⁸ BT-Drs. 20/15, S. 34.

⁹ BT-Drs. 20/15, S. 33.

¹⁰ Erb (Fn. 3), § 277 Rn. 1; Zieschang, ZIS 2021, 481 (483).

⁵ BT-Drs. 20/15, S. 33.

gem. § 132a StGB nach sich ziehen dürfte, war es dem Gesetzgeber ein besonderes Anliegen, sämtliche strafwürdige Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Gesundheitszeugnissen konsequent zu erfassen und dafür die Regelung des bisherigen § 277 Var. 1 StGB beizubehalten.¹¹ Für ein zukünftiges Nebeneinander von den §§ 132a und 277 Abs. 1 Var. 1 StGB n.F. spricht schon, dass beide Normen divergierende Rechtsgüter schützen. Während bei § 132a StGB der Schutz der Allgemeinheit vor dem Auftreten von Personen im Vordergrund steht, die sich durch nicht „verdienten“ Gebrauch von Bezeichnungen den Schein besonderer Funktionen, Fähigkeiten und Vertrauenswürdigkeit geben,¹² schützt § 277 StGB vor allem die Sicherheit des Rechtsverkehrs im Umgang mit Gesundheitszeugnissen.¹³ Ferner ist der Begriff der approbierten Medizinalperson nach § 277 StGB – und insofern auch der Anwendungsbereich dieser Strafnorm – wesentlich weiter gefasst als die abschließend in § 132a Abs. 1 Nr. 2 StGB aufgeführten Berufsgruppen. Approbierte Medizinalpersonen sind alle in Heilberufen tätigen Personen, deren Ausbildung gesetzlich geregelt ist und durch eine staatliche Prüfung abgeschlossen wird.¹⁴ Hierunter fallen etwa auch Hebammen, Krankenpfleger, Physiotherapeuten, medizinisch-technische Assistenten, Masseur und medizinische Bademeister.¹⁵ Diese ebenfalls unter den Begriff der approbierten Medizinalperson fallenden Berufsgruppen werden aber nicht in § 132a Abs. 1 Nr. 2 StGB genannt. Da etwa auch einem von einer Hebamme ausgestellten Dokument im Rechtsverkehr erhebliche Bedeutung zukommen kann, beispielsweise bei der Meldung einer Hausgeburt gegenüber dem Standesamt, erscheint die grundsätzliche Beibehaltung der Strafbarkeit nach § 277 Var. 1 StGB aus Sicht des Gesetzgebers angezeigt.

Weiterhin hat die Tatbestandsfassung des § 277 Abs. 1 StGB eine mit den §§ 145d Abs. 1, 184i Abs. 1, 316 StGB vergleichbare Subsidiaritätsklausel erhalten, wodurch das unbefugte Ausstellen von Gesundheitszeugnissen nur dann strafbar ist, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften des 23. Abschnitts mit schwererer Strafe bedroht ist. Zudem wurde in § 277 Abs. 2 StGB ein besonders schwerer Fall eingefügt, der in der Regel dann vorliegt, wenn der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von unrichtigem Ausstellen von

Gesundheitszeugnissen verbunden hat, Impfnachweise oder Testzertifikate betreffend übertragbare Krankheiten unbefugt ausstellt. Nach § 22 Abs. 7 IfSG a.F. und § 22 Abs. 4c IfSG n.F. bescheinigen Testzertifikate bzw. Testdokumentationen die Durchführung und Überwachung einer Testung in Bezug auf einen Erregernachweis (z.B. des Coronavirus SARS-CoV-2). Indem das Testzertifikat (rückblickend) ein positives oder negatives Testergebnis bescheinigt, trifft es eine konkrete Krankheitsdiagnose. Damit verkörpert es eine Erklärung über den Gesundheitszustand einer Person, sodass das Testzertifikat dem Begriff des Gesundheitszeugnisses (etwa i.S.d. § 277 Abs. 1 StGB) unterfällt.¹⁶

3. Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse gem. § 278 StGB und Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse gem. § 279 StGB

Gegenüber der umfassenden Reform des § 277 StGB fällt die Anpassung der §§ 278, 279 StGB vergleichsweise marginal aus. Im Einklang mit § 277 StGB wird der Täuschungsadressat in den §§ 278, 279 StGB dahingehend erweitert, dass nunmehr eine Täuschung gegenüber sonstigen am Rechtsverkehr teilnehmenden Personen ausreichend ist, indem die Passage „zum Gebrauch bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft“ durch die Wörter „zur Täuschung im Rechtsverkehr“ ersetzt wurde. Für die Änderung des § 278 StGB führt der Gesetzgeber an, dass das Ausstellen eines unrichtigen Gesundheitszeugnisses mit dem Zweck, den Arbeitgeber über den Gesundheitszustand zu täuschen, ebenfalls als strafwürdig erscheint.¹⁷ Damit wird zugleich die Wortlautfassung „wider besseres Wissen“ in § 278 StGB redundant, da das Ausstellen eines unrichtigen Zeugnisses zur Täuschung im Rechtsverkehr stets voraussetzt, dass die Unrichtigkeit des erstellten Zeugnisses dem Täter bekannt ist.¹⁸ Zudem wurde das Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse um einen besonders schweren Fall in § 278 Abs. 2 StGB ergänzt, der in der Regel dann vorliegt, wenn der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von unrichtigem Ausstellen von Gesundheitszeugnissen verbunden hat, Impfnachweise oder Testzertifikate betreffend übertragbare Krankheiten unrichtig ausstellt. Darüber hinaus hat § 279 StGB eine mit § 277 Abs. 1 Hs. 2 StGB identische Subsidiaritätsklausel erhalten, wodurch der Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse nach § 279 StGB nur dann strafbar ist, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften des 23. Abschnitts mit schwererer Strafe bedroht ist.

4. Missbrauch von Ausweispapieren gem. § 281 StGB

Die Ergänzung des § 281 Abs. 2 StGB erfasst nun ausdrücklich sämtliche Fälle, bei denen fremde Gesundheitszeugnisse zur Täuschung im Rechtsverkehr als eigene verwendet werden. Laut Gesetzgeber mache es im Hinblick auf die Strafwürdigkeit keinen Unterschied, ob eine Konstellation des

¹¹ BT-Drs. 20/15, S. 33; a.A. Zieschang, ZIS 2021, 481 (483 ff.), der für eine vollständige Abschaffung des § 277 StGB a.F. eintritt.

¹² BGH NJW 1892, 2009 (2009 f.); Fischer (Fn. 2), § 132a Rn. 2; Hohmann, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 132a Rn. 1.

¹³ Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 277 Rn. 1; Zieschang, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/2, 12. Aufl. 2009, § 277 Rn. 1; Leifeld, NZV 2013, 422 (423).

¹⁴ Heine/Schuster (Fn. 13), § 277 Rn. 3; Puppe/Schumann (Fn. 2), § 277 Rn. 5.

¹⁵ Heine/Schuster (Fn. 13), § 277 Rn. 3; Puppe/Schumann (Fn. 2), § 277 Rn. 5.

¹⁶ Siehe etwa Gaede/Krüger, NJW 2021, 2159 (2163).

¹⁷ So bereits der Vorschlag von Zieschang, ZIS 2021, 481 (485).

¹⁸ BT-Drs. 20/15, S. 34.

§ 279 StGB i.V.m. § 277 StGB vorliegt, indem ein Gesundheitszeugnis gebraucht wird, das tatsächlich von einer nicht approbierten Medizinalperson ausgestellt worden ist, oder ob ein Gesundheitszeugnis gebraucht wird, das sich auf den Gesundheitszustand einer anderen Person als behauptet bezieht. In beiden Konstellationen werde der Rechtsverkehr darüber getäuscht, dass eine approbierte Medizinalperson der das Zeugnis verwendenden Person einen bestimmten Gesundheitszustand bescheinigt habe. Ähnliches gelte für die Konstellation des § 279 StGB i.V.m. § 278 StGB, in der ein inhaltlich unrichtiges, aber von einer approbierten Medizinalperson ausgestellt Zeugnis gebraucht werde.¹⁹ Durch die ausdrückliche Aufnahme von Gesundheitszeugnissen in die Aufzählung der Dokumente, die Ausweispapieren in § 281 Abs. 2 StGB gleichgestellt sind, werde sichergestellt, dass auch der Gebrauch fremder Gesundheitszeugnisse strafbar ist. Dem Gesetzgeber schweben vor allem Fälle vor, in denen der Täter ein auf eine andere Person ausgestelltes Attest beim Arbeitgeber in der Hoffnung vorlegt, dass das Auseinanderfallen der Personenidentitäten nicht auffalle. Ein weiterer Anwendungsfall bestünde darin, dass jemand beim Besuch eines Restaurants, das in Zeiten der COVID-19-Pandemie den Einlass nur unter der Voraussetzung der Vorlage eines auf das SARS-CoV-2 bezogenen Genesenen-, Impf- oder Testzertifikats gestattet, ein entsprechendes Dokument vorlegt, das sich aber tatsächlich auf eine andere Person bezieht.²⁰

III. Zum neuartigen Konkurrenzverhältnis der §§ 277 ff. StGB zu § 267 StGB

1. Zum Konkurrenzverhältnis des § 277 Abs. 1 StGB zu § 267 Abs. 1 Var. 1 und 2 StGB

Mit der Gesetzesänderung entsprach der Gesetzgeber dem Wunsch des Schrifttums, das als misslich empfundene Privilegierungsverhältnis der §§ 277 ff. StGB gegenüber den §§ 267 ff. StGB aufzuheben.²¹ Das ehemalige Privilegierungsverhältnis basierte darauf, dass Gesundheitszeugnisse regelmäßig einen Spezialfall der Urkunde i.S.d. § 267 StGB oder bei Ausstellung in elektronischer Form eine Datenurkunde i.S.d. § 269 StGB darstellen²² und die nunmehr gestrichenen Tathandlungen in § 277 Var. 2 und 3 (mit Ausnahme des Täuschungsadressaten) mit der Urkundenfälschung deckungsgleich waren,²³ sodass die privilegierende Strafandrohung des § 277 StGB (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe) gegenüber der höheren Strafandrohung der §§ 267, 269 StGB (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe) zur Anwendung kam – zumal die Urkundenfälschung und Fälschung beweisbarer Daten gem. §§ 267 Abs. 3, 269 Abs. 3 StGB mit einem besonders schweren Fall behaftet

sind (Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren) und zeitgleich eine Versuchsstrafbarkeit anordnen. Nunmehr misst der Gesetzgeber den §§ 277 ff. StGB im Verhältnis zu den §§ 267 ff. StGB nur noch eine ergänzende Funktion zu. War es ein besonderes Anliegen des Gesetzgebers, das als fehlerhaft eingestufte Privilegierungsverhältnis aufzuheben, fragt sich weiterhin, wie sich die neue Wortlautkonstruktion des § 277 StGB zu den §§ 267 ff. StGB verhält. Angesichts der neu eingefügten Subsidiaritätsklausel erscheint es vor allem klärungsbedürftig, ob dem § 277 Abs. 1 StGB noch ein eigenständiger Anwendungsbereich gegenüber der Urkundenfälschung verbleibt. Anderenfalls hätten die Norm nur noch im Sinne eines symbolischen Strafrechts eine (wenn auch nur kriminalpolitische) Bedeutung.

Für die Annahme eines tateinheitlichen Konkurrenzverhältnisses ist Handlungseinheit ausschlaggebend. Das unbefugte Ausstellen von Gesundheitszeugnissen ist nämlich nur dann von der Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 und 2 StGB erfasst, wenn das Medizinalpersonal das Gesundheitszeugnis als „unechte Urkunde herstellt“ oder „eine echte Urkunde verfälscht“. Obgleich die Tatmodalität des § 277 Var. 3 StGB a.F. („oder ein derartiges echtes Zeugnis verfälscht“) ersatzlos gestrichen wurde, kommt nach wie vor ein Konkurrenzverhältnis zu § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB in Betracht. Auch der Täter, der eine befugte ausgestellte Urkunde verändert, indem er eine ihm nicht zustehende Bezeichnung als Medizinalperson verwendet, stellt ein Gesundheitszeugnis jedenfalls dann unbefugt aus, wenn man davon ausgeht, dass die Qualitätstäuschung von § 267 Abs. 1 StGB erfasst ist. Demzufolge ist mit der Gesetzesänderung lediglich eine überflüssige Tathandlung entfernt worden, wird doch bereits im Rahmen der Urkundenfälschung die Tatmodalität des § 267 Abs. 1 Var. 2 teilweise als überflüssig eingestuft.²⁴

Für die Erfüllung der Urkundenfälschung kommt es maßgeblich auf das Kriterium der Unechtheit an. Namentlich muss das unbefugte Ausstellen unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder als eine andere approbierte Medizinalperson dazu führen, dass das Gesundheitszeugnis unecht ist. Nach allgemeiner Ansicht ist eine Urkunde i.S.d. § 267 Abs. 1 StGB dann unecht, wenn mit ihrer Hilfe das Vorhandensein einer echten Urkunde vorgespielt wird. Entscheidend ist, dass die Urkunde über die Identität des Ausstellers täuscht, indem die Urkunde den rechtsgeschäftlichen Verkehr auf einen Aussteller hinweist, der in Wahrheit nicht hinter der urkundlichen Erklärung steht.²⁵ Mit anderen Worten: Die Urkunde ist unecht, wenn aus ihr nicht der wahre geistige Urheber hervorgeht.²⁶ Das entscheidungserhebliche Identitätsmerkmal einer Person im Rechtsverkehr ist der Name,²⁷ sodass eine Urkunde grundsätzlich dann unecht ist,

¹⁹ BT-Drs. 20/15, S. 35.

²⁰ BT-Drs. 20/15, S. 35.

²¹ Siehe bereits Fn. 5.

²² Für die Einbeziehung letzteren in den Begriff des Gesundheitszeugnisses *Erb* (Fn. 2), § 277 Rn. 2; *Fischer* (Fn. 2), § 277 Rn. 3.

²³ *Fischer* (Fn. 2), § 277 Rn. 1; *Zieschang*, ZIS 2021, 481 (482 f.).

²⁴ *Puppe/Schumann* (Fn. 2), § 267 Rn. 84.

²⁵ RGSt 68, 6; BGHSt 1, 121; 2, 52; *Heine/Schuster* (Fn. 13), § 267 Rn. 48; *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafrecht, 29. Aufl. 2018, § 267 Rn. 17 f.

²⁶ *Zieschang* (Fn. 13), § 277 Rn. 3.

²⁷ BGH StV 1993, 308; *Hoyer* (Fn. 2), § 267 Rn. 58; *Puppe*, JuS 1987, 275 (278); *Samson*, JuS 1970, 369 (374).

wenn der Aussteller sie mit einem ihm nicht zustehenden Namen unterzeichnet.²⁸

a) Die Qualifikationstäuschung als Urkundenfälschung?

In diesem Zusammenhang ist umstritten, ob der Aussteller einer Urkunde über seine Identität täuscht, wenn er etwa Zeichen, Namenszusätze (z.B. „Dr. med.“), Briefkopf oder Stempel unbefugter Weise verwendet, die den Eindruck erwecken, er sei eine approbierte Medizinalperson. Bejahendenfalls würde der Täter durch das unbefugte Ausstellen eines Gesundheitszeugnisses i.S.d. § 277 Abs. 1 StGB gleichzeitig eine unechte Urkunde i.S.d. § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB herstellen oder eine echte Urkunde i.S.d. § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB verfälschen mit der Folge, dass die Urkundenfälschung § 277 Abs. 1 StGB aufgrund formeller Subsidiarität verdrängen würde.²⁹ Für ein derartiges Verständnis spricht, dass speziell die Angabe eines Doktorgrades gem. § 5 Abs. 2 Nr. 3 PAuswG auf dem Personalausweis eintragungsfähig ist und der ausweispflichtigen Person somit über die Angabe von Familien-, Geburts- und Vornamen hinaus eine individuelle Identität bescheinigt. In dem Zusammenhang wird teilweise angenommen, dass der Aussteller, der sich etwa den Zusatz „Dr. med.“ anmaßt, ansonsten aber seinen richtigen Namen verwendet, im Rechtsverkehr den Eindruck erwecke, eine andere Person als er selbst sei der tatsächliche Aussteller. Daher sei das Merkmal der Unechtheit auch für den Fall der Qualifikationstäuschung zu bejahen.³⁰

Nach Ansicht der Rechtsprechung und einer teilweise im Schrifttum vertretenen Auffassung soll es bei der Qualifikationstäuschung darauf ankommen, ob eine Person des Namens, die zugleich die angemessene Qualifikation aufweist, existiere bzw. nicht mit dem unter seinem wirklichen Namen handelnden Aussteller identisch sei. Existiert ein Träger desselben Namens, auf den die vom Aussteller zu Unrecht für sich reklamierten zusätzlichen Identitätsmerkmale zutreffen, erwecke der Aussteller den Anschein, der Dritte habe statt seiner die Erklärung abgegeben. Scheinbarer und tatsächlicher Aussteller fallen daher personal auseinander, sodass eine unechte Urkunde vorliegt.³¹ Existiert dagegen keine reale Person, auf die sowohl der vom Aussteller angegebene Name als auch die weiteren Identitätsmerkmale zutreffen, handle es sich bei der Qualifikationstäuschung um eine schriftliche Lüge. Es obliege dann grundsätzlich dem Erklärungsempfänger, sich der Existenz einer solchen Person zu vergewissern, die sämtliche vom Aussteller angegebenen Identitätsmerkmale in sich vereinigt.³²

Demgegenüber möchte eine liberalere Auffassung im Schrifttum die Frage der Echtheit allein danach beurteilen, ob

der verwendete Name mit dem des tatsächlichen Ausstellers identisch ist. Bei dem bürgerlichen Namen handle es sich um das standardisierte Kennzeichen einer Person im Rechtsverkehr, sodass dieser bei der Identitätsbestimmung Vorrang genieße. Demzufolge entscheide allein die Richtigkeit des Namens über die Qualifikation der Urkunde als echt oder unecht. Ist die Namensangabe richtig, werde die Urkunde nicht deshalb unecht, weil sich der Aussteller Eigenschaften oder Qualifikationen anmaßt, die er nicht besitzt. Dies solle auch dann gelten, wenn es dem Adressaten gerade auf die Eigenschaften oder Qualifikationen ankomme.³³

b) Stellungnahme

Gegen die pauschalisierende Einstufung der Qualifikationstäuschung als zur Falschheit der Urkunde führenden Umstand spricht schon, dass die Verwendung weiterer Identitätsmerkmale neben dem bürgerlichen Namen bei der Herstellung einer Urkunde weder erforderlich noch geboten sind, da der Rechtsverkehr dem wahren Namen ein hinreichendes Identifizierungspotential attestiert.³⁴ Daher ist selbst der Erklärende, der einen verbreiteten Namen wie etwa Maier oder Schulz führt, nicht dazu verpflichtet, weitere individualisierende Merkmale seiner Erklärung beizufügen.³⁵ Die Befugnis, den eigenen Namen in korrekter Form zu verwenden, ohne irgendwelche Zusätze hinzuzufügen zu müssen, kann dem Namens-träger selbst dann nicht verwehrt werden, wenn ihm das Glück oder Pech eines prominenten Namensvetters zuteilwurde und die Verwendung des eigenen Namens zu vermögenswirksamen Verwechslungen führt.³⁶ Angesichts der allgegenwärtigen Möglichkeit des Auftretens identischer Namen obliegt es dem Erklärungsempfänger, dem Erklärenden zusätzliche Identitätsmerkmale abzuverlangen, bevor er sich zu rechtserheblichen Dispositionen entschließt.³⁷ In diesen Fällen trägt der Erklärungsempfänger das Orientierungsrisiko, sodass der Erklärende gem. § 267 Abs. 1 StGB gerade nicht dazu verpflichtet ist, weitere Angaben über seine Befugnisse oder Verhältnisse zu machen.³⁸ Ist der Erklärende nun auch nicht unter der Strafandrohung des § 267 Abs. 1 StGB dazu verpflichtet, weitere Angaben zur Identitätsfeststellung selbst bei Inkaufnahme einer Verwechslungsgefahr zu tätigen, darf die Angabe fehlerhafter Identitätsmerkmale spiegelbildlich nicht dazu führen, dass eine Strafbarkeit wegen § 267 Abs. 1 StGB dann ausgelöst wird, wenn der Täter zwar seinen richtigen Namen verwendet, seiner Person allerdings zusätzliche Qualifikationen oder Eigenschaften zuschreibt, die er tatsächlich nicht besitzt. Speziell gegen den individualisierenden Charakter des Doktorgrades spricht, dass dieser nur eintragungsfähig ist, sein Träger allerdings nicht zu einer Eintragung im Personalausweis verpflichtet ist. Darüber hinaus beschreibt das Ausstellen eines Gesundheitszeugnisses unter der unbe-

²⁸ Heine/Schuster (Fn. 13), § 267 Rn. 49. Zu Ausnahmekonstellationen Zieschang (Fn. 13), § 267 Rn. 166 ff.

²⁹ Ebenso Zieschang, ZIS 2021, 481 (484).

³⁰ Zieschang (Fn. 13), § 267 Rn. 175.

³¹ RGSt 55, 173; BGHSt 17, 11 (13); OLG Bremen NJW 1955, 881; Hoyer (Fn. 2), § 267 Rn. 59; Steinmetz, Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung, 1991, S. 222 ff.; Seier, JA 1979, 133 (139).

³² Hoyer (Fn. 2), § 267 Rn. 59.

³³ Puppe/Schumann (Fn. 2), § 267 Rn. 72.

³⁴ So auch Steinmetz (Fn. 30), S. 226, der andernfalls auf die Bedeutungslosigkeit des Namens verweist.

³⁵ Puppe/Schumann (Fn. 2), § 267 Rn. 72.

³⁶ Erb (Fn. 2), § 267 Rn. 162.

³⁷ Hoyer (Fn. 2), § 267 Rn. 58.

³⁸ Puppe/Schumann (Fn. 2), § 267 Rn. 72.

fugten Verwendung eines Doktorgrades nur eine von mehreren in § 277 Abs. 1 StGB beschriebenen Modalitäten. Insofern erfasst die Norm einen weiten Bereich der unter den Begriff der Medizinalperson fallenden Berufsträger, deren Eigenschaften oder Qualifikationen aber gerade nicht im Personalausweis eintragungsfähig sind. Im Zuge einer Gleichbehandlung erscheint es unumgänglich, dem Doktorgrad keinen höheren Individualisierungscharakter als den anderen tatbestandsmäßigen Bezeichnungen des § 277 Abs. 1 StGB beizumessen.

Würde man für die Unechtheit darauf abstellen, ob durch die Anmaßung von Identitätsmerkmalen auf eine andere reale Person verwiesen wird, käme dem § 277 Abs. 1 StGB wenigstens in denjenigen Fällen ein eigenständiger Anwendungsbereich zu, in denen ein Dritter gerade nicht existiert. Würde man allerdings die Unechtheit der Urkunde von der Kenntnis des Erklärungsempfängers hinsichtlich eines Dritten, auf den die angegebenen Identitätsmerkmale zutreffen, abhängig machen, würde man den Charakter der Urkundenfälschung als Gefährdungsdelikt (des Rechtsverkehrs) zu einem Erfolgsdelikt umdefinieren, da es stets auf die tatsächliche Verwechslung ankäme. Daher kann die Qualifikationsanmaßung nicht zur Unechtheit der Urkunde i.S.d. § 267 Abs. 1 StGB führen.

Für die vorliegende Interpretation, durch die Anmaßung von Eigenschaften und Qualifikation die Urkunde nicht als „unecht“ i.S.d. § 267 StGB zu qualifizieren, dürfte vor allem die Reform des § 277 Abs. 1 StGB sprechen. Im Sinne eines eigenständigen Anwendungsbereichs des § 277 StGB erscheint es sinnvoll, eine Verwirklichung der Urkundenfälschung nur dann anzunehmen, wenn der Aussteller tatsächlich einen falschen Namen verwendet. Aus systematischer Perspektive lässt sich diese Betrachtungsweise speziell durch die Aufhebung der anderen Tatmodalitäten des § 277 StGB a.F. rechtfertigen. Der identische Anwendungsbereich der § 277 Var. 2 und 3 StGB a.F. mit § 267 Abs. 1 Var. 1 und 2 StGB veranlasste den Gesetzgeber, die Varianten des § 277 StGB ersatzlos zu streichen, da das erfasste Unrecht bereits nach § 267 StGB tatbestandsmäßig und insofern obsolet war.³⁹ Dem ist der ausdrückliche Wunsch des Gesetzgebers zu entnehmen, dass die verbleibende Tathandlung des § 277 Abs. 1 StGB gerade nicht von § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB erfasst sein soll, da das unbefugte Ausstellen von Gesundheitszeugnissen andernfalls gänzlich in der Urkundenfälschung aufgehen und daher hätte gleichsam aufgehoben werden können. Laut Gesetzesentwurf soll das Urkundenstrafrecht durch die beschriebenen Änderungen klarer und bislang bestehende Anwendungszweifel und -widersprüche aufgelöst werden.⁴⁰ Dies lässt unweigerlich den Schluss zu, dass „unecht“ eben nicht deckungsgleich mit „unbefugt“ zu verstehen ist.

Stutzig macht allerdings die vom Gesetzgeber neu eingefügte Subsidiaritätsklausel, legt sie doch nahe, dass zumindest in einem Anwendungsfall neben § 277 Abs. 1 StGB eine weitere Norm des 23. Abschnitts, die eine höhere Strafandrohung vorsieht, erfüllt sein muss. Beschränkt sich die Fallkonstellationen allerdings auf die beschriebene Möglichkeit

der Qualifikationstäuschung, besteht nicht nur eine partielle Derogation des § 277 StGB, sondern eine vollständige, sodass die Norm ihrem Anwendungsbereich beraubt werden würde. Folglich scheidet § 267 Abs. 1 Var. 1 und 2 StGB jedenfalls dann aus, wenn der Aussteller zwar seinen richtigen Namen verwendet, das Gesundheitszeugnis aber unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als approbierte Medizinalperson ausstellt. Dabei handelt es sich um eine schriftliche Lüge, die i.S.d. § 267 StGB tatbestandslos ist. Verwendet der Aussteller hingegen einen falschen Namen und ergänzt diesen mit Bezeichnungen, die seine vermeintliche Stellung als approbierte Medizinalperson nahelegen, liegt eine unechte Urkunde i.S.d. § 267 Abs. 1 Var. 1 oder 2 StGB vor, sodass § 277 Abs. 1 StGB aufgrund formeller Subsidiarität verdrängt wird. Nur in denjenigen Fällen, in denen der Täter einen falschen Namen verwendet und sich zusätzlich Qualifikationen oder Eigenschaft anmaßt, besitzen beide Normen einen gemeinsamen Anwendungsbereich.

2. Zum Konkurrenzverhältnis des § 278 Abs. 1 StGB zu § 267 Abs. 1 Var. 1 und 2 StGB

Das Verhältnis des Ausstellens unrichtiger Gesundheitszeugnisse zur Urkundenfälschung gestaltet sich derweilen unproblematischer. Das Verständnis dürfte im Wesentlichen auf die divergierende Bedeutung der Begriffe „unrichtig“ i.S.d. § 278 Abs. 1 StGB und „unecht“ i.S.d. § 267 Abs. 1 Var. 1 und 2 StGB zurückzuführen sein, die einen gemeinsamen Referenzpunkt beider Tatbestände nicht erkennen lassen. Während sich das Tatbestandsmerkmal „unecht“ i.S.d. § 267 Abs. 1 Var. 1 und 2 StGB bekanntermaßen darauf bezieht, dass der Aussteller einen falschen Namen verwendet, liegt die Unrichtigkeit des Gesundheitszeugnisses i.S.d. § 278 Abs. 1 StGB dann vor, wenn eine in ihm enthaltene Aussage über Befundtatsachen oder sachverständige Schlussfolgerungen in einem wesentlichen Punkt nicht der Wahrheit entspricht.⁴¹ Sobald ein Arzt oder eine andere approbierte Medizinalperson unter Verwendung seines echten Namens (!) ein unrichtiges Gesundheitszeugnis ausstellt, fehlt es an der Tatbestandsmäßigkeit i.S.d. § 267 Abs. 1 Var. 1 und 2 StGB, sodass allein § 278 Abs. 1 StGB erfüllt ist. Verwendet der Arzt oder eine andere approbierte Medizinalperson hingegen einen falschen Namen bei der Erstellung eines unrichtigen Gesundheitszeugnisses besteht Idealkonkurrenz zwischen den §§ 267 Abs. 1 Var. 1 und 2 StGB und § 278 Abs. 1 StGB aus Klarstellungsgründen. Gleiches gilt für das Verhältnis zwischen den §§ 277 und 278 StGB, wenn der Täter unbefugt ein unrichtiges Gesundheitszeugnis ausstellt, obgleich es für die Tatbestandsmäßigkeit nach § 277 StGB auf die Richtigkeit des Inhalts nicht ankommt.⁴²

³⁹ Siehe nur *Zieschang*, ZIS 2021, 481 (482 f.).

⁴⁰ BT-Drs. 20/15, S. 23.

⁴¹ BGHSt 10, 157 (158 f.); *Erb* (Fn. 2), § 278 Rn. 4; *Fischer* (Fn. 2), § 278 Rn. 5; *Zieschang* (Fn. 13), § 278 Rn. 8.

⁴² Siehe dazu etwa *Erb* (Fn. 2), § 277 Rn. 6.

3. Zum Konkurrenzverhältnis des § 279 StGB i.V.m. §§ 277, 278 StGB zu § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB

Der eigenständige Anwendungsbereich des § 279 StGB speist sich im Wesentlichen aus der Beantwortung der behandelten Vorfragen. Ausschlaggebend hierfür ist die Formulierung „Gesundheitszeugnis der in den §§ 277 und 278 bezeichneten Art“. Damit hängt der eigenständige Anwendungsbereich des Gebrauchmachens eines unbefugt ausgestellten Gesundheitszeugnisses davon ab, ob die Anmaßung von Eigenschaften oder Qualifikationen zur Identitätstäuschung geeignet ist. Entspricht man dem gesetzgeberischen Willen und legt die Unechtheit i.S.d. § 267 Abs. 1 StGB entsprechend aus, unterfällt der Gebrauch unrichtig ausgestellter Gesundheitszeugnisse lediglich § 279 StGB, sodass in diesen Fällen ein Konkurrenzverhältnis abzulehnen ist. Derweilen kommt eine Konkurrenzsituation bei dem Gebrauch eines unrichtigen Gesundheitszeugnisses mit § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB nur dann in Betracht, wenn der Täter zeitgleich einen falschen Namen verwendet.

4. Zum Konkurrenzverhältnis des § 281 StGB zu § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB

Für das Verhältnis des § 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB zu § 267 Abs. 1 Var. 3 (und § 271 Abs. 2 StGB) StGB kommt es maßgeblich auf den Schutzbereich des § 281 StGB an. Plädiert man für eine Schutzbereichsbeschränkung auf echte Ausweis- bzw. ausweisgleiche Papiere, ist ein Zusammentreffen mit den §§ 267 Abs. 1 Var. 3, (271 Abs. 2 StGB) ausgeschlossen, da diese lediglich unechte Urkunden erfassen.⁴³ Weitet man das taugliche Tatobjekt indes contra legem auf unechte Urkunden aus, ist ein Konkurrenzverhältnis freilich anzunehmen.⁴⁴ Gegen ein derartiges Verständnis spricht derweilen die Wortlautfassung des § 281 Abs. 1 StGB, da im Gegensatz zu § 267 Abs. 1 StGB gerade nicht von „unechten“ und im Gegensatz zu § 278 Abs. 1 StGB nicht von „unrichtigen“ Ausweispapieren die Rede ist. Ein „Ausweispapier“ i.S.d. § 281 Abs. 1 StGB, das unecht bzw. unrichtig ist, ist kein tatsächliches, sondern ein unechtes oder unrichtiges Ausweispapier. Das im gleichen Atemzug eingeworfene Argument, eine Schutzbereichsbeschränkung auf unechte Ausweispapiere und Gesundheitszeugnisse ermögliche eine trennscharfe Abgrenzung zur Urkundenfälschung, geht indes fehl, weil es nicht die Aufgabe einer Strafnorm sein kann, ihren Anwendungsbereich zugunsten einer scharfen Demarkationslinie zu beschränken, solange ihr ein eigener Anwendungsbereich verbleibt. Insofern unterscheidet sich die Argumentationsstruktur zur Problematik der Qualifikationstäuschung i.S.d. § 267 StGB, da dem § 277 Abs. 1 StGB für den Fall, dass man die Anmaßung von Qualifikationen und Eigenschaften unter den Begriff der Unechtheit subsumieren würde, kein eigener Anwendungsbereich mehr zustünde. Anders verhält

es sich dagegen mit § 281 StGB, da die Norm gerade nicht im Wege der formellen Subsidiarität verdrängt werden würde, sondern Tateinheitlich neben § 267 StGB stünde – zumal § 281 StGB in den Fällen allein einschlägig ist, in denen der Täter lediglich eine echte aber für ihn nicht bestimmte Urkunde verwendet, sodass der Norm ohnehin ein originärer Anwendungsbereich zukommt.

IV. Schlussbetrachtung

Die Reform der §§ 275 ff. StGB ist kriminalpolitisch begründenswert, ergänzt sie doch das bestehende Regelungsgefüge hinsichtlich der Ausstellung und des Gebrauchmachens von Gesundheitszeugnissen sinnvoll, indem sie erstens den zu täuschenden Adressatenkreis im Einklang mit § 267 StGB auf den Rechtsverkehr ausweitet, zweitens das als misslich empfundene Privilegierungsverhältnis durch die Aufnahme von Subsidiaritätsklauseln ausdrücklich aufhebt und drittens die Zweiaktivität i.R.d. § 277 StGB abschafft. Rechtsdogmatisch lässt sich speziell hinsichtlich der Neuregelung des § 277 StGB ein Erkenntnisgewinn für bereits bestehende Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Urkundenfälschung erzielen. So ist das Problem der Qualifikationstäuschung i.R.d. § 267 Abs. 1 StGB aus systematischen Aspekten als schriftliche Lüge zu qualifizieren, sodass das unbefugte Ausstellen von Gesundheitszeugnissen ausschließlich § 277 Abs. 1 StGB unterfällt. Nur so wird der Norm ein eigenständiger Anwendungsbereich zuerkannt, entfielen eine Strafbarkeit andernfalls aufgrund formeller Subsidiarität.

Als formaler Kritikpunkt verbleibt die unvollständige Überschrift des § 279 StGB, weist diese doch nur den Gebrauch von unrichtigen Gesundheitszeugnissen und nicht auch den Gebrauch unbefugt ausgestellter Gesundheitszeugnisse aus. In materieller Hinsicht bleibt eine Strafrahenangleichung der §§ 277–279 StGB an die §§ 267 ff. StGB ebenso zu diskutieren wie die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit, wird der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung doch nicht müde zu betonen, welche Gefahrgeneigtheit vom Ausstellen und Gebrauch unbefugter sowie unrichtiger Gesundheitszeugnisse ausgeht. In diesem Zusammengang ist nicht ersichtlich, warum diejenigen Fälle, in denen eine unrichtige Urkunde hergestellt oder gebraucht wird, gegenüber denjenigen Fällen, in denen eine unechte Urkunde hergestellt oder gebraucht wird, hinsichtlich der Strafandrohung (weiterhin) privilegiert werden. Angesichts der erheblichen Bedeutung von Impfausweisen und Testzertifikaten und der mit der Fälschung dieser verbundenen Gefahr für Leib oder Leben für die erfolgreiche Eindämmung der COVID-19-Pandemie ließe sich aus kriminalpolitischer Sicht zudem diskutieren, die §§ 277–279 StGB als Qualifikationstatbestände auszugestalten. Zudem erscheint es angesichts des technischen Fortschritts (z.B. digitaler Impfausweis sowie per E-Mail versandte Testzertifikate) ratsam, den Schutz der §§ 275, 277–279 StGB ausdrücklich auf beweiserhebliche Daten auszuweiten.⁴⁵

⁴³ So etwa RGSt 10, 262; 58, 74 (76); BGH NJW 1957, 472; *Erb* (Fn. 2), § 281 Rn. 14; *Puppe/Schumann* (Fn. 2), § 281 Rn. 15.

⁴⁴ So etwa BT-Drs. 20/15, S. 35; BGH GA 1956, 182; *Hoyer* (Fn. 2), § 281 Rn. 4.

⁴⁵ So bereits *Zieschang*, ZIS 2021, 481 (482) m.w.N.

Der Grundsatz „Kein Lohn ohne Arbeit“ und seine Ausnahmen in der Klausur am Beispiel des Betriebsrisikos im Corona-Lockdown

Fallbearbeitung im Arbeitsrecht – Teil 3

Von Akad. Oberrat Dr. **Thomas Klein**, Wiss. Mitarbeiter **Georg Kuhs**, Trier*

Bei der Bearbeitung arbeitsrechtlicher Klausuren, insbesondere im Schwerpunktbereich, bereitet oftmals der Aufbau des Gutachtens Schwierigkeiten. Neben der gerade im kollektiven Arbeitsrecht zu beherrschenden Vielzahl unterschiedlicher Rechtsquellen müssen auch die Einflüsse des Unionsrechts und des Grundgesetzes berücksichtigt und an der richtigen Stelle geprüft werden. Zu einer guten Vorbereitung auf die Klausur gehört deshalb auch eine spezifische Auseinandersetzung mit der arbeitsrechtlichen Fallbearbeitung. Die Beitragsreihe „Fallbearbeitung im Arbeitsrecht“ soll hierbei unterstützen. Anhand didaktisch aufbereiteter Fälle aus der aktuellen Rechtsprechung sollen Problembewusstsein und Strukturdenken trainiert und die Anwendung des abstrakten Wissens auf einen konkreten Sachverhalt eingeübt werden. Der Fokus der Beiträge liegt also weniger auf der Vermittlung der rechtlichen Grundlagen als vielmehr auf der Erläuterung der Vorgehensweise bei der Lösung des Falls. Die in der Beitragsreihe vorgestellten Fälle werden zusätzlich in einem Podcast besprochen, der unter iaaeu.de/podcast sowie auf den gängigen Podcast-Plattformen verfügbar ist.

Der dritte Lernbeitrag in der Reihe befasst sich mit dem Urteil des BAG¹ zum Annahmeverzugslohn beim Corona-Lockdown, das Anlass für eine Auseinandersetzung mit dem arbeitsrechtlichen Grundsatz „Kein Lohn ohne Arbeit“ bietet. Das Urteil betrifft eine aktuelle Frage, die zum Pflichtfachstoff im Zivilrecht gehört, und ist deshalb nicht nur für Schwerpunktstudierende klausurrelevant.

I. Sachverhalt

Der dem BAG-Urteil zugrundeliegende Sachverhalt ereignete sich im ersten Corona-Lockdown. Die Klägerin ist im Nähmaschinenhandel der Beklagten als Verkäuferin beschäftigt. Im April 2020 war das Geschäft der Beklagten aufgrund einer Allgemeinverfügung über das Verbot der Öffnung bestimmter Betriebe zur Eindämmung des Coronavirus geschlossen. Wegen der Geschäftsschließung konnte die Klägerin nicht beschäftigt werden. Mit ihrer Klage begehrte die Klägerin von der Beklagten die Zahlung der vereinbarten Vergütung für den Monat April 2020.

II. Der Grundsatz: Kein Lohn ohne Arbeit

Da die Klägerin Vergütungsansprüche gem. § 611a Abs. 2 BGB für einen Zeitraum geltend macht, in dem sie nicht gearbeitet hat, ist der gedankliche Ausgangspunkt für die

* Der Autor *Klein* ist Akad. Rat am Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union (IAAEU) in Trier. Der Autor *Leist* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Internationales und Europäisches Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht (Prof. Dr. Dr. h.c. *Monika Schlachter*) der Universität Trier.

¹ BAG, Urt. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182.

Falllösung der arbeitsrechtliche Grundsatz „Kein Lohn ohne Arbeit“. Es hilft daher, sich zunächst der rechtlichen Grundlagen dieses Grundsatzes zu vergewissern.

Bei der vom Arbeitnehmer nach § 611a Abs. 1 BGB geschuldeten Arbeitsleistung handelt es sich nach h.M. grundsätzlich um eine absolute Fixschuld.² Dies folgt letztlich aus dem Charakter des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis und der persönlichen Leistungspflicht (§ 613 S. 1 BGB) des Arbeitnehmers. Da der Arbeitnehmer am nächsten Arbeitstag bereits die nächste Teilleistung schuldet, kann er die versäumte Arbeitsleistung in der Regel nicht nachholen. Möglich wäre allenfalls eine Nachleistung in Form von Mehrarbeit. Dieser Möglichkeit sind allerdings zum einen durch das Arbeitszeitgesetz enge rechtliche Grenzen gesetzt. Zum anderen liegt eine Nachleistung in Form von Mehrarbeit meist nicht im Interesse der Parteien. Der Arbeitgeber hat seinen Betriebsablauf in der Regel an der festgelegten Arbeitszeit der Arbeitnehmer ausgerichtet und daher nur genau zu diesem Zeitpunkt ein Interesse an der Leistung. Auch der Arbeitnehmer möchte in der Regel nicht außerhalb der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber in Anspruch genommen werden.

Die Einordnung als absolute Fixschuld hat zur Folge, dass mit Nichterbringung der Leistung zur festgelegten Zeit nicht Verzug, sondern Unmöglichkeit i.S.v. § 275 Abs. 1 BGB eintritt. Der Leistungsanspruch des Arbeitgebers erlischt also für den Zeitraum der Arbeitsversäumnis. Der Arbeitnehmer schuldet keine Nachleistung. Im Gegenzug erlischt gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB sein Vergütungsanspruch (§ 611a Abs. 2 BGB) für die versäumte Arbeitszeit. Es gilt also der Grundsatz: Kein Lohn ohne Arbeit. Wie so oft, gilt allerdings auch hier: Kein Grundsatz ohne Ausnahmen. Letztere sind in der Fallbearbeitung eher die Regel, denn zumeist liegt der Schwerpunkt der Klausur gerade darin, einschlägige Durchbrechungen des Grundsatzes „Kein Lohn ohne Arbeit“ zu prüfen.³

III. Anspruchsgrundlage und Prüfungsaufbau

Hinsichtlich der Betriebsschließung wegen des Corona-Lockdowns stellt sich die Frage, ob der Grundsatz „Kein Lohn ohne Arbeit“ durch § 615 BGB durchbrochen wird. Nach § 615 S. 1 BGB kann der Dienstverpflichtete für die infolge des Annahmeverzugs des Dienstberechtigten nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung

² Etwa BAG, Urt. v. 17.3.1988 – 2 AZR 576/87 = NZA 1989, 261 (262); BAG, Urt. v. 19.8.2015 – 5 AZR 975/13 = NZA 2015, 1460 (1461 Rn. 23); *Spinner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 611a Rn. 956; *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl. 2022, BGB § 611a Rn. 676.

³ Eine Übersicht zu Durchbrechungen des Grundsatzes „Kein Lohn ohne Arbeit“ für die Klausurvorbereitung findet sich etwa bei *Fischinger/Straub*, JuS 2016, 208.

verpflichtet zu sein. Der Arbeitnehmer behält also seinen Vergütungsanspruch trotz Nichterbringung der Arbeitsleistung, wenn der Arbeitgeber mit der Annahme der Leistung in Verzug gerät. Gem. § 615 S. 3 BGB gilt dies entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. Auf das Verhältnis dieser beiden Sätze ist sogleich noch näher einzugehen (unter V.). Als Ausgangspunkt für die weiteren Überlegungen zur Falllösung genügt zunächst die Feststellung, dass der Vergütungsanspruch der Klägerin möglicherweise nach § 615 S. 1 bzw. S. 3 BGB entgegen dem Grundsatz „Kein Lohn ohne Arbeit“ fortbestehen könnte.

Bei beiden Sätzen des § 615 BGB handelt es sich nicht um eine eigenständige Anspruchsgrundlage.⁴ Der Anspruch auf Vergütung wird durch die Normen nicht begründet, sondern lediglich aufrechterhalten. Anspruchsgrundlage für die Vergütung ist weiterhin der ursprüngliche Erfüllungsanspruch aus § 611a Abs. 2 BGB.⁵ Für die Fallbearbeitung folgt daraus, dass § 615 S. 1 und S. 3 BGB – wie § 326 Abs. 2 BGB – als Durchbrechung des in § 326 Abs. 1 S. 1 BGB geregelten Grundsatzes zu prüfen sind. Im konkreten Fall muss also geprüft werden, ob die Klägerin einen Vergütungsanspruch gem. § 611 Abs. 2 BGB gegenüber der Beklagten hat. Im Rahmen dieser Prüfung ist dann zunächst zu fragen, ob der Anspruch möglicherweise infolge der Nichtleistung der geschuldeten Arbeit gem. § 275 Abs. 1 BGB untergegangen ist. Sollte dies bejaht werden, schließt sich die Frage an, ob dem Erlöschen des Anspruchs § 615 S. 1 oder S. 3 BGB entgegensteht.

IV. Verhältnis von Annahmeverzug und Unmöglichkeit

§ 615 BGB bereitet Probleme bei der Einordnung in das allgemeine Leistungsstörungenrecht. § 615 S. 1 BGB setzt voraus, dass der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug kommt. Es müssen also die Voraussetzungen des Annahmeverzugs (§§ 293 ff. BGB) vorliegen. D.h., der Arbeitgeber als Gläubiger muss die ihm vom Arbeitnehmer als Schuldner ordnungsgemäß angebotene Leistung nicht angenommen oder eine zur Erfüllung erforderliche Mitwirkungshandlung unterlassen haben.⁶ Ausgeschlossen ist der Annahmeverzug, wenn der Schuldner außerstande ist, die Leistung zu bewirken (§ 297 BGB). Aus diesem Grund wird von dem Grundsatz ausgegangen, dass sich Annahmeverzug und Unmöglichkeit gegenseitig ausschließen.⁷ Damit bliebe für § 615 S. 1 BGB zumindest im Arbeitsverhältnis kaum ein praktischer Anwendungsbereich, denn die für den Annahmeverzug erforderliche Nichtannahme der Leistung führt wegen des regelmäßig bestehenden Fixschuldcharakters der Arbeitsleistung

gem. § 275 Abs. 1 BGB zum Untergang der Leistungspflicht wegen Unmöglichkeit.

In der Literatur wurde zur Auflösung dieses Problems eine kaum noch überblickbare Vielzahl an Vorschlägen diskutiert,⁸ deren Darstellung im Rahmen dieses Beitrags weder sinnvoll noch zu leisten ist. Für das Verständnis der Norm und deren Handhabung in der Fallbearbeitung genügt es vielmehr, die von der Rechtsprechung gewählte Lösung näher zu betrachten.

Das BAG stellt auf den Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit ab. Lagen zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen des Annahmeverzugs vor, findet § 615 S. 1 BGB Anwendung.⁹ Damit durchbricht die Norm im Ergebnis die grundsätzliche Alternativität von Verzug und Unmöglichkeit. Lagen hingegen die Voraussetzungen des Annahmeverzugs zum Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeiten nicht vor, beispielsweise mangels Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers (§ 297 BGB), richten sich die Rechtsfolgen nach dem allgemeinen Unmöglichkeitensrecht.¹⁰ Eine Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs kommt dann also nur unter den Voraussetzungen des § 326 Abs. 2 BGB in Betracht.

Für die Fallbearbeitung ergibt sich aus dieser Differenzierung Folgendes: Nachdem feststeht, dass der Vergütungsanspruch nach § 611a Abs. 2 BGB entstanden ist, muss zunächst geprüft werden, ob der Anspruch infolge Unmöglichkeit gem. §§ 326 Abs. 1, 275 Abs. 1 BGB erloschen sein könnte. Liegen diese Voraussetzungen vor, schließt sich die Frage an, ob § 615 S. 1 BGB dem Erlöschen entgegensteht. An dieser Stelle muss nun geprüft werden, ob zum Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit – also zum Zeitpunkt der Nichtannahme der Leistung – die Voraussetzungen des Annahmeverzugs gem. §§ 293 ff. BGB vorlagen.

V. Verhältnis von § 615 S. 1 und S. 3 BGB

Zu den umstrittenen Fragen des § 615 BGB gehört neben der Einordnung der Norm ins Unmöglichkeitensrecht auch das Verhältnis der Sätze 1 und 3. Gem. § 615 S. 3 BGB gilt S. 1 entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. Während die S. 1 und 2 bereits auf die ursprüngliche Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches aus dem Jahr 1900 zurückgehen, wurde S. 3 erst durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz mit Wirkung zum 1.1.2002 ergänzt.¹¹ Hintergrund dieser Änderung war die von der Rechtsprechung entwickelte Betriebsrisikolehre. Dieser lag die – fragliche¹² – Annahme zugrunde, dass § 615 S. 1 BGB nur anwendbar ist, wenn der Arbeitgeber die Arbeitsleistung nicht annehmen will (Annahmewilligkeit).¹³ Es kommt aber auch vor, dass der Arbeitgeber – beispiels-

⁴ Ganz h.M., siehe statt vieler: *Henssler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 615 Rn. 1 m.w.N.; *Bieder*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.2.2020, BGB § 615 Rn. 2 m.w.N.

⁵ Statt vieler: *Preis* (Fn. 2), BGB § 615 Rn. 2.

⁶ Vgl. *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 293 Rn. 1.

⁷ Statt vieler: *Hager*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, Vorb. § 293 Rn. 4 m.w.N.

⁸ Siehe dazu etwa die überblicksartige Darstellung bei *Henssler* (Fn. 4), § 615 Rn. 4 ff.

⁹ Vgl. BAG, Urt. v. 23.9.2015 – 5 AZR 146/14 = NZA 2016, 293 (295 Rn. 26).

¹⁰ Vgl. BAG, Urt. v. 23.9.2015 – 5 AZR 146/14 = NZA 2016, 293 (295 Rn. 26).

¹¹ BGBl. I 2001, S. 3138; vgl. BT-Drs. 14/7052, S. 64, 204.

¹² In der Literatur sah sich diese Annahme berechtigter Kritik ausgesetzt, siehe etwa *Luke*, NZA 2004, 244 (246) m.w.N.

¹³ *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2022, § 5 Rn. 289.

weise infolge einer Störung des Betriebsablaufs – die Leistung objektiv nicht annehmen kann (Annahmehmöglichkeit). In diesen Fällen ging die Rechtsprechung davon aus, dass eine Regelungslücke besteht. Diese wurde im Wege der Rechtsfortbildung durch die sog. Betriebsrisikolehre geschlossen. Danach behielt der Arbeitnehmer den Anspruch auf Vergütung, wenn dem Arbeitgeber die Annahme der Arbeitsleistung unmöglich war, sofern der Arbeitgeber das Betriebsrisiko zu tragen hatte.¹⁴ Diese Rechtsfortbildung sollte durch die Einfügung des § 615 S. 3 BGB kodifiziert werden.¹⁵

Aus dieser Entstehungsgeschichte des § 615 S. 3 BGB zieht das BAG in seiner aktuellen Entscheidung den Schluss, dass § 615 S. 1 BGB auch nach Inkrafttreten des S. 3 die Fälle der Annahmehmöglichkeit nicht unmittelbar regelt. Der Gesetzgeber habe sich dafür entschieden, dass in den Fällen, in denen dem Arbeitgeber die Annahme der Arbeitsleistung wegen einer Störung des Arbeitssubstrats nicht möglich ist, er aber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt, der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers nicht bereits unmittelbar nach § 615 S. 1 BGB, sondern über dessen in § 615 S. 3 BGB angeordnete entsprechende Anwendung aufrechterhalten bleibe.¹⁶ Das BAG geht also mit anderen Worten davon aus, dass der Gesetzgeber sich mit der Kodifizierung der Betriebsrisikolehre auch die dieser Lehre zugrunde liegende Prämisse zu eigen gemacht hat, dass § 615 S. 1 BGB nur auf Fälle der Annahmewilligkeit anwendbar sei.

Folgt man dieser Auffassung, so ergibt sich daraus im Rahmen der Prüfung des § 615 S. 1 BGB ein weiteres – ungeschriebenes – Tatbestandsmerkmal: Die Nichtannahme der ordnungsgemäß angebotenen Leistung bzw. die Unterlassung der erforderlichen Mitwirkungshandlung muss darauf beruhen, dass der Arbeitgeber die Leistung nicht annehmen bzw. die Mitwirkungshandlung nicht vornehmen will. Ist die Annahme oder die Mitwirkungshandlung dem Arbeitgeber hingegen nicht möglich, ist § 615 S. 1 BGB nach der Rechtsprechung des BAG nicht einschlägig. Eine Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs kann sich dann nur aus § 615 S. 3 BGB ergeben.

VI. § 615 S. 3 BGB als Rechtsgrundverweisung

Nach § 615 S. 3 BGB gilt S. 1 entsprechend. Ob es sich dabei um eine Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweisung handelt, geht aus der Norm nicht eindeutig hervor. Das BAG versteht S. 3 als gesetzlich angeordnete Analogie¹⁷ und ordnet die Norm mit der h.M. als Rechtsgrundverweisung ein.¹⁸ Bei der Prüfung des § 615 S. 3 BGB sind daher neben dessen Tatbe-

standsvoraussetzungen (dazu unter VII.) auch die Voraussetzungen des § 615 S. 1 BGB zu prüfen. Es müssen also die Voraussetzungen des Annahmeverzugs vorliegen, d.h., der Arbeitnehmer muss die Leistung grundsätzlich ordnungsgemäß angeboten haben und sowohl leistungsfähig als auch leistungswillig gewesen sein.

VII. Tatbestandsvoraussetzungen des § 615 S. 3 BGB

§ 615 S. 3 BGB setzt tatbestandlich voraus, dass der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. Angesprochen ist damit, wie sich aus der amtlichen Überschrift der Norm (Vergütung bei Annahmeverzug und bei Betriebsrisiko) sowie aus der Gesetzesbegründung¹⁹ ergibt, das von der Rechtsprechung entwickelte Betriebsrisiko im Sinne des Risikos des Arbeitgebers, seinen Betrieb betreiben zu können.²⁰ In welchen Fällen der Arbeitgeber dieses Risiko trägt, regelt § 615 S. 3 BGB nicht. Vielmehr wird diese Frage weiterhin der Rechtsprechung überlassen. In der Fallbearbeitung kann daher an die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze angeknüpft werden. Danach trägt der Arbeitgeber das Risiko, wenn die Arbeitsleistung aus Gründen unmöglich wird, die in seinem Einflussbereich liegen, wie z.B. der Ausfall von Maschinen, Betriebsstoffen oder Betriebsmittel.²¹ Ebenso trägt er grundsätzlich das Risiko für von außen auf das Unternehmen einwirkende Umstände, die sich als höhere Gewalt darstellen (z.B. die Überschwemmung des Betriebsgeländes oder -gebäudes aufgrund einer Naturkatastrophe, die Zerstörung des Betriebs durch einen Brand oder einen Sturm oder den Stromausfall in Folge einer Störung im Elektrizitätswerk).²²

Abzugrenzen ist das Betriebsrisiko vom Wirtschaftsrisiko, welches der Arbeitgeber immer zu tragen hat. Letzteres verwirklicht sich, wenn der Arbeitgeber die Leistung nicht annimmt, weil ihm ein betriebswirtschaftlich sinnvoller Einsatz des Arbeitnehmers nicht möglich ist (z.B. infolge eines Auftragsausfalls oder generell schlechter Auftragslage). In diesen Fällen ist dem Arbeitgeber die Annahme nicht unmöglich. Er verzichtet vielmehr willentlich auf die Annahme der Arbeitsleistung, weil er diese nicht wirtschaftlich sinnvoll verwerten kann. Damit realisiert sich letztlich das Verwendungsrisiko, welches grundsätzlich der Gläubiger trägt. Da es sich nicht um einen Fall der Annahmehmöglichkeit, sondern um einen Fall der Annahmewilligkeit handelt, bleibt der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers schon nach § 615 S. 1 BGB erhalten.

VIII. Risikoverteilung bei Corona-Lockdown

Zur Risikotragung im Falle eines behördlichen Betriebsverbots hatte sich das BAG bisher in einem älteren Urteil geäußert, das im Zusammenhang mit einem aus Pietätsgründen erlasse-

¹⁴ Entwicklung der Betriebsrisikolehre zunächst durch das RG, Urt. v. 6.2.1923 – III 93/22; Weiterentwicklung durch das RAG, Urt. v. 20.6.1928 – RAG 72/28 und das BAG, Urt. v. 8.2.1957 – 1 AZR 338/55 = NJW 1957, 687.

¹⁵ Vgl. BT-Drs. 14/6857, S. 48.

¹⁶ BAG, Urt. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (184 Rn. 19).

¹⁷ BAG, Urt. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (184 Rn. 19).

¹⁸ BAG, Urt. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (184 Rn. 20) m.w.N. aus der Literatur.

¹⁹ BT-Drs. 14/6857, S. 48.

²⁰ BAG, Urt. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (184 Rn. 21).

²¹ BAG, Urt. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (185 Rn. 22) m.w.N.

²² BAG, Urt. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (185 Rn. 22) m.w.N.

nen behördlichen Verbots „öffentlicher Lustbarkeiten“ infolge eines großen Brandunglücks stand. Damals wies das BAG dem Betreiber eines Tanz- und Unterhaltungslokals das Risiko des infolge der Betriebsschließung eingetretenen Arbeitsausfalls zu und begründete dies im Kern damit, dass sich der Arbeitgeber mit dem Betrieb des Tanzlokals in eine besondere Risikosphäre begeben habe.²³ In diesem Sinne hätte sich auch im Hinblick auf die Betriebsschließungen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie argumentieren lassen. Schließlich begibt sich auch der Betreiber eines Ladengeschäfts, der in seinem Betrieb auf Kundenverkehr angewiesen ist, in eine besondere Risikosphäre.

In seiner aktuellen Entscheidung wählt das BAG allerdings einen differenzierteren Ansatz. Es stellt zunächst fest, dass es sich bei der Betriebsschließung nicht um einen von außen wirkenden Umstand handelt, der sich als höhere Gewalt darstellt, da nicht die Pandemie als solche zur Betriebsschließung führte, sondern erst die anlässlich der Pandemie getroffene Entscheidung der Behörde.²⁴

Im Falle einer solchen hoheitlich verfügten Betriebsschließung muss nach Auffassung des BAG ausgehend vom Zweck der behördlichen Maßnahme differenziert werden: Soll eine Maßnahme einem im Betrieb des Arbeitgebers angelegten besonderen Risiko begegnen, welches beispielsweise darauf zurückzuführen ist, dass die vom Arbeitgeber gewählten Produktionsmethoden oder -bedingungen oder die von ihm zu verantwortenden Arbeitsbedingungen eine besonders hohe Ansteckungsgefahr innerhalb der Belegschaft in sich bergen, trägt der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls.²⁵ Beispielhaft nennt das BAG in diesem Kontext die in Teilen der Fleischwirtschaft und bei Saisonkräften in der Landwirtschaft herrschenden Bedingungen, die insbesondere im Jahr 2020 auch medial große Beachtung fanden und schließlich auch den Gesetzgeber zum Eingreifen veranlassten²⁶.

Erfolgt die Betriebsschließung demgegenüber im Rahmen allgemeiner Maßnahmen staatlicher Stellen zur Pandemiebekämpfung, durch die die sozialen Kontakte auf ein Minimum reduziert werden sollen, um die Bevölkerung vor schweren und tödlichen Krankheitsverläufen zu schützen, trägt der Arbeitgeber nicht das Risiko des Arbeitsausfalls.²⁷ In diesen Fällen realisiert sich kein in einem bestimmten Betrieb angelegtes Risiko, sondern ein allgemeines Risiko, das der Arbeitgeber nicht zu tragen hat.²⁸

Zusammenfassend ergibt sich aus der Entscheidung des BAG also folgende Differenzierung hinsichtlich der Risiko-

verteilung bei behördlich verfügten Betriebsschließungen: Begegnet die Schließung einem spezifischen Risiko im Betrieb des Arbeitgebers, trägt dieser das Risiko des Arbeitsausfalls. Wird der Arbeitgeber indessen mehr oder weniger zufällig von einer Maßnahme getroffen, die durch eine Minimierung sozialer Kontakte zur allgemeinen Reduzierung des Infektionsrisikos beitragen soll, muss der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls nicht tragen.

In den meisten Fällen dürfte diese Differenzierung eine klare Abgrenzung ermöglichen. In einigen Fällen bleibt die Abgrenzung jedoch schwierig. So fällt etwa im Bereich der körpernahen Dienstleistungen die Abgrenzung anhand der vom BAG vorgenommenen Differenzierung schwer. Werden z.B. Friseurbetriebe durch eine behördliche Verfügung geschlossen, lässt sich in beide Richtungen gut argumentieren. Einerseits handelt es sich in einem solchen Fall um eine allgemeine Regelung, die nicht an ein spezifisches Risiko anknüpft, welches der Arbeitgeber individuell zu verantworten hat. So wäre es für das Eingreifen eines solchen generellen Betriebsverbots beispielsweise unerheblich, ob der Arbeitgeber in seinem Betrieb besondere Maßnahmen zum Schutz vor Ansteckungen getroffen hat oder nicht. Andererseits zielt ein Verbot, das spezifisch für körpernahe Dienstleistungen gilt, nicht auf eine allgemeine Reduzierung des Infektionsgeschehens durch Minimierung sozialer Kontakte, sondern auf die Unterbindung eines erhöhten Infektionsrisikos, das der zur Erbringung körpernaher Dienstleistungen unumgänglichen körperlichen Nähe einhergeht. In der Klausur lassen sich daher beide Ergebnisse gut vertreten. Für die Praxis werden notfalls weitere Entscheidungen des BAG für Klarheit sorgen müssen.

IX. Lösung des konkreten Falls

Ausgehend von den bisher herausgearbeiteten Grundlagen lässt sich nun die Lösung des eingangs dargestellten Falls entwickeln. Zu prüfen ist ein Anspruch der Klägerin auf Vergütung für den Monat April 2020 gem. § 611a Abs. 2 BGB (dazu bereits unter III.).

1. Anspruch entstanden

Entstanden ist der Vergütungsanspruch der Klägerin durch den Abschluss des Arbeitsvertrags.

2. Anspruch untergegangen

a) Grundsatz: Kein Lohn ohne Arbeit

Der Vergütungsanspruch könnte allerdings gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 275 Abs. 1 BGB erloschen sein. An dieser Stelle muss im Rahmen der Prüfung des § 275 Abs. 1 BGB der Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung kurz herausgearbeitet werden, infolgedessen die Nichterbringung der Arbeitsleistung im Monat April 2020 zum Untergang der Leistungspflicht wegen Unmöglichkeit führt (siehe bereits ausführlich unter II.). Dieser Untergang der Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 BGB hat nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich zur Folge, dass der Anspruch auf die als Gegenleistung geschuldete Vergütung erlischt.

²³ BAG, Urt. v. 30.5.1963 – 5 AZR 282/62 = BB 1963, 977.

²⁴ BAG, Urt. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (186 Rn. 31).

²⁵ BAG, Urt. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (186 Rn. 33).

²⁶ Vgl. dazu Gesetz zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz (Arbeitsschutzkontrollgesetz) v. 22.12.2020, BGBl. I 2020, S. 3334.

²⁷ BAG, Urt. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (186 Rn. 34).

²⁸ BAG, Urt. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (186 Rn. 34).

b) Durchbrechung des Grundsatzes nach § 615 S. 1 BGB

Ausgehend vom grundsätzlichen Erlöschen des Vergütungsanspruchs nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 275 Abs. 1 BGB ist dann in einem weiteren Schritt die Frage aufzuwerfen, ob dieser Grundsatz durch § 615 S. 1 BGB durchbrochen wird. Dazu müssen die Voraussetzungen des § 615 S. 1 BGB geprüft werden.

aa) Annahmeverzug trotz Unmöglichkeit

Dies führt zu der Frage, ob der Gläubiger überhaupt noch in Annahmeverzug geraten kann, wenn die Leistungspflicht des Schuldners gem. § 275 Abs. 1 BGB erloschen ist (siehe ausführlich unter IV.). Es muss deshalb geprüft werden, ob die Voraussetzungen des Annahmeverzugs zum Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit vorliegen, denn unter dieser Voraussetzung ist nach der Rechtsprechung des BAG von einem Annahmeverzug i.S.d. § 615 S. 1 BGB auszugehen.

bb) Voraussetzungen des Annahmeverzugs

Annahmeverzug setzt nach § 293 BGB voraus, dass der Gläubiger die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Da die Klägerin ihre Arbeitsleistung im April 2020 weder tatsächlich (§ 294 BGB) noch wörtlich (§ 295 BGB) angeboten hat, kommt es an dieser Stelle entscheidend auf die Frage an, ob ein Angebot entbehrlich war.

(1) Entbehrlichkeit des Angebots

Gem. § 296 S. 1 BGB ist ein Angebot entbehrlich, wenn der Gläubiger eine Mitwirkungshandlung nicht rechtzeitig vornimmt, die zur Bewirkung der Leistung erforderlich ist und für die eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist. Dies könnte mit der Begründung bejaht werden, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen funktionsfähigen Arbeitsplatz einrichten und Arbeit zuweisen muss, damit dieser die von ihm geschuldete Arbeitsleistung erbringen kann. Das BAG geht mit dieser Erwägung zwar davon aus, dass ein tatsächliches oder wörtliches Angebot des Arbeitnehmers dann entbehrlich ist, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis gekündigt hat und der Arbeitnehmer nach Obsiegen im Kündigungsschutzprozess Annahmeverzugslohn für die Dauer des Rechtsstreits geltend macht.²⁹ Steht der Bestand des Arbeitsverhältnisses hingegen außer Streit, verlangt das BAG unabhängig von der Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers ein tatsächliches (oder bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 295 BGB ein wörtliches) Angebot des Arbeitnehmers.³⁰ Ein Angebot der Klägerin war demnach nicht schon deshalb entbehrlich, weil ihr die Beklagte im April 2020 keine Arbeit zugewiesen hat.

Hinweis: In der Klausur ist es dennoch gut vertretbar, auch im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis mit den

²⁹ BAG, Urt. v. 9.8.1984 – 2 AZR 374/83 = NZA 1985, 119 (120); BAG, Urt. v. 14.11.1985 – 2 AZR 98/84 = NJW 1986, 2846 (2846).

³⁰ BAG, Urt. v. 25.4.2007 – 5 AZR 504/06 = NZA 2007, 801 (803 Rn. 19); BAG, Urt. v. 15.5.2013 – 5 AZR 130/12 = NZA 2013, 1076 (1078 Rn. 22).

vorstehend skizzierten Erwägungen von einer Entbehrlichkeit des Angebots auszugehen.

Von der grundsätzlichen Erforderlichkeit eines Angebots bei unstreitig bestehendem Arbeitsverhältnis machte das BAG jedoch in der Vergangenheit dann eine Ausnahme, wenn offenkundig ist, dass der Arbeitgeber auf seiner Weigerung beharrt, die geschuldete Leistung anzunehmen.³¹ Diese Ausnahme überträgt das BAG in seiner aktuellen Entscheidung auf den Fall, dass aufgrund einer Allgemeinverfügung offenkundig war, dass der Arbeitgeber die geschuldete Leistung nicht annehmen konnte.³² Rechtlich lässt sich diese Ausnahme auf § 242 BGB stützen, denn ein Arbeitgeber, der auf einem Angebot der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer besteht, obwohl ihm die Annahme der Arbeitsleistung aufgrund einer Allgemeinverfügung offenkundig nicht möglich ist, handelt rechtsmissbräuchlich. Die Klägerin musste ihre Leistung daher weder tatsächlich noch wörtlich anbieten.

(2) Unvermögen des Schuldners

Ein weiteres Problem, das bei der Prüfung des Annahmeverzugs anzusprechen ist, ist das Leistungsvermögen der Klägerin. Gem. § 297 BGB kommt der Gläubiger nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Falle des § 296 BGB zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außerstande ist, die Leistung zu bewirken. An dieser Stelle muss diskutiert werden, ob die behördlich verfügte Betriebsschließung Auswirkungen auf das Leistungsvermögen der Klägerin hat. Das BAG hat dies mit der zutreffenden Begründung abgelehnt, dass sich aus der behördlichen Allgemeinverfügung kein an die Klägerin oder generell an die in den betroffenen Betrieben Beschäftigten gerichtetes Beschäftigungsverbot ergab.³³

cc) Abgrenzung zu § 615 S. 3 BGB: Fall der Annahmewilligkeit

Folgt man dem BAG, lagen die Voraussetzungen des Annahmeverzugs zum Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit infolge der Nichterbringung der Arbeitsleistung vor. Die Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 615 S. 1 BGB ist damit allerdings noch nicht abgeschlossen. Nach der Rechtsprechung des BAG ist vielmehr weiter zu prüfen, ob ein Fall der Annahmewilligkeit vorliegt, denn anderenfalls richtet sich die Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs nach Auffassung des BAG ausschließlich nach § 615 S. 3 BGB (siehe ausführlich unter V.). Diese Voraussetzung muss vorliegend verneint werden, da der Beklagten die Annahme der Leistung wegen der behördlich verfügten Betriebsschlie-

³¹ BAG, Urt. v. 16.4.2013 – 9 AZR 554/11 = NZA 2013, 849 (850 Rn. 17); BAG, Urt. v. 24.9.2014 – 5 AZR 611/12 = NZA 2014, 1407 (1409 Rn. 22).

³² BAG, Urt. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (183 Rn. 13).

³³ BAG, Urt. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (183 Rn. 12); a.A. Wolf, in: Festschrift für Ulrich Preis zum 65. Geburtstag, 2021, S. 1533.

ßung nicht möglich war. Im Ergebnis ist § 615 S. 1 BGB demzufolge nicht einschlägig.

Hinweis: Andere Ansichten sind an dieser Stelle gut vertretbar.

c) Durchbrechung des Grundsatzes nach § 615 S. 3 BGB

An diese Feststellung schließt sich bei der Fallbearbeitung in einem weiteren Schritt die Prüfung des § 615 S. 3 BGB an.

aa) Rechtsfolgen- oder Rechtsgrundverweis

Dabei ist zunächst kurz herauszuarbeiten, dass es sich um einen Rechtsgrundverweis handelt und demnach die Voraussetzungen nach S. 1 vorliegen müssen mit Ausnahme der nach S. 3 gerade nicht erforderlichen Annahmewilligkeit. Da diese Voraussetzungen im Rahmen der Prüfung des S. 1 bereits festgestellt wurden, bedarf es an dieser Stelle lediglich eines Hinweises auf die entsprechenden Ausführungen.

bb) Betriebsrisiko

Vertiefend zu prüfen ist im Rahmen des S. 3 die Frage, ob der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. Wird hier die unter VIII. dargestellte Differenzierung des BAG zugrunde gelegt, ist im Ergebnis eine Realisierung des Betriebsrisikos abzulehnen, da die Beklagte lediglich von einer allgemeinen Maßnahme betroffen ist, ohne dass an ein spezifisch in ihrem Nähmaschinen-geschäft angelegtes Risiko angeknüpft wird. Demnach liegen auch die Voraussetzungen des § 615 S. 3 BGB nicht vor.

d) Durchbrechung des Grundsatzes nach § 326 Abs. 2 S. 1 BGB

Der Vollständigkeit halber sollte anschließend noch kurz § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB angesprochen werden. Diese Norm durchbricht ebenfalls den in § 326 Abs. 1 S. 1 BGB normierten Grundsatz und wird durch § 615 BGB nicht verdrängt. Da die Beklagte die Betriebsschließung allerdings nicht zu vertreten hat, liegen auch die Voraussetzungen nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB nicht vor.

3. Ergebnis

Im Ergebnis bleibt es damit bei der Rechtsfolge des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Klägerin hat daher keinen Vergütungsanspruch für den Monat April 2020.

X. Prüfungsaufbau im Überblick

Bestehen eines Vergütungsanspruchs aus § 611a Abs. 2 BGB?

1. Anspruch entstanden (+)
durch Abschluss des Arbeitsvertrags
2. Anspruch untergegangen?
 - a) Grundsatz: Kein Lohn ohne Arbeit (§§ 326 Abs. 1 S. 1, 275 Abs. 1 BGB)
 - b) Durchbrechung des Grundsatzes nach § 615 S. 1 BGB
 - aa) Annahmeverzug trotz Unmöglichkeit

bb) Voraussetzungen des Annahmeverzugs

P: Entbehrlichkeit des Angebots

P: Unvermögen des Schuldners

cc) Abgrenzung zu § 615 S. 3 BGB: Fall der Annahmewilligkeit (-)

c) Durchbrechung des Grundsatzes nach § 615 S. 3 BGB

aa) Rechtsgrundverweis: Prüfung der Voraussetzungen nach § 615 S. 1 BGB (+)

bb) Betriebsrisiko (-)

P: Verteilung des Risikos bei behördlich verfügter Betriebsschließung

d) Durchbrechung des Grundsatzes nach § 326 Abs. 2 S. 1 BGB (-)

3. Ergebnis

Vergütungsanspruch (-)

XI. Fazit

Das besprochene Urteil gehört zu den ersten Entscheidungen des BAG im Kontext der Corona-Pandemie und besitzt schon aufgrund dieser Aktualität eine hohe Klausurrelevanz. Inhaltlich betrifft es den Grundsatz „Kein Lohn ohne Arbeit“ und damit eine zentrale Frage des Individualarbeitsrechts, die auch zum Prüfungsstoff in der staatlichen Pflichtfachprüfung zählt.

Die Falllösung über § 615 BGB erscheint zunächst unproblematisch. Bei genauerer Betrachtung offenbaren sich jedoch die Schwierigkeiten des Falls, die vor allem durch das komplexe Verhältnis des § 615 BGB zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht bedingt sind. Verlangt sind daher Systemverständnis und ein klar strukturierter Prüfungsaufbau.

Die Falllösung liefert nicht nur eine Antwort auf die spezifische Frage nach der Verteilung des Betriebsrisikos im Corona-Lockdown, sondern zeigt zugleich die dogmatischen Probleme des § 615 BGB auf und ordnet sie ein. Diese allgemeinen Grundlagen gelten über den Einzelfall hinaus. Fallspezifisch sind hingegen die Ausführungen zu der Frage, ob eine behördliche Betriebsschließung im Rahmen der Pandemiebekämpfung ein vom Arbeitgeber zu tragendes Betriebsrisiko darstellt. Zu dieser Frage sollte man sich für die Fallbearbeitung merken, dass das BAG danach differenziert, ob mit der Schließung auf ein spezifisches, im Betrieb angelegtes Risiko reagiert oder – wie im vorliegenden Fall – soziale Kontakte im Allgemeinen reduziert werden sollen.

Grüße aus der Klausurwerkstatt

Methodische Ratschläge zum Verfassen einer erfolgreichen Strafrechtsklausur

Von Dr. Julia Trinh, Münster*

I. Einleitung

Diese Handreichung ist als Ergänzung zu den eher allgemeinen Tipps von *Bock/Hülskötter*¹ gedacht und vervollständigt deren allgemeine Hinweise mit spezifischen Empfehlungen zum Verfassen erfolgreicher Klausuren im Strafrecht. Die Erkenntnisse entstammen der Praxis als Leiterin der „Klausurwerkstatt“ an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. In dieser Veranstaltung für Studierende ab dem Grundstudium und nun auch in diesem Beitrag werden typische Fehler in Strafrechtsklausuren anhand eigener Altklausuren aufgezeigt und Formulierungsalternativen gegenübergestellt. Die Studierenden und Lesenden sollen dadurch befähigt werden, ihre Klausuren selbständig zu analysieren und Verbesserungspotentiale in den eigenen Ausarbeitungen zu entdecken.

Am Ende des Beitrags kann die *Autorin* es sich nicht verkneifen, ein Plädoyer für ein nachhaltiges Lernen und eine gesunde Law-Life-Balance zu halten. Diese Worte werden von vielen Studierenden möglicherweise als inhaltsleere Rede aufgenommen und daher vernachlässigt. Schenken Sie dieser „Predigt“ zum Lernverhalten sowie zum Gleichgewicht zwischen Lernen und Freizeit allerdings Beachtung und setzen Sie sie ernsthaft um, finden Sie am Ende nicht nur ein erfolgreiches Examensergebnis vor sich liegen, sondern halten auch den Schlüssel zu einem zufriedeneren Leben in der Hand.

II. Vor der Klausur: David gegen Goliath

Bevor Sie mit der Ausarbeitung einer Strafrechtsklausur beginnen, sollten Sie zunächst den Bearbeitungsvermerk sorgfältig lesen, weil dort einzelne Delikte oder Beteiligte aus der Prüfung ausgeschlossen sein könnten. Danach sollten Sie den Sachverhalt mehrmals gründlich lesen, alle relevanten Handlungen und dadurch möglicherweise verwirklichte Straftatbestände notieren sowie wesentliche Angaben für spätere Subsumtionen bspw. in unterschiedlichen Farben markieren. Das bunte Markieren ist selbstverständlich nicht der einzige Königsweg zu einer gelungenen Klausur, aber er hat sich nach meiner Erfahrung als hilfreiche Möglichkeit zur Vorbereitung erwiesen. Probieren Sie es einfach mal aus. Markieren Sie bspw. alle relevanten Informationen zu Täter A in Gelb, alle wichtigen Angaben für Täter B in Blau und Hinweise für beide Täter in Grün. Weisen einzelne Passagen auf eine Mitäterschaft hin, können Sie diese Angaben auch entsprechend

farblich unterstreichen.

Dann halten Sie sich die Aufgabe nochmals vor Augen. Es gibt im Strafrecht häufig „Opfer“, die in ihren Rechtsgütern verletzt wurden, und andererseits „Täter“, die diese Rechtsgüter durch ihr Verhalten eventuell beeinträchtigt haben. Mit Ihrem Gutachten wollen Sie untersuchen, ob die konkrete Handlung des „Täters“ unter eine abstrakte Strafbestimmung „passt“ und dadurch möglicherweise ein staatlicher Strafanspruch besteht. Sie sollten also alle in Betracht kommenden Strafbestimmungen überprüfen, was im ersten Moment zu einer unübersichtlichen Anhäufung von Paragraphen und sonstigen Notizen führt, dessen bunter Anblick Sie zu erschlagen droht. Mit Ihren Anmerkungen assoziieren Sie blitzartig mehrere Probleme, vertretene Ansichten und gängige Argumente. Diese Masse an Gedanken überfordert Sie anfangs und daher ist es wichtig, klein anzufangen und Ordnung in Ihren Gedankenwirrwarr zu bringen.

1. Den Wald vor lauter Bäumen nicht sehen

Fertigen Sie sich eine Skizze an und rekapitulieren Sie dabei, wozu die Lösungsskizze wirklich dienen soll. Ihre Funktion liegt im Strafrecht nicht darin, jedes Detail vom Sachverhalt zusammenzufassen oder Sie an die Prüfungsschemata der Tatbestände zu erinnern, sondern sie bietet Ihnen eine inhaltliche Orientierung und unterstützt Sie vor allem bei der Schwerpunktsetzung. Erinnern Sie sich: Sie fertigen die Skizze gerade an, um Ihre Gedanken aus der Vorarbeit zu systematisieren und daher schadet jede subsumtionsirrelevante Angabe oder jedes unreflektierte, auswendig gelernte Schema ohne Inhalt. Mit einer überladenen Skizze gewinnen Sie keinen Überblick! Seien Sie effizient und schreiben Sie nur das auf, was Sie wirklich für die Ausarbeitung im Anschluss verwenden können. Unproblematische Tatbestandsmerkmale sollten Sie daher maximal mit einem „(+“ kennzeichnen, anstatt die Definitionen danebenzuschreiben. Nur an den problematischen Stellen sollten Sie sich wesentliche Sachverhaltsangaben und stichwortartig die vertretenen Ansichten sowie Argumente notieren.

2. Denken Sie quer² und schreiben Sie nicht mehr!

Auch hier gilt also: Weniger ist mehr! Denken Sie nicht: „Ich schreibe zur Sicherheit lieber mehr auf, sonst vergesse ich hinterher noch etwas.“ Das ist ein tödlicher Gedanke, der einerseits dazu führt, dass Sie Unproblematisches zu ausführlich thematisieren und andererseits Zeit (= Punkte) an wichtigen Stellen liegen lassen werden. Füllen Sie Ihre Skizze also nicht mit inhaltslosen Schemata und allgemein bekannten Definitionen. Die Schemata und Definitionen haben Sie zuvor

* Die *Verf.* ist Rechtsreferendarin am Landgericht Münster. Sie war Wiss. Mitarbeiterin am Institut für Kriminalwissenschaften, Abt. II, an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Michael Heghmanns und leitete dort u.a. die Klausurwerkstatt im Strafrecht.

¹ *Bock/Hülskötter*, Jura 2020, 1074. Wertvolle Tipps für die sprachliche Ausgestaltung juristischer Fallbearbeitungen finden sich auch bei *Wolf*, ZJS 2020, 553. Eine umfangreichere Darstellung bietet zudem das Lehrbuch von *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 3. Aufl. 2021, Teil 1.

² Dieser Begriff ist nicht in Anlehnung an die in Stuttgart gegründete Initiative der Proteste gegen Schutzmaßnahmen zur COVID-19 Pandemie gemeint, sondern meint schlicht das wortwörtliche Drehen des Arbeitsblattes um 90 Grad.

gelernt und bis zur Klausur sicherlich verinnerlicht, haben Sie Vertrauen in Ihre mühevollere Vorbereitung! Beschränken Sie sich lieber auf wesentliche Subsumtionsschlagworte in der Skizze. Dadurch lösen Sie sich zugleich von seitenlangen Skizzen, die die Übersichtlichkeit Ihrer Gedanken nicht fördern.

Sie können auch probieren, das Papier für die Lösungsskizze zur Abwechslung horizontal zu nehmen und Ihre Gedanken zu den jeweiligen Tatkomplexen in Spalten einzutragen. Dadurch erfassen Sie das Konzept der gesamten Bearbeitungszeit jederzeit auf einen Blick und Sie laufen nicht Gefahr, unwesentliche Punkte lange auszuführen. Davon wird Sie der Anblick der übrigen, noch abzuarbeitenden Schwerpunkte abhalten. Glauben Sie mir, wenn Sie weniger auf der Skizze zum „Abhaken“ haben und Sie die markierten Schwerpunkte vor sich „brennen“ sehen, werden Sie sich nicht an unproblematischen Stellen aufhalten, sondern schnell die Schwerpunkte bearbeiten wollen.

Zugegebenermaßen könnten Sie durch diese Vorgehensweise anfangs mehr Druck verspüren, weil Sie auf einmal weniger in der Hand halten als zuvor. Das ist aber eine Gewöhnungssache und die Sicherheit kommt mit der regelmäßigen Übung über einen längeren Zeitraum. Am Ende trägt sie aber dazu bei, dass Sie während der gesamten Bearbeitungszeit konzentriert bleiben und diszipliniert arbeiten.

3. Skizze fertig und los?

Ist die Skizze fertiggestellt, atmen Sie nochmal durch und lesen Sie sich den Sachverhalt erneut durch. Ergänzen Sie subsumtionsrelevante Angaben aus dem Sachverhalt und überprüfen Sie Ihre Lösungsskizze nochmals auf Stringenz. Sie sollten den Inhalt Ihrer Klausur konsequent durchdacht, in der vom Gesetz vorgegebenen Prüfungsreihenfolge gegliedert sowie mehrere Schwerpunkte ausfindig gemacht haben. Es wäre allerdings utopisch, sich vorzunehmen, alle gefundenen Probleme in ausführlichster Tiefe zu bearbeiten. Entscheiden Sie sich aus diesem Grund für bestimmte Streitfragen gleicher Relevanz, zu denen Sie ein breites Wissensrepertoire verfügen und bei denen Sie sich mit den Argumenten sicher fühlen. Mit mehr Übungen werden Sie auch ein Gespür dafür entwickeln, welche Streitfragen als Nebenproblem eher nicht aufzubauchen sind und welchen Kernfragen Sie sich intensiver widmen sollten. Achten Sie bei diesen ausgewählten Schwerpunkten besonders auf eine nachvollziehbare Streitdarstellung und bemühen Sie sich um eine überzeugende Argumentation. Die übrigen Probleme sollten Sie dennoch nicht übergehen, sondern knapp und dezidiert Stellung beziehen. Lösen Sie sich allerdings von der (Fehl-) Vorstellung, *alle* prüfungsrelevanten Probleme lernen, erkennen und vollkommen wiedergeben zu können. Geben Sie sich an einigen Stellen mit einer knapperen Darstellung zufrieden und sammeln Sie die Punkte an den von Ihnen ausgemachten Schwerpunkten. Weichen Sie beim Schreiben nicht spontan von Ihrer Lösungsskizze und den auserkorenen Schwerpunkten ab. Sie haben Ihre Skizze mühevoll erarbeitet und Zweifel anschließend überprüft. Vertrauen Sie Ihrer geleisteten Vorarbeit und übertragen Sie selbstbewusst Ihre wohlbedachten, gut organisierten Gedanken aus Ihrer Skizze in einen Fließtext, Ihr Gutachten.

III. Gutachtenstil ist nicht gleich Gutachtenstil

Das Gutachten ist das Kernstück einer Klausur und hier kann man sich besonders durch eine methodisch saubere Falllösung von der Masse abheben. Das bedeutet aber nicht, dass Sie die komplette Klausur im klassischen Gutachtenstil lösen sollten. Eine solide Strafrechtsklausur zeichnet sich gerade dadurch aus, den klassischen Gutachtenstil nur an den Schwerpunkten anzuwenden und die unwesentlichen Merkmale im verkürzten Gutachtenstil darzustellen. Vereinzelt dürfen Sie auch einfache Feststellungen treffen, den Urteilstil sollten Sie hingegen in einem Gutachten vermeiden.³ Was den klassischen von dem verkürzten Gutachtenstil unterscheidet, erläutere ich Ihnen am besten anhand von Beispielen.

1. Der klassische Gutachtenstil

Jeder kennt den klassischen Gutachtenstil. Er wird im Grundstudium von Professoren und Professorinnen gelehrt und in allen Arbeitsgemeinschaften intensiv gepredigt. Dabei wurde am Anfang des Studiums stets betont, den Gutachtenstil immer dann zu verwenden, wenn Sie auf etwas Problematisches eingehen möchten. Das ist im Grunde auch nicht falsch, allerdings fehlt Ihnen in den Anfangssemestern oft noch die Fähigkeit, Unwichtiges von Wichtigem zu trennen, und daher tendieren viele Studierende dazu, alles im klassischen Gutachtenstil zu verfassen. Diese Methodik übertragen sie dann auch ins zweite Semester, sie schleift sich also ins „Strafrechts-Methodik-Repertoire“ ein und bleibt wegen der – in einigen Studienordnungen vorgesehenen – langen Strafrechtspause bis zum Examen hin so bestehen. Mangels gezieltem Methodentraining im Grundstudium sowie in der Examensvorbereitung erwerben Sie zwar mit fortschreitendem Studium immer mehr materielles Wissen, die Methodik der Klausurbearbeitung bleibt aber häufig auf niedrigem Niveau. Das führt spätestens in der Examensvorbereitung zu frustrierenden Ergebnissen, denn die methodischen Fehler, die im Gutachtenstil im Grundstudium noch toleriert wurden, werden im Examen geahndet. Um diese zu korrigieren, müssen Sie zunächst erkennen, was an Ihrer bisherigen Gutachtentechnik fehleranfällig war.

a) Obersatz

Jedes Gutachten und jeder Prüfungsschritt beginnt mit einem Obersatz, der eine zu überprüfende These als Programm für den folgenden Abschnitt vorgibt.⁴

³ Ein Beispiel für eine Feststellung wäre: „Die Vase ist eine Sache.“ Hingegen würde dieselbe Aussage in einem Satz im Urteilstil wie folgt formuliert werden „Die Vase ist eine Sache, weil sie ein körperlicher Gegenstand im Sinne des § 90 BGB ist.“ Der Urteilstil nennt also zunächst das Ergebnis und schiebt dann eine Begründung hinterher während bei der Feststellung wegen der Selbstverständlichkeit eine Begründung ausgelassen werden kann.

⁴ Abwechslungsreiche Formulierungsbeispiele finden Sie bei Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 13. Aufl. 2018, Rn. 78 ff.

aa) Unvollständige Obersätze

Einen schlechten ersten Eindruck hinterlassen Sie an dieser Stelle u.a. durch einen unvollständigen Obersatz, bspw. „T könnte sich gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er das Mobiltelefon der O in seine Jackentasche steckte und die Wohnung der O verließ.“ In diesem Beispielsatz fehlt die Deliktsbezeichnung, namentlich der Diebstahl. Gerne wird aber auch der Paragraph oder eine konkrete Handlung vergessen. Gerade bei Strafbarkeits- und Rücktrittsübersätzen darf die Handlung aber niemals ausgelassen werden.

bb) Fehlende Obersätze

Schlimmer als das Auslassen einer Handlung, einer genauen Normangabe oder der Deliktsbezeichnung wiegt das gänzliche Fehlen eines Obersatzes. Dieser Fehler tritt häufig bei der Versuchsprüfung auf, wenn es um die Frage nach einem strafbefreienden Rücktritt geht. Viele Studierende steigen dort mit folgenden Sätzen in die Prüfung ein: „Allerdings steht ein Rücktritt der Strafbarkeit entgegen.“ oder „Der Rücktritt hebt die Strafe auf.“ In diesen Sätzen fehlen nicht nur eine präzise Normangabe, eine konkrete Rücktrittshandlung und die Bezeichnung der strafbefreienden Wirkung, sondern es bleibt auch unklar, welche Prüfung im Anschluss erfolgen soll. Statt einer zu überprüfenden These enthalten diese Sätze lediglich lehrbuchartige Ausführungen und stellen somit keinen Obersatz dar. Ein ansprechender Obersatz könnte bspw. lauten: „T könnte gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB strafbefreiend zurückgetreten sein, indem er das Mobiltelefon aus seiner Jackentasche nahm und wieder in das Regal der O legte.“

cc) Überflüssige Obersätze

Das Gegenteil zu den fehlenden Obersätzen stellen die gut gemeinten, aber völlig überflüssigen Obersätze wie „Das setzt die Verwirklichung des objektiven und subjektiven Tatbestandes voraus.“ oder „Dazu müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.“ dar. Solche Füllsätze sollten Sie vermeiden, denn sie tragen wegen ihrer Abstraktheit nichts Relevantes zur Falllösung bei und könnten daher in jeder beliebigen Klausur stehen. Außerdem ärgern sie jeden Prüfer. Fangen Sie stattdessen nach dem Gliederungspunkt direkt mit einem konkreten Obersatz zum anschließenden Prüfungspunkt an, bspw. „Für müsste T eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben.“ oder „Weiterhin müsste T vorsätzlich i.S.d. §§ 15, 16 Abs. 1 S. 1 StGB gehandelt haben.“ oder „Darüber hinaus müsste T auch mit Zueignungsabsicht und in Kenntnis der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung das Handy von O weggenommen haben.“ Der Obersatz soll also das im Anschluss zu prüfende Merkmal konkret bezeichnen.

dd) Grammatikalisch falsche Obersätze

Achten Sie auch auf grammatikalische Feinheiten im Obersatz und wählen Sie den korrekten Kasus.⁵ Merken Sie sich:

⁵ Eine kurze Begründung dazu finden Sie bei *Hildebrand*, Juristischer Gutachtenstil, 3. Aufl. 2017, S.101 f.

- T könnte sich wegen Diebstahls gem. 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem...
- T könnte sich eines Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem...

b) Definition

Nachdem Sie im Obersatz eine Frage aufgeworfen haben, müssen Sie die Antwort mit einer Definition einleiten. Sie soll das zu prüfende Merkmal genauer erläutern, indem der näher zu umschreibende Begriff in zwei oder mehr grundlegende Bestandteile aufgespalten wird. So setzt jemand unmittelbar zur Tat i.S.d. § 22 StGB an, der subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht’s-los“ überschreitet und objektiv eine Handlung vornimmt, die nach der eigenen Vorstellung ohne weitere wesentlichen Zwischenakte oder eine zeitliche Zäsur in den tatbestandlichen Erfolg münden soll.⁶ Das Merkmal „unmittelbares Ansetzen“ wird somit abstrakt in eine subjektive sowie eine objektive Komponente zerlegt, wodurch dem ungenauen Überbegriff Konturen verliehen werden. Tatbestandsmerkmale, die Sie an vorheriger Stelle bereits definiert haben, müssen Sie natürlich nicht erneut definieren. Selbiges gilt für Selbstverständlichkeiten wie zum Beispiel eine Sache. Besteht ein zu prüfendes Tatbestandsmerkmal aus mehreren Komponenten, wie bspw. die Heimtücke, definieren Sie nicht jeden Bestandteil, im Beispiel die Arglosigkeit und Wehrlosigkeit, direkt nacheinander, sondern fügen Sie nach jeder Definition eine Subsumtion und ein Zwischenergebnis ein.⁷ Häufig bieten die Rechtsprechung und die Stimmen in der Literatur verschiedene Definitionsansätze für dasselbe Tatbestandsmerkmal an. Dieses Meinungsspektrum sollten Sie in Ihrem Gutachten jeweils mit Subsumtionen darstellen und den Leser so vor Augen führen, zu welchen unterschiedlichen Ergebnissen die jeweilige Auffassung gelangt.

c) Subsumtion

Mit der Subsumtion füllen Sie die einzelnen Komponenten einer abstrakten Formel mit konkreten Tatsachen aus dem Sachverhalt. Es ist wie das Arbeiten mit einer abstrakten mathematischen Formel, dessen Gültigkeit durch die Anwendung mehrerer konkreter Zahlenwerte bewiesen wird.

aa) Wiederholung der abstrakten Formel

Vermeiden Sie hierbei den Rückgriff auf Begriffe aus der Definition selbst, wie zum Beispiel: „Der Schlag stand unmittelbar bevor und ist somit gegenwärtig i.S.v. § 32 Abs. 1 StGB.“ Immerhin ist „unmittelbar bevorstehend“ ein Bestandteil der Definition für die Gegenwärtigkeit und somit nicht

⁶ BGH, Urt. v. 16.9.1975 – 1 StR 264/75 = BeckRS 9998, 16174; BGH, Urt. v. 12.12.2001 – 3 StR 303/01 = BeckRS 2001, 30226267; BGH, Urt. v. 9.10.2002 – 5 StR 42/02 = BeckRS 2002, 8992; BGH, Beschl. v. 19.5.2018 – 1 StR 28/18 = BeckRS 2018; 16394; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 34 Rn. 22; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 51. Aufl. 2021, Rn. 947.

⁷ Anschauliches Beispiel in *Hildebrand* (Fn. 5), S. 20 f.

näher aufschlüsselnd, sondern einfach nur wiederholend. Stattdessen könnte man wie folgt präzise subsumieren: „A holte bereits zum Schlag aus und hätte binnen weniger Sekunden/innerhalb einer kurzen Zeitspanne das Gesicht des B getroffen, mithin war der Angriff gegenwärtig i.S.d. § 32 Abs. 1 StGB.“ Häufig sind auch ungenaue Subsumtionen zu lesen wie: „Der Schlag gegen den Kopf stellt eine körperliche Misshandlung und somit eine Körperverletzung i.S.v. § 223 Abs. 1 StGB dar.“ Hier fehlt es erneut an einer Formulierung, die die zuvor wiedergegebene, abstrakte Formel mit konkreten Angaben ausfüllt. Genauer wäre hingegen bspw.: „Die blutende Wunde am Kopf stellt eine schmerzhafte Verletzung dar, die einer Heilbehandlung bedarf, mithin liegt eine Körperverletzung vor.“ Erinnern Sie sich an den Matheunterricht in der Schule, dort hätten Sie den Satz des Pythagoras ($a^2 + b^2 = c^2$) für eine konkrete Berechnung auch nicht wie folgt angewendet: $a^2 + 8^2 = c^2$.

bb) Pauschale Sätze ohne konkreten Fallbezug

Häufig werden auch derart allgemeine/abstrakte Sätze geschrieben, die theoretisch in jeder Klausur stehen könnten. Typische Beispiele für diese Art von ungenauen Subsumtionen sind: „Das ist hier der Fall.“ oder „Das liegt nicht vor.“ oder „Das hat sich T gerade nicht vorgestellt.“ Es mangelt all diesen Sätzen an jeglichem relevanten Fallbezug und sie sollten daher vermieden werden. Anstelle solcher knappen, inhaltslosen Sätze sollten Sie die Merkmale und die relevanten Angaben aus dem Sachverhalt pointiert feststellen, wie zum Beispiel „Die im Eigentum der B stehende Kette war für A eine fremde Sache.“ oder „X ließ das Messer fallen, um vor der Polizei zu fliehen und gab die weitere Tatausführung somit nicht freiwillig auf.“ oder „T stellte sich gerade nicht vor, dass der Hund die vergiftete Praline verzehren und daran versterben würde. Stattdessen war T sich sicher, dass O die Praline essen und infolge dessen ihr Bewusstsein verlieren würde.“

d) Zwischenergebnis

Im Anschluss folgt im klassischen Gutachtenstil nach der Subsumtion eine argumentative Auseinandersetzung mit den jeweiligen Vor- und Nachteilen aller in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten. Die Streitdarstellung wird der Übersicht halber allerdings an späterer Stelle gesondert erklärt.⁸ Nach dem Streit braucht der Leser eine gedankliche Verschnaufpause und eine eindeutige Schlussfolgerung. In dem Zwischenergebnis beantworten Sie somit schlicht die anfangs aufgeworfene Frage und greifen deswegen alle Elemente des Obersatzes wieder auf.

Beachten Sie also, dass das Ergebnis wirklich erst am Ende Ihres Gedankengangs auftaucht, und nehmen Sie dem Leser die Spannung nicht durch Formulierungen wie folgende vorweg: „Der Angriff ist nicht mehr gegenwärtig. A lag schon auf dem Boden und war somit außer Gefecht.“ oder „T handelte nicht freiwillig. Er hat das weitere Zustechen unterlassen, weil er die Polizeisirenen hörte.“ Diese Sätze klingen eher

wie fertige Ergebnisse mit hinterhergeschobenen Begründungen. Es entspricht der juristischen Denkweise aber mehr, ergebnisoffen an eine Fragestellung heranzugehen und die Antwort Schritt für Schritt zu erarbeiten. Am Ende soll die Lösung dann als logisch hergeleitete Konsequenz Ihrer Gedanken präsentiert werden. Sie möchten in Ihrem Gutachten sozusagen einen „Spannungsbogen“ erzeugen und das Ergebnis nicht vorwegnehmen.

2. Der verkürzte Gutachtenstil

Diese ausführliche Darstellungsart sollten Sie für eine solide Strafrechtsklausur aber nur an Schwerpunkten anwenden.⁹ Einerseits wird Ihnen die Zeit fehlen, überall derart ausführlich zu schreiben, andererseits können Sie Ihre Schwerpunkte mittels der Gutachtentechnik stilistisch hervorheben und die Aufmerksamkeit des Korrektors somit auf die entscheidenden Stellen lenken.

Für die unwesentlichen Merkmale gilt im Umkehrschluss aber nicht, dass der Gutachtenstil dort vernachlässigt werden kann. Stattdessen können Sie den Korrektor an diesen Stellen durch den richtigen Gebrauch des verkürzten Gutachtenstils von Ihrer Fertigkeit überzeugen, nicht nur präzise zu subsumieren und die Definition auf das Wesentliche herunterbrechen zu können, sondern Sie beeindrucken zugleich mit einer effizienten Schwerpunktsetzung. Diese drei Fähigkeiten in einem Satz zu bündeln, ist besonders anspruchsvoll und bedarf vieler Übung. Das liegt insbesondere daran, dass der verkürzte Gutachtenstil im Grundstudium kaum vermittelt wird und es auch kein geeignetes Lehrbuch¹⁰ hierfür gibt. Zumindest habe ich noch keines gefunden, welches ich mit gutem Gewissen weiterempfehlen könnte.

Anders als im klassischen Gutachtenstil möchten Sie das zu prüfende Merkmal nicht in die Länge ziehen, Sie wollen den Abschnitt pointiert auf das Wesentliche beschränken. Das erreichen Sie, indem Sie den Obersatz auslassen, stattdessen mit der präzisen Subsumtion beginnen und im Anschluss die wichtigen „Definitionsanker“ nennen und somit das (Nicht-)Vorliegen eines Merkmals herleiten.

Beispiele: Die blutende Wunde ist eine schmerzhafte Verletzung, die eines Heilprozesses bedarf, und stellt somit eine körperliche Misshandlung sowie eine Gesundheitsschädigung, mithin eine Körperverletzung dar.

⁹ Auch das OVG Münster, Urt. v. 27.8.2009 – 14 A 313/09 = BeckRS 2010, 45569, warnt: „Der Gutachtenstil darf nicht zum Selbstzweck werden. Nebensächlichkeiten müssen daher nicht im Gutachtenstil abgehandelt werden.“

¹⁰ Möllers, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 8. Aufl. 2016; Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020; Schwacke, Juristische Methodik, 5. Aufl. 2011; Valerius, Einführung in den Gutachtenstil, 4. Aufl. 2017 schweigen zum verkürzten Gutachtenstil. Mit wenigen Worten und Beispielen Hildebrand (Fn. 5), S. 43 f.; Schimmel (Fn. 4), S. 29 ff. Eine zu empfehlende Differenzierung zwischen dem Gutachten-, Feststellungs- und Urteilstil zumindest für die Fallbearbeitung im Zivil- und Öffentlichen Recht findet sich aber bei Beyerbach, JA 2014, 813.

⁸ Siehe Abschnitt IV. „Lasse es Punkte regnen“.

T beabsichtigte es auch, durch den wuchtigen Schlag mit dem Baseballschläger gegen den Kopf des O diesem eine schmerzhaft Platzwunde und damit eine erhebliche Verletzung zuzufügen, sodass er mit *dolus directus* 1. Grades hinsichtlich der gefährlichen Körperverletzung handelte.

Indem T erkannte und sich damit abfand, dass die O wegen des Einsteckens des Schmucks zumindest für eine gewisse Dauer nicht mehr auf diesen zugreifen konnte, handelte er mit Enteignungsvorsatz. Zudem plante er, den Schmuck gewinnbringend zu veräußern, sodass auch der Vorsatz einer vorübergehenden Aneignung und einer dauerhaften Enteignung vorlag. T handelte demnach mit der erforderlichen Zueignungsabsicht.

T hielt es für möglich und fand sich damit ab, dass die Flamme der angezündeten Kerze aus eigener Kraft auf andere Gegenstände im Raum übergehen und diese mit Feuer erfassen würde; er setzte somit mit Eventualvorsatz das Gebäude in Brand.

Die Pistole des T war bereits geladen und der Schuss hätte innerhalb weniger Sekunden abgegeben werden können, sodass der Angriff unmittelbar bevorstand und als gegenwärtig einzustufen ist.

Diese komprimierte Darstellung ist eine elegante Möglichkeit, Verständnis und Problembewusstsein in einem kurzen Abschnitt zu zeigen. Es bedarf viel Mühe, Fleiß und einiger Zeit, sich diesen Schreibstil anzueignen. Das erklärt vielleicht auch, warum es noch keine gelungene Anleitung für das richtige Schreiben im verkürzten Gutachtenstil gibt. Wären diese Formulierungen einfach, so könnte man sie gebündelt abdrucken, auswendig lernen und deutlich mehr Strafrechtsklausuren mit sehr guten Noten bewerten. Aber es wäre einerseits zu leicht, sich die Schreibweise eines anderen anzueignen, und andererseits würde es die Entwicklung eines eigenen Sprachstils mit individueller Ausdrucksweise auch stark einschränken. Durch das Auswendiglernen würde man zudem die kritische und gutachtenmäßige Denkweise verlieren und einen fremden Gedankengang lediglich verkürzt wiedergeben. Haben Sie stattdessen Mut und erarbeiten Sie sich lieber Ihre eigene Sprache und Ihre eigenen Gedanken, statt die Worte eines anderen lediglich zu reproduzieren.

3. Rückschlüsse für das eigene Lernverhalten

Die bisherigen Ausführungen sollten Sie zum Reflektieren über die eigene Lernmethode anregen. Verbringen Sie momentan noch sehr viel Zeit damit, die Folien aus den Vorlesungen abzuschreiben, Lehrbücher zusammenzufassen oder Definitionen auswendig zu lernen?

Wie Sie oben sicherlich festgestellt haben, werden Sie die Definitionen weder wortgetreu noch in der ausführlichen Länge, wie sie auf vielen Karteikarten abgebildet sind, in der Klausur wiedergeben müssen. Falls Ihnen eine Definition doch fehlen sollte, versuchen Sie das betreffende Merkmal mit Ihren eigenen, einfachen Worten zu umschreiben. Hilfreich kann es dabei sein, sich anfangs am Wortlaut zu orientieren. Beispielsweise können Sie beim Merkmal des „sich eines anderen bemächtigen“ in §§ 239a, 239b StGB anhand des Wortlauts schnell herausfinden, dass es darum geht, Macht

über einen anderen zu erlangen und herausarbeiten, dass man dies auf unterschiedliche Art und Weise, physisch oder psychisch, tun kann. So kann man sich zur Not auch eine Definition spontan herleiten. Sinnvoller als das stumpfe Auswendiglernen von Definitionen ist es daher, lediglich Definitionsanker mit mehreren Subsumtionsbausteinen auf Karteikarten festzuhalten. Damit verbinden Sie beim Lernen das Wesentliche einer Formel sofort mit passenden Formulierungsmöglichkeiten und so fällt Ihnen die Verknüpfung von abstrakten Definitionen mit konkreten Subsumtionen in der Klausur leichter. Entscheidend ist daher zusammengefasst, die sprachliche Varianz und Flexibilität, insbesondere in der Subsumtion und Streitdarstellung, zu schulen. Wie wäre es, hin und wieder Urteile oder Klausuren Ihrer Kommilitonen und Kommilitoninnen sorgfältig – und kritisch – zu lesen und dadurch Inspiration für den eigenen Subsumtionswortschatz zu gewinnen?

IV. Lasse es Punkte regnen – Die Streitdarstellung

Während die Umsetzung der obigen Ratschläge eher das Ergebnis eines langwierigen Lernprozesses ist, bietet die Verbesserung der Streitdarstellungstechnik kurzfristig eine Möglichkeit, die Klausur im Strafrecht aufzuwerten. Das ist nicht als Appell für kürzere Vorbereitungszeiten auf Klausuren gedacht, sondern soll einen Hoffnungsschimmer für all diejenigen erzeugen, die frustriert davon sind, trotz des vielen Lernens auf der Notenskala zu stagnieren.

Die Streitdarstellung ist oft ein Einfallstor für Punkte. Nicht, weil sie methodisch eine besonders anspruchsvolle Denkleistung erfordert, sondern weil viele Studierende eine solide Streitdarstellung nie gelernt haben. So kann man sich leicht positiv von der Masse abheben, wenn man folgende Tipps beherzigt:

1. Alles am richtigen Platz

Verorten Sie den Streit richtig in das von Ihnen bekannte Schema und ziehen Sie ihn nicht wie eine abstrakte Vorfrage vor die eigentliche Prüfung. Bspw. sollten Sie die Frage der Zulässigkeit einer sukzessiven Mittäterschaft nicht losgelöst vom Schema unmittelbar hinter dem Obersatz beantworten. Zeigen Sie dem Korrektor lieber, dass Sie § 25 Abs. 2 StGB als Zurechnungsnorm verstanden haben, und diskutieren Sie die sukzessive Mittäterschaft daher im Rahmen des objektiven Tatbestandes unter dem Tatbestandsmerkmal, das die strafbedrohte Handlung beschreibt. Werfen Sie dort nach der Feststellung eines nicht vorliegenden Beitrags in der Tatausführung die Frage auf, ob ein zeitlich nachgelagertes Handeln noch ausreicht, um eine Mittäterschaft zu begründen und die bis dahin vorgenommenen Handlungen zuzurechnen.

Sie sollten also den Streit innerhalb des problematischen Merkmals im Rahmen der Subsumtion aufwerfen. Nachdem Sie im Obersatz Ihre These aufgestellt und anschließend das diskussionswürdige Merkmal definiert haben, wenden Sie diese abstrakte Formel durch eine Subsumtion auf den konkreten Fall an und fragen sich dann, ob das Merkmal eventuell in dem konkreten Fall doch anders auszulegen ist.

2. Argumentationstechniken

Jeder Streit dreht sich im Grunde um die Auslegung¹¹ eines bestimmten Merkmals innerhalb einer Norm. Für ein extensives oder doch restriktives Verständnis sprechen unterschiedliche Argumente, deren ansprechende Gegenüberstellung Ihnen viele Punkte beschern kann.

a) Weg vom Passiv, hin zum Aktiv

Beginnen Sie dafür den Streit nicht mit Formulierungen wie „fraglich ist“ oder „problematisch ist“. Achten Sie bei Ihrer sprachlichen Gestaltung auch darauf, passive Formulierungen wie „ist umstritten“ oder „wird unterschiedlich beantwortet“ oder „nach Ansicht der Rechtsprechung“ zu vermeiden.¹² Sie suggerieren lediglich, dass Sie (nur) reproduzieren können, sie zeugen allerdings nicht von Systemverständnis und Argumentationskunst.

b) Der Weg ist das Ziel

Leiten Sie stattdessen Ihre Zweifel an der Richtigkeit des schlichten Subsumtionsergebnisses unter dem allgemeinen Wortlautverständnis her.¹³ Legen Sie dafür Prinzipien, dogmatisches Verständnis und den klassischen Auslegungskanon¹⁴ zugrunde. Dadurch umgehen Sie auch Formulierungen wie „Nach der Gleichwertigkeitstheorie“ oder „Die Literatur hingegen vertritt“ und verwenden ansprechende Ausdrucksweisen, wie zum Beispiel „angesichts der systematischen Stellung im achtundzwanzigsten Abschnitt des Strafgesetzbuches, der betitelt ist mit ‚gemeingefährlichen Straftaten‘, könnte man vertreten, dass § 316 StGB auf den Schutz von Allgemeinrechtsgütern ausgerichtet ist.“ Damit können Sie an eine systematische eine teleologische Auslegung anknüpfen und davon ausgehend auf die dogmatische Ausgestaltung, die Funktion des Strafrechts und grundlegende Prinzipien eingehen. Hier betten Sie alle Argumente ein, die Ihnen einfallen bzw. die Ihnen aus Lehrbüchern und Skripten bekannt sind. Statt diese Argumente allerdings nur wie auswendig gelernt wiederzugeben, sollten Sie jedes Argument beim Lernen wirklich nachvollzogen haben und daher in der Lage sein, jeden Begründungsansatz am Gesetzestext anzuknüpfen. Eine gelungene Streitdarstellung zeichnet sich somit nicht dadurch aus, dass Sie alle vertretenen Ansichten mit ihren Argumenten und Ausnahmen reproduzieren können. Eine ansprechende Streitdarstellung lebt vielmehr von selbständig hergeleiteten Lösungsansätzen, nachvollziehbaren Gedankengängen und der intensiven Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Argumenten. Sollten Sie merken, dass Ihr grundlegendes Straf-

rechtsverständnis lückenhaft ist, lesen Sie nicht nochmal dasselbe, bereits vorlesungsbegleitend durchgearbeitete Skript oder Lehrbuch durch. Diese können Ihnen nicht mehr beibringen als Sie bereits wissen. Greifen Sie zur Vertiefung nach einem Kommentar oder schauen Sie in den Einführungstext des Strafgesetzbuches (Beck-Textausgabe im dtv) oder werfen Sie einen Blick in eine Ausbildungszeitschrift und erweitern Sie durch die Lektüre abwechslungsreicher Literatur Ihr vorhandenes Grundwissen zum Strafrecht.

3. Streitaufbau

Neben der sprachlichen Ausgestaltung und dem Inhalt bietet selbstverständlich auch die Darstellung Entwicklungspotentiale. Der blockartige Aufbau, den man im Grundstudium und in vielen Repetitorien¹⁵ nahegelegt bekommt (Bspw. „Nach einer Ansicht [...]. Nach einer anderen Ansicht [...]. Beide Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, mithin ist ein Streitentscheid erforderlich...), mag zwar Sicherheit bringen und zur Übersicht beitragen. Allerdings entsteht dadurch noch mehr der Eindruck, der Prüfling könne nur reproduzieren und habe die Argumente eigentlich gar nicht verstanden. Leiten Sie die unterschiedlichen Ansätze hingegen stattdessen frei anhand der Auslegungskriterien her¹⁶ und lösen Sie den letzten „Streitentscheid“-Block, der die wesentlichen Argumente enthält, lieber auf und integrieren Sie die klassischerweise dort aufgeführten Argumente in die Gegenüberstellung der möglichen Auslegungsmöglichkeiten. Das erreichen Sie, indem Sie nach einem ersten (hergeleiteten) Ansatz zunächst den Fallbezug herstellen und anschließend die Vorzüge dieses Weges den Nachteilen desselben Ansatzes gegenüberstellen. In dieser Abwägung sollten die Nachteile überwiegen, sodass Sie sich aus den aufgezeigten Schwächen des ersten Ansatzes die zweite Auslegungsmöglichkeit herleiten. So verfahren Sie bis zu dem Lösungsansatz, mit dem Sie am Ende auch weiterarbeiten möchten.¹⁷ Dadurch entsteht der Eindruck, als wäre der letztgenannte Lösungsansatz die einzig richtige Methode, und Ihre Argumentation wirkt souverän. Weniger überzeugend ist die Argumentation im blockartigen Aufbau, weil er den letzten Lösungsansatz wie „das kleinste Übel“ aus einem Ausschlussverfahren aussehen und Ihre Argumentation noch fragiler und unsicherer wirken lässt, indem nach dem letzten hergeleiteten Ansatz die Gültigkeit dieser Theorie mit den Schwächen der anderen Ansätze begründet werden muss. Das zwingt den Korrektor zusätzlich, immer wieder zurückzublättern, um sich zu vergegenwärtigen, was die erste Ansicht nochmal besagte, gegen die jetzt im letzten „Streitentscheid“-Block argumentiert wird. Der block-

¹¹ Genauer könnte man noch zwischen Interpretations-, Abgrenzungs- und Anwendungsproblemen unterscheiden, vgl. dazu *Lagodny/Mansdörfer/Putze*, ZJS 2014, 157.

¹² Weitere abschreckende Beispiele sind zu finden in *Schimmel* (Fn. 4), Rn. 164 ff.

¹³ Beispiele und Erläuterungen zum Auslegungskanon finden sich in: *Reimer* (Fn. 9), Rn. 269 ff.; *Schwacke* (Fn. 9), S. 88 ff.

¹⁴ Eine anschauliche Zusammenfassung zu den Auslegungsmethoden findet sich in *Beaucamp/Beaucamp*, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, 4. Aufl. 2019, S. 42 ff.

¹⁵ Auch in vielen Lehrbüchern wird diese Darstellungsweise nahegelegt, siehe u.a. *Hildebrand* (Fn. 5), S. 59; *Möllers* (Fn. 9), § 3 Rn. 6 ff.

¹⁶ So auch *Schimmel* (Fn. 4), Rn. 213b. Auf den vorherigen Seiten sind auch inspirierende Formulierungsbeispiele zu finden. Allerdings ist der dargestellte Streitaufbau aus den oben genannten Gründen nicht zu empfehlen.

¹⁷ Beispiele für eine ansprechende Streitdarstellung finden Sie in *Valerius* (Fn. 9), S. 117 ff.

artige Aufbau erschwert somit auch den Lesefluss und daher ist von dieser Darstellungsvariante abzuraten.

4. Viele kurze Trainingseinheiten anstatt weniger langer Übungen

Am Anfang mag es vielleicht holprig werden, wenn Sie beginnen, sich von der alten Streitdarstellungsmethode zu lösen und versuchen, sich den neuen Streitaufbau und die neuen Argumentationstechniken anzueignen. Bleiben Sie auf jeden Fall am Ball und geben Sie sich dafür mehr Zeit, damit der neue Schreibstil zur Gewohnheit werden kann. Üben Sie zur Abwechslung mit kleinen Fällen statt mit großen Übungsklausuren. Viele kleine Fälle haben den Vorteil, dass das Gehirn häufiger zu mehr abwechslungsreichen Formulierungen gezwungen wird als bei großen Übungsklausuren. Diese kosten auch mehr Zeit, bevor Sie mit der eigentlichen Formulierungsübung anfangen können. Das lange Grübeln erschöpft zusätzlich das Gehirn und es hat nicht mehr die Leistungsfähigkeit, die Sie für das kreative Schreiben brauchen. Große Übungsklausuren eignen sich sicherlich hervorragend für Wissensüberprüfungen. Bei kleinen Fällen haben Sie hingegen den Sachverhalt binnen weniger Minuten erfasst und den Schwerpunkt schnell auffindig gemacht, sodass Sie ohne ermüdende Vorarbeit direkt an Ihren Formulierungen und Darstellungen feilen können.

V. Zusammenfassung: Jura ist mehr als Auswendiglernen

Hoffentlich haben meine Hinweise zur Methodik der Falllösung im Strafrecht Sie nicht verunsichert. Betrachten Sie die vielen Hinweise eher als weitere Möglichkeiten, Ihr Lernverhalten noch effektiver auszugestalten. Es geht im Jura-Studium nicht um das Auswendiglernen von Normen und Definitionen. Im Vordergrund sollten stets das Systemverständnis sowie die Fähigkeit zur kritischen Selbstanalyse stehen.

VI. Wie geht es weiter?

Nach der Lektüre dieses Textes sollten Sie den Inhalt erst einmal sacken lassen. Holen Sie im Anschluss daran Ihre letzten Klausuren und sonstigen schriftlichen Ausarbeitungen hervor. Seien Sie ehrlich zu sich und markieren Sie besonders kritisch bspw. ungenaue Subsumtionen blau, reproduktive Formulierungen rot und gelungene Herleitungen von Argumenten und Ansätzen grün. Führen Sie sich so Ihre Schwächen und Stärken nach jeder Schreibübung und vor jeder anschließenden Formulierungsübung vor Augen. Nach und nach werden Ihre Arbeiten weniger rote oder blaue Stellen und dafür mehr grüne Passagen aufweisen.

Schauen Sie sich Altklausuren in der Fachschaft an, lesen Sie Falllösungen in Ausbildungszeitschriften sowie Fallbüchern durch. Vor allem ist es auch sinnvoll, Ihre Ausarbeitungen mit denen anderer Studierenden auszutauschen. Dadurch erhalten Sie inspirierende Impulse für Ihren eigenen Schreibstil und Sie nehmen zur Übung auch mal die Perspektive eines Korrektors ein. Das muss natürlich ein Geschäft auf Gegenseitigkeit sein: Geben Sie einander ehrlich Feedback, welche Stellen missverständlich und welche Subsumtionen ungenau waren.

Haben Sie Mut, neue Lernmethoden auszuprobieren, und üben Sie sich in Geduld. Es braucht mehr als einige Tage, diese Techniken zu verinnerlichen und intuitiv anzuwenden. Bekanntermaßen braucht Gutes nun mal seine Zeit.

Seien Sie zudem selbstbewusst und lassen Sie sich nicht verunsichern, wenn alle um Sie herum Definitionen auswendig lernen und erzählen, wie viele Klausuren sie in dieser Woche schon zur Übung durchgearbeitet hätten, oder von neuen „besonders examensrelevanten“ Urteilen berichten. Bewahren Sie Ruhe und sagen Sie sich selbst: Statt immer mehr und mehr Wissen anzueignen, fokussiere ich mich lieber darauf, mein vorhandenes Wissen ordentlich zu präsentieren. Ich verfeinere meine Technik und kann mir mit einer soliden Methodik auch Lösungswege zu unbekanntem Problemen erschließen.

Letzten Endes ist es wie beim Führerschein: Nur weil man die theoretische Prüfung bestanden hat, heißt das noch lange nicht, dass man tatsächlich Auto fahren kann.

VII. Letzter Tipp: Keep your Law-Life-Balance

Und auch, wenn man den Führerschein in der Hand hat, heißt das nicht, sogleich der beste Autofahrer zu sein. Auch nach einer bestandenen Klausur kann man die eigene Methodik kontinuierlich verbessern. Zwischendurch sollten Sie sich aber daran erinnern, dass auch noch ein Leben außerhalb des Paragraphenschungels existiert. Also schlagen Sie Ihre Bücher zu und gönnen Sie sich eine Pause, wenn Freunde zu Besuch sind, das Wetter schön ist oder es gerade einfach nicht läuft. Akzeptieren Sie, dass Sie für einiges vielleicht länger brauchen als andere, und versuchen Sie, sich von Vergleichen mit anderen zu lösen. Lassen Sie sich von schlechten Bewertungen nicht runterziehen, sondern betrachten Sie selbst harsche Kritik als klare Hinweise auf noch mehr Entwicklungsmöglichkeiten. Verfahren Sie mit positiver Kritik aber genau andersherum: Erfreuen Sie sich an lobenden Worten in einem Votum, lesen Sie sich diese häufiger durch, belohnen Sie sich und seien Sie stolz auf Ihre Arbeit. Sie haben es sich verdient!

Fortgeschrittenenklausur zum Stellvertretungsrecht: „Kommilitone in Quarantäne“

Von Akad. Rat a.Z. Dr. **Björn Christian Becker**, Stud. iur. **Moritz Schwemmer**, Würzburg*

Die Klausur behandelt die Haftung eines minderjährigen Stellvertreters ohne Vertretungsmacht gem. § 179 Abs. 1 BGB. Es werden prüfungsrelevante Grundlagen sowohl des Stellvertretungs- als auch des Minderjährigenrechts abgeprüft. Besonders eingegangen wird ferner auf den in der juristischen Ausbildung oft nur am Rande behandelten Bezugspunkt der Genehmigung der gesetzlichen Vertreter gem. § 179 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BGB.

Sachverhalt

K studiert Rechtswissenschaften in der Stadt W. Kurz nach Beginn des ersten Semesters wird K positiv auf SARS-CoV-2 getestet und muss sich deshalb in Quarantäne begeben. Nach einigen Tagen bekommt K hohes Fieber sowie starke Kopfschmerzen. Zur Bekämpfung dieser Symptome sucht K in seiner Wohnung nach Schmerzmitteln. K vergreift sich jedoch im Medikamentenschrank und erwischt versehentlich ein starkes, verschreibungspflichtiges Psychopharmakon seines ehemaligen Mitbewohners, welches dieser dort vergessen hat. Zunächst geht es K besser, woraufhin er sich erleichtert einige Gläser Bier gönnt. Im Zusammenwirken der Erkrankung, des Medikaments und des Alkohols fällt K daraufhin in einen rauschähnlichen Zustand. Er erlebt ein Hochgefühl, hat starke Halluzinationen und ist gänzlich nicht mehr Herr seiner Sinne. In diesem Zustand verspürt er das Bedürfnis nach Musik. Er schreibt daraufhin seiner 17-jährigen Kommilitonin S per WhatsApp, ob sie in den Musikladen seines alten Bekannten V gehen und ihm „ein bisschen Musik auf Vinyl“ von den Beatles besorgen könne, „egal, was es kostet“. S kennt K als großen Beatles-Fan, der schon einige teure Sammlerstücke besitzt, und kann dessen Zustand angesichts der kurzen, lediglich per Kurznachrichten geführten Unterhaltung nicht erkennen.

S möchte ihrem Kommilitonen gerne helfen und begibt sich in das Musikfachgeschäft des V. Sie stößt zunächst durch den Laden und entdeckt dabei eine vom Schlagzeuger *Ringo Starr* signierte Version des Albums „The Beatles 1“ auf Vinyl zum Preis von 200 €. Im Geschäft sagt sie zu V: „Ich würde gerne die Schallplatte ‚The Beatles 1‘ für K kaufen. Krankheitsbedingt kann er selbst nicht vorbeikommen, er wollte diese Platte aber schon immer unbedingt haben. Der Preis erscheint mir allerdings ein wenig hoch. Würden Sie mir die Schallplatte auch für 150 € mitgeben?“ V, der im Einkauf für die Platte nur 120 € gezahlt hatte, erklärt sich einverstanden. S und V vereinbaren, dass K den Kaufpreis persönlich nach seiner Genesung begleicht. Die Schallplatte gibt V der S dagegen direkt mit.

Einige Zeit später kommt der Beatles-Sammler B ins Geschäft des V. Er hatte von der signierten Schallplatte gehört und möchte diese unbedingt – zum ursprünglichen Preis von 200 € – erwerben. Als V erklärt, dass die Platte bereits ver-

kauft sei, verlässt B wütend die Ladenräume und macht deutlich, er werde „nie wieder einen Fuß in diesen Laden setzen“.

Am selben Abend telefoniert S mit ihren Eltern und berichtet kurz, dass sie einige Besorgungen für K gemacht hat. Die Eltern von S finden es großartig, dass S ihrem Kommilitonen in seiner schwierigen Lage zur Hand geht und sagen zu S: „Das ist ja wirklich sehr nett von dir – und schön für K, dass jemand für ihn einkauft.“

Am nächsten Vormittag legt S die signierte Schallplatte vor die Tür. Als K die Platte entdeckt, freut er sich wenig über das teure Stück – er ist eigentlich knapp bei Kasse. Da er sich aber über die Hilfsbereitschaft der ihm sehr sympathischen S freut und ihr gegenüber weder seinen Medikamentenfehlgriff noch seine angespannte finanzielle Situation zugeben möchte, schreibt er ihr per WhatsApp zurück: „Danke für alles! Ich freue mich sehr.“

Zwei Tage später telefoniert V mit seinem Bekannten K, um sich nach seinem Befinden zu erkundigen. Nachdem K bei der Gelegenheit von allen Umständen berichtet, will V wissen, ob K die Platte denn überhaupt behalten wolle. Daraufhin erklärt K, dass er darüber nochmal nachdenken müsse und sich bei V melde. Zum Ärger des V hat sich K nach drei Wochen immer noch nicht wieder gemeldet. V möchte jedoch keinen Streit mit seinem guten Bekannten. Deshalb verlangt er Zahlung von 150 € von S. Mindestens möchte V aber den Verlust ersetzt bekommen, den er durch das entgangene Geschäft mit B erlitten hat.

Frage 1

Kann V von S Zahlung aus § 179 BGB verlangen?

Abwandlung

Die Erkrankung des K verläuft symptomfrei, sodass er auf keinerlei Medikamente zurückgreifen muss. Er langweilt sich jedoch. Um sich seine Langeweile in der Quarantäne zu vertreiben, beschließt er, seine Plattensammlung zu erweitern und meldet sich deshalb wie im Grundfall per WhatsApp bei S. Dabei weist K ausdrücklich darauf hin, dass er auf keinen Fall mehr als 50 € für eine Schallplatte ausgeben möchte.

S handelt im Musikgeschäft des V dennoch genau wie im Grundfall, weil sie der Meinung ist, K werde sich schon über die Platte freuen, wenn er sie in den Händen hält. Die Unterhaltung zwischen S und V im Musikgeschäft, das Telefonat zwischen S und ihren Eltern sowie der WhatsApp-Kontakt zwischen S und K nach Auffinden der Platte (K ist der sympathischen S für ihre Hilfsbereitschaft dankbar und möchte sie nicht verärgern) verlaufen exakt wie im Grundfall.

Beim Telefonat mit V berichtet K, dass S die teure Platte entgegen der Absprache mit K gekauft habe. Wie im Grundfall erbittet sich K auf Nachfrage des V, ob K die Stücke behalten wolle, Bedenkzeit und meldet sich auch drei Wochen nach dem Telefonat nicht bei V.

Frage 2

Kann V von S Zahlung aus § 179 BGB verlangen?

* Die Autoren sind Akad. Rat a.Z. und Habilitand bzw. Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für globales Wirtschaftsrecht, internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Bürgerliches Recht (Prof. Dr. Florian Bien) an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

Lösungsvorschlag – Grundfall**Frage 1: Anspruch des V gegen S auf Zahlung aus § 179 BGB**

Möglicherweise hat V gegen S einen Anspruch auf Zahlung aus § 179 BGB.¹ Hierzu müsste S zunächst einen Vertrag ohne Vertretungsmacht abgeschlossen haben. Ferner müsste das getätigte Geschäft genehmigungsfähig sein und der Vertretene die Genehmigung verweigert haben. Außerdem dürfte die Haftung nicht nach § 179 Abs. 3 BGB ausgeschlossen sein.²

I. Abschluss eines Vertrags ohne Vertretungsmacht*1. Kaufvertrag*

Möglicherweise hat S im Namen des K einen Kaufvertrag mit V über die signierte Beatles-Schallplatte nach § 433 BGB ohne Vertretungsmacht abgeschlossen. Ein Kaufvertrag besteht aus zwei inhaltlich korrespondierenden, in Bezug aufeinander abgegebenen Willenserklärungen, Antrag und Annahme (§§ 145, 147 BGB), welche die essentialia negotii enthalten.³

a) Willenserklärung des S

Fraglich ist, ob K ein wirksames Angebot im Hinblick auf den Abschluss eines Kaufvertrags bezüglich des signierten Beatles-Albums abgegeben hat. Ein Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die Vertragsgegenstand, Vertragsinhalt und die Parteien (essentialia negotii) so genau bestimmt, dass die Annahme durch bloße Zustimmung erfolgen kann.⁴ Eine eigene Willenserklärung hat K nicht gegenüber V abgegeben. Möglicherweise wurde er jedoch wirksam durch S vertreten, § 164 Abs. 1 BGB.

aa) Zulässigkeit der Stellvertretung

Es ist kein gesetzliches oder vertraglich vereinbartes Vertretungsverbot⁵ ersichtlich. Somit ist die Stellvertretung beim vorliegenden Kaufvertrag zulässig.

bb) Eigene Willenserklärung der S

S müsste eine eigene, auf den Abschluss eines Kaufvertrages gerichtete Willenserklärung abgegeben haben. Insbesondere

ist die Stellvertretung von einer bloßen Botenschaft abzugrenzen. Im Gegensatz zu einem Stellvertreter überbringt der Bote lediglich eine fremde Willenserklärung. Maßgeblich ist, ob ein objektiver Empfänger die Erklärung als eigene Willenserklärung oder lediglich als Übermittlung einer fremden Willenserklärung ansieht.⁶

Vorliegend erwähnte S, sie wolle die von ihr ausgesuchte signierte Schallplatte „für K kaufen“. Auch verhandelte S mit V über den Preis der Platte. Aus Sicht eines objektiven Empfängers (§§ 133, 157 BGB) verfügte S damit über einen Handlungsspielraum sowohl im Hinblick auf die Auswahl des konkreten Kaufvertragsgegenstands als auch im Hinblick auf den Kaufpreis. Sie hat damit erkennbar eine eigene Willenserklärung abgegeben und nicht bloß eine Erklärung des K überbracht.

Fraglich ist jedoch, ob die von S abgegebene Willenserklärung wirksam ist. Nach § 106 BGB ist ein Minderjähriger, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, in der Geschäftsfähigkeit beschränkt.⁷ Ausweislich des Sachverhalts war S zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags mit V im Namen des K 17 Jahre alt und daher beschränkt geschäftsfähig, §§ 2, 106 BGB. Nach §§ 106, 107 BGB bedarf es für die Wirksamkeit einer Willenserklärung eines beschränkt Geschäftsfähigen der Einwilligung der gesetzlichen Vertreter, sofern die Erklärung für den beschränkt Geschäftsfähigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft oder neutral ist.⁸ Die Vertretererklärung eines Minderjährigen ist für diesen jedoch stets rechtlich neutral, da dadurch nur der Vertretene berechtigt und verpflichtet wird, § 164 Abs. 1 S. 1 BGB. Selbst wenn der Vertreter seine Vertretungsmacht überschreitet, ist er über die Regelung des § 179 Abs. 3 S. 2 BGB ausreichend geschützt.⁹ Im Rahmen der Stellvertretung findet für beschränkt geschäftsfähige Stellvertreter zudem die Regelung des § 165 BGB Anwendung. Hiernach wird die Wirksamkeit einer von oder gegenüber einem Vertreter abgegebenen Willenserklärung nicht von der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Vertreters beeinträchtigt.¹⁰

Daher ist die von S abgegebene Willenserklärung wirksam.

c) Offenkundigkeit

S müsste auch im Namen des K gehandelt haben, § 164 Abs. 1 S. 1 BGB („Offenkundigkeitsprinzip“). Durch dieses Erfordernis soll der Vertragspartner geschützt werden, der in der Regel ein Interesse an der Identität seines Geschäftspartners hat.¹¹ Um zu bestimmen, ob die Offenkundigkeit gewahrt ist, ist im Zweifel die Erklärung anhand des objektiven Empfängerhorizonts nach §§ 133, 157 BGB auszulegen.¹²

Ausweislich des Sachverhalts erwähnte S gegenüber V, dass sie die signierte Schallplatte „für K“ kaufen wolle. Da-

¹ Zum Anspruch gem. § 179 Abs. 1 BGB siehe auch *Raab*, ZJS 2012, 498 ff. Die Vorschrift des § 179 BGB gehört zu den zwanzig meistzitierten BGB-Vorschriften in Examenslösungen, siehe die Frequenzanalyse bei *Hamann*, ZJS 2020, 507 (510).

² *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 45. Aufl. 2021, § 27 Rn. 9 ff.

³ *Brox/Walker* (Fn. 2), § 4 Rn. 9; *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2018, § 3 Rn. 1; *Jacoby/v. Hinden*, Bürgerliches Gesetzbuch, Studienkommentar, 17. Aufl. 2020, Vorb. § 145 Rn. 1; *Ellenberger*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, Vorb. § 145 Rn. 1.

⁴ *Faust* (Fn. 3), § 3 Rn. 3; *Jacoby/v. Hinden* (Fn. 3), § 145 Rn. 1.

⁵ Siehe hierzu etwa *Jacoby/v. Hinden* (Fn. 3), § 164 Rn. 1.

⁶ *Petersen*, Jura 2009, 904; *Faust* (Fn. 3), § 29 Rn. 3.

⁷ *Ellenberger* (Fn. 3), § 106 Rn. 1.

⁸ *Brox/Walker* (Fn. 2), § 12 Rn. 15.

⁹ *Köhler*, BGB, Allgemeiner Teil, 45. Aufl. 2021, § 11 Rn. 71.

¹⁰ *Schubert*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 9. Aufl. 2021, § 165 Rn. 1.

¹¹ *Petersen*, Jura 2010, 187; *Schubert* (Fn. 10), § 164 Rn. 24.

¹² *Faust* (Fn. 3), § 25 Rn. 6.

mit machte S deutlich, dass sie das Rechtsgeschäft nicht für sich, sondern für K abschließen möchte. Aus Sicht eines objektiven Empfängers handelte S daher im Namen des K. Der Grundsatz der Offenkundigkeit ist somit gewahrt.

dd) Mit Vertretungsmacht

Fraglich ist jedoch, ob S mit Vertretungsmacht gehandelt hat. Vertretungsmacht bedeutet die Rechtsmacht, für einen anderen verbindlich Willenserklärungen abzugeben bzw. entgegenzunehmen.¹³ Gem. § 179 Abs. 1 BGB wird die fehlende Vertretungsmacht bei einem Anspruch des Geschäftspartners gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht vermutet. Fraglich ist, ob diese Vermutung vorliegend widerlegt ist.¹⁴

(1) Innenvollmacht, § 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB?

K könnte S im Rahmen der WhatsApp-Korrespondenz rechtsgeschäftliche¹⁵ Vertretungsmacht erteilt haben (Vollmacht, siehe § 166 Abs. 2 BGB).¹⁶ Nach § 167 Abs. 1 BGB erfolgt die Erteilung der Vollmacht durch empfangsbedürftige Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden (Innenvollmacht) oder dem Dritten, gegenüber dem die Vertretung stattfinden soll (Außenvollmacht).¹⁷

K könnte S im Rahmen der Konversation via WhatsApp eine Innenvollmacht (§ 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB) erteilt haben. Laut Sachverhalt bat K die S, in den Musikladen des V zu gehen und „ein bisschen Musik auf Vinyl“ von den Beatles zu besorgen, und zwar „egal, was es kostet“. Nach objektivem Empfängerhorizont ist dies dahingehend zu verstehen, dass S zum Kauf beliebiger Schallplatten von den Beatles zu einem beliebigen Preis und zum Abschluss der entsprechenden Geschäfte ermächtigt war.

Fraglich ist jedoch, ob die Bevollmächtigung wirksam war.¹⁸ Vorliegend könnte die auf die Erteilung der Vollmacht gerichtete Willenserklärung des K gem. § 105 Abs. 2 BGB nichtig sein. Dazu müsste sich K bei Abgabe seiner Erklärung in einem Zustand der Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit befinden haben.

In einem Zustand der Bewusstlosigkeit i.S.d. § 105 Abs. 2 Alt. 1 BGB handelt, wer nicht in der Lage ist, Inhalt und Wesen der Handlung – ganz oder teilweise – zu erkennen.¹⁹ Unter diese Vorschrift fallen damit nicht nur die Bewusstlosig-

keit im engeren Sinne,²⁰ sondern auch hochgradige Bewusstseinstrübungen und Beeinträchtigungen des Bewusstseins, bei denen eine Person zwar noch willensgesteuert handelt, dabei aber nicht mehr über die notwendige Einsichtsfähigkeit verfügt.²¹ Ein Zustand der Bewusstlosigkeit kann etwa infolge starker Trunkenheit,²² der Einnahme von Psychopharmaka²³ oder eines Fieberwahns eintreten.²⁴ Für die entsprechende Beurteilung ist allerdings stets auf die Umstände des konkreten Einzelfalls abzustellen. So kann im Hinblick auf die Auswirkung von Alkoholgenuss auf Grund der individuell unterschiedlichen Alkoholgewöhnung und individuellen physischen Konstitution einer Person kein allgemeingültiger Wert der Blutalkoholkonzentration festgelegt werden, ab dem stets vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 105 Abs. 2 BGB ausgegangen werden kann.²⁵ Die Rechtsfolgen des § 105 Abs. 2 BGB treten vielmehr nur dann ein, wenn sich der Betroffene bei der Abgabe der Willenserklärung im Einzelfall tatsächlich in einem willensausschließenden Zustand befunden hat, Inhalt und Wesen der vorgenommenen Handlung also nicht erkennen konnte.²⁶

Vorliegend hatte K zwar nur einige Gläser Bier getrunken, jedoch führte das Zusammenwirken mit seiner Erkrankung und dem starken Psychopharmakon zu einem Zustand, in dem K nicht lediglich berauscht war, sondern starke Halluzinationen erlebte und „gänzlich nicht mehr Herr seiner Sinne“ war. Damit befand sich K in einem Zustand der Bewusstlosigkeit i.S.d. § 105 Abs. 2 Alt. 1 BGB. Die vom K gegenüber S abgegebene Erklärung ist damit nichtig. K hat S daher keine wirksame Vollmacht erteilt.

Anmerkung: Die Bearbeiter könnten hier genauso auf eine vorübergehende Störung der Geistestätigkeit abstellen, die ihre Ursache im Einzelfall ebenfalls beispielsweise im Alkohol- oder Drogenkonsum finden kann.²⁷

Vertiefungshinweis: Fraglich ist, ob K – selbst im Falle seiner Geschäftsfähigkeit – die beschränkt geschäftsfähige S überhaupt wirksam hätte bevollmächtigen können. Die Erteilung einer Vollmacht ist abzugrenzen vom zwischen

¹³ Huber, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.11.2021, § 164 Rn. 15.

¹⁴ Vgl. Köhler (Fn. 9), § 11 Rn. 72; Schubert (Fn. 10), § 179 Rn. 25.

¹⁵ Grundsätzlich kann sich eine Vertretungsmacht aus einer gesetzlichen Vorschrift, einem entsprechenden Rechtsgeschäft oder einem Rechtsschein ergeben, siehe etwa Brox/Walker (Fn. 2), § 24 Rn. 16 f.

¹⁶ Jacoby/v. Hinden (Fn. 3), § 164 Rn. 1; Schubert (Fn. 10), § 167 Rn. 1.

¹⁷ Schubert (Fn. 10), § 165 Rn. 6.

¹⁸ Zur – hier nicht in Betracht kommenden – Anfechtung einer Vollmacht siehe etwa Raab, ZJS 2011, 502 (512 ff.).

¹⁹ Spickhoff, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 105 Rn. 38; Ellenberger (Fn. 3), § 105 Rn. 2.

²⁰ Befindet sich eine Person in einem Zustand, in dem jede willensbasierte Handlungsmöglichkeit ausgeschlossen ist (z.B. Ohnmacht oder epileptischer Anfall), liegt regelmäßig bereits mangels Handlungswillens keine wirksame Willenserklärung vor, siehe etwa Klumpp, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 105 Rn. 30.

²¹ BGH WM 1972, 972; Klumpp (Fn. 20), § 105 Rn. 31.

²² BGH WM 1972, 972.

²³ LAG Berlin BeckRS 1998, 30905293.

²⁴ Klumpp (Fn. 20), § 105 Rn. 30 f.; Schneider, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.11.2021, § 105 Rn. 14; Spickhoff (Fn. 19), § 105 Rn. 38.

²⁵ Klumpp (Fn. 20), § 105 Rn. 31.

²⁶ Vgl. BGH BeckRS 1972, 31122911; Ellenberger (Fn. 3), § 105 Rn. 2.

²⁷ Vgl. Schneider (Fn. 24), § 105 Rn. 17; zu § 105 Abs. 2 Alt. 2 BGB bei Trunkenheit siehe etwa auch Armbrüster, Examinatorium, BGB AT, 3. Aufl. 2018, S. 46 f.

Vertreter und Vertretenem bestehenden Grundverhältnis. Während erstere das „rechtliche Können“ des Vertreters bestimmt, betrifft letzteres das „rechtliche Dürfen“ des Vertreters.²⁸ Bevollmächtigung und Grundverhältnis sind hinsichtlich ihres Inhalts und ihrer Wirksamkeit unabhängig voneinander zu beurteilen (stellvertretungsrechtlicher Abstraktionsgrundsatz).²⁹

Die Erteilung einer Innenvollmacht erfolgt durch einseitiges Rechtsgeschäft des Vollmachtgebers gegenüber dem zu Bevollmächtigenden. Diese Willenserklärung schafft die Befugnis, für den Vollmachtgeber Rechtsgeschäfte abzuschließen, und erweitert damit den Rechtskreis des zu Bevollmächtigenden, ohne diesen weiteren Pflichten auszusetzen.³⁰ Für beschränkt Geschäftsfähige ist die Bevollmächtigung daher rechtlich vorteilhaft,³¹ nach anderer Ansicht, die jedoch im Ergebnis zu keinem Unterschied führt, rechtlich neutral.³² Die auf die Bevollmächtigung gerichtete Willenserklärung wird daher gem. § 131 Abs. 2 S. 2 BGB durch Zugang gegenüber dem beschränkt Geschäftsfähigen wirksam.

Das Grundverhältnis stellt in der Regel einen schuldrechtlichen Vertrag mit dem Minderjährigen dar (z.B. Auftragsverhältnis, § 662 BGB) und beinhaltet damit auch Verpflichtungen des Minderjährigen (z.B. unentgeltliche Geschäftsbesorgung, § 662 BGB, Herausgabepflicht, § 667 BGB).³³ Für die Wirksamkeit des Grundverhältnisses bedarf es für den beschränkt Geschäftsfähigen daher grundsätzlich der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter, § 107 BGB.³⁴ Auf Grund des stellvertretungsrechtlichen Abstraktionsgrundsatzes besteht eine ohne die Einwilligung der gesetzlichen Vertreter wirksam (siehe oben) eingeräumte Vollmacht des beschränkt Geschäftsfähigen jedoch unabhängig von einem ggf. unwirksamen Grundverhältnis fort, bis ein eigenständiger Beendigungsgrund vorliegt.³⁵ Vorliegend käme es auf die Abstraktheit der Bevollmächtigung im Verhältnis zum Grundverhältnis ohnehin nicht an, da die Eltern der S das Grundverhältnis jedenfalls konkludent genehmigt haben, indem sie sich mit den Besorgungen der S für K grundsätzlich einverstanden erklärt haben (siehe unten III. 2. b).

(2) Rechtsscheinvollmacht?

Nachdem vorliegend keine wirksame Vollmacht erteilt wurde, könnte allenfalls eine Rechtsscheinvollmacht in Betracht kommen.³⁶ Vorliegend bestehen keinerlei Anhaltspunkte, die auf

das Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 170–172 BGB schließen ließen. Auch eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht kommen nicht in Betracht.³⁷ Beide Rechtsinstitute setzen voraus, dass der Vertreter mehrfach und für einen gewissen Zeitraum im Namen des Vertretenen auftritt.³⁸ Allein die Angabe und der Wille, als Vertreter für einen anderen zu handeln, begründen dagegen keinen Rechtsschein.³⁹ Vorliegend hat S lediglich angegeben, für K zu handeln.

Es liegt somit kein tauglicher Rechtsscheintatbestand vor, der eine Rechtsscheinvollmacht begründen könnte. Damit handelte S vorliegend ohne Vertretungsmacht.

b) Willenserklärung des V

V müsste das Angebot nach § 147 BGB auch angenommen haben. Bei einer Annahme handelt es sich um eine grundsätzlich empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die der Antragsempfänger sein Einverständnis deutlich macht.⁴⁰ Laut Sachverhalt gab V der S die signierte Schallplatte mit. Damit drückte er konkludent aus, dass er mit dem Kauf jeweils einverstanden ist. Er hat das Angebot somit angenommen.

Fraglich ist, ob die Annahmeerklärung des V dem K auch zugegangen ist. Nach § 164 Abs. 3 BGB finden die Regeln des § 164 Abs. 1 BGB Anwendung, wenn eine gegenüber einem anderen abzugebende Willenserklärung dessen Vertreter gegenüber erfolgt (passive Stellvertretung). Hierbei ist zunächst durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln, ob es sich bei dem Empfänger um einen Stellvertreter oder Empfangsboten handelt.⁴¹ Vorliegend verfügte S über eigene Verantwortung und Entscheidungsgewalt im Verhältnis zum Geschäftsherrn (siehe oben).⁴² Sie war daher grundsätzlich Empfangsvertreterin für K.

Jedoch ist S erst 17 Jahre alt und damit nur beschränkt geschäftsfähig, §§ 2, 106 BGB. Nach § 131 Abs. 2 S. 1 BGB wird eine Willenserklärung, die gegenüber einer beschränkt geschäftsfähigen Person abgegeben wird, grundsätzlich erst wirksam, wenn sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht. Nach § 131 Abs. 2 S. 2 BGB wird die Willenserklärung auch mit Zugang beim beschränkt Geschäftsfähigen wirksam, wenn der gesetzliche Vertreter eine entsprechende Einwilligung erteilt hat oder die Willenserklärung lediglich einen rechtlich Vorteil mit sich bringt.⁴³ Vorliegend handelte S allerdings als Stellvertreterin (siehe oben). Gem. der §§ 164 Abs. 3, 165 BGB wird die Wirksamkeit einer gegenüber einem Vertreter abgegebenen Willenserklärung nicht durch die beschränkte Geschäftsfähigkeit des Vertreters beeinträchtigt.⁴⁴ Im Übrigen

²⁸ Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 167 Rn. 1.; Schubert (Fn. 10), § 164 Rn. 221.

²⁹ Jacoby/v. Hinden (Fn. 3), § 167 Rn. 6.

³⁰ Faust (Fn. 3), § 18 Rn. 22.

³¹ Huber (Fn. 13), § 165 Rn. 16.

³² Boemke/Schönfelder, JuS 2013, 7; Einsele, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 131 Rn. 5.

³³ Mansel (Fn. 28), § 167 Rn. 1; Spickhoff (Fn. 19), § 107 Rn. 38.

³⁴ Köhler (Fn. 9), § 11 Rn. 26.

³⁵ Huber (Fn. 13), § 165 Rn. 18.

³⁶ Förster, Jura 2010, 351 (354); Köhler (Fn. 9), § 11 Rn. 35.

³⁷ Siehe hierzu Brox/Walker (Fn. 2), § 25 Rn. 26 ff.

³⁸ BGH NJW 2007, 987 (989); BGH NJW 2014, 2790 (2791); vgl. Schubert (Fn. 10), § 167 Rn. 107, 112.

³⁹ Vgl. Schubert (Fn. 10), § 167 Rn. 112.

⁴⁰ Köhler (Fn. 9), § 8 Rn. 21; Jacoby/v. Hinden (Fn. 3), § 147 Rn. 1.

⁴¹ Jacoby/v. Hinden (Fn. 3), § 164 Rn. 2 f.

⁴² Vgl. Schäfer, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.5.2022, § 164 Rn. 46.

⁴³ Brox/Walker (Fn. 2), § 7 Rn. 25 f.; Wendtland, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.5.2022, § 131 Rn. 6–8.

⁴⁴ Ellenberger (Fn. 3), § 165 Rn. 1.

ist die Erklärung für S lediglich rechtlich vorteilhaft, da nicht sie, sondern K berechtigt und verpflichtet wird (siehe oben). Die Erklärung des V ist S daher wirksam zugegangen. Die Erklärung wirkt indes nur insoweit für und gegen K, als die übrigen Voraussetzungen der Stellvertretung vorliegen, § 164 Abs. 1, Abs. 3 BGB. Wie oben festgestellt handelte S zwar erkennbar im Namen des K, jedoch verfügte S auf Grund der unwirksamen Bevollmächtigung durch K über keine Vertretungsmacht. Damit liegen die Voraussetzungen einer wirksamen Stellvertretung nicht vor.

2. Zwischenergebnis

S hat einen Kaufvertrag ohne Vertretungsmacht im Namen des K mit V abgeschlossen, vgl. § 433 BGB. Nach § 177 Abs. 1 BGB ist der Kaufvertrag über die beiden Schallplatten daher zunächst schwebend unwirksam.⁴⁵ Nachdem es sich vorliegend nicht um ein einseitiges, nicht genehmigungsfähiges Rechtsgeschäft handelt (vgl. § 180 BGB), können die Verträge durch nachträgliche Zustimmung des K (Genehmigung, § 184 Abs. 1 BGB) aber noch wirksam werden.⁴⁶

II. Verweigerung der Genehmigung

Möglicherweise hat K gem. § 177 Abs. 1 BGB seine Genehmigung erteilt. Bei der Genehmigung (§ 184 Abs. 1 BGB) handelt es sich um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die gegenüber dem Vertreter oder dem Dritten abzugeben ist und die die nachträgliche Zustimmung zum zustimmungsbedürftigen Geschäft zum Inhalt hat.⁴⁷ Mit der Genehmigung kann der Vertretene ein Vertretergeschäft, das der Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossen hat, an sich ziehen. Das Vertretergeschäft kommt in diesem Fall erst zwischen dem Vertretenen und dem Dritten zustande.⁴⁸

1. Genehmigung gegenüber S

Fraglich ist, ob K im Rahmen des WhatsApp-Chats mit S seine Genehmigung erteilt hat. Aus Sicht eines objektiven Empfängers in der Situation der S (§§ 133, 157 BGB) ist die Erklärung des K „Danke für alles! Ich freue mich sehr.“ dahingehend zu verstehen, dass K den von S in seinem Namen abgeschlossenen Vertrag gutheißt. Damit hat K – jedenfalls konkludent – seine Genehmigung gegenüber S erteilt.

2. Wiederaufleben des Schwebezustands

Der Schwebezustand könnte jedoch im Nachhinein wieder aufgelebt sein. V hat sich nach dem Gespräch zwischen K und S nochmals ausdrücklich bei K erkundigt, ob K die Schallplatten überhaupt behalten wolle. Diese Erklärung ist aus Sicht eines objektiven Empfängers (§§ 133, 157 BGB) als Aufforderung des K zur Erklärung über die Genehmigung

gegenüber V auszulegen, siehe § 177 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BGB. Gem. § 177 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 BGB wurde die gegenüber S bereits erklärte Genehmigung damit unwirksam. Der Schwebezustand des ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Vertretergeschäfts lebte damit wieder auf.⁴⁹

3. Verweigerungsfiktion, § 177 Abs. 2 S. 2 BGB

Möglicherweise gilt die Genehmigung vorliegend nach § 177 Abs. 2 S. 2 BGB als verweigert. Dies ist der Fall, wenn die Genehmigung nicht vor Ablauf von zwei Wochen nach Empfang der Aufforderung zur Erklärung der Genehmigung nach § 177 Abs. 2 S. 1 BGB erklärt wurde.⁵⁰

Vorliegend hat sich K beim V auch drei Wochen nach der Aufforderung zur Erklärung über die Genehmigung nicht mehr gemeldet. Die Frist nach § 177 Abs. 2 S. 2 BGB ist somit abgelaufen.

Die Genehmigung gilt daher gem. § 177 Abs. 2 S. 2 BGB als verweigert. Das von S abgeschlossene Vertretergeschäft wurde demnach nicht durch K genehmigt.

III. Ausschluss der Haftung nach § 179 Abs. 3 BGB

Die Haftung der S könnte jedoch nach § 179 Abs. 3 BGB ausgeschlossen sein.

1. Keine Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des V, § 179 Abs. 3 S. 1 BGB

Nach § 179 Abs. 3 S. 1 BGB haftet der Vertreter nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder fahrlässig nicht kannte.⁵¹ Vorliegend hatte V weder Kenntnis davon, dass S keine Vertretungsmacht hatte, noch hätte er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nach den Umständen darauf schließen können.

2. Beschränkt geschäftsfähiger Vertreter, § 179 Abs. 3 S. 2 BGB

Gem. § 179 Abs. 3 S. 2 BGB ist die Haftung eines beschränkt geschäftsfähigen Vertreters ausgeschlossen, sofern er nicht mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat.

a) Beschränkt geschäftsfähige S

S war zum Zeitpunkt des Vertretergeschäfts beschränkt geschäftsfähig i.S.d. § 106 BGB (siehe oben).

b) Zustimmung der gesetzlichen Vertreter

Die Haftung der S nach § 179 Abs. 1 BGB wäre daher nur dann nicht ausgeschlossen, wenn sie mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter gehandelt hat, § 179 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BGB. Nach §§ 1626, 1629 BGB sind die gesetzlichen Vertreter der S ihre Eltern. Bei der Zustimmung handelt es sich um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die vor (Einwilligung, § 183 S. 1 BGB) oder nach (Genehmigung,

⁴⁵ *Ellenberger* (Fn. 3), § 177 Rn. 5; *Schäfer* (Fn. 42), § 177 Rn. 18.

⁴⁶ *Faust* (Fn. 3), § 18 Rn. 41; *Ellenberger* (Fn. 3), Überbl. v. § 104 Rn. 31.

⁴⁷ *Brox/Walker* (Fn. 2), § 22 Rn. 3, § 27 Rn. 2; *Ellenberger* (Fn. 3), § 177 Rn. 6.

⁴⁸ *Brox/Walker* (Fn. 2), § 27 Rn. 2; *Köhler* (Fn. 9), § 11 Rn. 66.

⁴⁹ Vgl. *Schäfer* (Fn. 42), § 177 Rn. 36.

⁵⁰ *Petersen*, Jura 2010, 904 (905); *Faust* (Fn. 3), § 27 Rn. 9.

⁵¹ BGH NJW-RR 2005, 268 (269).

§ 184 Abs. 1 BGB) dem zustimmungsbedürftigen Rechtsge-
schäft abgegeben werden kann.⁵²

aa) Meinungsstreit zum Bezugspunkt der Zustimmung

Fraglich ist, worauf sich die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter nach § 179 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BGB beziehen muss, damit die zu einer Haftung des beschränkt Geschäftsfähigen führende Rückausnahme einschlägig ist. Der Wortlaut der Norm gibt hierauf keine eindeutige Antwort. In der Literatur ist der Bezugspunkt der Zustimmung i.R.d. § 179 Abs. 3 S. 2 BGB umstritten.

(1) Herrschende Ansicht: Genehmigung zum Vertreterhandeln allgemein ausreichend

Nach herrschender Ansicht muss sich die Zustimmung nicht konkret auf das vollmachtlose Handeln des beschränkt Geschäftsfähigen, sondern lediglich allgemein auf das Vertreterhandeln als solches beziehen.⁵³ Vorliegend haben sich die Eltern der S allgemein damit einverstanden erklärt, dass sie für K einige Besorgungen gemacht hat. Da es nach der herrschenden Ansicht nur auf die Zustimmung zum Vertreterhandeln insgesamt ankommt, wäre die Erklärung der Eltern der S grundsätzlich als Genehmigung i.S.d. § 179 Abs. 3 S. 2 BGB zu verstehen. Nach der herrschenden Ansicht ist die Rückausnahme des § 179 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BGB daher einschlägig. S müsste danach gem. § 179 Abs. 1 BGB haften.

(2) Andere Ansicht: Leerlaufen des § 179 Abs. 3 S. 2 BGB

Nach einer anderen Ansicht ist die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter zum vollmachtlosen Handeln des beschränkt geschäftsfähigen Vertreters nicht durch die gesetzliche Vertretungsmacht gedeckt.⁵⁴ Im Ergebnis bestehe damit überhaupt kein Anwendungsfall für § 179 Abs. 3 S. 2 BGB;⁵⁵ die Vorschrift laufe damit leer.⁵⁶ Die Haftung des Minderjährigen Vertreters nach § 179 Abs. 1 BGB sei daher stets ausgeschlossen. Nach dieser Ansicht müsste S demnach nicht haften.

(3) Eigener Vorschlag: Auslegung der Genehmigungserklärung

Anmerkung: Der im Folgenden näher dargestellte eigene, an der Auslegung der Zustimmungserklärung orientierte Lösungsansatz wird, soweit ersichtlich, in der Literatur bisher nicht diskutiert. Entsprechende Ausführungen sind von den Bearbeitern daher nicht zu erwarten, ggf. aber besonders positiv bei der Bewertung zu berücksichtigen.

⁵² Brox/Walker (Fn. 2), § 22 Rn. 3 f.

⁵³ Ellenberger (Fn. 3), § 179 Rn. 4; Leptien, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999, § 179 Rn. 20; Schilken, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 179 Rn. 19a; Schubert (Fn. 10), § 179 Rn. 62.

⁵⁴ van Venroy, AcP 1981, 220 (229 ff.).

⁵⁵ Eine Zustimmung zum Auftreten als Vertreter im Rahmen der gewährten Vertretungsmacht führt ohnehin zu keiner Haftung nach § 179 Abs. 1 BGB, siehe van Venroy, AcP 1981, 220 (230).

⁵⁶ van Venroy, AcP 1981, 220 (235).

Schließlich ist denkbar, dass man die Reichweite der Zustimmungserklärung durch Auslegung bestimmt, §§ 133, 157 BGB. Eine Willenserklärung ist immer dann auszulegen, wenn ihre Bedeutung nicht klar und eindeutig ist.⁵⁷ Dabei kommt es auf den objektiven Empfängerhorizont desjenigen an, gegenüber dem die Erklärung abgegeben wird.⁵⁸ Vorliegend erklären sich die Eltern der S nur allgemein damit einverstanden, dass sie für K einige Besorgungen gemacht hat. Dem Wortlaut ist dabei nicht unmittelbar zu entnehmen, ob sie auch die Überschreitung der Vertretungsmacht durch S gutheißen. Die Erklärung der Eltern der S ist mithin nicht eindeutig und somit auslegungsbedürftig. Entscheidend ist daher, wie ein objektiver Empfänger in der Situation der S die Erklärung verstehen musste.

Geht der beschränkt Geschäftsfähige davon aus, dass seine Handlung von einer tatsächlich nicht bestehenden⁵⁹ Vertretungsmacht gedeckt ist, verwirklicht sich ein typisches Begleitrisiko der Stellvertretung zu Lasten des Vertreters.⁶⁰ Das Überschreiten der Vertretungsmacht als solches basiert hierbei nicht auf einer bewussten Entscheidung des Minderjährigen – der Vertreter hat auf die Realisierung dieses Risikos keinen Einfluss. Das Bestehen nicht beherrschbarer Risiken ist zwangsläufige Folge des Auftretens als Vertreter zwischen zwei weiteren, voneinander unabhängigen Personen. Aus Sicht eines objektiven Empfängers (§§ 133, 157 BGB) müssen diese Risiken zumindest im Grundsatz den gesetzlichen Vertretern bewusst sein, wenn sie gegenüber dem beschränkt geschäftsfähigen Vertreter ihre Zustimmung erteilen. Stimmen die gesetzlichen Vertreter demnach dem Vertreterhandeln lediglich im Allgemeinen zu, so ist im Rahmen einer Auslegung regelmäßig davon auszugehen, dass die Zustimmung auch den Fall des unbewussten vollmachtlosen Handelns des Vertreters einschließt. Nach dieser, an der Auslegung der Zustimmungserklärung orientierten Lösung ist die Rückausnahme des § 179 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BGB daher einschlägig, sodass die Haftung der S vorliegend nicht ausgeschlossen ist.

⁵⁷ Zur Auslegungsbedürftigkeit von Willenserklärungen: Köhler (Fn. 9), § 9 Rn. 7; Mansel (Fn. 28), § 133 Rn. 2; Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 133 Rn. 61; Singer, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 133 Rn. 9.

⁵⁸ Köhler (Fn. 9), § 9 Rn. 7 f.; Wendtland (Fn. 43), § 133 Rn. 27.

⁵⁹ Z.B. wegen Widerrufs einer Außenvollmacht (§§ 168 S. 2, 167 Abs. 1 BGB), Nichtigkeit der Bevollmächtigung wegen unerkannter Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers (§§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB) oder Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz (§ 134 BGB, dazu etwa Schubert [Fn. 10], § 167 Rn. 56), Insolvenz des Vollmachtgebers (§§ 115, 116, 117 InsO, dazu etwa Vuia, in: Münchener Kommentar zur InsO, 4. Aufl. 2019, § 117 Rn. 12) etc.

⁶⁰ Vgl. insoweit auch Ellenberger (Fn. 3), § 179 Rn. 4; Leptien (Fn. 53), § 179 Rn. 20; Schilken (Fn. 53), § 179 Rn. 19a; Schubert (Fn. 10), § 179 Rn. 62.

bb) Entscheidung des Meinungsstreits

Die oben (III. 2. b) aa) (2) genannte Ansicht kommt vorliegend zu einem anderen Ergebnis als die herrschende Ansicht (siehe oben III. 2. b) aa) (1) sowie die an der Auslegung der Zustimmungserklärung orientierte Lösung (siehe oben III. 2. b) aa) (3). Insoweit ist der Meinungsstreit daher zu entscheiden.

Die unter III. 2. b) aa) (2) genannte Ansicht geht davon aus, dass eine Zustimmung der gesetzlichen Vertreter auch zum Überschreiten der Vollmacht mit der Konsequenz der Haftung des Minderjährigen aus § 179 Abs. 1 BGB stets gegen die sich aus § 1627 S. 1 BGB ergebenden Pflichten verstoße, wonach die elterliche Sorge stets zum Wohle des Kindes auszuüben ist.⁶¹ Der Minderjährige werde durch eine solche Zustimmung dem Risiko einer Haftung ausgesetzt, ohne dass für ihn irgendwelche Vorteile ersichtlich seien.⁶²

Gegen diese Argumentation spricht das Telos der §§ 177 ff. BGB.⁶³ Durch diese Regeln soll einerseits die Privatautonomie des Vertretenen geschützt werden, indem das Risiko der Vollmachtlosigkeit dem Geschäftsgegner zugewiesen wird. Diesem gegenüber haftet höchstens der Vertreter nach § 179 BGB.⁶⁴ Die Vorschrift des § 179 Abs. 1 BGB regelt dabei eine verschuldensunabhängige Garantiehafung des vollmachtlosen Vertreters für enttäushtes Vertrauen des Geschäftsgegners in die Vertretungsmacht.⁶⁵ Andererseits vervollständigt die Regelung des § 179 Abs. 3 S. 2 BGB den gesetzlichen Schutz der Minderjährigen im Rechtsgeschäftsverkehr.⁶⁶ Im System des Minderjährigenschutzes nach §§ 107 ff. BGB überlässt der Gesetzgeber die Entscheidung, dass sich ein beschränkt Geschäftsfähiger im Rechtsverkehr betätigen darf, wodurch er sich zwangsläufig auch Haftungsrisiken aussetzt, ausdrücklich den gesetzlichen Vertretern.⁶⁷ Es ist kein Grund ersichtlich, warum i.R.d. § 179 Abs. 3 S. 2 BGB etwas anderes gelten sollte. Dagegen spricht auch nicht, dass der Minderjährige durch das Vertreterhandeln selbst keinen unmittelbaren Vorteil erlangt: Auch bei der Einwilligung nach § 107 BGB kann ein Minderjähriger Rechtsgeschäfte abschließen, aus denen er keinen Vorteil erzielt, insbesondere bei unentgeltlichen Geschäften wie etwa einem Schenkungsvertrag (als Schenker), einem Verwahrungsvertrag (als Verwahrer) oder Leihvertrag (als Verleiher).⁶⁸ Die gesetzlichen Vertreter verstoßen daher nicht in jedem Fall gegen ihr Sorgerecht, in dem sie den beschränkt Geschäftsfähigen mit ihrer Zustimmung Haftungsrisiken aussetzen.

Die herrschende Ansicht stützt sich auf die Überlegung, dass das Risiko der Vollmachtlosigkeit der Vertretung als

⁶¹ *van Venroy*, AcP 1981, 220 (231).

⁶² *Prölss*, JuS 1986, 169 (172); *van Venroy*, AcP 1981, 220 (231).

⁶³ Vgl. zum Telos der §§ 177 ff. BGB: *Köhler* (Fn. 9), § 11 Rn. 65 ff.; *Schäfer* (Fn. 42), § 177 Rn. 1 f.; *Schubert* (Fn. 10), § 177 Rn. 1 f.

⁶⁴ *Schubert* (Fn. 10), § 177 Rn. 1.

⁶⁵ *Schäfer* (Fn. 42), § 179 Rn. 1.

⁶⁶ *Schubert* (Fn. 10), § 179 Rn. 4.

⁶⁷ *Duden*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 15.11.2021, § 107 Rn. 7.

⁶⁸ *Klumpp* (Fn. 20), § 107 Rn. 30.

solcher stets anhafte, was sich bereits aus der Widerruflichkeit der Vollmacht ergebe.⁶⁹ Dies gilt jedenfalls in der vorliegenden Konstellation, in der der Vertreter unbewusst vollmachtlos handelt (siehe oben III. 2. b) aa) (3).

Ein wie von der unter III. 2. b) aa) (2) dargestellten Ansicht angenommenes vollständiges Leerlaufen der Rückausnahme des § 179 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BGB würde letztlich bedeuten, dem Minderjährigenschutz absoluten Vorrang gegenüber dem von § 179 BGB bezweckten Schutz des Geschäftsgegners einzuräumen. Dies ist aus zweierlei Gründen nicht erforderlich: Zum einen können die gesetzlichen Vertreter frei entscheiden, ihre Zustimmung zum Vertreterhandeln zu verweigern; zum anderen ist der Minderjährige jedenfalls in der vorliegenden Konstellation des unbewusst vollmachtlosen Handelns stets durch die Haftungsbeschränkung des § 179 Abs. 2 BGB geschützt (siehe dazu unten III. 3.).

Damit sprechen in der vorliegenden Konstellation die überzeugenderen Gründe für die unter III. 2. b) aa) (1) sowie (3) dargestellten Ansichten. Die andere Ansicht (siehe III. 2. b) aa) (2) ist daher abzulehnen. Die Haftung der S ist damit vorliegend nicht nach § 179 Abs. 3 S. 2 BGB ausgeschlossen, da sie mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter gehandelt hat.

*3. Rechtsfolge**a) Haftungsbeschränkung nach § 179 Abs. 2 BGB?*

Gem. § 179 Abs. 1 BGB ist S dem V grundsätzlich nach seiner Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet. Vorliegend könnte die Haftung der S aber gem. § 179 Abs. 2 BGB auf das negative Interesse⁷⁰ beschränkt sein. Dies wäre der Fall, wenn S den Mangel ihrer Vertretungsmacht nicht gekannt hätte.

Vorliegend ging S davon aus, K habe sie wirksam zur Stellvertretung ermächtigt (siehe oben). Es mag für einen Erstsemesterstudenten ungewöhnlich erscheinen, eine in der Höhe unbegrenzte Bevollmächtigung zu erteilen. Die Haftung auf das Erfüllungsinteresse i.R.d. § 179 BGB beschränkt sich jedoch auf die Fälle, in denen der Vertreter den Mangel positiv kennt. Die – einfach oder grob – fahrlässige Unkenntnis ist unschädlich.⁷¹ Laut Sachverhalt kennt S den K als großen

⁶⁹ *Ellenberger* (Fn. 3), § 179 Rn. 4; *Leptien* (Fn. 53), § 179 Rn. 20; *Schilken* (Fn. 53), § 179 Rn. 19a; *Schubert* (Fn. 10), § 179 Rn. 62.

⁷⁰ Siehe hierzu etwa *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 122 Rn. 17; *Schubert* (Fn. 10), § 179 Rn. 53.

⁷¹ H.M., siehe etwa BGH WM 1977, 478; RG JW 1933, 2641; *Canaris*, in: Canaris (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, S. 129 (171 f.); *Köhler* (Fn. 9), § 11 Rn. 70; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 994; *Frensch*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2021, § 179 Rn. 17; *Maier-Reimer/Finkenauer*, in: Ermann, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 179 Rn. 14; *Schilken* (Fn. 53), § 179 Rn. 17; *Schubert* (Fn. 10), § 179 Rn. 51; a.A. *Hübner*,

Beatles-Fan, der schon einige teure Sammlerstücke besitzt. Darüber hinaus konnte S laut Sachverhalt auf Grund der kurzen, lediglich via WhatsApp stattgefundenen Konversation nicht auf den willensausschließenden Zustand und damit die Unwirksamkeit der Bevollmächtigung schließen. S hat damit den Mangel ihrer Vertretungsmacht nicht gekannt. Ihre Haftung ist daher gem. § 179 Abs. 2 BGB auf das negative Interesse beschränkt.

Anmerkung: Eine andere Ansicht wäre auf Grund der recht deutlichen Hinweise im Sachverhalt allenfalls mit sehr guter Begründung vertretbar.

b) Teleologische Reduktion des § 179 Abs. 2 BGB?

In der Literatur ist umstritten, ob die Regelung des § 179 Abs. 2 BGB teleologisch zu reduzieren ist, wenn der Vertreter den Mangel an Vertretungsmacht nicht kannte und dieser außerhalb jeder Erkenntnis- und Beurteilungsmöglichkeit liegt.⁷² Dies wird etwa in Fällen angenommen, in denen es von Vertreter und Drittem gleichermaßen beurteilt werden kann, dass die erteilte Vollmacht mit geltendem Recht kollidiert, beispielsweise, wenn sich der Mangel der Vollmacht aus einem für alle Beteiligten ersichtlichen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot ergibt (§ 134 BGB).⁷³

Im vorliegenden Fall handelt es sich allerdings nicht um einen für alle Beteiligten ersichtlichen Verstoß. Für V bestand keine Möglichkeit der Kenntnisnahme vom willensausschließenden, nach § 105 Abs. 2 BGB zur Nichtigkeit der Bevollmächtigung führenden Zustand des K. Zwar konnte laut Sachverhalt auch S den Zustand des K nicht erkennen; jedoch weist in einem solchen Fall die Regelung des § 179 Abs. 1, Abs. 2 BGB das Risiko vollmachtlosen Handelns ausdrücklich dem Vertreter zu, der dem Vertretenen insoweit nähersteht als der Geschäftspartner.⁷⁴ Eine teleologische Reduktion kommt im vorliegenden Fall daher nach keiner Ansicht in Betracht. Der Meinungsstreit ist daher nicht zu entscheiden.

Anmerkung: Bearbeiter, die dennoch auch im vorliegenden Fall eine teleologische Reduktion des § 179 Abs. 2 BGB befürworten, müssten den Meinungsstreit hingegen entscheiden. Insoweit kann für eine teleologische Reduktion etwa das Argument angeführt werden, dass der Geschäftspartner, der direkt mit einem unerkennbar Geschäftsunfähigen kontrahiert, keine Ansprüche aus enttäuschem Vertrauen geltend machen könne, bei Zwischenschaltung eines Vertreters aber schon.⁷⁵ Indes spricht gegen eine teleologische Reduktion, dass es sich bei § 179 Abs. 2 BGB um eine Garantenhaftung handelt, bei der ein Verschulden gerade nicht erforderlich ist. Eine teleologische Reduktion des § 179 Abs. 2 BGB würde jedoch letztlich dazu führen, die Haftung des § 179 Abs. 2 BGB an eine verschuldensabhängige Haftung anzunähern. Dies widerspricht der Wertung des Gesetzgebers, nicht das Ob, sondern den Umfang der Haftung allein von der Kenntnis des Vertreters abhängig zu machen.⁷⁶ Ferner würde eine teleologische Reduktion dazu führen, dass letztlich der Geschäftspartner das Risiko der Vollmachtlosigkeit trägt. Dieses Risiko weisen § 179 Abs. 1, Abs. 2 BGB aber gerade dem Vertreter zu. Der Vertreter steht dem Vertretenen aber in der Regel näher als der Geschäftspartner, weshalb eine Abwälzung des Risikos der Vollmachtlosigkeit auf den Geschäftspartner nicht angezeigt erscheint.⁷⁷

c) Schadenshöhe

Fraglich ist, für welchen Schaden S gegenüber V nach § 179 Abs. 1, Abs. 2 BGB haftet. Auf Grund der Haftungsbeschränkung des § 179 Abs. 2 BGB kann V von S nur Ersatz des negativen Interesses (Vertrauensschaden) verlangen.⁷⁸ S hat V daher wirtschaftlich so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er nicht auf die Gültigkeit der Vollmacht vertraut hätte.⁷⁹ Dabei sind alle Vermögensnachteile zu ersetzen, die dem Geschädigten dadurch entstanden sind, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut und sich bei seinem weiteren Verhalten danach gerichtet hat.⁸⁰ Der zu ersetzende Vertrauensschaden erstreckt sich dabei auch auf den Gewinn, der dem Geschä-

BGB AT, 2. Aufl. 1996, Rn. 1315; *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 293 f.

⁷² So etwa *Dorka/Losert*, DStR 2005, 1145; *Ostheim*, AcP 169 (1969), 193 (203 f.); *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 535 Fn. 53; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, S. 807 f.; *Leptien* (Fn. 53), Rn. 18; *Hübner* (Fn. 71), Rn. 1315; ähnlich *Prölss*, JuS 1986, 169 (170); a.A. *Köhler* (Fn. 9), § 11 Rn. 70; *Schilken* (Fn. 53), § 179 Rn. 17; *Schubert* (Fn. 10), § 179 Rn. 51 f.

⁷³ *Dorka/Losert*, DStR 2005, 1145 (1146), die als Beispiel die Ausstattung eines Treuhänders mit Vertretungsmacht für die umfassende rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs unter Verstoß gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG a.F. (vgl. heute § 3 RDG) nennen.

⁷⁴ *Medicus/Petersen* (Fn. 71), Rn. 994; *Schubert* (Fn. 10), § 179 Rn. 52.

⁷⁵ *Dorka/Losert*, DStR 2005, 1145; *Ostheim*, AcP 169 (1969), 203 ff.

⁷⁶ *Bornemann*, AcP 207 (2007), 102 (112 f.); *Canaris* (Fn. 71), S. 171 f.; *Köhler* (Fn. 9), § 11 Rn. 70; *Medicus/Petersen* (Fn. 71), Rn. 994; *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 51 Rn. 33; *Schäfer* (Fn. 42), § 179 Rn. 26; *Frensch* (Fn. 71), § 179 Rn. 12; *Maier-Reimer/Finkenauer* (Fn. 71), § 179 Rn. 20 f.; *Schilken* (Fn. 53), § 179 Rn. 17; *Schubert* (Fn. 10), § 179 Rn. 51.

⁷⁷ *Köhler* (Fn. 9), § 11 Rn. 70; *Schäfer* (Fn. 42), § 179 Rn. 26; *Schilken* (Fn. 53), § 179 Rn. 17; *Schubert* (Fn. 10), § 179 Rn. 51 f.

⁷⁸ *Brox/Walker* (Fn. 2), § 27 Rn. 12; *Köhler* (Fn. 9), § 11 Rn. 70; *Schubert* (Fn. 10), § 179 Rn. 51.

⁷⁹ Vgl. *Faust* (Fn. 3), § 23 Rn. 14; *Köhler* (Fn. 9), § 7 Rn. 36; *Armbrüster* (Fn. 70), § 122 Rn. 17.

⁸⁰ BGH NJW 1984, 1950 (1951); *Wendland* (Fn. 43), § 122 Rn. 7.

digten dadurch entgangen ist, dass er den Abschluss eines anderen, günstigeren Geschäfts unterlassen hat (§ 252 BGB).⁸¹

Vorliegend hat V den B in dem Vertrauen darauf zurückgewiesen, dass der mit S im Namen des K geschlossene Kaufvertrag gültig ist. B hätte den vollen Preis i.H.v. 200 € bezahlt. Nachdem V die Platte laut Sachverhalt für 120 € eingekauft hat, hätte er beim Geschäft mit S im Namen des K (Kaufpreis: 150 €) einen Gewinn von 30 € gemacht. Hingegen hätte V beim Geschäft mit B (Kaufpreis 200 €) einen Gewinn i.H.v. 80 € gemacht. V ist demnach ein Gewinn von 50 € dadurch entgangen, dass er im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages mit K den Abschluss des günstigeren Geschäfts mit B unterlassen hat. Einen entgangenen Gewinn kann V grundsätzlich gem. §§ 179 Abs. 1, Abs. 2, 252 BGB von S ersetzt verlangen.⁸² Nach der Regelung des § 179 Abs. 2 BGB ist der zu ersetzende Schaden auf Grund der Unkenntnis der S in Bezug auf ihre fehlende Vertretungsmacht jedoch auf das positive Interesse des V aus dem Geschäft mit K (hier: 30 €, siehe soeben oben) begrenzt.

IV. Ergebnis zum Grundfall

V kann gegen S Zahlung i.H.v. 30 € aus §§ 179 Abs. 1, Abs. 2, 252 BGB verlangen.

Lösungsvorschlag – Abwandlung

Frage 2: Anspruch des V gegen S auf Zahlung aus § 179 BGB

V könnte gegen S einen Anspruch auf Zahlung aus § 179 BGB haben. Hierzu müsste S zunächst einen Vertrag ohne Vertretungsmacht abgeschlossen haben. Ferner müsste das getätigte Geschäft genehmigungsfähig sein und der Vertretene die Genehmigung verweigert haben. Außerdem dürfte die Haftung nicht nach § 179 Abs. 3 BGB ausgeschlossen sein.⁸³

I. Abschluss eines Vertrags ohne Vertretungsmacht

S müsste zunächst einen Vertrag ohne Vertretungsmacht abgeschlossen haben. Wie oben ausgeführt hat S eine auf den Abschluss eines Kaufvertrags über die signierte Schallplatte gerichtete eigene Willenserklärung abgegeben und die Erklärung des V als Empfangsvertreterin entgegengenommen. Auch handelte sie offenkundig im Namen des K (siehe oben zum Grundfall). Fraglich ist, ob sie darüber hinaus mit Vertretungsmacht handelte.

K könnte S eine Innenvollmacht (§ 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB) erteilt haben. Im Sachverhalt der Abwandlung existieren – anders als im Grundfall – keinerlei Hinweise, die auf eine etwaige Unwirksamkeit der von K abgegebenen Willens-

erklärung schließen lassen könnten. Laut Sachverhalt hat K die S, für ihn eine Schallplatte für nicht mehr als 50 € zu besorgen. Aus Sicht eines objektiven Empfängers (§§ 133, 157 BGB) ist dies als Bevollmächtigung im Innenverhältnis zwischen K und S zu verstehen. Dabei wurde S ermächtigt, eine beliebige Schallplatte für maximal 50 € zu kaufen. Auf Grund dieser konkreten Vorgaben des K in seiner Erklärung handelt es sich mithin um eine Spezialvollmacht für ein einziges, ganz bestimmtes Geschäft.⁸⁴

S gab jedoch eine Willenserklärung über den Kauf einer Schallplatte zum Preis von 150 € ab. Für das konkrete, von S abgeschlossene Geschäft bestand somit keine Vollmacht des K für S. S handelte daher ohne Vertretungsmacht.

II. Verweigerung der Genehmigung

Die von K ursprünglich gegenüber S erteilte Genehmigung wurde mit der Aufforderung des V gegenüber K vorliegend unwirksam, § 177 Abs. 2 S. 1 BGB (siehe oben zum Grundfall). Nachdem K sich auch drei Wochen nach der Aufforderung des V nicht gemeldet hat, gilt die Genehmigung als verweigert, § 177 Abs. 2 S. 2 BGB (siehe oben zum Grundfall).

III. Ausschluss der Haftung nach § 179 Abs. 3 BGB

Die Haftung der S könnte nach § 179 Abs. 3 BGB ausgeschlossen sein. Im Sachverhalt finden sich keine Hinweise darauf, dass V der Mangel der Vertretungsmacht der S bekannt war oder hätte bekannt sein können, weshalb der Ausschlussgrund nach § 179 Abs. 3 S. 1 BGB nicht einschlägig ist (siehe oben zum Grundfall). Im Hinblick auf die beschränkte Geschäftsfähigkeit der S kommt jedoch ein Haftungsausschluss nach § 179 Abs. 3 S. 2 BGB in Betracht.

1. Meinungsstreit zum Bezugspunkt der Zustimmung

Wie oben zum Grundfall ausgeführt ist der Bezugspunkt der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter i.R.d. § 177 Abs. 3 S. 2 BGB umstritten. Während es nach der herrschenden Meinung ausreicht, wenn sich die Zustimmung lediglich auf das Vertreterhandeln an sich bezieht (siehe oben zum Grundfall III. 2. b) aa) (1), läuft die Rückausnahme des § 177 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BGB nach anderer Ansicht (siehe oben zum Grundfall III. 2. b) aa) (2) regelmäßig leer.

Vorliegend haben sich die Eltern allgemein mit dem Vertreterhandeln der S einverstanden erklärt (siehe oben zum Grundfall). Entsprechend wäre nach der herrschenden Ansicht die Rückausnahme des § 179 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BGB einschlägig, sodass S gem. § 179 Abs. 1 BGB haften müsste. Nach der anderen Ansicht wäre die Rückausnahme hingegen nicht einschlägig, sodass die Haftung der S nach § 179 Abs. 3 S. 2 BGB entfielen.

Nach dem oben (III. 2. b) (3) vorgestellten dritten, an der Auslegung der Zustimmungserklärung orientierten Lösungsansatz wurde im Grundfall eine Haftung der S – im Ergebnis übereinstimmend mit der herrschenden Ansicht – bejaht. Im Hinblick auf den Sachverhalt der Abwandlung könnte jedoch eine andere Bewertung angezeigt sein. Anders als im Grund-

⁸¹ BGH NJW 1984, 1950 (1951); OLG Hamm NJW 2004, 2601 (2602); Höpfner, AcP 212 (2012), 853 (871 ff.); Wendtland (Fn. 43), § 122 Rn. 7; Schubert (Fn. 10), § 179 Rn. 17.

⁸² Nicht nach § 179 Abs. 1, Abs. 2 BGB ersatzfähig ist freilich der Gewinn, der wegen dem nicht zustande gekommenen Vertretergeschäft entgangen ist, vgl. zu § 122 BGB: BGH NJW-RR 2002, 1344 (1345); OLG Nürnberg BeckRS 2015, 15238 Rn. 159; Armbrüster (Fn. 70), § 122 Rn. 17.

⁸³ Brox/Walker (Fn. 2), § 27 Rn. 13.

⁸⁴ Vgl. Jacoby/v. Hinden (Fn. 3), § 167 Rn. 1.

fall handelte S in der Abwandlung bewusst in Überschreitung der ihr vom K erteilten Vertretungsmacht. Überdies hat S ihre Eltern nicht im Detail über das Geschehen im Laden des V unterrichtet, sondern nur davon gesprochen „einige Besorgungen“ im Laden des V für K erledigt zu haben. Die Eltern der S wussten daher nicht, dass S ihre Vertretungsmacht bewusst überschritten hat. Vielmehr waren sie nur allgemein damit einverstanden, dass S als Vertreterin des K auftritt. In einem solchen Szenario, in dem der beschränkt geschäftsfähige Vertreter bewusst seine Vertretungsmacht überschreitet, kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass dies von einer lediglich allgemein bezogen auf das Vertreterhandeln erteilten Genehmigung umfasst ist. Vielmehr kommt hier dem Minderjährigenschutz ein besonderes Gewicht zu. Nach den Wertungen der §§ 107 ff., 179 Abs. 3 S. 2 BGB soll der Minderjährige vor übereilten, seiner Unerfahrenheit oder seiner mangelnden Reife geschuldeten Entscheidungen mit für ihn nachteiligen Folgen geschützt werden.⁸⁵ Stimmen die gesetzlichen Vertreter dem Vertreterhandeln eines beschränkt Geschäftsfähigen lediglich allgemein zu, so wird diese Zustimmung nach §§ 133, 157 BGB regelmäßig nicht dahingehend auszulegen sein, dass der Minderjährige seine Vertretungsmacht bewusst überschreiten können soll. Vielmehr werden die Vertreter davon ausgehen, dass sich der Minderjährige bei der Vertretung im Rahmen seiner Vertretungsmacht bewegt, zumal der Minderjährige andernfalls unbeschränkt nach § 179 Abs. 1 BGB haftet. Im Zweifel ist daher bei einer lediglich allgemein formulierten Zustimmung zum Vertreterhandeln davon auszugehen, dass sich die Zustimmung nicht auf das bewusste Überschreiten der Vertretungsmacht durch den Minderjährigen bezieht. Eine unbeschränkte Haftung des Minderjährigen nach § 179 Abs. 1 BGB auf Grund der Rückausnahme des § 179 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BGB kommt daher allenfalls dann in Betracht, wenn die gesetzlichen Vertreter ausdrücklich der bewussten Überschreitung der Vertretungsmacht durch den Minderjährigen zustimmen. Dies ist vorliegend aber gerade nicht der Fall. Nach dem an der Auslegung der Zustimmungserklärung orientierten Lösungsansatz scheidet eine Haftung der S danach gem. § 179 Abs. 3 S. 2 BGB aus, da sich die Zustimmung der Eltern der S vorliegend nicht auf das bewusst vollmachtlose Handeln der S bezieht.

2. Entscheidung des Meinungsstreits

Anders als im Grundfall kommt die herrschende Ansicht damit vorliegend zu einem anderen Ergebnis als die beiden anderen Ansichten. Insoweit ist der Meinungsstreit daher zu entscheiden.

Das von der herrschenden Ansicht vorgebrachte Argument, wonach das Risiko der Vollmachtlosigkeit der Vertretung als solcher stets anhafte,⁸⁶ verfängt nicht in einer Konstellation, in der der Minderjährige seine Vertretungsmacht bewusst überschreitet. Eine solche pauschalisierende Lösung kann in Fäl-

len wie dem vorliegenden gegen den – ggf. durch Auslegung zu ermittelnden – Willen der gesetzlichen Vertreter verstoßen. Wie an der oben dargestellten dritten Ansicht deutlich wird, ist bei einer offen formulierten, lediglich auf das Vertreterhandeln allgemein bezogenen Zustimmung der Eltern bewusst vollmachtloses Handeln des beschränkt geschäftsfähigen Vertreters in der Regel gerade nicht umfasst. In Bezug auf die sich in der Abwandlung stellende Konstellation ist die herrschende Ansicht daher abzulehnen. Nachdem sich die Zustimmung der Eltern danach nicht auf das bewusst vollmachtlose Handeln der S bezog, ist die Rückausnahme des § 179 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BGB vorliegend nicht einschlägig. Die Haftung der S ist damit nach § 179 Abs. 3 S. 2 BGB ausgeschlossen.

IV. Ergebnis zur Abwandlung

V kann von S keine Zahlung aus § 179 Abs. 1 BGB verlangen.

Vertiefung und Einordnung der Problematik

Die aus didaktischen Gründen auf die Prüfung des § 179 BGB beschränkte Klausur problematisiert verschiedene Klausurprobleme des Stellvertretungsrechts auf Fortgeschritteneniveau. Der Schwerpunkt der Klausur liegt auf dem umstrittenen Bezugspunkt der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter i.S.d. § 179 Abs. 3 S. 2 BGB. Die hier vorgeschlagene, an einer Auslegung der Zustimmungserklärung orientierte Lösung stellt auf den Inhalt der jeweiligen Erklärung im Einzelfall ab.

Die beiden unterschiedlichen Konstellationen in Grundfall und Abwandlung – einerseits unbewusstes, andererseits bewusstes Überschreiten der Vollmacht durch den beschränkt geschäftsfähigen Vertreter – verdeutlichen, dass die bislang diskutierten, eher schematischen Ansichten nicht immer zu einer interessensgerechten Lösung kommen. Dies gilt zumindest in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem aus der Erklärung der Eltern nicht eindeutig hervorgeht, wie weit ihre Zustimmung reicht. Nach dem hier vorgeschlagenen Ansatz ist der Bezugspunkt der Zustimmung stets zunächst durch Auslegung zu ermitteln. Dabei ist eine lediglich allgemein auf das Vertreterhandeln bezogene Zustimmung in der Regel dahingehend auszulegen, dass sie zwar das unbewusst, nicht aber das bewusst vollmachtlose Handeln des beschränkt geschäftsfähigen Vertreters umfasst. Die Lösung trägt dem Minderjährigenschutz dabei insoweit Rechnung, als der Minderjährige vor einer unüberlegten, übereilten, seiner Unreife geschuldeten Entscheidung geschützt wird, eigenmächtig seine Vollmacht zu überschreiten. Dieses Schutzes bedarf es nicht im gleichen Maße, soweit der Minderjährige lediglich unbewusst seine Vertretungsmacht überschreitet, da insoweit keine Entscheidung des Minderjährigen zur Haftung nach § 179 Abs. 1, 2 BGB führt, sondern sich nur ein dem Vertreterhandeln inhärentes Risiko realisiert. Hier erscheint es interessensgerecht, dem von § 179 Abs. 1 BGB grundsätzlich zweckten Schutz des Geschäftsgegners Vorrang einzuräumen, zumal der Minderjährige sich in solchen Fällen stets auf die Haftungserleichterung des § 179 Abs. 2 BGB berufen kann.

In Fällen des bewusst vollmachtlosen Handelns des beschränkt Geschäftsfähigen kommt eine Haftung nach dem hier vorgeschlagenen Ansatz also nur in Betracht, wenn die

⁸⁵ Duden (Fn. 67), § 107 Rn. 6.

⁸⁶ Ellenberger (Fn. 3), § 179 Rn. 4; Leptien (Fn. 53), § 179 Rn. 20; Schilken (Fn. 53), § 179 Rn. 19a; Schubert (Fn. 10), § 179 Rn. 62; siehe bereits oben zum Grundfall III. 2. b) (2).

gesetzlichen Vertreter ausdrücklich ihre Zustimmung zum Überschreiten der Vollmacht erteilen. Diese Konstellation dürfte in der Praxis indes selten vorkommen. Im Falle des bewussten Überschreitens der Vertretungsmacht durch den beschränkt Geschäftsfähigen läuft § 179 Abs. 3 S. 2 BGB daher letztlich häufig leer. Zudem wird mit einer solchen Zustimmung meistens ein Verstoß gegen das Sorgerecht der gesetzlichen Vertreter nach §§ 1626 ff. BGB einhergehen.⁸⁷ In der Folge stünden dem Minderjährigen jedenfalls⁸⁸ Schadensersatzansprüche, etwa gem. § 1664 BGB oder § 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB,⁸⁹ gegen die gesetzlichen Vertreter zu. Ein solcher Verstoß scheidet lediglich in Fällen aus, in denen der Geschäftspartner i.R.d. § 179 Abs. 1 BGB Erfüllung verlangt und sich das Geschäft aus Sicht des Minderjährigen letztlich als wirtschaftlich vorteilhaft herausstellt. Hier wäre eine im Nachhinein erteilte Zustimmung (Genehmigung) möglich, ohne dass die gesetzlichen Vertreter gegen ihre Pflicht aus § 1626 BGB verstoßen.

Die hier vorgeschlagene Auslegungslösung stellt schließlich keinen Wertungswiderspruch zu dem Grundsatz dar, dass an vorsätzliches Handeln regelmäßig schwerere Folgen geknüpft werden als an fahrlässiges Handeln.⁹⁰ Bei einer lediglich allgemein zum Vertreterhandeln erteilten Zustimmung wird eine Auslegung wie dargelegt ergeben, dass unbewusstes Überschreiten von der Zustimmung umfasst, bewusstes Überschreiten hingegen nicht umfasst ist. Liegt hingegen der – praktisch wohl eher selten vorkommende – Fall einer ausdrücklichen Zustimmung der gesetzlichen Vertreter zum Überschreiten der Vertretungsmacht vor, haftet der Minderjährige unbeschränkt nach § 179 Abs. 1 BGB.⁹¹

⁸⁷ Vgl. *van Venroy*, AcP 1981, 220 (231 f.).

⁸⁸ *van Venroy*, AcP 1981, 220 (233) geht in dieser Konstellation sogar von einem Überschreiten der gesetzlichen Vertretungsmacht der gesetzlichen Vertreter aus, weshalb diese bereits rechtlich daran gehindert wären, eine entsprechende Zustimmung überhaupt zu erteilen.

⁸⁹ Vgl. *Wellenhofer*, Familienrecht, 6. Aufl. 2021, Rn. 23; *Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 1664 Rn. 1.

⁹⁰ Vgl. *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 22. Aufl. 2021, Rn. 357 f.

⁹¹ Vgl. *Medicus/Lorenz* (Fn. 90), Rn. 357 f.

Hausarbeit: Wasserschaden

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas Brinkmann, Wiss. Mitarbeiterin Julia Pielsticker, Bielefeld*

Der vorliegende Übungsfall wurde im Wintersemester 2021/2022 als Hausarbeit im Rahmen des Grundkurses Schuldrecht Allgemeiner Teil und vertragliche Schuldverhältnisse an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld gestellt. Im Mittelpunkt stehen der Rücktritt, die Nacherfüllung und damit einhergehende Fragen zur Setzung einer angemessenen Frist. Die Lösung ist in unterschiedliche Richtungen offen und erfordert eine Argumentation am konkreten Fall.

Sachverhalt

Um zukünftig Übernachtungskosten zu sparen, will sich der belgische Bauschlosser Bernard Bonaparte (B) einen Wohnwagen anschaffen, in dem seine Angestellten auf Baustellen in ganz Europa übernachten sollen. Bei der Wohnwagenhändlerin Antonia Althoff aus Aachen (A) findet B ein geeignetes Exemplar. Nachdem B den gebrauchten Wohnwagen besichtigt hat, schließen A und B am 3.1.2022 in Aachen einen Kaufvertrag über den Wohnwagen zum Preis von 5.000 €. Da A den Wohnwagen noch ein wenig aufbereiten muss, wird im Kaufvertrag vereinbart, dass B den Wohnwagen eine Woche später bei A abholen soll. Die Aufbereitungsarbeiten gehen jedoch schneller als gedacht und weil A den Wohnwagen „vom Hof haben will“, bringt sie ihn am 7.1.2022 persönlich zu B nach Belgien.

Dessen Freude über den Kauf währt allerdings nicht lange. Schon bei dem ersten Regenschauer muss B feststellen, dass das Dach des Wagens – was vorher nicht erkennbar war – undicht ist und es an mehreren Stellen hineinregnet. Kurzentschlossen fährt B noch am selben Tag, Sonntag, dem 16.1.2022, zu A, stellt ihr den Wohnwagen auf den Hof und hinterlässt ein Schreiben, in dem er die Beseitigung des Mangels bis zum Mittwoch, dem 19.1.2022, verlangt. Am 2.2.2022 meldet sich A telefonisch bei B – der unterdessen beruflich stark eingebunden war und sich daher nicht weiter um den Wohnwagen kümmern konnte – und teilt ihm mit, dass sie den Wohnwagen soeben untersucht habe und die Mängelbeseitigung sehr aufwendig sei. Für eine solche Reparatur müsse man (was zutrifft) – selbst wenn man schnell arbeite – 14 Tage einplanen. Da ihre Werkstatt gerade stark ausgelastet sei, werde sie die Reparatur wohl nicht vor dem 16.2.2022 beginnen und demnach erst am 2.3.2022 im Laufe des Tages abschließen können. B weist darauf hin, dass er den Wohnwagen wirklich dringend benötigt, ist aber zähneknirschend damit einverstanden, bis zum 3.3.2022 zu warten.

Da sich der Wohnwagen zwischenzeitlich als unverzichtbar auf den Baustellen herausstellt, möchte B sich dann aber doch lieber kurzfristig anderweitig Ersatz besorgen. Er erklärt daher am 18.2.2022 gegenüber A den Rücktritt vom Kauf-

vertrag und verlangt den Kaufpreis sowie die Kosten für den Transport des Wohnwagens zu A heraus. A erwidert, B könne nicht zurücktreten, er habe schließlich nie eine wirksame Frist gesetzt und darüber hinaus müsse er ihr schon auch die vereinbarte Zeit für die Reparatur lassen. Zudem könne B die Kosten für den Transport nicht ersetzt verlangen, weil er ihr zunächst hätte anbieten müssen, dass sie den Wohnwagen aus Belgien abholt.

Frage 1

Kann B von A die Rückzahlung des Kaufpreises und Ersatz der Kosten für den Transport zu A verlangen?

1. Abwandlung

Zunächst wie im Ausgangsfall, allerdings hat A den Wohnwagen bereits am 28.1.22 untersucht, den B aber gleichwohl erst am 2.2.2022 telefonisch erreichen können, um das im Ausgangsfall beschriebene Telefonat mit ihm zu führen. Zudem schafft A es bereits zum 16.2.2022, die Reparatur des Wohnwagens abzuschließen. Nachdem B den Wohnwagen bei A abgeholt hat, muss er jedoch feststellen, dass der Wohnwagen noch immer undicht ist. B ist entnervt. Er meldet sich umgehend bei A und erklärt wegen des weiterhin bestehenden Mangels den Rücktritt vom Kaufvertrag. A wendet ein, dass B den Vertrag erst auflösen könne, wenn sie es nicht schaffe, den Fehler bis zum 3.3.2022 zu beheben. B müsse ihr den Wohnwagen deshalb erneut bringen. B entgegnet, dass er gar nichts müsse – schließlich sei er ihr bereits sehr entgegengekommen: Obwohl er es nach Ablauf einer angemessenen Zeit gekonnt hätte, sei er nicht schon zum 31.1.2022 vom Vertrag zurückgetreten, sondern habe A noch mehr Zeit zur Reparatur gegeben. Dass A diese nicht genutzt habe, sei ihr Problem. A meint, dass B mitnichten im Januar hätte zurücktreten können, da sie schließlich den Wohnwagen innerhalb der Frist untersucht und somit mit der Erfüllung begonnen habe, was ausreichend gewesen sei. Zudem habe B ihr seinerzeit eine Frist zur Reparatur und nicht eine bestimmte Anzahl an Reparaturversuchen zugestanden. B entgegnet, dass A mit der Rückgabe des Wohnwagens am 16.2.2022 zu verstehen gegeben habe, dass sie nun mit der Reparatur fertig sei. A wendet ein, ihr stünden ohnehin stets zwei Reparaturversuche zu.

Frage 2

Kann B von A die Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen die Herausgabe des Wohnwagens verlangen?

2. Abwandlung

Zunächst wie im Ausgangsfall, allerdings hat A den Wohnwagen wiederum bereits am 28.1.2022 untersucht, am 2.2.2022 mit B telefoniert und die Reparatur am 16.2.2022 abgeschlossen. Nachdem B den Wohnwagen bei A abgeholt hat, stellt er fest, dass der Wohnwagen nach der Reparatur durch A zwar dicht ist, an der Decke des Wohnwagens allerdings bei genauem Hinsehen deutliche Spuren der Reparaturarbeiten

* Dr. Jonas Brinkmann ist Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Markus Artz an der Universität Bielefeld. Julia Pielsticker ist Wiss. Mitarbeiterin an diesem Lehrstuhl.

zu erkennen sind, die sich nicht mehr beseitigen lassen. Daraufhin erklärt B gegenüber A den Rücktritt vom Kaufvertrag.

Frage 3

Kann B von A die Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen die Herausgabe des Wohnwagens verlangen?

Bearbeitungshinweise

Beantworten Sie die aufgeworfenen Fragen in einem umfassenden Rechtsgutachten. Gehen Sie davon aus, dass deutsches Recht auf den Fall Anwendung findet. Es ist die seit dem 1.1.2022 geltende Rechtslage zugrunde zu legen.

Lösungsvorschlag

Frage 1

A. Anspruch auf Herausgabe des Kaufpreises aus § 346 BGB i.V.m. §§ 323, 437 Nr. 2 BGB

B könnte einen Anspruch auf Herausgabe des Kaufpreises aus § 346 BGB i.V.m. §§ 323, 437 Nr. 2 BGB gegenüber A haben. Nach § 346 BGB kann im Falle des wirksamen Rücktritts die jeweils empfangene Leistung vom Vertragspartner herausverlangt werden. Dies setzt indes voraus, dass ein Rücktrittsgrund besteht und der Rücktritt ordnungsgemäß erklärt wurde.

I. Rücktrittserklärung

Gem. § 349 BGB handelt es sich bei der Rücktrittserklärung um eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Am 18.2.2022 erklärte B gegenüber A den Rücktritt und verlangte den Kaufpreis heraus. Somit liegt eine Rücktrittserklärung vor.

II. Rücktrittsgrund

Als Rücktrittsgrund kommt hier ein Rücktritt wegen einer mangelhaften Leistung nach § 437 Nr. 2 BGB i.V.m. § 323 BGB in Betracht.

1. Kaufvertrag

Dafür müsste zunächst ein Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB vorliegen. A und B haben sich am 3.1.2022 über den Kauf eines gebrauchten Wohnmobils über 5.000 € geeinigt. Ein Kaufvertrag liegt somit vor.

2. Mangel bei Gefahrübergang

Ferner müsste auch ein Mangel der Kaufsache bei Gefahrübergang vorgelegen haben. Hier könnte ein Sachmangel i.S.d. § 434 BGB vorliegen. Ein Sachmangel liegt vor, wenn die Ist-Beschaffenheit negativ von der Soll-Beschaffenheit abweicht. In Betracht kommt zunächst ein subjektiver Mangel gem. § 434 Abs. 2 BGB. Dies wäre etwa der Fall, wenn die Sache nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist oder sich nicht zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung eignet. Eine ausdrückliche Vereinbarung dahingehend, dass es nicht in den Wohnwagen hineinregnen darf, oder, dass der Wohnwagen etwa vor Regen geschütztem Übernachten dienen soll, haben A und B nicht getroffen. Dies könnte jedoch konkludent zwischen den Parteien vereinbart worden sein, da diese

Beschaffenheit bzw. Verwendung normal sind und deshalb als in der Erklärung der Parteien enthalten angesehen werden könnten. Zwar ist eine Beschaffenheitsvereinbarung ebenso wie die Festlegung einer vertraglich vorausgesetzten Verwendung auch konkludent möglich.¹ Allerdings wird man nicht ohne Weiteres annehmen können, dass die Parteien konkludent vereinbart haben, dass die Sache den normalen Anforderungen entsprechen müsse, da andernfalls die Vorschriften zum objektiven Mangelbegriff ihrer Bedeutung beraubt würden.² Vor diesem Hintergrund wird man – jedenfalls mit Blick auf konkludente Vereinbarungen – annehmen müssen, dass diese eine besondere, von der üblichen Beschaffenheit bzw. gewöhnlichen Verwendung abweichende Beschaffenheit bzw. Verwendung voraussetzen. Mangels Vereinbarung einer solchen besonderen Beschaffenheit bzw. einer besonderen vertraglich vorausgesetzten Verwendung, liegt ein subjektiver Mangel i.S.d. § 434 Abs. 2 BGB demnach hier nicht vor.

Jedoch könnte ein objektiver Mangel i.S.d. § 434 Abs. 3 BGB vorliegen. Ein undichter Wohnwagen eignet sich weder zur gewöhnlichen Verwendung i.S.d. § 434 Abs. 3 Nr. 1 BGB, nämlich der Übernachtung mit Schutz vor äußeren Umwelteinflüssen, noch weist er die Beschaffenheit auf, die bei Sachen derselben Art üblich sind und die der Käufer erwarten kann (§ 434 Abs. 3 Nr. 2 BGB). Somit entspricht der Wohnwagen nicht den objektiven Anforderungen gem. § 434 Abs. 3 BGB. Mithin liegt ein Sachmangel i.S.d. § 434 BGB vor.

Bearbeitungsvermerk: Es ließe sich durchaus vertreten, dass der Schutz vor äußeren Umwelteinflüssen auch zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung bei Kauf eines Wohnwagens gehört, sodass die Bejahung eines subjektiven Mangels hier nicht völlig abwegig ist. Es genügt jedenfalls, wenn die Bearbeiter nachvollziehbar begründen, dass ein Sachmangel vorliegt.

Dieser Mangel müsste auch bereits bei Gefahrübergang vorgelegen haben. Grundsätzlich bestimmt sich der Zeitpunkt des Gefahrübergangs im Kaufrecht nach § 446 S. 1 BGB. Demnach geht die Gefahr mit der Übergabe der gekauften Sache auf den Verkäufer über. Die Übergabe des Wohnwagens erfolgte am 7.1.2022. Zu diesem Zeitpunkt war der Wohnwagen bereits undicht, sodass ein Sachmangel bei Gefahrübergang vorliegt.

Bearbeitungsvermerk: Der Sachverhalt enthält keine ausreichenden Angaben zur Beurteilung der Frage, ob A und B Kaufleute i.S.d. §§ 1 ff. HGB sind, sodass er offensichtlich nicht darauf angelegt ist, zu überprüfen, ob die Mängelgewährleistungsrechte des B gegen A nach § 377 HGB ausgeschlossen sind. Selbst wenn man allerdings von einer Kaufmannseigenschaft der beiden ausgehen würde (sodass die Voraussetzung des beidseitigen Handelskaufs vorliegend erfüllt wären), würde der Wohnwagen gleichwohl

¹ Staudinger/Artz, Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, 2022, Rn. 39.

² Faust, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.1.2022, § 433 Rn. 41.

nicht als genehmigt i.S.d. § 377 Abs. 2 oder Abs. 3 HGB gelten. Denn bei Ablieferung war laut Sachverhalt nicht erkennbar, dass der Wohnwagen undicht war, sodass § 377 Abs. 2 HGB nicht einschlägig ist. Mit Blick auf den erst nachträglich erkennbaren Mangel ist B zudem auch seiner Rügeobliegenheit nach § 377 Abs. 3 HGB nachgekommen, sodass der Mangel auch insoweit nicht als genehmigt gilt.

3. Erfolgloser Ablauf einer angemessenen gesetzten Frist

Nach § 323 Abs. 1 BGB setzt der Rücktritt wegen nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung grundsätzlich voraus, dass der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und diese erfolglos abgelaufen ist.

a) Erfolgloser Ablauf der ursprünglich gesetzten Frist

B müsste A erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben. Unter Fristsetzung versteht man eine unmissverständliche Leistungsaufforderung unter Bezeichnung eines bestimmten Datums oder einer Zeitspanne.³ Ursprünglich hat B von A am 16.1.2022 eine Beseitigung des Mangels bis zum 19.1.2022 gefordert. Damit hat B die A unmissverständlich und unter Bezeichnung eines bestimmten Datums zur Leistung – mithin zur Reparatur des Wohnwagens – aufgefordert. Fraglich ist allerdings, ob es sich bei dieser Frist von nur drei Tagen um eine angemessene Frist i.S.d. § 323 Abs. 1 BGB handelt. Um angemessen zu sein, ist erforderlich, dass die Frist so bemessen ist, dass der Verkäufer die Nacherfüllung bewirken kann.⁴ A dürfte es auch unter Berücksichtigung, dass vom Schuldner durchaus größere Anstrengungen und schnelleres Handeln erwartet werden können,⁵ nicht möglich gewesen sein, den Wohnwagen innerhalb von drei Tagen zu reparieren. Damit war die Frist nicht angemessen, sondern zu kurz. Ist eine gesetzte Frist unangemessen kurz, so ist allerdings nicht die Fristsetzung insgesamt unwirksam, sondern es wird vielmehr eine angemessene Frist in Gang gesetzt.⁶ Es ist davon auszugehen, dass für die Reparatur eine Frist von 14 Tagen angemessen ist. Die Berechnung der Frist richtet sich nach den §§ 186 ff. BGB. Nach § 187 Abs. 1 BGB ist der Tag der Fristsetzung – mithin ein Ereignis, das für den Beginn der Frist maßgebend ist – nicht mitzuzählen. Bei der Frist handelt es sich um eine nach Tagen bestimmte Frist, sodass das Fristende gem. § 188 Abs. 1 BGB mit dem Ablauf des letzten Tages der Frist, also mit Ablauf des 30.1.2022 erfolgt. Zu diesem Zeitpunkt hatte A den Wohnwagen noch nicht repariert. Vielmehr hatte A den Wohnwagen erst nach Ablauf der Frist, nämlich am 2.2.2022 überhaupt untersucht. Somit ist die Frist erfolglos abgelaufen und B ab dem 31.1.2022 grundsätzlich zum Rücktritt berechtigt.

b) Ausschluss des Rücktritts wegen der Vereinbarung vom 31.1.2022

Nach Ablauf der Frist, nämlich am 2.2.2022, hat A dem B angeboten, dass sie die Reparatur bis zum 2.3.2022 vornimmt. B hat sich damit einverstanden erklärt. Fraglich ist, ob dies einem wirksamen Rücktritt am 18.2.2022 entgegensteht. Es ließe sich auch argumentieren, dass die ursprüngliche Frist zwar mit Ablauf des 31.1.2022 erfolglos abgelaufen ist, dem B allerdings wegen der Vereinbarung die Berufung darauf verwehrt ist. Nach dem Grundsatz *venire contra factum proprium* aus § 242 BGB darf man sich nicht in Widerspruch zu seinem eigenen vorherigen Verhalten setzen.⁷ Da B dem Vorschlag der A am 2.2.2022 zugestimmt hat, würde er sich in einen solchen Widerspruch setzen, wenn er den Rücktritt vor Ablauf des 2.3.2022 erklärt. Fraglich ist allerdings, welche dogmatische Wirkung dies hätte. Teilweise wird davon ausgegangen, dass das ursprüngliche Rücktrittsrecht wegen § 242 BGB erlöschen würde.⁸ Andererseits könnte es sich auch um eine bloß dilatorische Einrede handeln, sodass das ursprüngliche Rücktrittsrecht nur bis zum Ablauf der vereinbarten Frist gesperrt wäre. So scheint es der BGH in einem entsprechenden Fall zu sehen, der davon ausgeht, dass dem Gläubiger der Rücktritt bis zum Ablauf der neuen Frist nach § 242 BGB verwehrt ist.⁹ Nach beiden Meinungen wäre ein wirksamer Rücktritt hier jedenfalls vor Ablauf der neuen Frist nicht möglich, mithin ist ein Streitentscheid obsolet. Gründe aus denen die Fristsetzung gem. § 323 Abs. 2 Nrn. 1–3 BGB oder § 440 BGB ausnahmsweise entbehrlich ist, sind nicht ersichtlich. Die Rücktrittserklärung des B vom 18.2.2022 ist somit unwirksam.

4. Zwischenergebnis

B ist nicht wirksam i.S.d. § 346 BGB vom Kaufvertrag zurückgetreten.

III. Ergebnis

Es besteht kein Rücktrittsgrund und daher kein wirksamer Rücktritt. B kann somit nicht von A die Herausgabe des Kaufpreises gem. § 346 BGB i.V.m. §§ 323, 437 Nr. 2 BGB verlangen.

B. Anspruch auf Ersatz der Transportkosten aus § 439 Abs. 2 BGB

Bearbeitungsvermerk: Für Studierende, die den Anspruch auf Rücktritt bejahen, wären als Anspruchsgrundlage für die Transportkosten rücktrittsrechtliche Regelungen einschlägig, wohl in Verbindung mit der Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677 ff. BGB.

Allerdings könnte B den Ersatz der Transportkosten aus § 439 Abs. 2 BGB verlangen.

³ Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 18. Aufl. 2020, § 27 Rn. 11.

⁴ Looschelders (Fn. 3), § 27 Rn. 14 ff.

⁵ Fries/Schulze, in: Schulze u.a., Handkommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 323 Rn. 5.

⁶ BT-Drs. 14/6040, S. 138 re. Sp.

⁷ Looschelders (Fn. 3), § 4 Rn. 26 f.

⁸ Schwab, JuS 2021, 689 (690).

⁹ BGH DAR 2020, 687 (689).

I. Voraussetzungen eines Anspruchs auf Nacherfüllung

Wie oben bereits festgestellt, liegen ein Kaufvertrag und ein Sachmangel bei Gefahrübergang vor, sodass ein Anspruch auf Nacherfüllung aus § 437 BGB i.V.m. § 439 Abs. 1 BGB besteht. Gem. § 439 BGB hat der Käufer die Wahl zwischen Beseitigung des Mangels (Reparatur) oder die Lieferung einer mangelfreien Sache (Neulieferung). Hier hat B am 16.1.2022 gegenüber A die Beseitigung des Mangels verlangt und somit die Reparatur gewählt.

II. Transportkosten zu A als Kosten i.S.d. § 439 Abs. 2 BGB

Fraglich ist, ob die Kosten, die B entstanden sind, als er den Wohnwagen zu A gebracht hat, zu den nach § 439 Abs. 2 BGB ersatzfähigen Kosten gehören. Die ersatzfähigen Kosten umfassen alle Kosten, die erforderlich waren, um die Nacherfüllung zu ermöglichen.¹⁰ A behauptet, B hätte ihr ermöglichen müssen, den Wohnwagen bei ihm abzuholen, sodass sich die Frage stellt, ob die Verbringung zu A bereits Teil der Nacherfüllungshandlung war. Dann läge möglicherweise eine teilweise Selbstvornahme durch B vor. Zu differenzieren ist insofern zwischen Kosten, die erforderlich sind, um die Nacherfüllung zu ermöglichen und solchen Kosten, die die Nacherfüllung selbst verursacht. Während erstere Kosten nach § 439 Abs. 2 BGB ersatzfähig sind, sind letztere weder nach § 439 Abs. 2 BGB noch nach anderen Vorschriften – wie etwa der Geschäftsführung ohne Auftrag – auszugleichen.¹¹ Ob es sich bei dem Transport des Wohnwagens von B zu A um Kosten handelt, die zur Ermöglichung der Nacherfüllung entstanden sind, oder um Kosten, die als Teil der Nacherfüllung entstanden sind, hängt davon ab, wie weit die Nacherfüllungspflicht reicht. Nämlich ob diese auch den Transport von B zur Werkstatt der A umfasst oder nicht.

Dies bestimmt sich nach dem Erfüllungsort der Nacherfüllung. Nach § 439 Abs. 5 BGB hat der Käufer dem Verkäufer die Sache zur Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen. Dies könnte bedeuten, dass der Käufer verpflichtet ist dem Verkäufer die Sache zu bringen. Indes trifft die Vorschrift keine Aussage über den Ort an dem der Nacherfüllungspflicht nachzukommen ist.¹² Die Vorschrift soll es dem Verkäufer lediglich ermöglichen, die Sache auf ihre Mangelhaftigkeit hin zu untersuchen.¹³ Damit ist allerdings nicht gleichzeitig auch geregelt, wo diese Untersuchung stattzufinden hat. Auch nach Einführung des neuen § 439 Abs. 5 BGB ist der Erfüllungsort der Nacherfüllungspflicht nicht ausdrücklich gesetzlich bestimmt.

Nach teilweise vertretener Auffassung soll sich der Erfüllungsort der Nacherfüllungspflicht am ursprünglichen Erfüllungsort befinden.¹⁴ Der ursprüngliche Erfüllungsort läge hier am Sitz der A. Zwar wurde das Fahrzeug von A zu B trans-

portiert, allerdings hatten A und B ursprünglich die Übergabe bei A in Aachen vereinbart. Dass A den Wohnwagen zu B transportiert hat, ändert an dieser Absprache nichts, sondern ist lediglich aus Kulanz geschehen. Dementsprechend läge der Erfüllungsort der Nacherfüllung nach dieser Ansicht im konkreten Fall am Sitz der A in Aachen. Nach einer anderen Auffassung soll sich der Erfüllungsort der Nacherfüllung am vertragsgemäßen Belegenheitsort befinden.¹⁵ Fraglich ist, wo sich der bestimmungsgemäße Belegenheitsort des Wohnwagens befand. Regelmäßig wird ein Wohnwagen dazu benutzt, an unterschiedliche Orte verbracht zu werden. Dennoch dürfte sich der vertragsgemäße Belegenheitsort mangels anderweitiger Vereinbarungen am Sitz des Eigentümers befinden. Weder für den Verkäufer noch für den Käufer ist schließlich bei Vertragsschluss erkennbar, an welchen Orten genau zu welcher Zeit sich ein Wohnwagen in der Regel befindet. Eigentümer des Wohnwagens ist B, dessen Sitz in Belgien ist. Nach dieser Ansicht wäre der Erfüllungsort der Nacherfüllung im vorliegenden Fall also am Sitz des B. Eine dritte vom BGH vertretene Auffassung bestimmt den Erfüllungsort der Nacherfüllung unter Rückgriff auf § 269 BGB.¹⁶ Demnach soll sich der Erfüllungsort – sofern keine besondere Vereinbarung über den Erfüllungsort der Nacherfüllung vorliegt oder besondere Umstände des Einzelfalls auf einen bestimmten Erfüllungsort hindeuten – am Sitz des Schuldners befinden. Eine konkrete Vereinbarung über den Erfüllungsort der Reparatur des Wohnwagens haben A und B nicht getroffen. Fraglich ist, ob hier besondere Umstände für einen von dem Sitz des Schuldners der Reparatur (hier der Verkäuferin A) abweichenden Erfüllungsort sprechen. Generell ergeben sich solche Umstände laut BGH beispielsweise durch die Ortsgebundenheit, die Art der Leistung oder die Verkehrssitte. Ein Wohnwagen ist nicht ortsgebunden und kann verfrachtet werden – die Art der vorzunehmenden Leistung, mithin die Reparatur, spricht hier deshalb eher dafür, dass die Nacherfüllung bei A durchzuführen ist. Auch nach der Verkehrssitte ergeben sich keine besonderen Umstände. Mithin ist der Erfüllungsort der Nacherfüllung nach dieser Auffassung am Sitz des Schuldners, § 269 BGB.

Die Auffassungen kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass ein Streitentscheid erforderlich ist. Die Vertreter der ersten Ansicht argumentieren, dass es sich bei der Nacherfüllung um eine lediglich modifizierte Erfüllungshandlung handelt, sodass der Erfüllungsort für die Nacherfüllung demjenigen der ursprünglichen Erfüllungspflicht entsprechen müsse.¹⁷ Diese Auffassung kann jedoch nicht überzeugen, da sie verkennt, dass zwischen der ursprünglichen Erfüllung und der Nacherfüllung gerade kein absoluter Gleichlauf bestehen muss. Schließlich handelt es sich um eine modifizierte Erfüllungshandlung. So ändert sich beispielsweise die Verjährung beim Übergang der ursprünglichen Erfüllungspflicht zur Nacherfüllungspflicht. Die Argumente der zweiten Ansicht beziehen sich insbesondere auf europarechtliche Vorgaben zum Ver-

¹⁰ Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 15. Aufl. 2020, § 4 Rn. 5.

¹¹ BGH NJW 2005, 1348.

¹² Sänger, in: Schulze u.a., Handkommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 439 Rn. 11.

¹³ BT-Drs. 146/21, S. 24.

¹⁴ Ball, NZV 2004, 217 (220).

¹⁵ OLG Celle MDR 2010, 372.

¹⁶ BGH NJW 2011, 2278 (2280).

¹⁷ Krüger, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 269 Rn. 37.

brauchsgüterkauf. So wird etwa angeführt, dass in der Warenkauf-Richtlinie (vormals in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie) vorgesehen ist, dass eine Nacherfüllung ohne erhebliche Unannehmlichkeiten zu erfolgen hat. Wenn, so wird argumentiert, der Verbraucher die Sache jedoch an einen anderen Ort als den bestimmungsgemäßen Belegenheitsort transportieren müsse, würde dies eine erhebliche Unannehmlichkeit darstellen.¹⁸ Zwar ist der vorliegende Fall nicht vom Anwendungsbereich der Warenkauf-Richtlinie erfasst, da B nicht als Verbraucher, sondern in seiner Eigenschaft als Unternehmer handelt, jedoch käme hier eine entsprechende europarechtsorientierte Auslegung in Betracht. Gleichwohl überzeugt auch diese Ansicht nicht. Zunächst lässt sich anführen, dass nicht jede Unannehmlichkeit für den Verbraucher im Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen wird, sondern nur solche, die als erheblich einzustufen sind. Diesem Umstand lässt sich im Rahmen der Anwendung des § 269 BGB insofern Rechnung tragen, als dass im Fall einer erheblichen Unannehmlichkeit besondere Umstände im Sinne der Vorschrift angenommen werden. Für die Anwendung des § 269 BGB spricht ferner, dass es sich um die allgemeine gesetzliche Regelung zur Bestimmung des Leistungsortes handelt, die immer dann Anwendung finden soll, wenn keine besonderen Bestimmungen vorliegen.¹⁹ Derartige besondere Bestimmungen existieren nicht, insbesondere lässt sich § 439 Abs. 2 BGB nicht entnehmen, dass der Erfüllungsort der Nacherfüllung immer am Sitz des Käufers belegen sein muss. Ganz im Gegenteil ergibt die Verpflichtung zum Ersatz von Transportkosten nur dann Sinn, wenn auch ein anderer Ort als der Belegenheitsort als Erfüllungsort der Nacherfüllung in Betracht kommt.²⁰ Zudem dürfte europarechtlich auch nicht zwingend geboten sein, den bestimmungsgemäßen Belegenheitsort als Ort der Nacherfüllung anzusehen. Jedenfalls mit Blick auf die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie hat der EuGH dies bereits entschieden.²¹ Für die nunmehr geltende Warenkauf-Richtlinie dürfte das Gleiche gelten. Im Ergebnis dürfte deshalb die dritte Auffassung vorzugswürdig sein, deshalb ist der Erfüllungsort der Nacherfüllung am Sitz der A in Aachen zu lokalisieren. Somit ist der Transport des Wohnwagens zu A nicht bereits Bestandteil der Nacherfüllung selbst. Vielmehr ist es eine für die Nacherfüllung erforderliche Handlung i.S.d. § 439 Abs. 2 BGB, die B dementsprechend ersetzt verlangen kann.

III. Ergebnis

B kann die durch den Transport des Wohnwagens entstandenen Kosten zum Sitz der A nach § 439 Abs. 2 BGB ersetzt verlangen.

¹⁸ Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 439 Rn. 9.

¹⁹ BGH NJW 2011, 2278 Rn. 29 ff.

²⁰ Allerdings ließe sich hier auch argumentieren, dass der Belegenheitsort und der bestimmungsgemäße Belegenheitsort auseinanderfallen können und dementsprechend auch Transportkosten anfallen mögen.

²¹ EuGH NJW 2019, 2007 (2009 Rn. 39 ff.).

C. Endergebnis zum Ausgangsfall

B kann die Herausgabe des Kaufpreises gem. § 346 BGB i.V.m. §§ 323, 437 Nr. 2 BGB mangels wirksamen Rücktritts zwar nicht verlangen, hat jedoch einen Anspruch auf Ersatz der Transportkosten gem. § 439 Abs. 2 BGB.

Frage 2

A. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 437 Nr. 2 BGB Zug-um-Zug gegen die Herausgabe des Wohnwagens

I. Kaufvertrag und Mangel

Wie bereits festgestellt, liegen sowohl ein Kaufvertrag zwischen den Parteien und ein Mangel der Kaufsache bei Gefahrübergang vor.

II. Erfolgreicher Ablauf einer angemessen gesetzten Frist

Wie im Ausgangsfall gilt auch hier, dass die Fristsetzung vom 16.1.2022 bis zum 19.1.2022 zu kurz war und hierdurch eine Frist bis zum Ablauf des 30.1.2022 in Gang gesetzt wurde. Zu diesem Zeitpunkt hatte A den Wohnwagen auch noch nicht repariert. Allerdings hatte A den Wohnwagen hier – anders als im Ausgangsfall – bereits am 28.1.2022 (und damit vor Ablauf der Frist) untersucht und festgestellt, dass eine Reparatur sehr aufwendig sei sowie B angeboten die Reparatur bis zum 3.3.2022 vorzunehmen. Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob hier überhaupt von einer fehlgeschlagenen Nachbesserung gesprochen werden kann.

Nach teilweise vertretener Auffassung ist für eine Nacherfüllung innerhalb der vom Gläubiger gesetzten Frist nicht erforderlich, dass der Nacherfüllungserfolg – hier also die Reparatur – innerhalb der Frist eintritt. Vielmehr soll es ausreichen, wenn die Nacherfüllungshandlung innerhalb der Frist vorgenommen wird.²² Dies fehle etwa, wenn der Schuldner sich innerhalb der gesetzten Frist überhaupt nicht melde. Da A mit der Untersuchung des Wohnwagens innerhalb der Nacherfüllungsfrist eine erste Leistungshandlung vorgenommen hat, könnte die Frist nach dieser Auffassung bereits nicht erfolglos abgelaufen sein. Nach anderer Auffassung ist eine zur Durchführung der Nacherfüllung gesetzte Frist nur dann gewahrt, wenn der Verkäufer den gerügten Mangel innerhalb der Frist behebt.²³ Zum 31.1.2022 war der Wohnwagen nicht repariert, sodass die Frist nach dieser Auffassung erfolglos abgelaufen wäre.

Gegen die erste Auffassung spricht allerdings der Sinn und Zweck des Rechtsinstituts der Nacherfüllung.²⁴ Dieser besteht zum einen darin, dem Verkäufer eine letzte Chance einzuräumen, seinen Leistungspflichten nachzukommen und so eine Rückabwicklung des Vertrags zu vermeiden, und zum anderen darin zu gewährleisten, dass der Käufer das erhält,

²² OLG Frankfurt a.M., DAR 2020, 205; Ulber, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 323 Rn. 36; Gsell, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 88.

²³ Looschelders, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.11.2020, BGB § 323 Rn. 173.

²⁴ Looschelders, JA 2021, 162 (162).

was er nach dem Vertrag beanspruchen kann. Nach der gesetzgeberischen Konzeption soll also mit der Nacherfüllung die Erfüllung der Verkäuferpflichten durchgesetzt werden. Der Verkäufer schuldet dem Käufer allerdings nicht nur eine Leistungshandlung, sondern einen Leistungserfolg. Damit hat auch im Falle der Nacherfüllung nicht die Vornahme einer Nacherfüllungshandlung, sondern die Herstellung des Erfolgs zu erfolgen. Solange also der Erfolg nicht eintritt, ist die Frist erfolglos abgelaufen.²⁵ Grundsätzlich hätte B somit ab dem 31.1.2022 zurücktreten können.

III. Ausschluss des Rücktritts wegen Vereinbarung zwischen A und B vom 31.1.2022

Wie oben bereits festgestellt, war B aufgrund der Vereinbarung mit A vom 2.2.2022 grundsätzlich gehalten, bis zum Ablauf der neuen Frist (2.3.2022) abzuwarten. Diese Frist war zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung durch B (am 18.2.2022) noch nicht abgelaufen.

Es wäre allerdings möglich, dass die Frist (bereits vorzeitig) als erfolglos abgelaufen angesehen werden kann. B macht geltend, dass A kein Recht auf weitere Nacherfüllungsversuche habe. A meint hingegen, dass ihr mindestens drei Erfüllungsversuche zustünden. Sollte die Einschätzung des B zutreffen und A kein Recht auf weitere Nacherfüllungsversuche haben, wäre die Verhinderung des erfolglosen Fristablaufs für sie nicht mehr möglich. B könnte dann zumindest einfach abwarten, bis die Frist abgelaufen ist, und den Rücktritt erklären. Dann wäre das Abwarten der Fristsetzung allerdings (entsprechend dem Rechtsgedanken in § 323 Abs. 4 BGB, der hier allerdings nicht unmittelbar anwendbar ist²⁶) sinnlose Förmerei – ein vorzeitiger Rücktritt käme nach § 242 BGB in Betracht.²⁷ Zentrale Frage ist damit, ob A weiterhin auf ihr „Recht der zweiten Andienung“ bestehen kann oder nicht.

1. Grundsätzliches Recht auf weitere Nachbesserungsversuche aus § 440 S. 2 BGB?

Mit ihrem Hinweis auf die „mindestens“ drei Erfüllungsversuche könnte A auf § 440 S. 2 BGB Bezug nehmen. Demnach gilt eine Nachbesserung grundsätzlich erst nach dem zweiten erfolglosen Versuch als fehlgeschlagen. Es stellt sich somit zunächst die Frage, ob sich bereits aus § 440 S. 2 BGB unmittelbar herleiten lässt, dass A im vorliegenden Fall weitere Erfüllungsversuche zustehen.

Nach teilweise vertretener Ansicht sei dem § 440 S. 2 BGB die Wertung zu entnehmen, dass von der Erfolglosigkeit einer begonnenen Nachbesserung per se in der Regel erst nach zwei Versuchen auszugehen sei.²⁸ Insofern müsse der Begriff „erfolglos“ in § 323 Abs. 1 BGB für kaufrechtliche Mängel im gleichen Sinne zu verstehen sein, wie „fehlgeschlagen“ i.S.d. § 440 BGB.²⁹ Eine dahingehende Auslegung, so die Vertreter dieser Auffassung, sei zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen geboten, da kein Grund dafür ersichtlich sei, warum ein Verkäufer, der ohne Fristsetzung eine Nachbesserung unternimmt, in der Regel zwei Versuche eingeräumt werden, demjenigen aber, der auf Fristsetzung hin tätig werde, hingegen nur ein Nachbesserungsversuch zustehen solle.³⁰ A hat bisher nur einen Nachbesserungsversuch unternommen. Gründe, warum B ein weiterer Nacherfüllungsversuch unzumutbar sein sollte, sind nicht gegeben. Ginge man mit der soeben dargestellten Meinung also davon aus, dass ein erfolgloser Fristablauf in Fällen, in denen der Verkäufer den Mangel im Rahmen eines ersten Nachbesserungsversuchs nicht beseitigt hat, per se erst nach einem ebenfalls erfolglosen zweiten Nachbesserungsversuch zu bejahen ist, wäre die Frist im vorliegenden Fall nicht erfolglos abgelaufen.

Die Auffassung, dass der Begriff „erfolglos“ nach § 323 Abs. 1 BGB im Falle einer versuchten Nachbesserung seitens des Verkäufers zwingend im Sinne des Begriffs „fehlgeschlagen“ gem. 440 S. 2 BGB zu verstehen sei, überzeugt jedoch nicht. Bei § 323 Abs. 1 BGB und § 440 BGB handelt es sich um zwei strikt voneinander zu unterscheidende Tatbestandsvoraussetzungen des Rücktritts.³¹ Die grundsätzlich gebotene Fristsetzung soll dem Verkäufer eine zweite Chance eröffnen, sich seine Gegenleistung zu verdienen.³² Die Fälle des § 440 BGB betreffen Konstellationen, in denen eine Fristsetzung gerade nicht erforderlich ist.³³ Bei § 440 S. 1 Var. 2 geht es vornehmlich um Fälle, in denen dem Käufer – dem zunächst allein an einer Nacherfüllung gelegen war und der deshalb keine Frist zu Nacherfüllung gesetzt hat und sich auch nicht auf die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung nach § 323 Abs. 2 BGB (bzw. § 281 Abs. 2 BGB) berufen kann – auch dann die Möglichkeit zu eröffnen ist, auf Sekundäransprüche überzugehen, wenn die Nachbesserung fehlgeschlagen ist.³⁴ § 440 S. 2 BGB soll dem Käufer dabei die Geltendmachung eines Fehlschlags der Nachbesserung in praktischer Hinsicht erleichtern.³⁵ Die oben genannte Auffassung würde entgegen dieser Intention zur Folge haben, dass dem Käufer der Übergang zu Sekundärrechten erschwert würde.³⁶ Auch ist es keinesfalls wertungswidersprüchlich, dass ein Verkäufer in Fällen, in denen keine Frist gesetzt wurde, zwei Nacherfüllungsversuche hat, im Falle der Fristsetzung hingegen (mitunter) nur einen Versuch: In beiden Fällen geht es letztlich darum, dem Verkäufer ausreichend Zeit für eine Nacherfüllung zu geben, ihm aber gleichzeitig deutlich zu machen, dass er nach Ablauf einer angemessenen Zeitspanne mit weiteren Ansprüchen des Käufers rechnen muss. Diese Funktion erfüllt im Regelfall die Setzung einer angemessenen Frist und im Ausnahmefall des § 440 S. 1 Var. 2, S. 2 BGB ein zweimaliger Nachbesserungsversuch.³⁷ Da der Verkäufer, dem eine Frist

setzt, dem Käufer die Geltendmachung eines Fehlschlags der Nachbesserung in praktischer Hinsicht erleichtern.³⁵ Die oben genannte Auffassung würde entgegen dieser Intention zur Folge haben, dass dem Käufer der Übergang zu Sekundärrechten erschwert würde.³⁶ Auch ist es keinesfalls wertungswidersprüchlich, dass ein Verkäufer in Fällen, in denen keine Frist gesetzt wurde, zwei Nacherfüllungsversuche hat, im Falle der Fristsetzung hingegen (mitunter) nur einen Versuch: In beiden Fällen geht es letztlich darum, dem Verkäufer ausreichend Zeit für eine Nacherfüllung zu geben, ihm aber gleichzeitig deutlich zu machen, dass er nach Ablauf einer angemessenen Zeitspanne mit weiteren Ansprüchen des Käufers rechnen muss. Diese Funktion erfüllt im Regelfall die Setzung einer angemessenen Frist und im Ausnahmefall des § 440 S. 1 Var. 2, S. 2 BGB ein zweimaliger Nachbesserungsversuch.³⁷ Da der Verkäufer, dem eine Frist

²⁵ BGH DAR 2020, 687 (688 Rn. 27).

²⁶ Looschelders (Fn. 23), § 323 Rn. 226.

²⁷ Vgl. Looschelders (Fn. 23), § 323 Rn. 226.

²⁸ OLG Frankfurt DAR 2020, 205.

²⁹ OLG Frankfurt DAR 2020, 205.

³⁰ OLG Frankfurt DAR 2020, 205.

³¹ BGH NJ 2021, 69 (70 Rn. 38).

³² Brinkmann, Rücktritt und Verbraucherschützer Widerruf, 2018, S. 83 ff.

³³ Brinkmann (Fn. 32), S. 147 ff.

³⁴ BGH NJ 2021, 69 (71 Rn. 52).

³⁵ BGH NJ 2021, 69 (71 Rn. 39).

³⁶ BGH NJ 2021, 69 (71 Rn. 40).

³⁷ BGH NJ 2021, 69 (72 Rn. 57).

gesetzt wurde, bereits durch die Fristsetzung ausreichend Zeit für die geschuldete Leistung erhalten hat und ihm verdeutlicht, dass ohne eine fristgerechte Erbringung Konsequenzen drohen, ist ein weiterer Schutz durch eine zweite Nachbesserungsmöglichkeit nicht erforderlich.

Aus § 440 S. 2 BGB lässt sich somit für Konstellationen, in denen dem Verkäufer eine Frist gesetzt wurde, kein grundsätzliches Recht auf einen weiteren Nachbesserungsversuch herleiten.

2. Recht auf „weitere“ Nachbesserungsversuche innerhalb der Frist nach § 323 Abs. 1 BGB

Auch wenn sich aus § 440 S. 2 BGB nicht der Rechtsgedanke entnehmen lässt, dass dem Verkäufer nach einem ersten (nicht erfolgreichen) Nachbesserungsversuch per se ein zweiter Versuch zusteht, könnte A im konkreten hier vorliegenden Fall gleichwohl ein Recht auf einen zweiten Nachbesserungsversuch haben. Denn die Nacherfüllungsfrist ist vorliegend noch nicht abgelaufen. Ob einem Verkäufer innerhalb der Nacherfüllungsfrist mehrere Nacherfüllungsversuche eingeräumt werden müssen, ist weder in § 323 BGB noch in anderen Vorschriften ausdrücklich geregelt.

Im Zusammenhang mit der Fristsetzung wird – und das bereits in der Gesetzesbegründung zur Schuldrechtsmodernisierung – die Bezeichnung des „Rechts der zweiten Andienung“³⁸ verwendet, woraus geschlossen werden könnte, dass dem Schuldner nur ein Nachbesserungsversuch zusteht. In diese Richtung ließe sich auch die Formulierung in der Gesetzesbegründung verstehen, wonach der Verkäufer „eine letzte Chance [bekommen soll], den mit der Rückabwicklung des Vertrags verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden“.³⁹

Andererseits wird argumentiert, dass der Verkäufer das Recht habe, bis zum vollständigen Ablauf der Frist Nacherfüllung zu leisten, sodass der Verkäufer Gelegenheit erhalten muss, seine Nacherfüllungspflicht durch einen zweiten Versuch innerhalb einer noch laufenden Frist nach § 323 Abs. 1 BGB zu erfüllen, wenn ein erster Nacherfüllungsversuch gescheitert ist.⁴⁰

Dieser Auffassung könnte man auf den ersten Blick entgegenhalten, dass sich mit dieser Argumentation nicht nur ein zweiter Nacherfüllungsversuch begründen lasse, sondern auch weitere. Der Käufer könnte dann (innerhalb der Nacherfüllungsfrist) mit einer theoretisch unbegrenzten Anzahl von Nacherfüllungsversuchen seitens des Verkäufers konfrontiert werden – was nicht seinen Interessen entsprechen dürfte. Denn dem Käufer steht bezüglich etwaiger Kosten, die im Rahmen der Nacherfüllung entstehen, ein Ausgleichsanspruch zwar nach § 439 Abs. 2 BGB zu – dies gleicht allerdings nicht alle Nachteile aus. So können wiederholte Nacherfüllungsversuche des Verkäufers für den Käufer auch nicht-finanzielle Nachteile, wie etwa Zeitaufwand bedeuten, die der Käufer nicht ersetzt bekommt. Dieses Argument schlägt gleichwohl nicht durch, da sich der Käufer mit Blick auf die

Nachbesserung ab dem zweiten fehlgeschlagenen Versuch auf § 440 S. 1 Var. 2 BGB i.V.m. § 440 S. 2 BGB berufen und deshalb bereits vor Ablauf der Nachfrist vom Vertrag zurücktreten könnte, statt einen weiteren Nachbesserungsversuch über sich ergehen zu lassen. Zudem steht dem Käufer der sofortige Übergang zu den Sekundärrechten nach § 440 S. 1 Var. 3 BGB i.V.m. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB offen, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind – etwa ein weiterer Nacherfüllungsversuch zur Folge hätte, dass die Nacherfüllung insgesamt als mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den Käufer verbunden zu qualifizieren wäre.

Für eine bloß einmalige Nacherfüllungschance könnte allerdings sprechen, dass eine angemessene Frist zur Nacherfüllung lediglich so bemessen sein muss, dass der Verkäufer einen Nacherfüllungsversuch unternehmen kann. Grundsätzlich hat der Verkäufer also im Fall der Fristsetzung nach der Gesetzeskonzeption keine weiteren Nacherfüllungsversuche, weil hierfür die Nacherfüllungsfrist nicht genügt. Weitere Nacherfüllungsversuche kommen also grundsätzlich nur in zwei Fällen in Betracht – nämlich, einerseits, wenn der Verkäufer im Falle einer geradeso angemessenen Frist die erste Nacherfüllung besonders schnell vornimmt und andererseits, wenn der Käufer dem Verkäufer eine Frist einräumt, die über das notwendige hinausgeht. In beiden Konstellationen nimmt der Verkäufer die Nacherfüllung überobligatorisch schnell vor, sodass man argumentieren könnte, dass der Verkäufer hier besonders schutzbedürftig sei und deshalb eine zweite Chance verdient habe. Andererseits dürfte ein Recht auf einen zweiten Nacherfüllungsversuch innerhalb der Frist den falschen Anreiz für den Verkäufer setzen, einen ersten Nacherfüllungsversuch besonders schnell anstatt mit der gebotenen Ernsthaftigkeit und Sorgfalt durchzuführen.⁴¹ Auch „Vertrauensgesichtspunkte“ zugunsten des Verkäufers schlagen nicht durch. Zwar könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass der Verkäufer darauf vertrauen könne, dass ihm die gesamte Frist zur Nacherfüllung zustünde und dieses Vertrauen durch ein Recht auf eine zweite Nacherfüllungschance geschützt werden müsse. Diese Auffassung überzeugt allerdings nicht. Die Rückgabe der vermeintlich nachgebesserten Sache lässt sich, wie B zutreffend geltend macht, dahingehend verstehen, dass der Verkäufer davon ausgeht, dass die Nachbesserung nunmehr abgeschlossen ist. Ein besonderes schutzwürdiges Vertrauen „noch länger für die Nachbesserung Zeit zu haben“ dürfte auf Seiten des Verkäufers also regelmäßig nicht bestehen. Dies gilt zumal deshalb, weil der Käufer, der nach der ersten Nachbesserung feststellen muss, dass der Mangel weiterhin besteht, nach der wohl überwiegenden Auffassung grundsätzlich nicht einmal verpflichtet ist, den Verkäufer auf diesen Umstand hinzuweisen.⁴² Somit könnte der Käufer grundsätzlich abwarten, bis die Frist abgelaufen ist und danach den Rücktritt erklären. Der Umstand, dass die Frist nach dem ersten Nacherfüllungsversuch noch nicht abgelaufen war, hätte für den Verkäufer dementsprechend oftmals ohnehin keinen Mehrwert: Selbst wenn man ihm eine weitere Chance

³⁸ BT-Drs. 14/6040, S. 220.

³⁹ BT-Drs. 14/6040, S. 221.

⁴⁰ *Woitkewitsch*, MDR 2004, 862 (864).

⁴¹ Vgl. auch *Woitkewitsch*, MDR 2004, 862 (863).

⁴² *Dauner-Lieb*, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, 2007, Bd. 2, S. 143.

zubilligen würde, der Umstand, dass ihm dies grundsätzlich nicht mitgeteilt werden muss, führt dazu, dass er seine Chance praktisch nicht ausüben könnte.

Mit Blick auf den konkreten Fall kommt hinzu, dass B der langen Frist nur „zähneknirschend“ zugestimmt hat, weil A ihm gesagt hat, dass sie nicht vor dem 16.2.2022 mit der Reparatur werde beginnen können und er sich deshalb bis zum 2.3.2022 gedulden müsse. Es ist also keinesfalls so, dass B gegenüber A zu verstehen gegeben hat, dass es seinerseits keinen „Zeitdruck“ bzgl. der Reparatur gäbe. Ganz im Gegenteil hat B deutlich gemacht, dass er den Wohnwagen dringend benötigt. Vor diesem Hintergrund ließe man annehmen, dass B der A nur einen einzigen Nacherfüllungsversuch zum schnellstmöglichen Zeitpunkt zugestanden hat.

Insgesamt sprechen also die besseren Argumente dafür, dass dem Verkäufer – entgegen der wohl h.M. – im Rahmen der Nachfrist grundsätzlich nur eine Chance zur Nacherfüllung zustehen. Ein „Recht auf zweite und weitere Chancen“ hat der Verkäufer in der Regel selbst dann nicht, wenn die Nachfrist noch nicht abgelaufen ist.

Bearbeitungsvermerk: Hier sind beide Ansichten mit entsprechenden Argumenten gut vertretbar. Ausführungen zu dieser Frage sind nicht in der hier vorgenommenen Tiefe zu erwarten – es genügt, wenn Kandidaten das Problem erkennen und sich mit den von den Parteien gemachten Ausführungen auseinandersetzen. Sollten sich Kandidaten entgegen der hier vertretenen Auffassung der wohl h.M. anschließen, wäre zu überprüfen, ob die Fristsetzung im vorliegenden Fall eventuell nach § 440 S. 1 Var. 2 BGB i.V.m. § 440 S. 2 BGB entbehrlich ist, weil die Nacherfüllung wegen besonderer Umstände als „fehlgeschlagen“ einzustufen wäre. Dies könnte sich eventuell aus den oben genannten Besonderheiten des Falls (Bs widerwillige Zustimmung zur von A vorgeschlagenen Frist, der Dringlichkeit der Reparatur aus Sicht des B in Verbindung mit dem Umstand, dass die erste Reparatur offenbar keinerlei Verbesserung gebracht hat) ergeben. Mit entsprechender Argumentation ließe sich sowohl ein sofortiges Rücktrittsrecht begründen als auch ablehnen. Dies dürfte auch mit Blick auf ein möglicherweise in Betracht kommendes sofortiges Rücktrittsrecht nach § 440 S. 1 Var. 3 BGB und § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB gelten.

3. Zwischenergebnis

Mangels eines Rechts auf weitere Nachbesserungsversuche der A wäre B berechtigt, bis zum Ablauf der Nachfrist abzuwarten und dann den Rücktritt zu erklären, ohne dass A dies verhindern könnte. B jedoch zu zwingen, den erfolglosen Ablauf der Frist abzuwarten, wäre – auch unter Berücksichtigung der Interessen der A – sinnlose Förmerei, sodass B ein sofortiges Rücktrittsrecht zuzusprechen ist, obwohl die Nachfrist tatsächlich noch nicht abgelaufen ist.

IV. Kein Ausschluss des Rücktritts

Undichtigkeit eines Wohnwagens schränkt die Gebrauchsmöglichkeit eines solchen erheblich ein. Zudem kann Feuchtigkeit im Wohnwagen zu weiteren Schäden am Inneren des

Wohnwagens oder an im Wohnwagen befindlichen Gegenständen führen, sodass die Schlechtleistung erheblich ist. Der Rücktritt ist somit nicht nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB wegen Unerheblichkeit des Mangels ausgeschlossen. Gründe für einen Ausschluss des Rücktrittsrechts nach § 323 Abs. 6 BGB sind nicht ersichtlich.

V. Zwischenergebnis

Nach der hier vertretenen Auffassung konnte B im vorliegenden Fall – obwohl die vereinbarte Frist bis zum 3.3.2022 noch nicht abgelaufen war – am 16.2.2022 (vorzeitig) vom Vertrag zurücktreten.

B. Anspruch nicht untergegangen und durchsetzbar

Der Anspruch ist nicht zwischenzeitlich erloschen. Auch sind keine Umstände ersichtlich, die der Durchsetzbarkeit des Anspruchs entgegenstehen: A hat den Wohnwagen bereits in Besitz, sodass ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB i.V.m. § 348 BGB nicht in Betracht kommt. Etwaige Nutzungen, die A möglicherweise von B nach § 346 Abs. 1 BGB herausverlangen könnte, dürfte aufgrund der bloß kurzen Dauer, die der Wohnwagen bei B war, so unerheblich sein, dass sie ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 320 Abs. 1 BGB wegen § 320 Abs. 2 BGB nicht begründen dürften. Umstände, die eine Wertersatzpflicht nach § 346 Abs. 2 BGB begründen, sind nicht ersichtlich.

C. Ergebnis

B hat einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 437 Nr. 2 BGB Zug-um-Zug gegen die Herausgabe des Wohnwagens.

Frage 3

Anspruch aus §§ 346, 437, 323, 326 Abs. 5 BGB

Ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises könnte sich hier aus §§ 346, 437, 323, 326 Abs. 5 BGB ergeben.

A. Rücktrittserklärung

Eine formell wirksame Rücktrittserklärung erfolgte am 18.2.2022 (siehe oben).

B. Rücktrittsgrund

I. Kaufvertrag

Ein Kaufvertrag zwischen A und B liegt vor.

II. Rücktritt wegen des undichten Dachs

1. Mangel bei Gefahrübergang

Wie in der Prüfung des Ausgangsfalls festgestellt, handelt es sich bei dem undichten Dach um einen Mangel der Kaufsache bei Gefahrübergang.

2. Erfolgloser Ablauf einer angemessenen Nachfrist

Wie bereits oben erläutert, ist B der Rücktritt wegen der Vereinbarung mit A vom 2.2.2022 mit Blick auf das undichte Dach grundsätzlich bis zum 3.3.2022 versperrt. Dieser Man-

gel ist zudem innerhalb der Frist erfolgreich behoben worden, sodass B sich auf diesen Umstand zur Begründung eines Rücktrittsrechts auch zukünftig nicht (mehr) wird berufen können.

III. Rücktritt wegen der Reparaturspuren an der Decke des Wohnwagens

Nachdem A dem B den Wohnwagen zurückgegeben hat, ist der Wohnwagen zwar nicht mehr undicht, es sind nunmehr aber bei genauem Hinsehen deutlich sichtbare Reparaturspuren zu erkennen, die sich auch nicht mehr beseitigen lassen. Fraglich ist, ob B seinen Rücktritt auf diesen Umstand stützen kann.

1. Mangel bei Gefahrübergang

Die Reparaturspuren führen zu einer Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit. Problematisch scheint allerdings, dass sie bei Gefahrübergang am 7.1.2022 noch nicht vorgelegen haben. Somit stellen sie keinen Mangel i.S.d. § 434 BGB dar. Sie sind aber bei der Reparatur des undichten Daches entstanden. Nach teilweise vertretener Ansicht wird die Entstehung eines neuen Mangels, der beim Gefahrübergang noch nicht vorgelegen hat, der aber auf den ursprünglichen Mangel zurückzuführen ist – ungeachtet eines Verschuldens nach § 276 BGB – dem Risikobereich des Verkäufers zugerechnet, sodass der Käufer sich auch wegen eines solchen Mangels auf seine Gewährleistungsrechte berufen kann.⁴³ Nach dieser Ansicht wäre die Voraussetzung des Mangel bei Gefahrübergangs auch mit Blick auf die Reparaturspuren an der Decke zu bejahen. Die Gegenansicht lehnt die Erstreckung der Sachmängelgewährleistungshaftung auf Fälle, in denen die Kaufsache bei der Nachbesserung beschädigt wird, ab.⁴⁴ In Ermangelung eines Mangels bei Gefahrübergang, so die Vertreter dieser Auffassung, beschränken sich die Ansprüche des Käufers gegen den Verkäufer auf solche aus § 280 bzw. § 823 BGB.⁴⁵ Nach dieser Ansicht käme ein Rücktritt des B wegen der im Rahmen der Nachbesserung verursachten Reparaturspuren nicht in Betracht.

Die letztgenannte Ansicht vermag jedoch nicht zu überzeugen: Das Rücktrittsrecht nach § 323 BGB ist ein abgestimmtes System des Interessenausgleichs zwischen Gläubiger und Schuldner.⁴⁶ Es soll einerseits gewährleisten, dass der Schuldner eine zweite Chance bekommt, sich seine Gegenleistung zu verdienen, andererseits soll es aber auch sicherstellen, dass das Interesse des Gläubigers an der versprochenen Leistung zeitnah befriedigt wird. Vor diesem Hintergrund muss der Gläubiger dem Schuldner zwar grundsätzlich durch die Fristsetzung eine Möglichkeit zur (Nach-)Erfüllung geben – was mit der Obliegenheit einhergeht, dem Verkäufer ggf. Zugriff auf die Sache zu ermöglichen –, kann aber anderer-

seits in der Regel nach erfolglosem Ablauf der Frist vom Vertrag zurücktreten und versuchen, sich die gewünschte Leistung anderweitig zu beschaffen. Würde man allerdings dem Käufer, dessen Sache im Rahmen der Nachbesserung zwar mit Blick auf den ursprünglichen Mangel repariert wurde, die aber in diesem Zuge anderweitig beschädigt wurde, keine Mängelgewährleistungsrechte (sondern nur Schadensersatzansprüche) zusprechen, müsste er sich mit der mangelhaften Sache zufriedengeben. Er würde also dauerhaft nicht das erhalten, was ihm vertraglich versprochen wurde – eine Situation, die im Mängelgewährleistungsrecht grundsätzlich nur in Ausnahmefällen vorgesehen ist.

2. Erfolgreicher Ablauf einer angemessenen gesetzten Nacherfüllungsfrist oder Entbehrlichkeit einer solchen

Wie soeben dargelegt, ist B der Rücktritt wegen des kaputten Dachs grundsätzlich bis zum 3.3.2022 versperrt. Wie in der 1. Abwandlung stellt sich jedoch auch hier die Frage, ob B eventuell gleichwohl vorzeitig vom Vertrag zurücktreten kann.

In diesem Zusammenhang ist bereits umstritten, ob in Fällen, in denen die Beseitigung des ursprünglich gerügten Mangels zwar gelingt, dabei jedoch ein anderer Mangel verursacht wurde, überhaupt von einem „erfolglosen“ Ablauf der Nacherfüllungsfrist gesprochen werden kann. Nach der sog. „Einzelbetrachtung“ stellt das Auftreten anderer (neuer) Mängel den Erfolg der Nacherfüllung nicht in Frage.⁴⁷ Dies soll auch für den Fall gelten, dass der neue Mangel im Rahmen der Nacherfüllung vom Verkäufer verursacht wurde.⁴⁸ Demnach muss der Käufer wegen des neuen Mangels grundsätzlich ohnehin eine neue Frist zur Beseitigung des „neuen Mangels“ setzen und deren erfolglosen Ablauf abwarten, bevor er zu Sekundärrechten übergehen darf. Auf die oben diskutierte Frage nach der Anzahl an Erfüllungsversuchen im Rahmen der Nacherfüllungsfrist käme es nach dieser Auffassung also nicht an. Da B bzgl. der Reparaturspuren keine Frist gesetzt hat, wäre auch ein vorzeitiger Rücktritt vor Ablauf der gesetzten Frist nicht wie oben dadurch zu begründen, dass dem Verkäufer nach einem ersten Erfüllungsversuch grundsätzlich keine weiteren Versuche zustünden.

Nach anderer Auffassung soll nicht von einer erfolgreichen Nacherfüllung gesprochen werden können, wenn im Rahmen der (insoweit) erfolgreichen Beseitigung eines gerügten Mangels ein neuer Mangel verursacht wird.⁴⁹ Eine weitere Fristsetzung ist nach dieser Ansicht nicht erforderlich, sodass sich hier, mit Blick auf den konkreten Fall, die oben erläuterten Fragen zu der Anzahl der Nacherfüllungsversuche grundsätzlich stellen würde.

Obwohl beide Auffassungen – jedenfalls mit Blick auf die hier vertretene Auffassung, dass es in der Regel keine weiteren Nacherfüllungsversuche innerhalb der Frist gibt – zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, könnte ein Streitentscheid jedoch entbehrlich sein, wenn eine Fristsetzung aus anderen Gründen nicht erforderlich ist. Hier kommt eine Entbehrlich-

⁴³ Höpfner, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.1.2022, BGB § 440 Rn. 27.1.

⁴⁴ Büdenbender, in: Nomos-Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2021, Bd. 2, § 440 Rn. 11.

⁴⁵ Büdenbender (Fn. 44), § 440 Rn. 11.

⁴⁶ Hierzu ausführlich Brinkmann (Fn. 32), S. 83 ff.

⁴⁷ Looschelders (Fn. 23), BGB § 323 Rn. 177.

⁴⁸ OLG Saarbrücken NJW 2007, 3504 (3504).

⁴⁹ LG Saarbrücken BeckRS 2012, 21783; Höpfner (Fn. 43), BGB § 440 Rn. 27.

keit der Fristsetzung nach § 326 Abs. 5 BGB in Betracht. Demnach entfällt die Notwendigkeit der Fristsetzung beim Rücktritt, wenn der Schuldner nach § 275 BGB nicht zu leisten braucht. Nach § 275 Abs. 1 BGB ist eine Leistung ausgeschlossen, wenn sie für den Schuldner oder für Jedermann unmöglich ist. Die Nacherfüllung könnte vorliegend unmöglich sein. Jedenfalls die Beseitigung der Reparaturspuren, mithin eine Nachbesserung, ist laut Sachverhalt nicht möglich. Fraglich ist jedoch, ob nicht eine Nachlieferung in Betracht kommt. Zwar ist weitgehend anerkannt, dass der bloße Umstand, dass es sich bei dem Wohnmobil um einen Stückkauf und nicht um einen Gattungskauf handelt, nicht per se zu einer Unmöglichkeit der Nachlieferung führt.⁵⁰ Allerdings hat der BGH mit Blick auf Gebrauchtwagen entschieden, dass eine Unmöglichkeit der Nachlieferung in der Regel jedenfalls dann anzunehmen sei, wenn der Käufer sich das Fahrzeug zuvor angeschaut hat.⁵¹ Diese Rechtsprechung wird sich auf Wohnwagen übertragen lassen, bei denen der persönliche Eindruck des Käufers ebenfalls regelmäßig eine große Bedeutung hat. Im vorliegenden Sachverhalt hat eine Besichtigung des Wohnwagens durch B vor dem Kauf stattgefunden. Somit ist mit Blick auf den Wohnwagen auch eine Nachlieferung unmöglich. Damit ist die Unmöglichkeit der Nacherfüllung und somit die Entbehrlichkeit der Frist nach § 326 Abs. 5 BGB zu bejahen. Der Umstand, dass die Frist zum 3.3.2022 noch nicht abgelaufen ist, steht einem Rücktritt des B also nicht entgegen.

3. Ausschluss nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB

Der Rücktritt könnte jedoch nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen sein. Demnach soll der Gläubiger im Falle der Schlechtleistung nicht zurücktreten können, wenn die Pflichtverletzung des Schuldners unerheblich ist. Nicht behebbare Mängel können unerheblich sein, wenn sie nur zu einer geringfügigen Beeinträchtigung der Sache und zu einer Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit unterhalb der Wesentlichkeitsgrenze führen.⁵² Dies soll etwa bei Bagatellen, die nur zu einer allenfalls äußerst geringfügigen optischen Beeinträchtigung führen und keinerlei Einschränkung der Gebrauchsfähigkeit zur Folge haben, der Fall sein.⁵³

Fraglich ist allerdings, woran mit Blick auf die Pflichtverletzung anzuknüpfen ist. Der Gesetzeswortlaut nennt als Anknüpfungspunkt lediglich die „Pflichtverletzung“. Hier kommt aber neben der ursprünglichen (unterdessen beseitigten) Schlechtleistung in Form des undichten Dachs auch die nunmehr (neue) Pflichtverletzung in Form der Reparaturspuren in Betracht. Zudem wäre eine Beurteilung der Erheblichkeit anhand einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände denkbar.⁵⁴

Der ursprüngliche Mangel, das undichte Dach, war zweifelsohne keine bloß geringfügige optische Beeinträchtigung

ohne Einschränkung der Gebrauchsfähigkeit – schließlich stellt eindringende Feuchtigkeit eine Gefahr für die Inneneinrichtung und im Wohnwagen befindliche Sachen dar. Insofern wäre eine Unerheblichkeit also zu verneinen. Die Reparaturspuren könnten jedoch einen derartigen unerheblichen Mangel darstellen. Sie haben keine Einschränkungen der Gebrauchsfähigkeit zur Folge und sind nur beim genauen Hinsehen überhaupt erkennbar, sodass es sich auch um äußerst geringfügige optische Beeinträchtigungen handeln dürfte. Vor diesem Hintergrund wäre hier, wenn man nur auf den derzeit noch bestehenden Mangel abstellt, eine bloß unerhebliche Pflichtverletzung zu bejahen.

Nach Auffassung des BGH ist für die Beurteilung des Mangels eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen, bei der nicht nur der Mangel als solcher, sondern etwa auch das Verhalten des Schuldners in den Blick zu nehmen sei.⁵⁵ Eine umfassende Interessenabwägung dürfte im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis kommen, dass der Mangel unerheblich ist. Es ist nicht ersichtlich, dass A den ursprünglichen Mangel arglistig verschwiegen hätte. Zudem hat A den ursprünglich erheblichen Mangel beseitigt. Die Beeinträchtigungen durch den dabei verursachten Mangel sind geringfügig. Somit läge nach dieser Auffassung ein bloß unerheblicher Mangel vor.

Als Maßstab für die Beurteilung der Erheblichkeit (allein) auf den unterdessen beseitigten Mangel abzustellen, überzeugt nicht. Die Erheblichkeitsschwelle in § 323 Abs. 5 S. 2 BGB dient dem Ausgleich zwischen dem Bestandsinteresse des Schuldners, der bereits eine Leistung erbracht hat, und dem Lösungsinteresse des Gläubigers, der im Wesentlichen die versprochene Leistung bekommen hat.⁵⁶ Dabei wird das Bestandsinteresse in diesen Fällen als gewichtiger als das Lösungsinteresse angesehen. Aber auch in Konstellationen, in denen ein ursprünglich erheblicher Mangel vorgelegen hat, zwischenzeitlich aber (zumindest teilweise) beseitigt wurde, hat der Schuldner im Wesentlichen bekommen, was ihm versprochen wurde. Die Erheblichkeit rein unter Betrachtung der (noch vorhandenen) objektiven Störung (also anhand der Reparaturspuren) vorzunehmen, führt im vorliegenden Fall zum selben Ergebnis, wie die vom BGH vorgenommene Gesamtbeurteilung, sodass ein Streitentscheid insoweit entbehrlich ist. Dementsprechend liegt ein bloß unerheblicher Mangel i.S.d. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB vor. Ein Rücktritt ist damit ausgeschlossen.

B. Ergebnis zu Abwandlung 2

B kann von A nicht die Rückzahlung des Kaufpreises Zugum-Zug gegen Rückgabe des Wohnwagens verlangen.

⁵⁰ Looschelders (Fn. 10), § 4 Rn. 4; vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 232.

⁵¹ BGH NJW 2006, 2839 (2841 Rn. 23 f.).

⁵² Fries/Schulze (Fn. 5), § 323 Rn. 1–17.

⁵³ OLG Düsseldorf NJW 2005, 2235.

⁵⁴ BGH NJW 2014, 3229.

⁵⁵ BGH NJW 2014, 3229.

⁵⁶ Brinkmann (Fn. 32), S. 107.

Übungsfall zu Verträgen über digitale Produkte: Schlaflos in B*

Von Wiss. Hilfskraft **Hendrikje Mederos Dahms**, Stud. iur. **Julia Buschmann**, Bielefeld**

Sachverhalt

Das Ehepaar V und M aus der Stadt B erwartet überraschend Drillinge. Schnell muss mehr Platz her, sodass sich Vater V bei dem Fertighausbauer U nach einem solchen Haus erkundigt. U stellt V ein Fertighaus für 600.000 € vor, welches optional mit einer App gekauft werden kann, mit welcher sich die Heizung, das Licht, die Jalousien und auch eine Alarmanlage steuern lassen. Die ansonsten 400 € teure App würde U dem V in Kombination mit dem Haus sogar für nur 100 € verkaufen. V, der sich von jener App eine Erleichterung seines zukünftigen Alltags verspricht, ist begeistert und willigt ein. Die App erhält V, indem er den zu dem jeweiligen Haus individualisierten QR-Code scannt und die App samt individualisiertem Steuerungssystem herunterlädt.

Zwei Wochen nach Einzug der Familie stürzt die App jedoch ab, sodass keine der Funktionen mehr gesteuert werden kann. Aufgrund dessen schaltet sich das Licht unkontrolliert an und aus, die Heizung dreht trotz warmer Temperaturen auf und lässt sich nicht adäquat regulieren. Zudem geht die Alarmanlage vorzugsweise mitternachts an und lässt sich nicht mehr mittels der App ausschalten. Für V und M ist dies ein unerträglicher Zustand. V kontaktiert noch am Folgemorgen den U und verlangt Behebung der Probleme innerhalb von spätestens 14 Tagen.

U, der bemüht ist, die Problematik möglichst schnell und zur Zufriedenheit des V zu lösen, behebt bereits nach sieben Tagen die Funktionsstörungen, sodass die App zunächst wieder durch V genutzt werden kann. Bereits am Folgetag wirft die App jedoch wieder alles durcheinander und schaltet die Alarmanlage erneut um Mitternacht an.

V, der von der Situation genervt ist und endlich eine Nacht durchschlafen möchte, ruft U an und teilt ihm mit, er wolle den Vertrag hinsichtlich der App beenden. U wiederum ist der Meinung, er hätte anfänglich für die Problembehebung 14 Tage Zeit gehabt, sodass ihm noch etwas Zeit zur Behebung der Funktionsstörung der App bliebe und er daher einen neuen Reparaturversuch starten dürfe und wolle.

Frage 1

Wie ist die Rechtslage? Schadensersatzansprüche sind nicht zu prüfen.

Abwandlung

V kauft wie im Grundfall von U ein sog. „smarteres“ Fertighaus, in welchem sich diverse Funktionen mittels einer App steuern lassen. Neben Licht, Jalousien sowie Heizung kann

* Dieser Übungsfall wurde für die Veranstaltung „Aufbau- und Vertiefungskurs Verträge über digitale Produkte“ erstellt und soll einen ersten Eindruck im Umgang mit dem neuen Recht vermitteln.

** Die Autoren sind Wiss. Hilfskraft und Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Markus Artz an der Universität Bielefeld.

auch die Alarmanlage mithilfe der App genutzt werden. Von Beginn an funktioniert jedoch die Appanwendung für das Licht zwischenzeitlich nicht.

V fordert U auf, die Funktionsstörung der App zu beheben. U aber weigert sich, da er es für unnötig erachte. Schließlich gäbe es Lichtschalter, die V nutzen könne. Die restlichen Funktionen seien zudem erhalten. Ob der unverschämten Antwort möchte der empörte V den Vertrag beenden.

Frage 2

Wie ist die Rechtslage? Schadensersatzansprüche sind nicht zu prüfen.

Lösungsvorschlag

Frage 1

I. Anspruch V gegen U auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 100 € gem. § 327o Abs. 2 BGB

V könnte gegen U einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für die App i.H.v. 100 € aus § 327o Abs. 2 BGB haben.

1. Anwendungsbereich

Dazu müsste zunächst der Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB eröffnet sein.

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Zum einen müsste der Sachverhalt in den persönlichen Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB fallen. Dies erfordert gem. § 327 Abs. 1 BGB einen Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB, d.h. U müsste als Unternehmer mit V als Verbraucher einen Vertrag geschlossen haben.

aa) V als Verbraucher

Verbraucher ist gem. § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. V wollte sowohl das Haus als auch die App für sich und seine Familie zur privaten Nutzung kaufen. Somit handelte er weder gewerblich noch für eine etwaige berufliche Tätigkeit, mithin als Verbraucher.

bb) U als Unternehmer

Weiterhin müsste U auch Unternehmer gem. § 14 BGB, d.h. eine natürliche oder juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft sein, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. U ist eine natürliche Person und betreibt ein Geschäft über den Verkauf von Fertighäusern inklusive etwaiger Nebenprodukte. Beim Abschluss des Vertrags mit V handelte er in Ausübung dieser gewerblichen Tätigkeit und befand sich mithin in der Rolle eines Unternehmers i.S.d. § 14 BGB.

cc) Vertragsschluss

V und U haben sich auf den Kauf eines Fertighauses und einer dazugehörigen App für insgesamt 600.100 € geeinigt.

b) Sachlicher Anwendungsbereich

Zum anderen müsste der Anwendungsbereich auch in sachlicher Hinsicht eröffnet sein. Dafür müssten V und U gem. § 327 Abs. 1 BGB einen Vertrag über die Bereitstellung digitaler Produkte geschlossen haben, auf welchen nicht ausnahmsweise Kaufrecht Anwendung findet.

aa) Vertrag über digitale Produkte

Der zwischen V und U geschlossene Kaufvertrag i.S.d. § 433 Abs. 1 BGB müsste gem. § 327 Abs. 1 BGB auch ein digitales Produkt zum Gegenstand haben. Digitale Produkte können sowohl digitale Inhalte als auch digitale Dienstleistungen sein.

Digitale Inhalte sind gem. § 327 Abs. 2 S. 1 BGB alle Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden. Unter digitale Dienstleistungen hingegen fallen gem. § 327 Abs. 2 S. 2 BGB all jene Dienstleistungen, die dem Verbraucher 1. die Erstellung, die Verarbeitung oder die Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten ermöglichen, oder 2. die gemeinsame Nutzung der vom Verbraucher oder von anderen Nutzern der entsprechenden Dienstleistung in digitaler Form hochgeladenen oder erstellten Daten oder sonstige Interaktion mit diesen Daten ermöglichen. Vorliegend handelt es sich neben dem Fertighaus um eine App, mit der die Heizung, das Licht und andere häusliche Einrichtungen gesteuert werden können. Sie stellt folglich kein System dar, mit welchem der Verbraucher i.S.d. § 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB gewissermaßen interagieren kann, sondern ein fertiges Programm, dessen er sich lediglich bedient. Daher ist die App als digitaler Inhalt i.S.v. § 327 Abs. 2 S. 1 BGB und der Vertrag folglich als ein solcher über digitale Produkte zu qualifizieren.¹

bb) Einigung über Bereitstellung

Weiterhin müssten sich V und U gem. § 327 Abs. 1 BGB auch über die Bereitstellung eben dieses digitalen Inhalts geeinigt haben. Ein digitaler Inhalt ist gem. § 327b Abs. 3 BGB bereitgestellt, sobald dieser oder die geeigneten Mittel für den Zugang zu diesem oder das Herunterladen des digitalen Inhalts dem Verbraucher unmittelbar oder mittels einer von ihm hierzu bestimmten Einrichtung zur Verfügung gestellt oder zugänglich gemacht worden ist.

V und U haben sich darauf geeinigt, dass U dem V neben der Veräußerung des Hauses auch einen QR-Code übergibt, mit welchem er eine App mit auf das Haus zugeschnittenen Funktionen downloaden kann. Mithin haben sie sich darauf geeinigt, dass U dem V ein Mittel zur Verfügung stellt, nämlich den QR-Code, auf den er eigenständig Zugriff hat und der zudem für das Herunterladen des digitalen Inhalts geeignet ist. Damit haben sich V und U über eine Bereitstellung geeinigt.²

¹ Vgl. ErWG 19 der Digitale-Inhalte-Richtlinie.

² Freilich ist eine derart detaillierte Einigung über die Bereit-

cc) Keine Anwendung von Kaufrecht

Zuletzt ist fraglich, welche Auswirkungen es auf die anzuwendenden Vorschriften hat, dass neben der App auch das Fertighaus verkauft wurde. Denn gem. § 327a Abs. 3 BGB sind auf Kaufverträge über Waren, die in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, sodass die Waren ihre Funktionen ohne jene digitalen Produkte nicht erfüllen können (sog. Waren mit digitalen Elementen), nicht die Vorschriften über digitale Produkte anzuwenden, sondern Kaufrecht. Hiervon sind insbesondere Fälle des § 327a Abs. 2 BGB abzugrenzen, der bei Sachen, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, eine Rechtsregimentrennung dahingehend vorsieht, dass die §§ 327 ff. BGB auf den digitalen Teil des Vertrags Anwendung finden. § 327a Abs. 2 BGB umfasst somit solche Fälle, in welchen das digitale Produkt zwar mit der Sache auf irgendeine Art verbunden ist, es für ihre eigentliche Funktion jedoch „entbehrlich“ ist. Eine Verortung in einen der beiden Absätze bedarf hier jedoch vor dem Hintergrund, dass das vertragsgegenständliche Fertighaus keine bewegliche Sache und somit keine Ware i.S.v. § 241a Abs. 1 BGB darstellt, keines erheblichen Begründungsaufwands. Weiterhin sind die Heizungsanlage, das Licht etc. zwar mit der App verbunden, das Haus bzw. seine Elemente lassen sich jedoch auch ohne die App steuern. Sie wäre somit auch nicht funktionswesentlich i.S.d. § 327a Abs. 3 BGB. Damit scheidet eine Anwendung von Kaufrecht nach § 327a Abs. 3 BGB aus.

Hinweis: Für die weitere Fallbearbeitung kommt es nicht darauf an, ob es sich bei dem Vertrag zwischen U und V um einen Paketvertrag nach § 327a Abs. 1 BGB oder einen solchen nach § 327a Abs. 2 BGB handelt, da beide identische Rechtsfolgen anordnen, nämlich die Anwendung der §§ 327 ff. BGB ausschließlich auf den digitalen Teil. Ansonsten würde die Unterscheidung nur relevant, wenn sich V vom gesamten Vertrag lösen wollte (vgl. § 327c Abs. 6, Abs. 7 BGB). Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall.³

c) Zwischenergebnis

Damit ist der Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB eröffnet.

2. Beendigungsgrund, § 327i Nr. 2 Fall 1 BGB i.V.m. § 327m Abs. 1 BGB

Für einen Anspruch aus § 327o Abs. 2 BGB bedarf es eines Beendigungsgrundes. Dieser könnte hier in § 327i Nr. 2 Fall 1

stellung nicht zwingend erforderlich, um die Voraussetzung zu bejahen. Eine simple Einigung in dem Sinne, dem Verbraucher werde das digitale Produkt zur Verfügung gestellt, sollte in der Regel genügen. Die Beschreibung dient hier lediglich dem Zweck, die variantenreiche Norm des § 327b Abs. 3 BGB einmal „aufzudröseln“.

³ Zum Meinungsstand bzgl. des Verhältnisses von § 327a Abs. 1 zu Abs. 2 BGB vgl. *Pielsticker/Buschmann/Jakubka*, ZJS 2022, 387 (389 f.).

BGB i.V.m. § 327m Abs. 1 BGB zu finden sein. Dafür müsste die App zum maßgeblichen Zeitpunkt in nicht unerheblicher Weise mangelhaft gewesen sein.

a) Mangelhaftes digitales Produkt, § 327e BGB

aa) Produktmangel

Gem. § 327e Abs. 1 S. 1 BGB ist ein digitales Produkt mangelhaft, sofern es von den subjektiven, objektiven oder den Anforderungen an die Integration abweicht.

(1) Abweichung von den subjektiven Anforderungen, § 327e Abs. 2 BGB

Für eine Abweichung von den subjektiven Anforderungen nach § 327e Abs. 2 BGB müssten jene subjektiven Anforderungen überhaupt erst einmal bestehen. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass zwischen V und U eine Absprache über die Beschaffenheit der App stattgefunden hat, eine Verwendung vertraglich vereinbart wurde oder Zubehör (§ 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB) bzw. Aktualisierungen (§ 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB) Gegenstand etwaiger subjektiver Vereinbarungen gewesen sind. Damit scheidet eine Abweichung von subjektiven Anforderungen mangels eben jener aus.

(2) Abweichung von den objektiven Anforderungen, § 327e Abs. 3 BGB

Allerdings könnte die App von den objektiven Anforderungen gem. § 327e Abs. 3 BGB abweichen. Insbesondere könnte sie sich nicht zur gewöhnlichen Verwendung gem. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB eignen. Maßstab bilden die Zwecke, für welche Produkte derselben Art in der Regel genutzt werden.⁴ Smarthome-Apps dienen dazu, die an verschiedenen Elementen des Hauses angebrachte Hardware anzusteuern, um so bspw. die Heizung, das Licht oder auch die Alarmanlage bedienen zu können. Vorliegend ist die App jedoch nicht mehr dazu zu verwenden, jene Elemente anzusteuern. Vielmehr gibt sie willkürliche Steuerungsbefehle, sodass sie sich in ihrem jetzigen Zustand nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet.

Zudem könnte sie von ihrer üblichen und erwartbaren Beschaffenheit gem. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB abweichen. Zu dieser zählt ausweislich des § 327e Abs. 3 S. 2 BGB auch die Funktionalität, d.h. die Fähigkeit eines digitalen Produkts, seine Funktionen seinem Zweck entsprechend zu erfüllen. Der Zweck der Smarthome-App bestand jedoch gerade darin, die Steuerung von Einrichtungen wie Heizung oder Alarmanlage zu ermöglichen. Diesen Zweck kann die von U bereitgestellte App nicht erfüllen, sodass ebenfalls eine Abweichung von der üblichen und erwartbaren Beschaffenheit nach § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB vorliegt.

Eine abweichende Vereinbarung in dem Sinne, dass die objektiven Anforderungen unter den besonderen Voraussetzungen des § 327h BGB abbedungen wurden, ist nicht ersichtlich. Die App ist demnach mangelhaft gem. §§ 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB.

bb) Zur maßgeblichen Zeit

Die App müsste auch zur maßgeblichen Zeit mangelhaft sein. Welcher Zeitpunkt bzw. Zeitraum maßgeblich ist, entscheidet sich danach, ob es sich um eine einmalige oder eine fortlaufende Bereitstellung eines digitalen Produkts handelt. Ist das digitale Produkt einmalig bereitzustellen, so ist für den Zeitpunkt der Mangelhaftigkeit derjenige der Bereitstellung nach § 327b Abs. 3 BGB maßgeblich, vgl. § 327e Abs. 1 S. 2 BGB. Ist hingegen die fortlaufende Bereitstellung über einen Zeitraum geschuldet (sog. dauerhafte Bereitstellung), ist der maßgebliche Zeitraum der gesamte vereinbarte Zeitraum der Bereitstellung (sog. Bereitstellungszeitraum), vgl. § 327e Abs. 1 S. 3 BGB. Zwar fehlen genauere Angaben dazu, inwiefern U auch nach erstmaliger Bereitstellung weiterhin aktiv dafür Sorge tragen muss, dass die App für V nutzbar bleibt und worüber sie folglich – ggf. konkludent – paktiert hätten. Oft kann bei Apps – im Gegensatz zu z.B. heruntergeladenen E-Books – jedoch davon ausgegangen werden, dass der Betreiber eine gewisse Oberfläche aufrechterhalten muss, damit die App weiterhin zur Verfügung steht. Dies ist insbesondere bei solchen Apps der Fall, welche digitale Dienstleistungen i.S.v. § 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB bereitstellen.⁵ Vorliegend ist allerdings eher denkbar, dass der gesamte App-Inhalt bereits heruntergeladen wurde und die Verknüpfung von mobilem Endgerät und der Smarthome-Hardware via Internet- bzw. WLAN-Verbindung erreicht wird, mithin keine Aufrechterhaltung irgendeines digitalen Inhalts seitens des U noch notwendig wäre.⁶

Ob es sich um eine Vereinbarung über eine einmalige oder dauerhafte Bereitstellung handelt, kann hingegen dahinstehen, wenn in beiden Fällen die Beweislastumkehr des § 327k BGB greifen würde.

Nach § 327k Abs. 1 BGB, der die Fälle einmaliger und wiederholter Bereitstellung erfasst, wird vermutet, dass das digitale Produkt bereits im Zeitpunkt der Bereitstellung mangelhaft war, wenn es innerhalb eines Jahres seit seiner Bereitstellung einen von den Anforderungen des § 327e BGB oder § 327g BGB abweichenden Zustand aufweist. Die App war 14 Tage nach Bereitstellung mangelhaft. Für die hier bevorzugte Beurteilung einer einmaligen Bereitstellung griffe demnach die Beweislastumkehr des § 327k Abs. 1 BGB. Da auch keine Möglichkeit für U ersichtlich ist, das Gegenteil darzulegen, ist die App als im maßgeblichen Zeitpunkt der Bereitstellung mangelhaft anzusehen.

Aber auch, wenn man eine dauerhafte Bereitstellung annähme, ergäbe sich dasselbe Ergebnis. Gem. § 327k Abs. 2 BGB würde nämlich vermutet, dass das digitale Produkt während der bisherigen Dauer der Bereitstellung mangelhaft war, wenn sich der Mangel innerhalb des Bereitstellungszeitraums zeigt. Falls eine dauerhafte Bereitstellung angenommen würde, so ist mangels eines vertraglich festgelegten Zeitraums die Bereitstellung der App so lange geschuldet, bis der Vertrag außer Kraft tritt.⁷ Dies lag indes bei Auftreten des Mangels in keinem Fall vor, sodass auch nach § 327k Abs. 2 BGB

⁴ Tamm/Tonner, in: Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht, 2022, § 2 Rn. 112.

⁵ Vgl. ErWG 57 Digitale-Inhalte-Richtlinie.

⁶ A.A. vertretbar.

⁷ Vgl. BT-Drs. 19/27653, S. 49.

die Mangelhaftigkeit zur maßgeblichen Zeit, d.h. innerhalb des Bereitstellungszeitraums, angenommen werden dürfte.

Ausnahmen von der Vermutungswirkung des § 327k Abs. 1 oder Abs. 2 BGB gem. § 327k Abs. 3 BGB sind nicht ersichtlich.

b) Ausfüllender Beendigungstatbestand

aa) § 327m Abs. 1 Nr. 2 BGB

Neben der Mangelhaftigkeit des digitalen Produkts bedarf es zur Beendigung des Vertrags eines weiteren Umstands nach § 327m Abs. 1 Nrn. 1–6 BGB. Hier kommt der des § 327m Abs. 1 Nr. 2 BGB in Betracht, welcher dann einschlägig ist, wenn der Nacherfüllungsanspruch des Verbrauchers nicht gem. § 327l Abs. 1 BGB erfüllt wurde.

§ 327l Abs. 1 BGB verlangt die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands innerhalb einer angemessenen Zeit und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher. Vorliegend hat U die Probleme der App nicht beheben können – zumindest die Kommunikation zwischen App und Alarmanlage versagt noch immer. Allerdings ist die von V gesetzte Frist von 14 Tagen noch nicht abgelaufen. I.R.v. § 327m Abs. 1 Nr. 2 BGB ist dieser Zeitraum jedoch grundsätzlich abzuwarten. Für Fälle, in denen der Vertrag schon vor Ablauf einer angemessenen Frist aufgrund eines erfolglosen Nacherfüllungsversuchs beendet werden soll, ist hingegen § 327m Abs. 1 Nr. 3 BGB vorgesehen.⁸

bb) § 327m Abs. 1 Nr. 3 BGB

Gem. § 327m Abs. 1 Nr. 3 BGB kann V den Vertrag beenden, wenn sich trotz der vom Unternehmer versuchten Nacherfüllung ein Mangel zeigt. Vorliegend hat U die Nacherfüllung bereits einmal versucht, ist dabei allerdings erfolglos geblieben, die App lässt noch immer keine Steuerung der Alarmanlage zu. Damit ist der Beendigungstatbestand nach § 327m Abs. 1 Nr. 3 BGB erfüllt.

cc) Kein Ausschluss, § 327m Abs. 2 S. 1 BGB

Zuletzt dürfte der Mangel gem. § 327m Abs. 2 S. 1 BGB auch nicht unerheblich sein. Dazu ist eine umfassende Abwägung unter Berücksichtigung des Vertragszwecks sowie der weiteren Regelungen im Vertrag und der sonstigen Umstände erforderlich.⁹ Vor dem Hintergrund, dass die App noch immer willkürlich die Alarmanlage auslöst und somit die Steuerung einer wesentlichen häuslichen Funktion nicht zulässt, ist die Erheblichkeit des Mangels jedoch zu bejahen.

c) Zwischenergebnis

Damit liegt ein tauglicher Beendigungsgrund vor.

3. Beendigungserklärung, § 327o Abs. 1 BGB

Eine Beendigungserklärung ist gem. § 327o Abs. 1 S. 1 BGB die Erklärung des Verbrauchers an den Unternehmer, in welcher der Entschluss des Verbrauchers zur Beendigung des Vertrags zum Ausdruck kommt.¹⁰ Hierbei ist es ausreichend, wenn der Wille des Verbrauchers zur Beendigung deutlich wird. Das Gestaltungsrecht muss juristisch nicht korrekt bezeichnet werden.¹¹ Vorliegend hat V den U am Telefon darüber informiert, nicht mehr am Vertrag über die App festhalten zu wollen. Darin ist eine taugliche Beendigungserklärung zu sehen.

4. Rechtsfolgen, §§ 327o, 327p BGB

Folge der Vertragsbeendigung ist zum einen gem. § 327o Abs. 2 S. 1 BGB die Verpflichtung des U, V die Zahlungen zu erstatten, welche dieser zur Erfüllung des Vertrags geleistet hat. Damit kann V von U die Rückzahlung der 100 € verlangen.

Hinweis: Wird eine dauerhafte Bereitstellung angenommen, muss an § 327o Abs. 3 BGB gedacht werden, der eine Rückerstattung nur derjenigen Leistungen vorsieht, die während des Zeitraums geleistet wurden, in welchem das Produkt mangelhaft war. Die App hat hier jedoch anfangs lediglich zwei Wochen und nach dem Nacherfüllungsversuch höchstens einen Tag mangelfrei funktioniert. In Anbetracht des sehr kurzen Zeitraums der Funktionsfähigkeit und des wohl sehr langen geschuldeten Bereitstellungszeitraums erschiene ein Abzug von den 100 € nicht gerechtfertigt.

Weiterhin darf V die App gem. § 327p Abs. 1 S. 1 BGB nach Vertragsbeendigung weder weiter nutzen noch einem Dritten zur Verfügung stellen.

5. Ergebnis

V hat gegen U einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für die App i.H.v. 100 € aus § 327o Abs. 2 BGB.

Frage 2

I. Anspruch V gegen U auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 100 € gem. § 327o Abs. 2 BGB

V könnte gegen U einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 100 € aus § 327o Abs. 2 BGB haben.

1. Anwendungsbereich

Hierfür müsste zunächst der Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB eröffnet sein.

a) Persönlicher Anwendungsbereich

V handelte bei Vertragsabschluss mit U als Verbraucher i.S.d.

⁸ Vgl. ErWG 65 Digitale-Inhalte-Richtlinie; *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, 2020, Digitale-Inhalte-Richtlinie Art. 14 Rn. 52; a.A. *Metzger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 327m Rn. 4.

⁹ *Metzger* (Fn. 8), § 327m Rn. 10.

¹⁰ *Weiler*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2022, § 36 Rn. 48.

¹¹ *Fries*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.4.2022, § 327o Rn. 4.

§ 13 BGB, während U in Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit als Unternehmer i.S.d. § 14 BGB fungierte, so dass zwischen beiden ein Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB geschlossen wurde.

b) Sachlicher Anwendungsbereich

Ferner müsste gem. § 327 Abs. 1 BGB ein Vertrag über die Bereitstellung digitaler Produkte geschlossen worden sein, auf den das Kaufrecht keine Anwendung findet. Vertragsgegenstand ist die Bereitstellung einer App als digitaler Inhalt i.S.v. § 327 Abs. 2 S. 1 BGB. Aufgrund ihrer Verbindung mit einem Fertighaus findet das Kaufrecht keine Anwendung (vgl. Frage 1 I. 1. b).

c) Zwischenergebnis

Der Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB ist somit eröffnet.

2. Beendigungsgrund, § 327i Nr. 2 Fall 1 BGB i.V.m. § 327m Abs. 1 BGB

a) Mangelhaftes digitales Produkt, § 327e BGB

aa) Produktmangel

Eine Mangelhaftigkeit des digitalen Produkts besteht, wenn es von den subjektiven, objektiven oder von den Anforderungen an die Integration abweicht, § 327e Abs. 1 S. 1 BGB.

(1) Abweichung von den subjektiven Anforderungen, § 327e Abs. 2 BGB

Mangels konkreter Hinweise darüber, ob zwischen V und U eine vertragliche Vereinbarung über die Beschaffenheit, Verwendung, Aktualisierung der App oder Zubehör bestand, scheidet eine Abweichung von subjektiven Anforderungen aus.

(2) Abweichung von den objektiven Anforderungen, § 327e Abs. 3 BGB

Die App könnte, sofern sie sich nicht zur gewöhnlichen Verwendung gem. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB eignet, nach § 327e Abs. 3 BGB von den objektiven Anforderungen abweichen, wobei der gängige Verwendungszweck von Produkten derselben Art maßgebend ist.¹² Eine Smarthome-App dient regelmäßig der Steuerung von Hardwareelementen wie Heizungs-, Licht-, sowie Alarmanlagen etc. Vorliegend gelingt jedoch die störungsfreie Bedienung der Lichtanlage mittels der App nicht, sodass V zwischenzeitlich die mechanischen Lichtschalter des Hauses betätigen muss. Die App eignet sich in ihrem aktuellen Zustand somit nicht für die gewöhnliche Verwendung.

Ferner könnte die App von ihrer üblichen und erwartbaren Beschaffenheit gem. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB abweichen, wonach gem. § 327e Abs. 3 S. 2 BGB auch die Funktionalität gehört. Zweck der erworbenen Smarthome-App ist es, die einwandfreie Steuerung von Hardwareelementen des Hauses wie Heizung, Alarmanlage, Rollläden und Licht zu ermöglichen. Diesen Zweck kann die von U bereitgestellte

App jedoch nur teilweise erfüllen, sodass eine Abweichung von der üblichen und erwartbaren Beschaffenheit nach § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB vorliegt.

Eine abweichende Vereinbarung im Sinne dessen, dass objektive Anforderungen unter den Voraussetzungen des § 327h BGB abbedungen wurden, ist nicht ersichtlich, sodass die App gem. §§ 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB mangelhaft ist.

bb) Zur maßgeblichen Zeit

Abschließend müsste die App auch zur maßgeblichen Zeit mangelhaft gewesen sein. Unabhängig davon, ob es sich um eine einmalige oder dauerhafte Bereitstellung des digitalen Inhalts handelt, kann dies unter Hinweis auf § 327k BGB bejaht werden (vgl. Frage 1 I. 2. a) bb).

b) Ausfüllender Beendigungstatbestand

aa) § 327m Abs. 1 Nr. 5 BGB

Zur Vertragsbeendigung bedarf es neben der Mangelhaftigkeit des digitalen Produkts zusätzlich eines Umstands nach § 327m Abs. 1 Nrn. 1–6 BGB. Vorliegend kommt § 327m Abs. 1 Nr. 5 BGB in Betracht, der einschlägig ist, sofern der Unternehmer die gem. § 327i Abs. 1 S. 2 BGB ordnungsgemäße Nacherfüllung verweigert hat. Eine ernsthafte und endgültige Verweigerung wird im Gegensatz zu § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht verlangt, sodass im Zweifel geringere Anforderungen an die Annahme einer Verweigerung zu stellen sind.¹³ Vorliegend erachtet es U als unnötig, für die einwandfreie Funktionalität der App zu sorgen, und verweist auf die Möglichkeit zur Nutzung der im Haus befindlichen mechanischen Lichtschalter. Mithin ist eine Verweigerung des U zur Nacherfüllung gem. § 327i Abs. 1 S. 2 BGB anzunehmen.

bb) Kein Ausschluss, § 327m Abs. 2 S. 1 BGB

Zuletzt dürfte der Mangel nicht unerheblich sein. Als unerheblich gilt ein Mangel, sofern keine spürbaren Beeinträchtigungen der Leistungsinteressen des Verbrauchers „in Abwägung der beiderseitigen Interessen im Einzelfall“ bestehen. Zu berücksichtigen sind im Rahmen der Betrachtung auch Art und Zweck des digitalen Produkts sowie dessen vorgesehene Nutzungsdauer.¹⁴ Im Wesentlichen ist dazu eine Abwägung unter Berücksichtigung des Vertragszwecks sowie der weiteren Regelungen im Vertrag und der sonstigen Umstände erforderlich.¹⁵ In Anbetracht dessen, dass lediglich das Licht zwischenzeitlich nicht über die App gesteuert, jedoch alternativ problemlos mittels mechanischer Lichtschalter im Haus betätigt werden kann, wohingegen die restlichen, wesentlich umfangreicheren Funktionen der App einwandfrei funktionieren, ist eine Erheblichkeit des Mangels abzulehnen.

c) Zwischenergebnis

Damit liegt kein tauglicher Beendigungsgrund vor.

¹² Tamm/Tonner (Fn. 4), § 2 Rn. 112.

¹³ Metzger (Fn. 8), § 327m Rn. 7.

¹⁴ Schulze, in: Schulze u.a., Handkommentar zum BGB, 11. Aufl. 2022, § 327m Rn. 11.

¹⁵ Metzger (Fn. 8), § 327m Rn. 10.

3. Ergebnis

V hat gegen U keinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für die App i.H.v. 100 € aus § 327o Abs. 2 BGB.

II. Anspruch V gegen U auf Rückzahlung des zu viel gezahlten Kaufpreises aus § 327i Nr. 2 Fall 2 BGB i.V.m. § 327n Abs. 4 BGB

V könnte gegen U einen Anspruch auf Rückzahlung des zu viel gezahlten Kaufpreises aus § 327i Nr. 2 Fall 2 BGB i.V.m. § 327n Abs. 4 BGB haben.

Hinweis: Anstelle einer Vertragsbeendigung nach § 327m BGB kann der Verbraucher bei Mangelhaftigkeit des digitalen Produkts nach § 327i Nr. 2 Fall 2 BGB i.V.m. § 327n BGB den Preis durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer mindern. Hierbei impliziert der Wortlaut des § 327n Abs. 1 S. 1 BGB, dass zur Minderung die Voraussetzungen der Vertragsbeendigung gem. § 327m Abs. 1 BGB vorliegen müssen.

1. Zahlung eines Preises durch den Verbraucher

Die Minderung ist auf Verbraucherverträge mit Zahlung eines Preises beschränkt (vgl. §§ 327m Abs. 2 S. 2, 327n Abs. 1 S. 2 BGB).¹⁶

V und U haben einen Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB über die Bereitstellung eines digitalen Produkts gegen Zahlung eines Preises i.H.v. 100 € geschlossen. Damit stünde V die Minderung bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen grundsätzlich offen.

2. Minderungsgrund, § 327n Abs. 1 S. 1 BGB

Die Voraussetzungen der Vertragsbeendigung nach § 327m Abs. 1 Nr. 5 BGB liegen mit Ausnahme der Erheblichkeit des Mangels vor. Ausweislich des § 327n Abs. 1 S. 2 BGB greift der Ausschlussgrund des § 327m Abs. 2 S. 1 BGB im Rahmen der Minderung jedoch nicht. Demnach ist ein Minderungsgrund aufgrund der nicht voll funktionsfähigen App gegeben.

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

Die Minderung als Gestaltungsrecht muss seitens des Verbrauchers dem Unternehmer gegenüber erklärt werden (§ 327n Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB). Aus dem Verweis in § 327n Abs. 1 S. 3 BGB auf § 327o Abs. 1 BGB folgt, dass an die Minderungserklärung die gleichen Maßstäbe zu setzen sind, wie an die in § 327o Abs. 1 BGB normierte Erklärung der Vertragsbeendigung.¹⁷ Dies bedeutet, dass aus der Erklärung hervorgehen muss, dass eine Minderung angestrebt wird. Unter Zugrundelegung einer laien günstigen Auslegung ist insbesondere die konkrete Verwendung des Begriffs „Minderung“ ebenso wenig vonnöten wie die Verwendung des Wortes „Vertragsbeendigung“ im Rahmen der Beendigung. Auch kann

eine konkludente Erklärung genügen, sofern für einen objektiven Betrachter in der Position des Vertragspartners der Entschluss zur Minderung ersichtlich wird.¹⁸ Ausweislich des Sachverhaltes wollte V den Vertrag beenden. Eine erstrebte Minderung des Kaufpreises ist selbst unter laien günstiger Auslegung nicht ersichtlich und kann auch konkludent nicht zweifelsfrei erschlossen werden. Möchte V, da ihm aufgrund des nicht erheblichen Mangels kein Anspruch auf Vertragsbeendigung zusteht, den Kaufpreis mindern, so muss er dies U gegenüber erklären.

4. Rechtsfolge

Die Grundlage für die Berechnung des Minderungsbetrags ergibt sich aus § 327n Abs. 2 S. 1 BGB, wonach wie im Kaufrecht das Äquivalenzinteresse im Rahmen der Minderung zu berücksichtigen ist.¹⁹ Zu beachten ist, dass § 327n Abs. 2 S. 1 BGB im Gegensatz zu den §§ 441 Abs. 3 S. 1, 638 Abs. 3 S. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Bereitstellung nach § 327b BGB und nicht auf den des Vertragsschlusses abstellt.²⁰ Demnach ist der Kaufpreis in dem Verhältnis zu reduzieren, im dem zum Bereitstellungszeitpunkt der Wert des digitalen Produkts im mangelfreien Zustand zum eigentlichen Wert gestanden hätte. Dies kann nach § 327n Abs. 3 BGB ggf. durch Schätzung erfolgen. Die Rückzahlung des zu viel gezahlten Preises richtet sich nach § 327n Abs. 4 BGB. Nach § 327n Abs. 4 S. 2 BGB hat diese unverzüglich, spätestens nach 14 Tagen, zu erfolgen, wobei § 327n Abs. 4 S. 3 BGB als Beginn der Frist den Zeitpunkt des Zugangs der Minderungserklärung festlegt. Bei der Rückzahlung ist, sofern keine abweichende Vereinbarung vorliegt, dasselbe vom Verbraucher bei der Zahlung verwendete Zahlungsmittel anzuwenden (§ 327n Abs. 4 S. 4 BGB). Zudem dürfen dem Verbraucher gem. § 327n Abs. 4 S. 5 BGB keine Kosten im Rahmen der Erstattung entstehen.

5. Ergebnis

V hätte gegen U einen Anspruch auf Rückzahlung des zu viel gezahlten Kaufpreises aus § 327i Nr. 2 Fall 2 BGB i.V.m. § 327n Abs. 4 BGB, wobei die Höhe des Rückzahlungsbetrags ggf. durch Schätzung zu ermitteln wäre (§ 327n Abs. 3 BGB). Voraussetzung hierfür ist jedoch zunächst die Abgabe einer Minderungserklärung.

¹⁶ Schulze (Fn. 14), § 327o Rn. 6. Besteht die Gegenleistung des Verbrauchers hingegen in der Bereitstellung personenbezogener Daten, ist nur der Rücktritt möglich.

¹⁷ Metzger (Fn. 8), § 327n Rn. 6; Schulze (Fn. 14), § 327n Rn. 3.

¹⁸ Metzger (Fn. 8), § 327n Rn. 6; Schulze (Fn. 14), § 327o Rn. 4.

¹⁹ Vgl. BT-Drs. 19/27653, S. 70; Schulze (Fn. 14), § 327o Rn. 4.

²⁰ Vgl. Vorgabe in Art. 14 Abs. 5 Digitale-Inhalte-Richtlinie.

Anfängerübungsklausur BGB AT: Augen auf beim Schmuckkauf*

Von Wiss. Mitarbeiterin **Elena Hilgers**, Gießen**

Mithilfe dieser Klausur können die Bearbeiterinnen und Bearbeiter erlernen, zum einen mit einem komplexen Sachverhalt umzugehen, indem sie die essentiellen Informationen extrahieren, und zum anderen eine saubere Gliederung der einzelnen Prüfungsschritte zu erarbeiten, da an vielen Stellen Inzidenzprüfungen unvermeidbar sind. Im Fokus stehen inhaltlich das Trennungsprinzip, die Anfechtung und die Stellvertretung. Hierbei ist es wichtig zu erkennen, dass die Erklärungen im Rahmen der dinglichen Einigung, des Kaufvertrags und der Anfechtung jeweils eine Willenserklärung sind, bei deren Abgabe und Empfang sich der Erklärende vertreten lassen kann und eine Anfechtung jeder dieser Erklärung ebenfalls möglich ist.

Sachverhalt

J betreibt in Gießen ein Juweliergeschäft und kauft regelmäßig in Antiquitätenläden alte qualitativ hochwertige Schmuckstücke. Nachdem er diese gereinigt und poliert hat, verkauft er sie anschließend mit einem Mehrwert weiter. Seit einem Monat beschäftigt er B, welcher Schmuckstücke jeder Art und jeden Materials bis zu einem Wert von 250 € ankaufen und die hierfür notwendigen Rechtsgeschäfte eigenständig tätigen darf. Aktuell sucht J nach weißgoldenen und roségoldenen Ringen, weshalb er B auf die Suche schickt. Dieser stößt in einem kleinen Laden des L in Wetzlar auf eine große Sammlung gebrauchter Ringe und findet in einer großen Schmuckkiste, in welcher die einzelnen Ringe nebeneinander aufgereiht sind, zwei schöne Exemplare. Bei dem einen handelt es sich um einen silbernen Ring mit einem blauen Stein, der 150 € kosten soll, dessen Material B jedoch für Weißgold hält. Der andere Ring ist hingegen sehr schlicht, aus Roségold und kostet 60 €. Neben dem silbernen Ring nimmt er, da er kurz abgelenkt ist, versehentlich – statt dem roségoldenen – den daneben befindlichen kupfernen Ring für 50 € mit zur Kasse. Dabei erzählt B dem L freudig, dass er neu im Geschäft des J sei und für diesen die beiden Ringe erwerben möchte. Auch in dem Moment, in dem er die beiden Ringe bezahlen soll, bemerkt er nicht, dass er den falschen Ring mitgenommen hat. Stattdessen stellt er fest, dass er sein Portemonnaie vergessen hat. Daher bittet er L um Übersendung der Rechnung an seinen Arbeitgeber. L, dem der J bekannt ist, übergibt B die Ringe und ist damit einverstanden, J die Rechnung per Post zu senden.

* Die Klausur weist einen gehobenen Schwierigkeitsgrad auf und diente als Abschlussklausur in der Veranstaltung Einführung in das Privatrecht einschließlich Allg. Teil des BGB im Wintersemester 2021/2022 bei Herrn Prof. Dr. Gutzeit. Bei der Bewertung wurde insbesondere berücksichtigt, dass die Ausführungen zur Fehleridentität und zur Abgrenzung des Eigenschaftsirrturns vom Sachmangel für Anfänger besonders schwierig sind.

** Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin an der Professur für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht (Prof. Dr. Martin Gutzeit) an der Justus-Liebig-Universität in Gießen.

Hoherfreut begibt sich B zurück in das Juweliergeschäft und zeigt J die gefundenen Stücke. Dieser erkennt auf den ersten Blick, dass es sich um einen silbernen und einen kupfernen Ring handelt und fragt B empört, wie er denn auf die Idee gekommen sei, einen kupfernen Ring zu kaufen. So etwas führe er gar nicht. Der andere Ring bestehe zudem leider nicht aus Weißgold. Er sei sich daher noch nicht sicher, ob er sich gut verkaufen ließe. B ist überaus überrascht. Schließlich dachte er, dass er einen weißgoldenen und einen roségoldenen Ring gekauft habe. Als er sich den roten Ring genauer ansieht, bemerkt er, dass es sich tatsächlich nicht um den Ring handelt, den er kaufen wollte, und er sich wohl vergriffen haben muss. Daher ruft er sofort im Geschäft des L an, um den Kauf des kupfernen Rings rückgängig zu machen. Dort geht dessen 17-jährige Tochter T ans Telefon, welcher B versehentlich mitteilt, er habe für J keinen silbernen Ring kaufen wollen, weshalb er im Namen des J Abstand von diesem Geschäft nehme. T informiert umgehend L. Dabei erzählt sie ihm, dass sie sich sehr freue, dass er den silbernen Ring mit dem blauen Stein wieder bekomme. Diesen habe sie schon immer sehr bewundert. Da T in vier Wochen ihren 18. Geburtstag hat und L bislang noch kein Geschenk für sie hat, passt ihm diese Wendung gut und er beschließt – weil er ohnehin geschäftlich in Gießen unterwegs ist –, sich direkt zu J zu begeben. Nachdem er den Laden betreten hat, fordert er J auf, den kupfernen Ring i.H.v. 50 € zu bezahlen und den silbernen Ring herauszugeben. Dieser ist sichtlich erstaunt. Schließlich wollte er den silbernen Ring behalten, der ihm inzwischen selbst sehr gut gefällt, und den kupfernen wieder loswerden, weshalb er B dazu ruft. Dieser bemerkt, dass er sich wohl am Telefon gegenüber T versprochen haben muss. Der über so viel Ungeschicklichkeit entsetzte J wendet sich an L und teilt diesem mit, das Telefonat seines Mitarbeiters B könne aufgrund seines kleinen Versprechers nicht gelten. Er werde den silbernen Ring behalten. Stattdessen könne er den kupfernen Ring wieder mitnehmen, den B aus Versehen statt des roségoldenen mitgenommen habe. Nun wird es L zu bunt. J und sein Mitarbeiter müssten auch zu ihrem Wort stehen und könnten nicht permanent ihre Meinung ändern. Der kupferne Ring sei ihm egal, er bestehe aber auf die Herausgabe des silbernen Rings. J erwidert, es müsse ihm doch gestattet sein, auch den Irrtum bei der Anfechtungserklärung zu beseitigen.

Frage

Hat L gegen J einen Anspruch auf Herausgabe des silbernen Rings?

Bearbeitungshinweis

Gehen Sie davon aus, dass auch gebrauchte weißgoldene Ringe für 150 € erworben werden können.

Lösungsvorschlag**I. Anspruch aus § 985 BGB**

L könnte gegen J einen Anspruch auf Herausgabe des silbernen Rings aus § 985 BGB haben. Dafür müsste L Eigentümer des Schmuckstücks sein. Zwar war er ursprünglich dessen Eigentümer, allerdings könnte er sein Eigentum an J gem. § 929 S. 1 BGB übertragen haben.

1. Einigung

Dies erfordert eine Einigung zwischen den Parteien. Ein (dinglicher) Vertrag kommt durch zwei inhaltlich übereinstimmende, mit Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen, namentlich Angebot und Annahme (§§ 145 ff. BGB), die die essentialia negotii enthalten, zustande.¹

a) Angebot

Ein Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die einem anderen ein Vertragsschluss derart angetragen wird, dass das Zustandekommen des Vertrages nur von dessen Einverständnis abhängt.² Indem L dem B den silbernen Ring reichte, hat er konkludent ein Angebot auf Übertragung des Eigentums abgegeben. Das Angebot könnte J durch B als seinem passiven Stellvertreter (= Empfangsvertreter) zugegangen sein (§ 164 Abs. 3 BGB). Nach § 164 Abs. 3 BGB finden die Vorschriften von § 164 Abs. 1 BGB entsprechende Anwendung, wenn eine gegenüber einem anderen abzugebende Willenserklärung dessen Vertreter gegenüber erfolgt. Dies setzt u.a. die passive Vertretungsmacht des B voraus. Sie ist im Wege der Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln und ergibt sich dabei zumeist aus der Vollmacht selbst.³ J hatte B die Vollmacht (§§ 166 Abs. 2, 167 Abs. 1 BGB) erteilt, sämtliche Rechtsgeschäfte – und damit auch Verfügungsgeschäfte – im Zusammenhang mit dem Ankauf von Schmuckstücken zu tätigen. Mit dieser Innenvollmacht (vgl. §§ 166 Abs. 2, 167 Abs. 1 Var. 1 BGB) hat J den B nicht nur dazu ermächtigt, Willenserklärungen in seinem Namen abzugeben. Stattdessen sollen ihm gegenüber auch die entsprechenden Erklärungen zugehen können. Daher agierte B als passiver Stellvertreter, sodass das Angebot dem J im Geschäft durch B zuzuging.

b) Annahme

Das Angebot könnte J konkludent angenommen haben, indem B den silbernen Ring entgegennahm. Die Annahme ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die sich der Erklärende vorbehaltlos mit dem ihm angetragenen Angebot einverstanden erklärt.⁴ Dafür müsste B als Vertreter (§ 164 Abs. 1 BGB) des J gehandelt haben.

aa) Zulässigkeit

Die Stellvertretung ist, da es sich nicht um ein höchstpersönliches Geschäft handelt, zulässig.

bb) Eigene und wirksame Willenserklärung des B

Zudem müsste B eine eigene Willenserklärung abgegeben haben (§ 164 Abs. 1 BGB). Aus Sicht des L stand dem B ein eigener Entscheidungsspielraum zu: Es oblag B, ob er das Angebot annimmt oder nicht. Daher hat B nicht als Bote eine fremde, sondern als Stellvertreter eine eigene Willenserklärung abgegeben.

cc) In fremdem Namen (sog. Offenkundigkeit)

Zudem erklärte er die Annahme – indem er zuvor eindeutig gemacht hatte, dass er für J agierte – in dessen Namen.

dd) Mit und innerhalb der Vertretungsmacht

Schließlich müsste er die Willenserklärung mit und innerhalb seiner Vertretungsmacht abgegeben haben. J hatte B rechtsgeschäftlich durch eine sog. Innenvollmacht (§§ 166 Abs. 2, 167 Abs. 1 Var. 1 BGB) zu seiner Vertretung bei allen Rechtsgeschäften, die im Zusammenhang mit dem Kauf von Schmuckstücken stehen, ermächtigt. Hierunter fallen jedenfalls die zu den jeweiligen Verpflichtungs- entsprechenden Verfügungsgeschäfte. Folglich hat B innerhalb seiner Vertretungsmacht bei der Annahme des Angebots auf Übertragung des Eigentums an dem silbernen Ring gehandelt. Demnach haben sich J und L über den Eigentumsübergang an dem silbernen Ring geeinigt.

c) Anfechtung

Allerdings könnte die Annahmeerklärung des J angefochten worden sein, sodass diese ex tunc nichtig (§ 142 Abs. 1 BGB) ist. B hatte über das Material des silbernen Rings geirrt, weshalb er einem Eigenschaftsirrtum erlegen sein könnte. Ob es sich jedoch bei dem Eigenschaftsirrtum um einen Fall der Fehleridentität handelt, der sich über das schuldrechtliche Rechtsgeschäft hinaus auch auf das dingliche Geschäft auswirkt, ist sehr umstritten.⁵ Hiergegen spricht, dass die dingliche Einigung unabhängig von den Eigenschaften einer Sache erfolgt.⁶ Die Parteien beabsichtigen allein das – wenn auch fehlerhafte – Kausalverhältnis zu erfüllen.⁷ Selbst wenn man die Fehleridentität in Fällen des Eigenschaftsirrtums für stichhaltig erachtet, sind hier gewichtige Interessen des Erklärenden zu berücksichtigen.⁸ Anknüpfungspunkt der Fehleridentität ist die Anfechtungserklärung und die Erwägung, J möchte nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) nicht nur das schuldrechtliche, sondern auch das dingliche Rechtsgeschäft anfechten. Dies überzeugt aus der Sicht eines anfechtenden Verkäufers, der das Eigentum so ex tunc (!)

¹ Beispielhaft *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 45. Aufl. 2021, § 8 Rn. 1.

² *Brox/Walker* (Fn. 1), § 8 Rn. 1.

³ BGH NJW 2002, 1041; *Schubert*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 259; *Schilken*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 164 Rn. 23 m.w.N.

⁴ *Brox/Walker* (Fn. 1), § 8 Rn. 16.

⁵ Einen guten Überblick bieten *Oechsler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 929 Rn. 34; *Grigoleit*, AcP 199 (1999), 396.

⁶ *Grigoleit*, AcP 199 (1999), 396 (399).

⁷ *Neuner*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, Rn. 9.

⁸ *Hilgers*, JuS 2021, 230 (232).

zurück erhält. Dann kann das Eigentum an der Sache nur nach den Vorschriften des gutgläubigen Erwerbs (§§ 932 ff. BGB) übertragen werden und er kann die Sache nach § 985 BGB herausverlangen. Für diese Anspruchsgrundlage besteht im Unterschied zum Bereicherungsrecht (vgl. § 818 Abs. 3 BGB) nicht die Möglichkeit der Entreicherung. Für den Käufer ist es gerade vorteilhaft, lediglich das schuldrechtliche Geschäft anzufechten.⁹ Demnach scheidet eine Anfechtung der dinglichen Willenserklärung des J aus.

2. Übergabe

L müsste J den Ring übergeben haben. Die Übergabe setzt den vollständigen Besitzverlust des Veräußerers und den Besitzwerb des Erwerbers auf Veranlassung des Veräußerers voraus.¹⁰ Indem L den Ring B gab, hat dieser jede Besitzposition verloren. Zugleich könnte J den Besitz durch B als Besitzdiener (§ 855 BGB) erworben haben. B hatte die tatsächliche Sachherrschaft über den Ring und ist als Arbeitnehmer des J (vgl. § 611a Abs. 1 BGB) – auch nach außen erkennbar – von diesem sozial abhängig. Zudem zeigte sich der Unterordnungswille des B auch in den Äußerungen gegenüber L sowie der unmittelbaren Aushändigung der Ringe an J, weshalb B als Besitzdiener des J fungiert hat und J daher im Zeitpunkt der Übergabe unmittelbaren Besitz (§ 854 BGB) an dem Ring erwarb. Mithin hat L den silbernen Ring an J übergeben.

3. Verfügungsbefugnis

Zudem war L als Eigentümer des silbernen Rings zur Verfügung berechtigt.

Im Ergebnis hat J wirksam Eigentum an dem silbernen Ring erworben, weshalb L keinen Anspruch aus § 985 hat.

II. Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB

Allerdings könnte L gegen J einen Anspruch auf Herausgabe von Eigentum und Besitz aus § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB haben.

Hinweis: Im Fall der Anfechtung ist es bislang umstritten, ob das Geleistete nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB (ursprüngliches Fehlen des Rechtsgrundes) oder § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB (späterer Wegfall des Rechtsgrundes) herausverlangt werden kann. Entscheidend ist, ob man die Ex-tunc-Wirkung der Anfechtung¹¹ oder den Zeitpunkt der Anfechtungserklärung¹² als maßgeblich erachtet. Im

Ergebnis wirkt sich dieser Streit jedoch nicht aus.¹³

1. Etwas erlangt

Dazu müsste J etwas erlangt haben. Dies kann jeder vermögenswerte Vorteil sein. Neben dem Eigentum hat er auch den Besitz an dem silbernen Ring erhalten (siehe oben), weshalb er etwas i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB erlangt hat.

2. Durch Leistung

Eigentum und Besitz an dem Ring müsste er durch Leistung des L erlangt haben. Eine Leistung ist jede bewusste und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens.¹⁴ L hat durch die Verschaffung von Eigentum und Besitz am silbernen Ring das Vermögen des J gemehrt, um dessen Anspruch aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB zu erfüllen. Folglich hat J Eigentum und Besitz durch Leistung des L erlangt.

3. Ohne Rechtsgrund

Zudem müsste L ohne Rechtsgrund an J geleistet haben. Rechtsgrund könnte der Anspruch aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB auf Übergabe und Übereignung des silbernen Rings sein.

a) Anspruch entstanden

Voraussetzung hierfür ist, dass L und J einen Kaufvertrag über den silbernen Ring geschlossen haben.

aa) Angebot durch Auslage des silbernen Rings

L könnte bereits ein Angebot durch die Auslage des silbernen Rings für 150 € in seinem Geschäft abgegeben haben. Dazu muss dieses hinreichend bestimmt sein. Konkret muss feststehen, wer neben L die weitere Vertragspartei ist. Maßgeblich ist daher, ob sich L mit der Auslage bereits rechtsgeschäftlich binden wollte, sodass er den Vertrag zu den angegebenen Konditionen mit jedem schließen möchte (sog. Offerte ad incertae personas). Abzugrenzen von der Offerte ad incertae personas ist die invitatio ad offerendum. Sie ist eine bloße Aufforderung zur Abgabe von Angeboten. Ein Rechtsbindungswille des Erklärenden fehlt.¹⁵ Ob sich L mit der Auslage des Rings in seinem Geschäft rechtlich binden wollte, ist nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln. Bei einer Offerte ad incertae personas hat L keinen Einfluss darauf, wie viele Personen sein Angebot annehmen. Da er den gebrauchten Ring allerdings nur einmal hat, könnte er nur einen dieser Kaufverträge erfüllen. Gegenüber seinen anderen Vertragspartnern würde er sich schadensersatzpflichtig machen.¹⁶ Zudem wäre es L nicht möglich,

⁹ Dazu näher Hilgers, JuS 2021, 230 (232).

¹⁰ Exemplarisch Wellenhofer, Sachenrecht, 36. Aufl. 2021, § 7 Rn. 7; näher Kindl, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.2.2022, § 929 Rn. 24, 27, 30.

¹¹ Larenz/Canaris, Schuldrecht, Besonderer Teil II/2, 13. Aufl. 1994, § 68 I 1; Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 16. Aufl. 2021, § 54 Rn. 25; Lorenz, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 812 Rn. 88 m.w.N.; Wendehorst, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.5.2022, § 812 Rn. 64.

¹² Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 45. Aufl. 2021, § 40

Rn. 30; Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 75. Aufl. 2016, § 812 Rn. 26; Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 812 Rn. 14.

¹³ Näher Hilgers, JuS 2021, 230 (232).

¹⁴ Siehe nur BGH NJW 1999, 1393 (1394); BGH NJW 2004, 1169; Sprau, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 812 Rn. 3, 14 m.w.N.; kritisch Canaris, in: Festschrift Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S. 857.

¹⁵ Zum Ganzen Brox/Walker (Fn. 1), § 8 Rn. 2.

¹⁶ Brox/Walker (Fn. 1), § 8 Rn. 2.

sich seinen Vertragspartner nach dessen Solvenz auszusuchen, weshalb er keinen Rechtsbindungswillen hat. Damit handelt es sich um eine bloße invitatio ad offerendum und kein rechtlich bindendes Angebot.

bb) Angebot durch das Vorzeigen an der Kasse

J hat selbst zwar kein Angebot gegenüber L abgegeben, allerdings könnte er konkludent ein Angebot zum Kauf des Rings für 150 € durch B abgegeben haben, indem dieser den silbernen Ring an der Kasse L vorzeigte. Dazu müsste B den J wirksam vertreten (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB) haben. Mangels höchstpersönlichen Geschäfts ist eine Stellvertretung zulässig. Zudem konnte B nach dem Empfängerhorizont des L die Art des Rings und des Materials sowie dessen Preis selbst aussuchen, weshalb er eine eigene Willenserklärung abgab und nicht lediglich eine fremde überbrachte. Diese Erklärung hat B auch gegenüber L im Namen des J abgegeben, womit er offenkundig gehandelt hat. Schließlich müsste B mit Vertretungsmacht gehandelt haben. J hatte B rechtsgeschäftlich dazu ermächtigt (§ 166 Abs. 2 S. 1 BGB), für ihn Schmuckstücke bis zu einem Wert von 250 € anzukaufen und hat ihm damit eine sog. Innenvollmacht (§ 167 Abs. 1 Var. 1 BGB) erteilt. Folglich hat B wirksam ein Angebot im Namen des J auf den Kauf des silbernen Rings für 150 € abgegeben.

cc) Annahme des L

Das Angebot des J hat L angenommen. Dies könnte J durch B als seinem passiven Stellvertreter (= Empfangsvertreter) zugegangen sein (§ 164 Abs. 3 BGB). Dies setzt die passive Vertretungsmacht des B voraus. J hatte B eine Vertretungsmacht bzgl. des Ankaufs von Schmuckstücken bis zu 250 € erteilt. Dies beinhaltet nicht nur den Willen des J, dass B im Rahmen der Vollmacht Angebote im Namen des J abgeben kann. Vielmehr sollen ihm auch die entsprechenden Annahmeerklärungen zugehen können. Daher agierte B als passiver Stellvertreter, sodass die Annahmeerklärung J im Geschäft durch B zuzuging.

Damit haben J und L zunächst einen wirksamen Vertrag über den Kauf des silbernen Rings abgeschlossen.

b) Anspruch nicht untergegangen

Allerdings könnte der durch den Kaufvertrag entstandene Anspruch infolge der Anfechtung des J untergegangen sein. Eine fristgerechte Anfechtungserklärung würde zur Nichtigkeit des Angebots des J ex tunc (§ 142 Abs. 1 BGB) führen.

Hinweis: Wer die Anfechtung nicht als rechtsvernichtende, sondern als rechtshindernde Einwendung versteht, muss diese bereits bei der Wirksamkeit des Kaufvertrags prüfen. Ebenso besteht Uneinigkeit über die Bestimmung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts i.S.v. § 142 Abs. 1 BGB. Dies könnte entweder die einzelne Willenserklärung¹⁷

(hier das Angebot des J) oder der Vertrag selbst¹⁸ (hier der Kaufvertrag) sein. Im Ergebnis wirkt es sich jedoch nicht aus, welcher Ansicht man folgt, da die wirksame Anfechtung einer Willenserklärung zur Nichtigkeit des Vertrags insgesamt führt.¹⁹

aa) Anfechtungsgrund

Hierfür müsste das Angebot des J anfechtbar sein. B könnte einem Eigenschaftsirrtum erlegen sein, indem er davon ausging, dass es sich bei dem silbernen Ring um einen weißgoldenen handelt. J kann das Geschäft jedoch nur anfechten, wenn es keinen Sachmangel darstellt, dass der Ring nicht weißgoldenen, sondern silbernen ist und damit diese Konstellation nicht dem vorrangigen Recht über die Sachmängel (§§ 434 ff. BGB) unterfällt. Das Vorliegen eines Sachmangels bestimmt sich nach § 434 BGB. J und L haben weder eine Beschaffenheit des Rings vereinbart (vgl. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Abs. 3 S. 1 vor Nr. 1 BGB) noch eine bestimmte Verwendung, für die sich der silberne Ring nicht eignet, dem Kaufvertrag zugrunde gelegt (vgl. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB). Zudem eignet sich der silberne Ring auch für die gewöhnliche Verwendung – dem Tragen – (§ 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB) und weist – da man bei einem gebrauchten Ring für 150 € nicht zwingend einen weißgoldenen Ring erwarten kann – die Beschaffenheit auf, die man bei Sachen gleicher Art erwarten kann (vgl. § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. a BGB). Daher weist der silberne Ring keinen Sachmangel auf. Mithin ist eine Anfechtung aufgrund eines Eigenschaftsirrtums mangels Anwendbarkeit der vorrangigen §§ 434 ff. BGB möglich. Eine Eigenschaft einer Sache (§ 90 BGB) ist jeder wertbildende Faktor, nur nicht der Wert selbst.²⁰ Für Gegenstände ist zumeist wichtig, woraus sie hergestellt sind. Gerade bei Schmuckstücken ist das Material, welches in unterschiedlichem Maße verfügbar ist, von unmittelbarem Einfluss auf den Wert einer Sache. So sind goldene und weißgoldene Schmuckstücke in geringerem Maße verfügbar als silberne. Daher irrte B, indem er dachte, er erwerbe für J statt einem silbernen einen weißgoldenen Ring, über eine Eigenschaft des Schmuckstücks. Allerdings erlag B und nicht J diesem Irrtum. Da B das Geschäft jedoch als Vertreter des J abschloss, ist seine Person für die Frage nach Willensmängeln maßgeblich (vgl. § 166 Abs. 1 BGB). Mithin stellt der Irrtum des B für J einen Anfechtungsgrund dar, sofern der Eigenschaftsirrtum verkehrswesentlich (§ 119 Abs. 2 BGB) sowie subjektiv und objektiv erheblich ist (§ 119 Abs. 2, Abs. 1 BGB). Ob ein Irrtum verkehrswesentlich ist, bemisst sich

Rn. 9; Roth, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 142 Rn. 15 m.w.N.

¹⁸ Köhler, BGB, Allgemeiner Teil, 45. Aufl. 2021, § 7 Rn. 69; Leenen, in: Festschrift Canaris zum 70. Geburtstag, 2007, Bd. I, S. 715 m.w.N.; Medicus/Petersen, BGB, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2016, Rn. 243.

¹⁹ Brox/Walker (Fn. 1), § 18 Rn. 38; Medicus/Petersen (Fn. 18), Rn. 243; Coester-Waltjen, Jura 2006, 348 m.w.N.; näher dazu Hilgers, JuS 2021, 230.

²⁰ Brox/Walker (Fn. 1), § 18 Rn. 13.

¹⁷ Brox/Walker (Fn. 1), § 18 Rn. 38; Arnold, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 142 Rn. 4; Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 142

mithilfe verschiedener subjektiver und objektiver Kriterien.²¹ Da auch weißgoldene gebrauchte Ringe für einen Preis von 150 € erworben werden können, durfte B zumindest davon ausgehen, einen solchen zu kaufen. Zudem ist das Material eines Schmuckstücks von derart herausragender Bedeutung, dass die Parteien dieses auch ohne ausdrückliche Angabe zur Grundlage des Vertrags machen. Folglich ist das Material des Rings auch verkehrswesentlich. Schließlich müsste der Eigenschaftsirrturn auch subjektiv und objektiv erheblich sein (§ 119 Abs. 2, Abs. 1 BGB). Bei Kenntnis der Sachlage – Angebot über den Kauf eines silbernen statt eines weißgoldenen Rings – und bei verständiger Würdigung des Falls – das Material hat unmittelbare Auswirkungen auf den Wert der Kaufsache – hätte B das Angebot auf Kauf des silbernen Rings nicht abgegeben. Folglich war der Irrturn auch kausal für die Erklärung. Im Ergebnis besteht ein Grund zur Anfechtung des Angebots des J.

bb) Fristgerechte Anfechtungserklärung

Die Anfechtung müsste J sodann (§ 143 Abs. 1, Abs. 2 Var. 1 BGB) fristgerecht gegenüber L erklärt haben. Die Anfechtungserklärung ist nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen (§§ 133, 157 BGB). Indem B der T erklärte, er wollte einen weißgoldenen statt einem silbernen Ring kaufen und er nehme im Namen des J Abstand von dem Geschäft, machte er deutlich, dass das Geschäft wegen des Irrturns nicht gelten solle und er die Erklärung anfechte.

(1) Wirksame Stellvertretung

Allerdings hat nicht J selbst, sondern B die Anfechtung erklärt. Die Erklärung des B wirkt somit nur für und gegen J, wenn B diesen wirksam vertreten (§ 164 Abs. 1 BGB) hat. Die Anfechtungserklärung ist kein höchstpersönliches Geschäft, weshalb die Stellvertretung zulässig ist. Aus Sicht der T oblag die Entscheidung über die Anfechtung dem B, der sich hierfür infolge seines Irrturns selbst entschied. Hierbei erklärte er in fremdem Namen zu handeln und bewegte sich innerhalb der ihm durch J erteilten Vollmacht (§§ 166 Abs. 2, 167 Abs. 1 BGB), die ihn zu sämtlichen in Verbindung mit den Ankäufen des Rings stehenden Geschäften – und damit auch zu deren Anfechtung – ermächtigte. Folglich hat B den J wirksam vertreten.

(2) Zugang der Anfechtungserklärung

Die Anfechtungserklärung müsste L auch zugegangen sein (vgl. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB). B hatte diese gegenüber T, der 17-jährigen Tochter des L, abgegeben. Eine Erklärung geht unter Abwesenden zu, sobald sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, die Möglichkeit ihrer Kenntnisnahme besteht und nach den gewöhnlichen Umständen mit ihrer Kenntnisnahme zu rechnen ist.²² Wenn der Erklärende nicht

dem Empfänger, sondern einer dritten Person gegenüber seine Willenserklärung abgibt, ist entscheidend, ob die dritte Person auf Seiten des Erklärenden als Erklärungsbote oder auf Seiten des Empfängers als Empfangsbote fungiert.²³ Daher ist zu überlegen, ob L nach der Verkehrsanschauung seine Tochter als Empfangsbotin einsetzt. Fast volljährige Familienmitglieder, die sich unter der geschäftlichen Telefonnummer melden, sind jedenfalls aus der Perspektive des Erklärenden dazu berechtigt, Erklärungen entgegenzunehmen. Mithin agierte T als Empfangsbotin. Bildlich gesprochen ist sie ein menschlicher Briefkasten²⁴. Da sie L umgehend informierte, ist nicht maßgeblich, wann mit einer Weitergabe zu rechnen war. Ihm ging im Moment des Telefonats zwischen ihm und T die Anfechtungserklärung zu.

(3) Innerhalb der Anfechtungsfrist

Die Erklärung müsste auch innerhalb der Anfechtungsfrist (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB) ergangen sein. Die Frist wird gewahrt, wenn der Anfechtende die Anfechtung ohne schuldhaftes Zögern und damit unverzüglich nach Kenntnis des Anfechtungsgrunds erklärt. Indem J unmittelbar, nachdem er von dem Irrturn erfuhr, durch B am Telefon gegenüber T die Anfechtung des Angebots erklärte, hat er unverzüglich gehandelt und damit die Anfechtungsfrist gewahrt. Folglich hat J eine fristgerechte Anfechtungserklärung durch B abgegeben.

(4) Anfechtung der Anfechtungserklärung

Allerdings könnte J die Anfechtungserklärung selbst angefochten haben, indem er L mitteilte, seine Erklärung durch B – wonach das Angebot gerichtet auf den Kauf des silbernen Rings nichtig sei – dürfe aufgrund des Versprechers des B nicht gelten. Durch eine wirksame Anfechtung durch J würde seine durch B abgegebene Anfechtungserklärung ex tunc nichtig (vgl. § 142 Abs. 1 BGB).

Hinweis: An dieser Stelle ist es sehr wichtig zu erkennen, dass die Anfechtungserklärung bloß eine Willenserklärung ist und sie daher selbstverständlich nach §§ 142, 119 ff. BGB auch angefochten werden kann.

(a) Anfechtungsgrund für die Anfechtung der Anfechtungserklärung

Dies setzt das Bestehen eines Anfechtungsgrundes voraus. B wollte am Telefon das Angebot des J auf den Kauf des kupfernen Rings anfechten. Stattdessen hat er T mitgeteilt, er wolle den Kauf des silbernen Rings nicht gelten lassen. Dieser Versprecher des B könnte einen Erklärungsirrturn (§ 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB) darstellen. Einem Erklärungsirrturn unterliegt, wer sich verschreibt, verspricht oder vergreift.²⁵ Der Erklärende verwendet nicht das richtige Erklärungszeichen. Hierbei handelt es sich um einen Unterfall des Inhaltsirrtums.²⁶

²¹ Ausführlich *Rehberg*, in: Beck'scher Online-Großkommentar BGB, Stand: 1.3.2022, § 119 Rn. 151 ff. m.w.N.

²² BGH NJW 1965, 965 (966); BGH NJW 1979, 2032 (2033); BGH NJW 2011, 872 (873); *Einsele*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 9, 16 m.w.N.

²³ Näher exemplarisch *Brox/Walker* (Fn. 1), § 7 Rn. 16 f.

²⁴ Zu diesem Begriff *Brox/Walker* (Fn. 1), § 7 Rn. 16.

²⁵ *Brox/Walker* (Fn. 1), § 18 Rn. 7; *Rehberg* (Fn. 21), § 119 Rn. 84 m.w.N.

²⁶ *Rehberg* (Fn. 21), § 119 Rn. 84.3.

Indem B sich versprach, erklärte er irrtümlich, er wolle das Angebot über den Kauf des silbernen Rings anfechten. Dabei wollte er tatsächlich den Kauf des kupfernen Rings rückabwickeln. Maßgeblich ist bei Willensmängeln im Rahmen eines Vertretergeschäfts die Person des Vertreters (§ 166 Abs. 1 BGB). Daher ist erneut für das Vorliegen eines Willensmangels auf B als Vertreter des J abzustellen. Demnach besteht ein Erklärungsirrtum.

Bei Kenntnis der Sachlage – Anfechtung des Angebots über den Kauf des silbernen Rings – und bei verständiger Würdigung des Falls – dieser Kauf missfiel J nicht – hätte B die Anfechtungserklärung bezüglich des silbernen Rings nicht abgegeben (vgl. § 119 Abs. 1 a.E. BGB).

Demnach berechtigt der kausale Erklärungsirrtum des B den J zur Anfechtung.

(b) Erklärung der Anfechtung der Anfechtungserklärung

J müsste die Anfechtung (§ 143 Abs. 1, 2 Var. 1 BGB) gegenüber L erklärt haben. Indem J dem L mitteilte, die Anfechtungserklärung durch B könnte aufgrund seines Versprechers nicht gelten, erklärt er konkludent, dass er die Anfechtungserklärung wegen des Erklärungsirrtums des B anfechte.

(c) Anfechtungsfrist

Die Anfechtung des J müsste dabei innerhalb der Anfechtungsfrist (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB) – und damit unverzüglich – erfolgt sein. J hat unmittelbar nach Kenntnis des Irrtums und damit ohne schuldhaftes Zögern die Anfechtung der Anfechtungserklärung gegenüber L erklärt.

(d) Kein Ausschluss

Da die Anfechtung nicht ausgeschlossen ist (z.B. §§ 121 Abs. 2, 144 Abs. 1, 242 BGB), hat J wirksam seine Anfechtungserklärung angefochten.

Folglich ist das Angebot des J über den Kauf des silbernen Rings wirksam. Damit ist der Anspruch nicht untergegangen und die Übereignung sowie die Übergabe des silbernen Rings mit Rechtsgrund erfolgt.

Im Ergebnis hat L daher keinen Anspruch auf Herausgabe von Eigentum und Besitz am silbernen Ring.

Anfängerklausur: Der unerwünschte Social Media-Beitrag

Von Wiss. Mitarbeiter **Moritz Schütrumpf**, Wiss. Mitarbeiterin **Lisa Beer**, Marburg*

Die vorliegende Anfängerklausur ist an zwei Urteile des BGH vom 29. Juli 2021 (III ZR 179/20 und 192/20) angelehnt und bezogen auf den Umfang und Schwierigkeitsgrad als anspruchsvoll einzustufen. Thematisch steht die Frage im Vordergrund, ob und inwieweit es der Anbieterin eines sozialen Netzwerks erlaubt sein kann, in AGB die Möglichkeit von Beitragsentfernungen im Falle eines Verstoßes gegen neu eingeführte Gemeinschaftsstandards festzulegen.

Sachverhalt

J hat sich am 25.11.2020 ein privates Konto für das soziale Netzwerk F, welches von der in Deutschland ansässigen A angeboten und von ca. 30 Millionen Menschen weltweit genutzt wird, eingerichtet. A verpflichtet sich in den für F geltenden Nutzungsbedingungen gegenüber allen registrierten Personen, ihnen das Einstellen, Teilen und Kommentieren von Inhalten sowie die Interaktion mit anderen Nutzer:innen zu ermöglichen.

Als J am Abend des 13.10.2021 sein Konto nutzen möchte, erscheint plötzlich in einem Pop-up-Fenster folgender Hinweis: „Wir haben unsere Nutzungsbedingungen und Gemeinschaftsstandards geändert. Bitte lesen Sie sich diese aufmerksam durch!“. Darunter befindet sich ein Hyperlink, über den die geänderten Bedingungswerke eingesehen werden können, und eine Schaltfläche mit der Aufschrift „Einverstanden & Los!“. Ohne die Nutzungsbedingungen und Gemeinschaftsstandards über den Hyperlink abgerufen und gelesen zu haben, klickt J auf die Schaltfläche, da andernfalls eine Nutzung der Kontofunktionen nicht mehr möglich wäre. Anschließend stellt er einen Beitrag in das Netzwerk ein, welcher wenig später von A entfernt wird. Hiervon bekommt J zunächst nichts mit.

Am 27.10.2021 bemerkt J die Beitragsentfernung und wendet sich empört an A. Diese begründet ihre Handlung damit, dass der Beitrag gegen das in den Gemeinschaftsstandards enthaltene „Verbot von Hassrede“ verstoße. Die Klausel 7.3. der Nutzungsbedingungen sehe bei einem derartigen Verstoß seit der Änderung der Bedingungswerke ab dem 13.10.2021 die Möglichkeit einer Beitragsentfernung vor.

J meint, die Klausel sei überhaupt nicht Inhalt des Vertrags zwischen A und ihm geworden. Er habe zwar auf „Einverstanden & Los!“ geklickt, hierzu sei er aber „gezwungen“ worden, da er andernfalls sein Konto nicht mehr hätte nutzen können. Dies hätte für ihn einen unzumutbaren Ausschluss vom gesellschaftlichen Leben bedeutet, da alle seine Freund:innen und Bekannten kein anderes soziales Netzwerk als F nutzen würden. A könne nicht einfach ihre „marktbeherrschende Stellung“ ausnutzen und „einseitig“ den Inhalt eines bestehenden Vertrags ändern. In den Bedingungswerken, mit denen er sich bei seiner Registrierung am 25.11.2020 einver-

standen erklärt habe, sei zudem von einem „Verbot von Hassrede“ und einer Beitragsentfernung bei einem Verstoß hiergegen keine Rede gewesen. A würde doch wissen, dass kaum eine Person die über einen Hyperlink abrufbaren Bedingungen lese und mit der Aufnahme derartiger Klauseln rechne. Schließlich hätte A ihn unverzüglich nach der Beitragsentfernung kontaktieren und zumindest darlegen müssen, warum es sich bei seinem Beitrag um „Hassrede“ handeln würde. A müsse den Nutzer:innen in solchen Fällen ein „transparentes und faires Verfahren“ ermöglichen, in welchem sie Stellung zum Beitrag nehmen können und die Möglichkeit haben, eine Wiederherstellung des entfernten Beitrags zu erreichen. So sei es auch im Networkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) für strafbare Inhalte geregelt. Nichts anderes könne für rechtmäßige Beiträge gelten.

A wendet ein, es sei allein ihre Entscheidung, in welchem Rahmen Inhalte in ihrem sozialen Netzwerk verbreitet werden dürften. Sie habe ein berechtigtes Interesse daran, einheitliche Kommunikationsstandards festzulegen, um allen Nutzer:innen einen geschützten und geordneten Raum zur Interaktion zu bieten. Dies sei in einem sozialen Netzwerk keineswegs ungewöhnlich. Zudem habe sich J mit den Bedingungen einverstanden erklärt. Um die Aufrechterhaltung eines gewissen Kommunikationsniveaus gewährleisten zu können, sei es unumgänglich, gegen das „Verbot von Hassrede“ verstoßende Beiträge unverzüglich zu entfernen. Für strafbare Inhalte sei eine Beitragsentfernung im NetzDG für Anbieter:innen sozialer Netzwerke mit mindestens zwei Millionen registrierten Personen sogar verpflichtend vorgesehen. Außerdem werde in der Klausel 7.3. der Nutzungsbedingungen darauf hingewiesen, dass A jederzeit kontaktiert werden könne, sollten Nutzer:innen der Ansicht sein, ein Beitrag sei zu Unrecht entfernt worden.

Die Klausel 7.3. der Nutzungsbedingungen lautet:

„Verstößt ein Beitrag gegen das in den Gemeinschaftsstandards enthaltene ‚Verbot von Hassrede‘, kann dieser von der Anbieterin des sozialen Netzwerks entfernt werden. Von einer Beitragsentfernung betroffene Nutzer:innen können die Anbieterin des sozialen Netzwerks kontaktieren, um Stellung zu nehmen und auf eine Wiederherstellung des entfernten Beitrags hinzuwirken.“

Fallfrage

Hat J gegen A vertragliche Ansprüche auf Wiederherstellung seines entfernten Beitrags in F?

Bearbeitungsvermerk

Es ist davon auszugehen, dass der von J in das soziale Netzwerk F eingestellte Beitrag gegen das in den Gemeinschaftsstandards enthaltene „Verbot von Hassrede“ verstößt, aber keinen Straftatbestand erfüllt.

* Der Autor ist Doktorand und Wiss. Mitarbeiter am Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Philipps-Universität Marburg (Prof. Dr. Florian Möslin). Die Autorin ist Doktorandin und Wiss. Mitarbeiterin an demselben Institut.

Gutachterliche Vorüberlegungen

Den Schwerpunkt der Klausur bildet eine AGB-Kontrolle. Eine Besonderheit besteht darin, dass die AGB, aus denen sich eine Berechtigung der Anbieterin des sozialen Netzwerks (A) zur Beitragsentfernung ergeben könnte, mittels eines zwischen den Parteien unter Berücksichtigung der Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB geschlossenen Änderungsvertrags in ein bereits bestehendes Vertragsverhältnis einbezogen worden sind.

Der Aufbau der Klausur bestimmt sich danach, ob eine unberechtigte Beitragsentfernung durch Anbieter:innen eines sozialen Netzwerks als Verletzung einer Hauptleistungspflicht i.S.d. § 241 Abs. 1 BGB¹ oder einer Pflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB² qualifiziert wird. Letzteres würde dazu führen, dass J auf die Geltendmachung von Sekundäransprüchen verwiesen wäre.

Auch die vertragstypologische Einordnung eines bei der Registrierung in einem sozialen Netzwerk geschlossenen Vertrags (sog. Plattform-Nutzungsvertrag) könnte Einfluss auf den Aufbau einer Klausur haben, ist vorliegend aber nicht von Bedeutung. Um bestimmen zu können, ob z.B. ein typen gemischter (entgeltlicher) Vertrag mit werk-, dienst- und mietvertraglichen Elementen vorliegt,³ hätte es näherer Angaben im Sachverhalt betreffend einer Gegenleistungspflicht (z.B. Entrichtung eines Entgelts oder Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten) des J bedurft. Da insofern notwendige Angaben fehlen und sich unabhängig von der vertragstypologischen Einordnung keine spezialgesetzlichen Besonderheiten, die einen Anspruch auf Wiederherstellung eines entfernten Beitrags in der Sache richtungweisend beeinflussen würden, ergeben,⁴ sind weitere Ausführungen hierzu nicht vom Erwartungshorizont umfasst.

In der folgenden Klausurlösung wird die unberechtigte Beitragsentfernung als Verletzung einer Pflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB eingestuft und entsprechend den der Klausur zugrunde liegenden BGH-Entscheidungen⁵ die §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage herangezogen.

Lösungsvorschlag**I. Anspruch auf Wiederherstellung des entfernten Beitrags gem. §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB**

J könnte gegen A einen Anspruch auf Wiederherstellung des am 13.10.2021 entfernten Beitrags gem. §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB haben.

1. Schuldverhältnis

Als sich J am 25.11.2020 in dem sozialen Netzwerk F registriert hat, ist zwischen ihm und A ein Vertrag (sog. Plattform-

Nutzungsvertrag) zustande gekommen und somit ein vertragliches Schuldverhältnis entstanden.

Hinweis: Dass bei der Registrierung in einem sozialen Netzwerk ein vertragliches Schuldverhältnis entsteht, scheint in der Rechtsprechung und in der Literatur unstrittig.⁶

2. Pflichtverletzung

A muss eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt haben. In Betracht kommt die Verletzung einer Pflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB. Dem J wurde vertraglich die Möglichkeit eingeräumt, in das Netzwerk Inhalte einzustellen, die dort gespeichert werden und von anderen Nutzer:innen eingesehen werden können. Entsprechend hat J ein Interesse an der andauernden Veröffentlichung seiner Beiträge. Durch die Entfernung des Beitrags am 13.10.2021 könnte A dieses Interesse des J und daher eine Rücksichtnahmepflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB verletzt haben.⁷

Hinweis: Auch wenn der BGH in den der Klausur zugrunde liegenden Entscheidungen nicht eindeutig Stellung bezieht, wird durch den Rückgriff auf Sekundäransprüche im Falle einer unberechtigten Beitragsentfernung in einem sozialen Netzwerk die Annahme der Verletzung einer Pflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB impliziert. Für die Gegenseite (Verletzung einer Pflicht i.S.d. § 241 Abs. 1 BGB) kann angeführt werden, dass Anbieter:innen eines sozialen Netzwerks von vornherein nur dazu verpflichtet sind, eine Einstellung von Inhalten, die den Bedingungswerken entsprechen, zu ermöglichen.⁸ Die Annahme einer Hauptleistungspflichtverletzung würde dazu führen, dass J auf die Geltendmachung von Primäransprüchen verwiesen wäre. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Frage, welche Auswirkungen die Digitale-Inhalte-Richtlinie⁹ und deren Umsetzung in den §§ 327 ff. BGB für die Prüfung eines Anspruchs auf Wiederherstellung eines entfernten Beitrags haben könnte, da Anbieter:innen sozialer Netzwerke grundsätzlich eine digitale Dienstleistung i.S.d. § 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB anbieten. Dabei könnte insbesondere der in § 327i BGB verankerte Nacherfüllungsanspruch relevant sein. Die §§ 327 ff. BGB übertragen das bisher nur im Kauf- und Werkvertragsrecht bekannte Konzept der Nacherfüllung auch auf digitale Dienstleistungen. Ob bei einer Beitragslöschung tatsächlich auf

¹ So vertreten von z.B. *Beurskens*, NJW 2018, 3418 (3419 f.); *Mörsdorf*, NJW 2021, 3158 (3161).

² So vertreten von z.B. LG Frankfurt a.M. MMR 2018, 545 (547) m. Anm. *Müller-Riemenschneider/Specht*.

³ So z.B. *Spindler*, CR 2018, 238 (239).

⁴ So wohl *Holzengel*, CR 2018, 369 (370 ff.).

⁵ Vgl. BGHZ 230, 347 = NJW 2021, 3179; BGH ZUM-RD 2021, 612.

⁶ Vgl. BGHZ 230, 347 = NJW 2021, 3179 (3182); *Beurskens*, NJW 2018, 3418 (3419 f.); *Friehe*, NJW 2020, 1697.

⁷ Vgl. auch OLG München ZUM 2020, 548 (555); LG Frankfurt a.M. MMR 2018, 545 (547) m. Anm. *Müller-Riemenschneider/Specht*; ebenfalls vertretbar wäre die Verletzung einer Nebenleistungspflicht, so *Raue*, NJW 2022, 209 (214).

⁸ Vgl. *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981 (986); *Raue*, NJW 2022, 209 (210).

⁹ RL 2019/770/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. EU 2019 Nr. L 136, S. 1.

§ 327 I BGB als Anspruchsgrundlage zurückgegriffen werden könnte, wird in der Literatur bislang nicht diskutiert. Anknüpfungspunkt für eine solche Diskussion könnte der Umstand sein, dass die in der Richtlinie enthaltenen Artikel, auf denen die ins nationale Recht umgesetzten Vorschriften zu „Produktmängeln“ beruhen, von einer „Vertragsmäßigkeit“ und im Rahmen des vorgesehenen Nacherfüllungsanspruchs von einem Anspruch auf „Herstellung des vertragsmäßigen Zustands“ sprechen.

Allerdings könnte sich aus der Klausel 7.3. der Nutzungsbedingungen eine vertragliche Berechtigung der A zur Beitragsentfernung ergeben. Ob diese Klausel Inhalt des zwischen A und J am 25.11.2020 geschlossenen Vertrags geworden und wirksam ist, richtet sich nach den §§ 305 ff. BGB, sofern es sich um eine AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handelt.

a) *AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB*

Gem. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB sind AGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Die Klausel 7.3. der Nutzungsbedingungen ist für alle bisherigen und künftigen Verträge mit Nutzer:innen des sozialen Netzwerks F gedacht und wurde J von der Verwenderin A einseitig auferlegt.¹⁰

Hinweis: Der Qualifizierung der Klausel als AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB kann auch nicht entgegeng gehalten werden, sie sei nicht „bei Abschluss eines Vertrags“ am 25.11.2020 gestellt worden. AGB können auch durch einen Änderungsvertrag (§ 311 Abs. 1 BGB) in ein bestehendes Vertragsverhältnis einbezogen und zu diesem Zweck vorformuliert und gestellt werden.¹¹

b) *Wirksame Einbeziehung der AGB gem. § 305 Abs. 2 BGB durch einen Änderungsvertrag*

Die Klausel 7.3. der Nutzungsbedingungen muss wirksam in das Vertragsverhältnis zwischen J und A einbezogen worden sein. Dies könnte am 13.10.2021 geschehen sein, sofern zwischen J und A ein wirksamer, auf Einbeziehung der geänderten AGB gerichteter Änderungsvertrag unter Berücksichtigung der Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB geschlossen worden ist.

aa) *Abschluss eines wirksamen Änderungsvertrags*

A hat J durch den Hinweis und die Schaltfläche „Einverstanden & Los!“ in dem Pop-up-Fenster ein Angebot gemacht, den Vertrag dahingehend zu modifizieren, dass die geänderten Bedingungswerke (und somit auch die Klausel 7.3. der Nutzungsbedingungen) Inhalt des Vertrags werden. Dieses Angebot hat J durch Klick auf die Schaltfläche angenommen.

Der Änderungsvertrag könnte gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Sittenwidrig i.S.d. § 138 Abs. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, welches gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.¹² Dies könnte sich vorliegend daraus ergeben, dass A den J vor die Wahl gestellt hat, entweder die Änderung der AGB zu akzeptieren oder die vertraglich vereinbarten Kontofunktionen nicht mehr nutzen zu können. Wird eine vertraglich geschuldete Leistung von einer nicht vereinbarten Gegenleistung abhängig gemacht, könnte aber auch eine widerrechtliche Drohung i.S.d. § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB vorliegen.¹³ Zwar wurde die Anfechtung seitens J gegenüber A vorliegend nicht erklärt. Aufgrund der spezialgesetzlichen Regelung des § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB müssen für eine Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB aber zu einer durch Drohung bewirkten Willensbeeinflussung weitere Umstände hinzutreten, die das Rechtsgeschäft nach seinem *Gesamtcharakter* als sittenwidrig erscheinen lassen.¹⁴

Hinweis: Die Frage nach dem Verhältnis zwischen der Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung (§ 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB) und der Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) muss an dieser Stelle nicht zwingend aufgeworfen werden, da die Anfechtung von J nicht erklärt wurde, ist aber für die Fallbearbeitung hilfreich: Liegen keine weiteren Umstände vor, die den Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts über die durch Drohung bewirkte Willensbeeinflussung hinaus als sittenwidrig erscheinen lassen, ist der Änderungsvertrag wirksam, da J keine Anfechtungserklärung abgegeben hat.

Sittenwidrigkeit i.S.d. § 138 Abs. 1 BGB setzt daher voraus, dass berechnete Belange der anderen Vertragspartei aus eigensüchtigen Beweggründen und zur Verschaffung unangemessener Vorteile missachtet werden.¹⁵ Die Einführung von Gemeinschaftsstandards und insbesondere eines „Verbots von Hassrede“ ist für die Nutzer:innen, denen ein geschützter und geordneter Austausch in dem Netzwerk ermöglicht werden soll, jedoch von Vorteil. Zur Durchsetzung muss es A auch möglich sein, Beiträge zu entfernen, die gegen das „Verbot von Hassrede“ verstoßen. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, dass durch die geänderten Bedingungswerke berechnete Belange des J aus eigensüchtigen Beweggründen und zur Verschaffung unangemessener Vorteile missachtet werden.

Hinweis: Dieselben Gründe dürften einer Widerrechtlichkeit der Drohung i.S.d. § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB entgegenstehen, sollte von einer Anfechtungserklärung seitens J ausgegangen werden.

Der Änderungsvertrag ist folglich nicht gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig.

¹⁰ Ausführlich zu den Anforderungen an § 305 Abs. 1 S. 1 BGB vgl. *Basedow*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 305 Rn. 5 ff.

¹¹ Vgl. *Basedow* (Fn. 10), § 305 Rn. 88.

¹² *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 138 Rn. 6.

¹³ Vgl. auch BGHZ 230, 347 = NJW 2021, 3179 (3183 f.).

¹⁴ BGHZ 230, 347 = NJW 2021, 3179 (3183 f.).

¹⁵ BGHZ 230, 347 = NJW 2021, 3179 (3184).

bb) Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB

Weiterhin müssen die Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB erfüllt sein.

(1) Ausdrücklicher Hinweis i.S.d. § 305 Abs. 1 Nr. 1 BGB

A hat die Nutzer:innen durch ein Pop-up-Fenster darauf hingewiesen, dass die Bedingungswerke, die über einen Hyperlink abgerufen werden können, geändert worden sind. Dies ist für das Vorliegen eines ausdrücklichen Hinweises i.S.d. § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB ausreichend.¹⁶

(2) Zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme gem. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB

Auch wurde J gem. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB durch den Hyperlink, über den die geänderten Bedingungswerke abgerufen werden können, eine zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme eingeräumt. Dass J die Bedingungswerke tatsächlich nicht abgerufen und gelesen hat, ist unerheblich.¹⁷

(3) Einverständniserklärung gem. § 305 Abs. 2 BGB a.E.

Das gem. § 305 Abs. 2 BGB a.E. erforderliche Einverständnis hat J durch die auf Abschluss des Änderungsvertrags gerichtete Annahme erklärt.

cc) Verbot überraschender Klauseln gem. § 305c BGB

Einer wirksamen Einbeziehung könnte § 305c BGB entgegenstehen. Gem. § 305c BGB werden Bestimmungen in AGB, die nach den Umständen so ungewöhnlich sind, dass die Vertragspartei der die AGB verwendenden Vertragspartei mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil (sog. überraschende Klauseln).

Für das Vorliegen einer überraschenden Klausel spricht, dass vor dem 13.10.2021 noch keine Rede von einem „Verbot von Hassrede“ und der Möglichkeit der Beitragsentfernung im Falle eines Verstoßes gegen dieses Verbot war. Eine solche Regelung kann nachteilige Auswirkungen auf die vertraglich vereinbarten Kontonutzungsfunktionen haben. Allerdings herrscht in der Öffentlichkeit eine intensive Debatte über die „Verrohung“ des Umgangs miteinander in sozialen Netzwerken. Infolgedessen wurde mit dem NetzDG sogar eine Pflicht von Anbieter:innen sozialer Netzwerke zur Löschung rechtswidriger Inhalte eingeführt. Auch die Einführung und Durchsetzung von Verhaltensregeln, die bestimmte, rechtmäßige Inhalte untersagen, ist in sozialen Netzwerken mittlerweile weit verbreitet und keineswegs ungewöhnlich. Grundsätzlich müssen Nutzer:innen daher mit der Einführung gewisser Kommunikationsstandards sowie Mechanismen zu deren Durchsetzung rechnen, weshalb derartige Klauseln im Kontext zur Nutzung sozialer Netzwerke jedenfalls keinen

¹⁶ Vgl. auch BGHZ 230, 347 = NJW 2021, 3179 (3182); Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 305 Rn. 36.

¹⁷ Ausführlich zu § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB vgl. Becker, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.2.2022, § 305 Rn. 56.

überraschenden Charakter haben.¹⁸

Folglich steht § 305c BGB einer wirksamen Einbeziehung nicht entgegen.

dd) Zwischenergebnis

Die Klausel 7.3. der Nutzungsbedingungen wurde durch einen wirksamen Änderungsvertrag unter Berücksichtigung der Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB in das Vertragsverhältnis von A und J einbezogen.

c) Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB

Die Klausel 7.3. der Nutzungsbedingungen darf auch im Rahmen einer Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB nicht unwirksam sein.

aa) Eröffnung der Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB

Die Inhaltskontrolle gem. der §§ 307 ff. BGB ist gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB eröffnet, wenn von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Der Sinn und Zweck dieser Regelung besteht darin, keine hoheitlichen Regelungen durch die Zivilgerichte einer AGB-Kontrolle zu unterziehen.¹⁹ In Ermangelung gesetzlicher Bestimmungen betreffend eines Plattform-Nutzungsvertrags droht jedoch keine Kontrolle hoheitlicher Regelungen. Auch Bestimmungen zur (Sach-)Leistung (Leistungsbeschreibungen) sind der Inhaltskontrolle grundsätzlich entzogen.²⁰ Bei den vorliegenden Klauseln handelt es sich jedoch um Regelungen, welche die Leistungspflicht (Zurverfügungstellung der Infrastruktur zum Zwecke der Interaktion) inhaltlich ausgestalten und (im Falle eines Entfernungsvorbehalts) einschränken.²¹ Mithin ist die Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB eröffnet.

Hinweis: Ein in AGB vorgesehener Entfernungsvorbehalt bei einem Verstoß gegen Gemeinschaftsstandards ist der Inhaltskontrolle auch dann nicht entzogen, wenn die Pflicht, in ein Netzwerk eingestellte Beiträge nicht unberechtigt zu entfernen, als Hauptleistungspflicht (§ 241 Abs. 1 BGB) qualifiziert wird.²²

bb) Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit i.S.d. § 309 BGB

Ein Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit i.S.d. § 309 BGB ist nicht ersichtlich.

cc) Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit i.S.d. § 308 BGB

Gem. § 308 Nr. 4 BGB ist in AGB die Vereinbarung eines Rechts der die AGB verwendenden Vertragspartei, die ver-

¹⁸ Vgl. auch Spindler, CR 2019, 238 (241); Grüneberg (Fn. 16), § 305c Rn. 4.

¹⁹ Wurmnest, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 307 Rn. 6.

²⁰ Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 307 Rn. 14.

²¹ Konkret zu Gemeinschaftsstandards in sozialen Netzwerken im Kontext von „Leistungsbeschreibungen“ i.R.v. § 307 Abs. 3 BGB vgl. OLG München ZUM 2020, 548 (555).

²² Vgl. Mörsdorf, NJW 2021, 3158 (3161).

sprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, unter bestimmten Umständen unwirksam. Diese Regelung dient der Kontrolle von Änderungsvorbehalten.²³ Dass die Bedingungswerke ein Recht der A vorsehen, Leistungen künftig einseitig zu ändern, ist jedoch nicht ersichtlich. Vielmehr haben A und J einen Änderungsvertrag geschlossen. Die dem Vertrag zugrunde liegende Annahmeerklärung steht auch einer Unwirksamkeit der Klausel aufgrund der Regelung des § 308 Nr. 5 lit. b BGB entgegen, welche sich auf fingierte Erklärungen und nicht auf individuelle Willenserklärungen bezieht.²⁴ Andere Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit i.S.d. § 308 BGB sind ebenfalls nicht einschlägig.

dd) Unwirksamkeit gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB

Die Klausel 7.3. der Nutzungsbedingungen könnte gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam sein.

Hinweis: Die grundsätzlich vorrangig vorzunehmende Prüfung des § 307 Abs. 2 BGB ist vorliegend mangels vertragstypologischer Einordnung, welche Einfluss auf die Bestimmung eines gesetzlichen Leitbildes haben kann, entbehrlich, zumal sich unabhängig vom gewählten Leitbild keine wesentlichen Änderungen für einen Anspruch auf Wiederherstellung eines entfernten Beitrags in der Sache ergeben dürften.²⁵ Für eine (ebenfalls gegenüber § 307 Abs. 1 S. 1 BGB vorrangige) Transparenzkontrolle (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) fehlen Angaben im Sachverhalt zum Wortlaut der Gemeinschaftsstandards.

Gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie die Vertragspartei der die AGB verwendenden Vertragspartei entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB liegt wiederum vor, wenn missbräuchlich eigene Interessen durch einseitige Vertragsgestaltung auf Kosten einer Vertragspartei durchgesetzt werden sollen, ohne von vornherein auch deren Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihr einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen.²⁶

Gegen eine unangemessene Benachteiligung könnte sprechen, dass A ein berechtigtes Interesse an der Geltung einheitlicher Kommunikationsstandards hat, um allen Nutzer:innen ein gewisses Kommunikationsniveau gewährleisten zu können. Die Einhaltung bestimmter Verhaltensregeln ist grundsätzlich auch im Interesse der registrierten und in dem Netzwerk interagierenden Personen. Damit die Standards nicht ins Leere laufen, muss A auch Maßnahmen zu deren Durchsetzung (z.B. Entfernung von Beiträgen) ergreifen können. Zur Entfernung rechtswidriger gemeldeter Beiträge ist A als Anbieterin eines sozialen Netzwerks mit weit mehr als zwei

Millionen registrierten Nutzer:innen aufgrund des NetzDG sogar verpflichtet. Davon, dass Inhalte völlig willkürlich als „Hassrede“ qualifiziert und entfernt werden können, ist mangels entgegenstehender Angaben im Sachverhalt nicht auszugehen. Als Ausgleich sieht die Klausel 7.3. der Nutzungsbedingungen vor, dass die von einer Beitragsentfernung betroffenen Nutzer:innen A kontaktieren, Stellung nehmen und auf eine Wiederherstellung des entfernten Beitrags hinwirken können.

Für eine unangemessene Benachteiligung kann jedoch angeführt werden, dass eine Entfernung von Inhalten, die in das soziale Netzwerk eingestellt werden, erhebliche Auswirkungen auf die vertraglich vereinbarten Kontofunktionen haben kann, insbesondere aufgrund der „marktbeherrschenden Stellung“ der A. Die Nutzer:innen haben daher ein berechtigtes Interesse, im Falle einer Beitragsentfernung unverzüglich von A kontaktiert zu werden. Zudem kann von A erwartet werden, die Gründe für die Einstufung des Inhalts als „Hassrede“ offenzulegen, um ihren Nutzer:innen eine Gegenstellungnahme zu ermöglichen. Die Klausel 7.3. der Nutzungsbedingungen sieht kein solches Verfahren vor. In der von A praktizierten Art und Weise ist es für J nicht transparent, wie A zu ihrer Entscheidung gelangt ist. Zudem müssen sich die Nutzer:innen aktiv an A wenden. Hiermit wird das Verfahren der A einem angemessenen Ausgleich der Interessen nicht gerecht. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass Entfernungsvorbehalte eine Einschränkung von Leistungspflichten bedeuten, wäre ein transparentes und verbindliches Verfahren ein angemessener Ausgleich zum Interesse der A an der Einführung und Durchsetzung von einheitlichen Kommunikationsregeln.

Hinweis: In den der Klausur zugrunde liegenden Entscheidungen des BGH werden im Rahmen der Prüfung einer unangemessenen Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB auch Grundrechte berücksichtigt, die im Wege der mittelbaren Drittwirkung in ein Privatrechtsverhältnis einfließen können.²⁷ Die Nutzer:innen eines sozialen Netzwerks können sich grundsätzlich auf die Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) und den Schutz vor willkürlicher Ungleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) berufen, die Anbieter:innen sozialer Netzwerke hingegen auf die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG) und ebenfalls auf die Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG).²⁸ Diese Grundrechte müssen einer Abwägung unterzogen und so in Ausklang gebracht werden, dass alle weitestgehend Wirkung entfalten (Grundsatz der praktischen Konkordanz).²⁹

²³ Ausführlich zum Anwendungsbereich des § 308 Nr. 4 BGB vgl. *Wurmnest* (Fn. 19), § 308 Nr. 4 Rn. 5 ff.

²⁴ Zur Regelung des § 308 Nr. 5 BGB vgl. auch BGHZ 230, 347 = NJW 2021, 3179 (3183).

²⁵ So auch *Holznel*, CR 2018, 369 (370 ff.).

²⁶ *Grüneberg* (Fn. 16), § 307 Rn. 12; BGHZ 230, 347 = NJW 2021, 3179 (3184 f.).

²⁷ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 1 Rn. 52 ff.

²⁸ Vgl. BGHZ 230, 347 = NJW 2021, 3179 (3184 ff.).

²⁹ Vgl. BGHZ 230, 347 = NJW 2021, 3179 (3184 ff.); ausführlich zum Grundsatz zur mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten im Falle einer Beitragsentfernung in einem sozialen Netzwerk vgl. *Lüdemann*, MMR 2019, 279.

Der BGH kommt zu dem Ergebnis, dass Anbieter:innen eines sozialen Netzwerks mit einer „marktbeherrschenden Stellung“ grundsätzlich befugt seien, auch das Einstellen rechtmäßiger, vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG umfasster Inhalte zu untersagen, sofern ein sachlicher Grund bestehe. Allerdings müsse ein transparentes und faires Verfahren eingerichtet werden, welches mit einer unverzüglichen Mitteilung über die Beitragsentfernung und einer Begründung beginne und den Nutzer:innen eine Wiederherstellung zu Unrecht entfernter Beiträge ermögliche.³⁰

Da im Sachverhalt keine ausdrücklichen Angaben hierzu zu finden sind, dass sich J oder A auf Grundrechte berufen, und es sich um eine Anfängerklausur handelt, sind Ausführungen hierzu nicht vom Erwartungshorizont umfasst. Jedenfalls bedarf es im Rahmen einer Prüfung, ob eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegt, der Einbeziehung der im Sachverhalt aufgeworfenen Argumente.

Folglich liegt eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB vor (a.A. vertretbar). Die Klausel 7.3. der Nutzungsbedingungen ist damit unwirksam.

Somit ergibt sich auch keine vertragliche Berechtigung der A zur Löschung des Beitrags des J. Eine Pflichtverletzung liegt also vor.

3. Vertretenmüssen

Dass A die Pflichtverletzung zu vertreten hat, wird gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. Anhaltspunkte für eine Entlastung der A sind nicht ersichtlich.

4. Rechtsfolge: Schadensersatz

Durch die vertragswidrige Entfernung des am 13.10.2021 eingestellten Beitrags hat A das Interesse des J an der Einstellung von Beiträgen, die in dem Netzwerk gespeichert werden und anderen Nutzer:innen zugänglich sein sollen, beeinträchtigt. Der dadurch entstandene Schaden müsste auch ersatzfähig i.S.d. §§ 249 ff. BGB sein. Gem. § 249 Abs. 1 BGB muss derjenige Zustand hergestellt werden, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Dies würde vorliegend die Wiederherstellung des am 13.10.2021 entfernten Beitrags bedeuten. Entsprechend liegt auch ein ersatzfähiger Schaden vor.

II. Ergebnis

Folglich hat J gegen A einen Anspruch auf Wiederherstellung des am 13.10.2021 entfernten Beitrags gem. §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB.

³⁰ Vgl. BGHZ 230, 347 = NJW 2021, 3179 (3189 ff.).

Fortgeschrittenenhausarbeit im Verwaltungsrecht mit unionsrechtlichen Bezügen: Tiertransporte auf Abwegen*

Von Dr. Andreas Buser, Berlin**

Qualvolle Bedingungen bei Tiertransporten ins Nicht-EU-Ausland sind in letzter Zeit wiederholt in den medialen Fokus gelangt und werden aktuell auch auf europäischer Ebene diskutiert.¹ Vor diesem Hintergrund greift Teil 1 der vorliegenden verwaltungsrechtlichen Hausarbeit mit europarechtlichen Bezügen einige Probleme aus dem Bereich des Tierschutzrechtes auf, die die Verwaltungsgerichte² und auch den EuGH³ bereits beschäftigt haben. Mit den anderen Problemkreisen im Rahmen des Tierschutzgesetzes (Teil 2) waren die Verwaltungsgerichte bisher nur in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes befasst.⁴ In der Kommentarliteratur wurden die Beschlüsse teilweise kritisiert, insgesamt gibt es aber bisher nur wenige wissenschaftliche Beiträge zur Thematik. Eine höchstrichterliche Klärung der verschiedenen Fragestellungen ist bisher nicht erfolgt.

*Vor diesem Hintergrund wurde von Bearbeiter*innen eine Auseinandersetzung mit den vorhandenen Entscheidungen erwartet. Gleichzeitig bot die Arbeit aber auch Gelegenheit dazu, selbstständig Argumente zu entwickeln. Trotz der „exotischen“ Einkleidung wirft die Klausur einige bekannte Problemstellungen des Verwaltungsrechts auf, etwa die Abgrenzung zwischen abstrakter und konkreter Gefahr oder die Verantwortlichkeit für das Handeln Dritter („Zweckveranlasser“). Die Probleme aus dem Tierschutzrecht wurden zudem um einige prozessuale Probleme zur elektronischen Klageeinreichung ergänzt. Im Ansatz handelt es sich dabei um Standardprobleme, die bekannt sein sollten. Ein weiterer prozessualer Schwerpunkt der Klausur ist die korrekte Einordnung der Klageart hinsichtlich der unterschiedlichen Ziffern der Verfüzung.*

Sachverhalt

Landwirt L betreibt am äußeren Rand Berlins in Reinickendorf eine „Büffelfarm“. Die von L gehaltenen „Berliner Büffel“ gehören zur Gattung der Hausrinder und geben durch gezielte Züchtungen doppelt so viel Milch wie durchschnittliche Büffel. Aus der Milch lässt L in einer eigenen kleinen

* Die vorliegende Hausarbeit wurde im Sommersemester 2021 zur Bearbeitung ausgegeben.

** Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter der Freien Universität Berlin am Lehrstuhl von Frau Prof. Dr. Heike Krieger und Post-Doc in der Berlin/Potsdam KFG „Rule of International Law: Rise or Decline?“.

¹ Siehe nur: „Tierschutz – EU-Parlament nimmt sich qualvolle Tiertransporte vor“, Zeit-Online v. 20.1.2022, abrufbar unter <https://www.zeit.de/news/2022-01/20/eu-parlament-nimmt-sich-qualvolle-tiertransporte-vor> (10.7.2022).

² Siehe etwa: VG Augsburg, Urt. v. 24.7.2012 – 1 K 12.151; VGH München, Beschl. v. 2.7.2013 – 9 BV 12.2309.

³ EuGH, Urt. v. 23.4.2015 – C-424/13.

⁴ OVG Münster NWVBl. 2021, 176; VG Köln, Beschl. v. 10.12.2020 – 21 L 2339/20.

Käserei Mozzarella herstellen. Dieser Büffelmozzarella ist gerade in hippen Berliner Pizzerien begehrt.

Neben diesem lokalen Geschäftszweig verkauft L seine Büffel auch international. So sind seine Büffel im Staat S sehr begehrt. Die Transporte nach S organisiert L selbst. Er hat dafür eine Zulassung nach Art. 10 und 11 der Verordnung (EG) Nr. 1/2005 des Rates vom 22. Dezember 2004 (TTVO). Für die Fahrten hat sich L extra ein spezielles Fahrzeug für Langstreckenfahrten, welches die Mindestmaße an das Raumangebot der Tiere genau einhält, angeschafft und mehrere Fahrer ausbilden lassen. Fahrer und Fahrzeug verfügen über Befähigungs- bzw. Zulassungsnachweise nach Art. 17 f. TTVO.

A ist Amtstierärztin und leitet die Veterinäraufsicht im Bezirksamt Reinickendorf. Regelmäßig hat sie dem L Transportgenehmigungen nach Art. 14 TTVO ausgestellt. In der neuesten „Tierärztlichen Rundschau“ liest A allerdings, dass Tiertransporte in Staaten außerhalb der EU häufig mit erheblichen Qualen für die Tiere verbunden sind. Auch Transporte nach S werden in dem Bericht als Beispiele aufgeführt. So werden etwa Ruhezeiten nicht eingehalten, die Tiere bekommen häufig nicht genügend Wasser und Futter während des Transports und teilweise kommt es daher zu erheblichen Todesraten unter den transportierten Tieren.

Zudem findet A auf Grund intensiver Recherchen heraus, dass die Haltung von Rindern und deren Schlachtung in S bei weitem nicht deutschen Standards entspricht. Insbesondere sind hochgezüchtete deutsche Rinderrassen häufig nicht in der Lage, sich den in S vorherrschenden klimatischen Bedingungen anzupassen (Hitze stress). Auch die Versorgung mit Nahrung und Wasser ist meist nicht ausreichend, da die deutschen Rinderrassen einen wesentlich höheren Bedarf aufweisen als einheimische Rassen. Schließlich wird in den Schlachthöfen von S aus Kostengründen überwiegend ohne Betäubung geschlachtet. Dabei werden die Tiere mit Schlägen und Tritten in den Schlachtraum getrieben. Durch Zusammenbinden der Extremitäten werden sie schließlich zu Fall gebracht und anschließend durch einen Schnitt in die Kehle und anschließendes Ausbluten getötet.

Am 15.7.2021 beantragt L beim zuständigen Bezirksamt Reinickendorf eine Transportgenehmigung nach Art. 14 TTVO für den Transport von 20 Büffeln nach S. Als Tierhalter am Bestimmungsort wird der Zwischenhändler M angegeben. Der Transport soll am 30.7.2021 in Berlin starten, geplante Ankunft ist am 20.8.2021. In dem vorgelegten Fahrtenbuch wird für den Streckenabschnitt ab der EU-Außengrenze bis zum Zielort (ca. 65 Stunden Transportzeit bei wechselnden Fahrern) nur eine Ruhepause angegeben. Dort sollen die Tiere getränkt und gefüttert werden. Eine Entladung ist nicht vorgesehen. Als Organisator (siehe Formular Anhang II, Abschnitt 1 der TTVO) trägt sich L selbst ein und unterschreibt das Formular eigenhändig.

Im Bezirksamt Reinickendorf wundert man sich über die offensichtliche Unterschreitung der gesetzlichen Ruhezeiten

und hört L hierzu an. L meint der Anwendungsbereich des EU-Rechts ende an der EU-Außengrenze. In den Nicht-EU Transitländern seien Entladungen der Tiere rechtlich nicht zwingend. Es fehle auch an entsprechenden Einrichtungen (saubere Ställe etc.), weswegen er die Tiere zu deren Schutz lieber im Transporter behalte.

Das Bezirksamt entgegnet, die TTVO sei auch auf Transporte anwendbar, die in einem EU-Mitgliedsstaat beginnen und einen Zielort in einem Drittstaat haben. Auch sei nicht ersichtlich, wie angesichts der engen Verhältnisse im Transporter ein Austausch des Einstreus stattfinden solle, um den Tieren eine zumutbare Fahrt zu garantieren.

Im Übrigen seien die Haltungsbedingungen und Zustände bei den Schlachtungen in S nicht mit dem deutschen Tierschutzgesetz vereinbar. Zwar gebe es in L auch Schlachthöfe, deren Methoden mit dem Tierschutzgesetz vereinbar sind, dies sei aber die absolute Ausnahme. Deswegen dürfe L seine Büffel nicht nach S exportieren, es sei denn, er könne für deren tierschutzgesetzkonforme Behandlung garantieren. Man habe zudem in Erfahrung gebracht – was zutreffend ist –, dass M regelmäßig Rinder aus Deutschland bezieht, welche dann an die üblichen Schlachthöfe des Landes weiterverkauft werden. Rinder, die nicht unmittelbar der Schlachtung zugeführt werden, veräußert M auf den traditionellen Viehmärkten des Landes. Dort kaufen überwiegend Kleinbauern ein, die ihre Tiere im Freien halten, wo sie der Hitze und Trockenheit des Landes ungeschützt ausgesetzt sind.

Da L dennoch nicht von seinem Vorhaben absehen will, erlässt das Bezirksamt am 21.7.2021 einen Bescheid mit folgendem Inhalt:

„1. Ihr Antrag auf Stempelung des Fahrtenbuchs/Erteilung einer Transportgenehmigung nach Art. 14 EU-Tierschutztransportverordnung vom 15.7.2021 wird abgelehnt. Die Planung ist so zu ändern, dass die Einhaltung der EU-Tierschutztransport Verordnung für die gesamte Beförderung gewährleistet ist.

2. Ihnen wird untersagt, Büffel nach S zu exportieren, wenn nicht sichergestellt ist (z.B. durch entsprechende vertragliche Zusage der Abnehmer), dass diese dort in einer mit dem Tierschutzgesetz vereinbaren Art und Weise gehalten und geschlachtet werden.“

Der Bescheid ist ausführlich begründet. Darin wird nochmals darauf hingewiesen, dass es in S auch Schlachthöfe gibt, die deutschen Standards entsprechen. Auch sei es nicht ausgeschlossen, die Büffel in S „artgerecht“ (im Sinne des Tierschutzgesetzes) zu halten, etwa in klimatisierten Ställen. L müsse aber dafür Sorge tragen, dass dies auch geschehe. Der Bescheid enthält auch eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung.

L ist sehr empört über diese Entwicklung und legt umgehend Widerspruch ein. Er meint in anderen Ländern gälten eben andere Sitten. L behandle seine Rinder anständig, für die Zustände in S könne er nichts. Jedenfalls würden nach Angaben des M nur die Hälfte der Büffel sofort nach der Ankunft geschlachtet, die andere Hälfte solle zur Milchproduktion eingesetzt werden. Eine Schlachtung stehe also erst

in mehreren Jahren an. Die Büffel seien zwar nicht an das Klima in S gewöhnt, es gebe aber teilweise klimatisierte Ställe, so dass Verstöße gegen das Tierschutzgesetz gar nicht unbedingt vorkämen.

Das Bezirksamt Reinickendorf hilft dem Widerspruch nicht ab und erlässt am 29.7.2021 einen Widerspruchsbescheid. Zur Begründung wird auf den Ausgangsbescheid Bezug genommen. Der Bescheid enthält eine Rechtsbehelfsbelehrung, die auszugsweise wie folgt lautet:

„Gegen den Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Widerspruchsbescheides Klage bei dem Verwaltungsgericht Berlin (Kirchstraße 7, 10557 Berlin) schriftlich, in elektronischer Form oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle dieses Gerichtes erhoben werden.

Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen und einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden. Falls die Klage in elektronischer Form erhoben wird, sind die elektronischen Dokumente mit einer qualifizierten elektronischen Signatur zu versehen. Das Einreichen von Klagen mit einfacher E-Mail ist nicht möglich.“

L ist mit dem Vorgehen der Behörde weiterhin nicht einverstanden, allerdings sei es nun auch schon zu spät. Auch möchte er seine hippen Kunden aus Berlin nicht durch ein möglicherweise medienwirksames Gerichtsverfahren auf den Fall aufmerksam machen. Den Transport der Büffel verschiebt er.

In der Folge berichten trotzdem einige Lokalzeitungen über den Fall, wobei auch die Zustände bei langen Transporten in Drittländer und die dortige Haltung und Schlachtung ausführlich beschrieben werden. Daraufhin melden sich einige von Ls Kunden bei ihm. Sie bitten um Aufklärung und kündigen an, nicht mit „Tierquälern“ zusammenarbeiten zu wollen.

Da L das „Kleingedruckte“ des Bescheides nicht gelesen hat, kümmert er sich erst Mitte August um die Sache. Am 15.8.2021 sendet L eine handschriftlich unterschriebene und danach eingescannte Klageschrift (pdf) als E-Mail an die offizielle E-Mail-Adresse des Verwaltungsgerichts Berlin. Die Klageschrift wird daraufhin in der Geschäftsstelle der nach dem Geschäftsverteilungsplan zuständigen Kammer ausgedruckt und eine Akte angelegt.

In diesem Schreiben macht L deutlich, dass er meint, einen Anspruch auf die Transportgenehmigung zu haben und dass er das Bestehen dieses Anspruchs feststellen lassen möchte. Der Transport könne zwar sowieso nicht mehr wie geplant stattfinden, L plane aber die Tiere zu einem späteren Zeitpunkt nach S zu transportieren. Außerdem möchte er „ein für alle Mal“ feststellen, dass er kein Tierquäler sei. Die Untersagungsverfügung (Ziffer 2) des Bescheids möchte er gerichtlich aufheben lassen.

Nach einiger Zeit erfährt L von einer befreundeten Juristin, dass eine einfache E-Mail zur Klageerhebung nicht genüge. L versteht nicht so ganz warum, man lebe doch nicht

mehr im Mittelalter. Zur Sicherheit druckt er das Dokument allerdings aus und sendet es unterschrieben erneut an das VG Berlin. Das Schreiben geht dort am 15.9.2021 ein.

Haben die Klagen Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitungsvermerk

1. Bei dem von L geplanten Transport handelt es sich um einen Transport ohne Ausfuhrerstattung. Auf die Verordnung (EU) Nr. 817/2010 ist demnach nicht einzugehen.

2. L verfügt über kein Navigationssystem im Sinne der TTVO. Es ist davon auszugehen, dass er zur Benutzung eines solchen Systems auch nicht verpflichtet ist.

3. Auf eine eventuelle Strafbarkeit der Beteiligten nach StGB und den Strafvorschriften des TierSchG ist nicht einzugehen.

4. Die Zuständigkeit des Bezirksamts Reinickendorf für den Erlass des Bescheids ist zu unterstellen.

5. Es ist auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen – ggf. hilfsgutachtlich – einzugehen.

6. Der Staat S ist kein Mitglied der EU und es besteht auch kein Assoziierungsabkommen.

Lösungsvorschlag

Hier gilt es zunächst zu erkennen, dass L zwei verschiedene Klagebegehren verfolgt. Zunächst wird die Ablehnung der begehrten Transportgenehmigung nach Art. 14 EU-TTVO beanstandet (Ziffer 1). Weiterhin wendet L sich gegen die Untersagungsverfügung (Ziffer 2).

Ziffer 1: Ablehnung der begehrten Transportgenehmigung

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Eine aufdrängende Sonderzuweisung besteht nicht, weswegen auf die Generalklausel des § 40 Abs. 1 VwGO zu rekurrieren ist. Danach müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art vorliegen.

Die TTVO erlaubt einseitig staatliche Kontrollen und macht Transporte von einer staatlichen Genehmigung abhängig (Subordinationstheorie) und berechtigt und verpflichtet einseitig einen Träger öffentlicher Gewalt als solchen (modifizierte Subjekttheorie). Im Übrigen dienen die streitentscheidenden Normen einem öffentlichen Interesse, nämlich dem in Art. 20a GG verankerten Tierschutz.⁵ Nach allen gängigen Theorien handelt es sich bei den streitentscheidenden Normen um solche des öffentlichen Rechts.⁶

⁵ Siehe dazu im Überblick: *Buser*, Tierschutz (Art. 20a GG), in: Chiofalo/Kohal/Linke, Staatsorganisationsrecht: Ein offenes Lehrbuch, verfügbar unter https://de.wikibooks.org/wiki/OpenRewi/_Staatsorganisation_srecht-Lehrbuch (14.4.2022).

⁶ Zu den Theorien und ihrer Bedeutung siehe etwa: *Eisentraut*, in: Eisentraut (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Klausur, 2019, § 1 Rn. 55–65.

Da keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit gegeben ist, liegt auch eine Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art vor.

Eine abdrängende Sonderzuweisung besteht nicht.

II. Statthaftigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage (FFK) – § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO (analog)

Die statthafte Klageart bestimmt sich nach dem Klagebegehren (vgl. § 88 VwGO). Der Kläger begehrt für die Zukunft festzustellen, dass die Ablehnung der begehrten Transportgenehmigung rechtswidrig war. Zur Verfolgung eines solchen Klagebegehrens kommt die Fortsetzungsfeststellungsklage in Betracht (§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO). Direkt findet die Vorschrift hier aber keine Anwendung.

Es könnte § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO aber analog angewandt werden. Voraussetzungen hierfür sind das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke und einer vergleichbaren Regelungslücke. Die analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO auf die Verpflichtungssituation ist grundsätzlich anerkannt.⁷ Umstritten ist aber auch in dieser Konstellation, ob für den Fall der Erledigung vor Klageerhebung nicht die allgemeine Feststellungsklage die statthafte Klageart ist.

Gegen das Vorliegen einer planwidrige Regelungslücke könnte das Vorhandensein der Feststellungsklage ins Feld geführt werden.⁸ Andererseits ist fraglich, ob § 43 VwGO die vorliegende Konstellation überhaupt erfasst. Insbesondere stellt sich die Frage, welches Rechtsverhältnis hier feststellungsfähig ist.⁹ Zudem kann teleologisch damit argumentiert werden, dass die Einschlägigkeit der Klageart nicht vom Zufall (Zeitpunkt der Erledigung) abhängen soll.¹⁰

Bejaht man wie hier das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke¹¹, müsste weiter eine vergleichbare Interessenslage vorliegen. Auch in der vorliegenden Konstellation kann

⁷ Siehe etwa: BVerwG, Urt. v. 27.3.1998 – 4 C 14.96 = BVerwGE 106, 295 (296); BVerwG, Urt. v. 24.11.2010 – 6 C 16/09 = NVwZ-RR 2011, 279 (280); *W. R. Schenke/R. P. Schenke*, in: Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 27. Aufl. 2021, § 113 Rn. 109; *Bühler/Brönnecke*, Jura 2017, 34 (41); *Ogorek*, JA 2002, 222 (223); *Senders*, in: Eisentraut (Fn. 6), § 4 Rn. 27.

⁸ BVerwG, Urt. v. 14.7.1999 – 6 C 7/98 = BVerwGE 109, 203 (209); *Pietzner*, VerwArch 1993, 261 (281 f.); *Wolff*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 113 Rn. 262.

⁹ Befürwortend: *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, Kommentar, 16. Aufl. 2019, Rn. 325; *Schenke*, NVwZ 2000, 1255 (1257); ablehnend: *Laubinger*, VerwArch 1991, 459 (487); *Rozeck*, JuS 1995, 414 (415).

¹⁰ OVG Koblenz, Urt. v. 15.7.1981 – 2 A 10/81 = NJW 1982, 1301 (1302); *W. R. Schenke/R. P. Schenke* (Fn. 7) § 113 Rn. 99.

¹¹ Im Ergebnis auch: BVerwG, Urt. v. 26.1.1996 – 8 C 19.94 = BVerwGE 100, 262 (264); BVerwG, Urt. v. 28.1. 2010 – 8 C 19/ 09 = BVerwGE 136, 54; *Schenke*, NVwZ 2000, 1255 (1257); *Rozeck*, JuS 1995, 414 (415); *Ehlers*, Jura 2001, 415 (417).

ein berechtigtes Interesse an der Feststellung gegeben sein, sodass ein Anspruch auf den begehrten Verwaltungsakt bestand und die Behörde diesen hätte erlassen müssen. Demnach sprechen die besseren Argumente für die Annahme einer „doppelten“ Analogie und die Einschlägigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage.

Hinweis: Angesichts der Fülle der zu behandelnden Probleme wird dieser „Klassiker“ hier nur kurz angesprochen, je nach Umfang der Hausarbeit kann es aber angezeigt sein, dieses Problem breiter zu behandeln.¹²

Weiter ist zu prüfen, ob sich vorliegend das Klagebegehren vor Erhebung einer Verpflichtungsklage erledigt hat. Anders als in der Anfechtungskonstellation kommt es hier nicht auf die Erledigung eines Verwaltungsaktes an, sondern auf die *Erledigung des Klagebegehrens*.¹³ Eine nicht-erteilte Genehmigung kann sich begriffslogisch nicht erledigen. Ein erstrebter Verpflichtungsausspruch erledigt sich vielmehr dann, wenn er für den Kläger objektiv sinnlos wird und mit keinem Nutzen mehr für ihn verbunden ist.¹⁴ Eine Erledigung des Klagebegehrens könnte dann vorliegen, wenn der Transport einer Genehmigung bedurfte, diese Genehmigung nun aber objektiv sinnlos ist.

Auch wenn Art. 14 TTVO selbst nicht von einer Genehmigung spricht, wird Art. 14 Abs. 1 lit. c TTVO ganz überwiegend so verstanden, dass das Stempeln des Fahrtenbuches eine Genehmigung darstellt.¹⁵ Diese Stempelung entfaltet die Regelungswirkung, dass der Transport, wie im Fahrtenbuch dargelegt, durchgeführt werden darf. Auch die übrigen Voraussetzungen des § 35 S. 1 VwVfG liegen vor. Die Stempelung ist damit ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG.

Eine Erlaubnis für den beantragten Transport kann nicht mehr erteilt werden, weil der im Antrag festgelegte Zeitraum in der Vergangenheit liegt. Eine entsprechende Verpflichtungsklage hat keine Aussicht auf Erfolg. Das Verpflichtungsbegehren hat sich damit erledigt.

Damit ist statthafte Klageart vorliegend die Fortsetzungsfeststellungsklage in „doppelt analoger“ Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO.

III. Besonderes Feststellungsinteresse (§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO: „berechtigtes Interesse“)

Da sich das ursprüngliche Begehren erledigt hat und die „wesentliche Beschwerde“ weggefallen ist, bedarf es besonderer Anforderungen für die Zulässigkeit. Das besondere Feststellungsinteresse wird für den Fall der doppelt analogen

Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO angenommen, wenn Wiederholungsgefahr besteht, der Kläger ein Rehabilitationsinteresse hat, ein schwerwiegender Grundrechtseingriff vorliegt oder die Erledigung typischerweise sehr kurzfristig eintritt und ohne die Fortsetzungsfeststellungsklage keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt.¹⁶

Hier kommen die Wiederholungsgefahr und das Rehabilitationsinteresse in Betracht.

Die Wiederholungsgefahr wird für den Fall der Möglichkeit des Eintritts eines gleich gelagerten Falles mit denselben Beteiligten in der Zukunft angenommen.¹⁷

Da L beabsichtigt, die besagten Büffel zu einem späteren Zeitpunkt nach S zu transportieren, besteht die konkrete Gefahr, dass die entsprechende Transporterlaubnis wiederum abgelehnt wird. Dann müsste er im einstweiligen Rechtsschutz gegen die Ablehnung vorgehen (§ 123 Abs. 1 VwGO) oder eine Verpflichtungsklage erheben, die allerdings wahrscheinlich zu spät entschieden würde, um dem Rechtsschutzinteresse des L dann noch zu genügen. Insofern hat L bereits jetzt ein Interesse daran, für die Zukunft die Rechtmäßigkeit der ablehnenden Entscheidung überprüfen zu lassen.

Das Rehabilitationsinteresse wird angenommen, wenn weiterhin diskriminierende Wirkung in der öffentlichen Wahrnehmung vom Behördenhandeln ausgeht.¹⁸

Die Ablehnung der Transportgenehmigung hat in der Öffentlichkeit eine für L belastende Wirkung entfaltet und er fürchtet weitere Umsatzeinbußen. Insofern hat er ein Rehabilitationsinteresse.

IV. Zulässigkeit der erledigten Verpflichtungsklage

Die Fortsetzungsfeststellungsklage setzt das erledigte (hypothetische) Anfechtungs- oder Verpflichtungsbegehren fort, daher sind die folgenden Punkte zu prüfen:

1. Klagebefugnis – § 42 Abs. 2 VwGO analog

Der Kläger müsste zudem auch klagebefugt sein. Dieses Erfordernis gilt nach § 42 Abs. 2 VwGO analog auch für die Fortsetzungsfeststellungsklage, da es sich hierbei um die Fortführung einer Verpflichtungsklage handelt.¹⁹ Die Klagebefugnis liegt vor, wenn die Ablehnung der Stempelung des Fahrtenbuches den Kläger möglicherweise in eigenen Rechten verletzt hat.

Art. 14 Abs. 1 lit. a Ziff. ii TTVO verpflichtet die Behörde, das Abstempeln eines Fahrtenbuches zu verweigern, wenn sich konkrete Anhaltspunkte für die Verletzung der Vorschriften der TTVO beim Transport ergeben.²⁰ Im Hinblick auf die Berufsfreiheit ist die Vorschrift so auszulegen, dass

¹² Im Überblick mit weiteren vertiefenden Argumenten: *Senders* (Fn. 7), § 4 Rn. 18–24.

¹³ Siehe etwa: BVerwG, Urt. v. 24.2.1983 – 3 C 56.80 = DVBl. 1983, 850; *Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Kommentar, Stand: Juni 2017, § 113 Rn. 113.

¹⁴ *Riese* (Fn. 13), § 113 Rn. 113.

¹⁵ *Hirt/Maisack/Moritz*, in: *Hirt/Maisack/Moritz* (Hrsg.) Tierchutzgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 16a Rn. 12.

¹⁶ Im Überblick: *Valentiner*, in: Eisentraut (Fn. 6), § 4 Rn. 53–58.

¹⁷ Siehe etwa: *Decker*, in: Posser/Wolff (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar VwGO, Stand: 1.4.2022, § 113 Rn. 87.2 m.w.N.

¹⁸ *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 17. Aufl. 2021, Rn. 582.

¹⁹ Siehe nur: *Burbach*, in: Eisentraut (Fn. 6), § 4 Rn. 33–35.

²⁰ *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 15), § 16a Rn. 12.

grundsätzlich ein Anspruch auf Stempelung des Fahrtenbuchs bzw. Genehmigung besteht, wenn keine solchen konkreten Anhaltspunkte und auch im Übrigen keine Versagungsgründe vorliegen.

Hinweis: Im Hinblick auf die weitgehende Prädetermination der Entscheidung durch die TTVO dürfte hier primär auf Art. 15 EU-Grundrechtcharta abgestellt werden, der im Anwendungsbereich des EU-Rechts die Mitgliedstaaten bindet (Artikel 51 EU-GRC).²¹ Da sich materiell hier keine Unterschiede ergeben, erscheint es auch vertretbar, auf Art. 12 GG zu rekurrieren.

Die Ablehnung der Zulassung verletzt hier möglicherweise diesen Anspruch des L, da nicht auszuschließen ist, dass Verstöße gegen die Verordnung in Drittstaaten für die Zulassung nicht hätten berücksichtigt werden dürfen. Damit liegt die Klagebefugnis vor.

2. Passive Prozessführungsbefugnis des Beklagten – § 78 VwGO analog

Berlin hat von der Möglichkeit des § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO keinen Gebrauch gemacht. Richtiger Klagegegner ist demnach nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO das Land Berlin als Rechtsträger.

3. Vorverfahren (§§ 68 ff. VwGO), Frist (§ 74 VwGO) und Form (§ 81 VwGO)

Für die Fortsetzungsfeststellungsklage ist umstritten, ob in der Situation der doppelt analogen Anwendung das erfolgreiche Einreichen eines Widerspruchs und die Einhaltung der Frist des § 74 VwGO erforderlich sind.²²

Ein Streitentscheid hinsichtlich des Vorverfahrens ist hier entbehrlich, da ein solches erfolglos durchgeführt wurde.

Problematisch ist allerdings das Einhalten der Frist des § 74 VwGO. Wendet man § 74 VwGO unumwunden analog an, gilt grundsätzlich die Fristbindung unerheblich davon, wann sich der Verwaltungsakt bzw. das Klagebegehren erledigt.

Dagegen stellt die h.M. darauf ab, ob die Erledigung des Klagebegehrens innerhalb der Frist liegt.²³ Ist dies der Fall, entfällt der Zweck der Frist – Sicherung der Bestandskraft – weswegen sie aus teleologischen Gründen entbehrlich ist.²⁴

So liegt es hier. Die Erledigung des Klagebegehrens einer hypothetischen Verpflichtungsklage ist bereits ab dem 30.7.2021 (Start des Transports) eingetreten. Zu diesem Zeitpunkt war die Frist des § 74 VwGO noch nicht abgelaufen (Widerspruchsbescheid vom 29.7.2021).

Für die herrschende Meinung spricht, dass bei Erledigung eines Verwaltungsaktes vor Ablauf der Frist keine Bestands-

kraft eintritt. Diese gilt es dann nicht mehr zu schützen.²⁵ Ähnliches gilt für die Verpflichtungssituation. Hier könnte allenfalls der Ablehnungsbescheid in Rechtskraft erwachsen. Liegt die Erledigung des Verpflichtungsbegehrens vor Ablauf der Klagefrist, kann auch hier keine Bestandskraft eintreten. Darüber hinaus wird die Verwaltung über das Erfordernis des besonderen Feststellungsinteresses und das Institut der Verwirkung ausreichend geschützt.²⁶

Daher ist in solchen Konstellationen die Einhaltung der Frist des § 74 VwGO keine Zulässigkeitsvoraussetzung.

Hinweis: Der Streit kann auch offengelassen werden, wenn hier bereits das Problem der fehlerhaften Rechtsbehelfsbelehrung angesprochen wird. Siehe dazu die Ausführungen zur Anfechtungsklage (unten).

Im Übrigen müsste die Formvorschrift des § 81 VwGO gewahrt worden sein. Jedenfalls die zweite ausgedruckte und unterschriebene Klageschrift erfüllt das Schriftformerfordernis des § 81 Abs. 1 S. 1 VwGO.

B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn der Kläger einen Anspruch auf Erlass des verweigerten Verwaltungsakts hatte.

I. Anspruchsgrundlage

Als Anspruchsgrundlage kommt Art. 14 lit. c TTVO in Betracht. Als Verordnung i.S.d. Art. 288 Abs. 2 AEUV ist der Rechtsakt grundsätzlich in allen Teilen verbindlich, unmittelbar anwendbar und bedarf keines Umsetzungsaktes in nationales Recht.²⁷ Fraglich ist jedoch, ob sich aus Art. 14 lit. c TTVO konkret ein Anspruch ergibt.

Der Wortlaut der Norm gibt nicht explizit einen Anspruch auf die Stempelung des Fahrtenbuchs. Im Hinblick auf die Berufsausübungsfreiheit der Organisatoren (Art. 15 Abs. 1 EU-GrCh) ist die Vorschrift aber als Anspruchsgrundlage auszulegen (siehe oben).

Deswegen hat L einen Anspruch auf die Stempelung seines Fahrtenbuches, wenn die Voraussetzungen der Norm erfüllt sind.

II. Formelle Voraussetzungen

Das Bezirksamt Reinickendorf war laut Bearbeitungsvermerk insgesamt zuständig (örtlich und sachlich). L hat den Antrag formgemäß gestellt.

III. Materielle Voraussetzungen

1. Genehmigungsbedürftigkeit

Zunächst müsste der Transport einer Genehmigung nach Art. 14 lit. c TTVO bedürfen.

²¹ BVerfGE 152, 216 (Recht auf Vergessen II).

²² Im Überblick zum Streitstand *Braun/Stockebrandt*, in: Eisentraut (Fn. 6), § 4 Rn. 36–43.

²³ BVerwG, Urt. v. 14.7.1999 – 6 C 7.98 = NVwZ 2000, 63 (63); *W. R. Schenke/R. P. Schenke* (Fn. 7), § 113 Rn. 128.

²⁴ *Schenke* (Fn. 18), Rn. 703.

²⁵ Dazu etwa: *Decker*, in: Posser/Wolff (Fn. 17), § 113 Rn. 83.

²⁶ BVerwG NVwZ 2000, 63 (64).

²⁷ Siehe grundlegend: EuGH, Urt. v. 15.7.1964 – 6/64 (Costa gegen E.N.E.L.).

Organisatoren eines Tiertransportes benötigen grundsätzlich eine Genehmigung (Stempel) nach Art. 14 lit. c TTVO. Wer Organisator eines Tiertransportes ist, regelt Art. 1 lit. q TTVO. Da sich L im Formular als Organisator eingetragen hat, ist er gem. Art. 1 lit. q Ziff. iii TTVO als solcher anzusehen. Die Ausnahmegesetze des Art. 2 Abs. 2 TTVO sind hier nicht einschlägig. Insbesondere ist die Transportstrecke länger als 50 km. Danach bedarf L grundsätzlich einer Genehmigung nach Art. 14 TTVO.

2. Genehmigungsfähigkeit/Rechtswidrigkeit der Ablehnung

Die Ablehnung der Erteilung der Transporterlaubnis wäre rechtswidrig, wenn die Voraussetzungen des Art. 14 TTVO nicht vorgelegen hätten.

Nach Art. 14 Abs. 1 lit. a TTVO überprüft die Behörde, (a) ob die im Fahrtenbuch angegebenen Transportunternehmen über die entsprechenden gültigen Zulassungen, die gültigen Zulassungsnachweise für Transportmittel, die für lange Beförderungen eingesetzt werden, und gültige Befähigungsnachweise für Fahrer und Betreuer verfügen und (b) ob das vom Organisator vorgelegte Fahrtenbuch wirklichkeitsnahe Angaben enthält und darauf schließen lässt, dass die Beförderung den Vorschriften dieser Verordnung entspricht (sog. Plausibilitätsprüfung).

a) Zulassungen: Fahrer und Transportmittel

Vorliegend handelt es sich um eine lange Beförderung i.S.d. Art. 2 lit. m TTVO, da die Beförderungsdauer acht Stunden überschreitet. Die entsprechenden Zulassungen für Fahrer und Transportmittel liegen vor.

b) Plausibilitätsprüfung des Fahrtenbuchs

I.R.d. Art. 14 Abs. 1 lit. a TTVO prüft die Behörde zudem, ob die dargelegten Angaben im Fahrtenbuch plausibel und wirklichkeitsnah sind und darauf schließen lassen, dass die Beförderung den Vorgaben der Verordnung entspricht.²⁸ Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit von Verstößen ist nicht zu fordern, vielmehr genügt es, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte die ernsthafte Möglichkeit besteht, dass es während des Transports zu einer Verletzung der Vorschriften der TTVO kommen wird.²⁹

Was die Beförderung innerhalb der EU angeht, sind keine Verstöße ersichtlich.

Allerdings könnte der geplante Transport durch Drittstaaten nicht mit den Vorgaben der Verordnung vereinbar gewesen sein. Es stellt sich hier zunächst die Frage, ob die TTVO für den Transport in Drittstaaten Anwendung findet.³⁰

aa) Extraterritoriale Anwendbarkeit der TTVO

Jeder Staat übt über sein Territorium eigene Hoheitsgewalt aus. Staaten können diese Hoheitsgewalt (teilweise) auf internationale Organisationen übertragen; davon haben die Drittstaaten aber keinen Gebrauch gemacht. Die EU ist grundsätzlich nicht befugt, Gesetzgebungsakte zu erlassen, die in anderen als ihren Mitgliedstaaten Geltungsanspruch erheben.³¹ Eine echte Anwendbarkeit der TTVO in Drittstaaten besteht daher nicht.

Etwas anderes gilt aber für die Frage, ob die Anforderungen der Verordnung an das Fahrtenbuch den Abschnitt des Transports in Drittländern umfasst. Hier geht es nicht um die Geltung der Verordnung in einem Drittstaat, sondern um den Prüfungsumfang einer nationalen Behörde innerhalb der EU. Auch wenn durch eine solche Prüfungskompetenz ein gewisser faktischer Anpassungsdruck erzeugt wird, werden Drittländern dadurch keine Vorschriften darüber gemacht, wie sie Tiertransporte zu organisieren haben.

Fraglich ist aber, ob die Anforderungen an das Fahrtenbuch über Art. 14 Abs. 1 lit. b TTVO den Abschnitt des Transports durch Drittländer erfassen. Die Lösung dieser Frage ist durch Auslegung zu ermitteln.

Der *Wortlaut* des Art. 14 Abs. 1 lit. a Ziff. ii TTVO ist grundsätzlich für beide Interpretationen offen. „Die Beförderung“ könnte hier sowohl die Beförderung bis zur EU-Außengrenze meinen als auch die gesamte Beförderung bis zum Zielort erfassen. Generalanwalt *Bot* plädierte etwa unter Verweis auf Art. 1 der Verordnung für eine enge Auslegung der Anwendbarkeit der Verordnung.³² Allerdings legt die Legaldefinition des Begriffs der „Beförderung“ in Art. 2 lit. j TTVO nahe, dass der Transport bis zum Zielland erfasst sein soll („der gesamte Transportvorgang vom Versand- zum Bestimmungsort“).³³

Systematisch könnte Art. 21 Abs. 1 lit. e TTVO gegen eine weite Prüfungskompetenz der Behörde im Versandungsstaat sprechen. Danach prüfen amtliche Tierärzte beim Verlassen der EU, ob Transportunternehmer den Nachweis erbracht haben, „dass bei der Beförderung vom Versandort zum ersten Entladeort im Endbestimmungsland die Vorschriften der internationalen Übereinkommen [...] und in den betreffenden Drittländern gelten, eingehalten wurden“. Danach könnte der Prüfungsumfang der Behörden im Versandungsstaat auf die Einhaltung der Vorschriften der TTVO bis zum Verlassen der EU beschränkt sein, während für den Abschnitt ab der EU-Außengrenze nur Vorschriften internationaler Übereinkommen, die auch in den betreffenden Drittländern gelten, zu prüfen wären.

Allerdings sieht Art. 21 Abs. 1 TTVO zunächst vor, dass die Amtstierärzte umfangreich prüfen „ob die Tiere im Einklang mit den Vorschriften dieser Verordnung transportiert werden“. Die spezifische Prüfung des Art. 21 Abs. 1 lit. e

²⁸ Dazu etwa: *Maisack/Rabitsch*, Amtstierärztlicher Dienst und Lebensmittelkontrolle, 2018, S. 209 ff.

²⁹ *Metzger*, in: *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2019, EU-Tiertransport-VO Art. 14 Rn. 12.

³⁰ Dazu: EuGH, Urt. v. 23.4.2015 – C-424/13; *Krämer*, EuR 2021, 137.

³¹ Darauf wies die Klägerin im Verfahren vor dem EuGH hin: EuGH, Urt. v. 23.4.2015 – C-424/13, Rn. 31.

³² Schlussanträge v. 11.9.2014 = BeckRS 2014, 82004.

³³ *Metzger* (Fn. 29), EU-Tiertransport-VO Art. 14 Rn. 13.

erfolgt dann „insbesondere“, kann also auch als ein Teil einer umfangreicheren Prüfung verstanden werden.³⁴ Insofern ist die Prüfung nicht auf internationale Übereinkommen, die auch in den Drittländern gelten, beschränkt.

Schließlich lassen die Vorschriften zum Fahrtenbuch (Anhang II) nicht erkennen, dass keine Angaben zum Transport durch Drittstaaten gemacht werden müssten. Zwar muss das Fahrtenbuch nach Ziffer 4 lit. e Anhang II TTVO den Transport nur bis zum Ausgang aus dem Gebiet der Gemeinschaft begleiten, damit ist aber keine Einschränkung der erforderlichen Angaben auch zum Transport durch Drittländer verbunden. Vielmehr müssen, so der EuGH, die Angaben in Abschnitt 1 des Fahrtenbuches, wie sich aus Art. 2 lit. j der Verordnung ergibt, den gesamten vorgesehenen Transportvorgang erfassen.³⁵

Teleologisch spricht der Grundsatz der effektiven Auslegung von Unionsrecht (*effet utile*) für eine Erfassung des Transports durch Drittstaaten. Bereits aus den Erwägungsgründen 5 und 11 ergibt sich, dass der Verordnungsgeber das Wohlergehen der Tiere durch eine Begrenzung langer Beförderungen auf eine maximal zulässige Dauer schützen wollte. Nach der Rechtsprechung des EuGHs stellt das Wohlergehen der Tiere ein im Allgemeininteresse liegendes legitimes Ziel dar.³⁶

Würde die Prüfung des Fahrtenbuchs auf die Abschnitte innerhalb der EU begrenzt, ergäben sich erhebliche Schutzlücken für die Tiere. Gerade Tiertransporte in Drittstaaten dauern häufig sehr lange und es liegt im Interesse der Tiere, auch hier Ruhepausen einzuhalten. Müsste die Behörde sehenden Auges selbst grösste Verstöße gegen Tierschutzbestimmungen in Drittstaaten zulassen, wäre dies kaum mit dem Regelungszweck der TTVO vereinbar.³⁷

Nicht unerheblich aber letztlich nicht entscheidend ist, ob der Einhaltung dieser Vorschriften das Recht und die Verwaltungspraxis der zu durchquerenden Drittstaaten entgegenstehen. Wäre in diesen Ländern ein Ausladen der Tiere zu Ruhezielen rechtlich unzulässig, müsste auf andere Weise das Wohlergehen der Tiere gewährleistet werden.³⁸ Vorliegend bestehen jedoch keine solchen Verbote. Allein das Fehlen von Einrichtungen zur Versorgung der Tiere kann die Nichteinhaltung von Ruhepausen nicht rechtfertigen. Solche Einrichtungen werden regelmäßig nicht von staatlicher Seite vorgehalten. Vielmehr obliegt es den Organisatoren der Tiertransporte, solche Einrichtungen zu schaffen bzw. sie bei Dritten anzumieten.

Aus alledem ergibt sich, dass die Behörde im Rahmen der Plausibilitätsprüfung prüfen muss, ob die im Fahrtenbuch getätigten Angaben für den Transportabschnitt in Drittländern wirklichkeitsnah sind. Dabei hat sie einen Beurteilungsspiel-

raum, der es ihr ermöglicht, Unwägbarkeiten in Drittländern angemessen Rechnung zu tragen.³⁹

bb) Verstöße gegen die TTVO

Fraglich ist, ob unter Anwendung dieser Plausibilitätskontrolle vorliegend ein Verstoß gegeben ist.

Die Verordnung enthält in ihrem Anhang I detaillierte Vorgaben für den Transport bestimmter Tierarten. Hier kommen Verstöße gegen Kapitel V in Betracht. Dieser Abschnitt gilt u.a. für Hausrinder. Die von L gehaltenen Wasserbüffel gehören laut Sachverhalt zu den Hausrindern.

Für diese Tiere gilt eine Höchstbeförderungsdauer von 28 Stunden, wenn nach 14 Stunden eine Ruhepause von einer Stunde eingehalten wird (Anhang I Ziffer 1.4 d). Nach dieser Beförderungsdauer müssen die Tiere entladen, gefüttert und getränkt werden und eine Ruhezeit von mindestens 24 Stunden erhalten (Anhang I Ziffer 1.5).

Vorliegend ist für den Transport durch Drittstaaten nur eine Zwischenstation angegeben. Der Transportzeitraum wird aber mit 65 Stunden angegeben. Im Rahmen der Plausibilitätsprüfung ergibt sich daher, dass eine Entladung nicht wie vorgesehen alle 28 Stunden geplant ist. Damit liegt ein Verstoß gegen Ziffer 1.5 vor. Zudem müssten mindestens 2 Ruhepausen eingehalten werden, was nicht der Fall ist. Damit liegt auch ein Verstoß gegen Ziffer 1.4 lit. d vor.

L hat auch nicht dargelegt, inwiefern dem Tierwohl anderweitig Genüge getan würde, etwa durch längere Ruhezeiten innerhalb des Transportfahrzeuges. Insbesondere ist hier auf Kapitel VI Ziffer 1.2 zu verweisen. So erscheint es wenig plausibel, dass Boden und Einstreu so ausgelegt sind, dass die Exkremente der Tiere über einen Zeitraum von 65 Stunden wirksam absorbiert werden können. Ein Wechseln der Einstreu ohne Entladen der Tiere ist angesichts des knappen Raumangebots (Kapitel VII B. = 1.6 qm für große Rinder) kaum vorstellbar und ist nach dem Sachverhalt auch nicht vorgesehen.

Damit hätte der geplante Transport nicht den Anforderungen der TTVO an das Fahrtenbuch genügt.

C. Ergebnis

Ein Anspruch des L auf Genehmigung des Transports bestand damit nicht. Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist zulässig, aber unbegründet.

Ziffer 2: Untersagungsverfügung

L wendet sich mit seiner Klage auch gegen die Untersagungsverfügung in Ziffer 2 des Bescheids. Die Klage hätte wiederum Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet wäre.

A. Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig, wenn alle Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

³⁴ EuGH, Urt. v. 23.4.2015 – C-424/13, Rn. 43.

³⁵ EuGH, Urt. v. 23.4.2015 – C-424/13, Rn. 50.

³⁶ Vgl. etwa: EuGH EU:C:2008:353, Rn. 27.

³⁷ Guretzki, NVwZ 2015, 963 (963 f.); zur Diskussion um eine mögliche Strafbarkeit der Beamt*innen: *Maisack/Rabitsch* (Fn. 28), S. 209 ff.

³⁸ EuGH, Urt. v. 23.4.2015 – C-424/13, Rn 54.

³⁹ EuGH, Urt. v. 23.4.2015 – C-424/13, Rn. 52.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (§ 40 VwGO)

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein.

1. Aufdrängende Sonderzuweisung

Eine aufdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich.

2. § 40 Abs. 1 VwGO (Generalklausel)

Streitentscheidende Norm ist hier § 16a Abs. 1 S. 1 und S. 2 Nr. 1 TierSchG. Art. 14 TTVO ist dagegen nicht einschlägig, denn dieser gilt nur für die Bedingungen des Transports.

§ 16a Abs. 1 S. 1 und S. 2 Nr. 1 TierSchG erlaubt einseitiges Tätigwerden im Subordinationsverhältnis Staat-Bürger (Subordinationstheorie), berechtigt und verpflichtet einseitig einen Träger öffentlicher Gewalt als solchen (modifizierte Subjekttheorie) und dient im Übrigen dem allgemeinen Interesse des Tierschutzes (Art. 20a GG).

Doppelte Verfassungsunmittelbarkeit liegt nicht vor. Ebenso besteht keine abdrängende Sonderzuweisung.

II. Statthafte Klageart

Fraglich ist, welche Klage dem Klagebegehren des L entspricht. Hier möchte L gegen Ziffer 2 des Bescheids vorgehen. Würde es sich dabei um einen eigenständigen Verwaltungsakt handeln, wäre die Anfechtungsklage statthaft.

Ziffer 2 enthält eine Untersagungsverfügung, die mit den Haltungs- und Schlachtbedingungen begründet wird. Diese Untersagungsverfügung soll, wie sich aus der Gliederung des Bescheids in zwei Ziffern ergibt, unabhängig von der Genehmigungsbedürftigkeit des Transports gelten. Dies ergibt sich auch daraus, dass im Rahmen der Plausibilitätsprüfung nach Art. 14 TTVO nur die Bedingungen des Transports, nicht aber die Einhaltung von Tierschutzerfordernissen nach Ende des Transports geprüft werden.⁴⁰

Die Untersagungsverfügung ist damit ein selbstständiger Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG, gegen den L mit der Anfechtungsklage isoliert vorgehen kann. Da die Ziffer 2 des Bescheids unabhängig vom konkret geplanten Transport gilt, liegt auch kein Fall der Erledigung vor.

III. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)

L ist Adressat der Untersagungsverfügung und daher besteht die Möglichkeit einer Verletzung eigener Rechte aus Art. 2 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG.

IV. Vorverfahren (§ 68 VwGO)

Das erforderliche Vorverfahren wurde ordnungsgemäß durchgeführt.

V. Passive Prozessführungsbefugnis (§ 78 VwGO)

Klagegegner ist nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO das Land Berlin als Rechtsträger.

VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit (§ 61, 62 VwGO)

L ist als natürliche geschäftsfähige Person Beteiligten- (§ 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO) und Prozessfähig (§ 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO).

VII. Klagefrist (§ 74 VwGO) und Form (§ 81 f. VwGO)

Problematisch ist hier das Einhalten der Klagefrist und der Form. Die beiden Erfordernisse sind miteinander dergestalt verknüpft, dass eine formwidrige Erhebung der Klage nicht fristwährend ist. Vorliegend stellt sich zunächst die Frage, ob durch den Eingang der E-Mail und das Ausdrucken des unterschriebenen PDF-Anhangs Form und Frist gewahrt wurden.

1. Klageeinreichung per E-Mail?

Nach § 55a VwGO genügt auch die elektronische Übersendung unter bestimmten Voraussetzungen der Schriftform des § 81 VwGO. Das Gesetz unterscheidet zwischen der Übersendung eines Schriftsatzes mit angehängter elektronischer Signatur (§ 55a Abs. 3 VwGO) und der Verwendung eines besonderen elektronischen Anwaltspostfachs (beA) bzw. eines De-Mail-Kontos (§ 55a Abs. 3 S. 2, Abs. 4 Nr. 2 VwGO). Bei Letzteren setzt das Gesetz keine elektronische, sondern nur eine einfache Signatur voraus.⁴¹

Das Vorgehen des L genügt den Anforderungen des § 55a VwGO nicht. Er hat weder eine qualifizierte elektronische Signatur noch einen besonders sicheren Übertragungsweg verwendet.

Möglicherweise könnte das Vorgehen des L dennoch dem Fristerfordernis des § 81 VwGO genügen. Maßgebliche Kriterien für die Prüfung, ob eine bestimmte Einreichungsform dem Zweck des § 81 VwGO genügt, sind grundsätzlich der Verkehrswille (Sollte das Schriftstück an das Gericht gelangen oder handelt es sich um einen Entwurf?) und die Erkennbarkeit der *Urheberschaft* (Stammt die Klage vom Kläger?).⁴²

Ob eine einfache E-Mail mit angehängter unterschriebener Klageschrift, die bei Gericht ausgedruckt wird, diesen Zwecken genügt, wird von Rechtsprechung und Literatur uneinheitlich beantwortet.⁴³ Die vom BGH entwickelte Rechtsprechung, dass es auf den Ausdruck des E-Mail-Anhangs bei Gericht ankomme,⁴⁴ wird von den Verwaltungsgerichten⁴⁵

⁴¹ Instrukтив zur elektronischen Kommunikation mit Gerichten: Müller, JuS 2018, 1193.

⁴² W. R. Schenke/R. P. Schenke (Fn. 7), § 81 Rn. 5.

⁴³ Befürwortend etwa: OVG Münster NVwZ-RR 2015, 923 (923); ablehnend dagegen: VG Gera, Beschl. v. 12. 9. 2018 – 2 E 1480/18. Ge, Rn. 9; Dyllick/Neubauer, LKV 2019, 11 (112).

⁴⁴ BGH NJW 2015, 1527.

⁴⁵ VG Gera, Beschl. v. 12.9.2018 – 2 E 1480/18, Rn. 5 (juris); VG München, Urt. v. 30.4.2014 – M 18 K 14.1321, Rn. 20

⁴⁰ So auch: Schubert, Gutachten zu Tiertransporten in Drittländer, Schleswig-Holsteinischer Landtag, Umdruck 19/2632, 22.5.2018, S. 8; a.A. wohl: Bruhn/Verheyen, Gutachten zur Frage der Untersagung grenzüberschreitender Tiertransporte in Drittstaaten, im Auftrag des Landesbeauftragten für Tierschutz in Hessen, 18.2.2019, S. 41 ff.

und der verwaltungsrechtlichen Literatur⁴⁶ überwiegend abgelehnt. Dafür spricht das gesetzgeberische Konzept der VwGO wonach elektronische Formen der Klageeinreichung abschließend in § 55a VwGO geregelt sind.⁴⁷ Stellt man dagegen auf das Ausdrucken ab, hängt es letztlich von (zufälligen) Handlungen des Gerichtspersonals ab, ob eine wirksame Klageerhebung vorliegt. Solche Unsicherheiten sind mit der Funktion eines bestimmenden Schriftsatzes unvereinbar.⁴⁸ Danach genügt die erste Übersendung der Klageschrift nicht den Formerfordernissen der VwGO.

2. Fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung

Möglicherweise konnte die Klage noch fristgerecht am 15.9.2021 eingereicht werden. Die zu diesem Zeitpunkt eingelegte Klageschrift genügt den Anforderungen des § 81 VwGO (Schriftform). Grundsätzlich war zu diesem Zeitpunkt die Frist des § 74 VwGO aber bereits abgelaufen. Etwas anderes würde gelten, wenn die Rechtsbehelfsbelehrung fehlerhaft ist und sich damit die Klagefrist auf ein Jahr verlängert (§ 58 Abs. 2 S. 1 VwGO).

Die Rechtsbehelfsbelehrung enthält alle nach § 58 Abs. 1 VwGO notwendigen Angaben (Rechtsbehelf, Gericht, Sitz des Gerichts und die einzuhaltende Frist).

Auch nicht erforderliche Zusätze können eine Rechtsbehelfsbelehrung unrichtig machen, wenn sie generell geeignet sind, beim Betroffenen einen Irrtum über die Voraussetzungen des in Betracht kommenden Rechtsbehelfs hervorzurufen und ihn dadurch daran zu hindern, einen solchen Rechtsbehelf frist- und formgemäß einzulegen.⁴⁹ Auf einen tatsächlichen Irrtum beim Belehrteten kommt es dagegen nicht an.⁵⁰

L hat die Rechtsbehelfsbelehrung nicht gelesen. Dies ist jedoch unerheblich.

Fraglich ist allein, ob die Rechtsbehelfsbelehrung objektiv geeignet war, beim Betroffenen einen Irrtum hervorzurufen. Ein solcher Irrtum wird von der Rechtsprechung u.a. bei der Bezeichnung einer Sollvorschrift als Mussvorschrift angenommen.⁵¹ Eine weitere Fallgruppe, in welcher die Unrichtigkeit der Belehrung angenommen wird, ist bei Hinweisen auf gesetzlich nicht zwingend vorgesehene Formerfordernisse, durch die beim Betroffenen der Eindruck hervorgerufen

werden kann, die Rechtsverfolgung würde scheitern, wenn er sie nicht beachtet.⁵²

Die vorliegende Rechtsbehelfsbelehrung erweckt objektiv den Eindruck, die Klage müsse einen bestimmten Antrag enthalten. Nach § 82 Abs. 1 S. 2 VwGO „soll“ die Klage einen bestimmten Antrag enthalten, ein solcher Antrag ist aber, wie auch § 88 VwGO zeigt, nicht zwingend. Bereits deswegen ist die Rechtsbehelfsbelehrung hier unrichtig mit der Folge des § 58 Abs. 2 VwGO.⁵³

Ein zusätzlicher unrichtiger Zusatz kann im Absatz 3 der Rechtsbehelfsbelehrung gesehen werden. Wie bereits erörtert, ist der Hinweis auf die Formwidrigkeit einer einfachen E-Mail zutreffend. Dagegen entspricht der alleinige Hinweis auf die qualifizierte elektronische Signatur nicht dem, was nach § 55a Abs. 3 S. 1 VwGO rechtlich zulässig ist. Dort ist auch die Übermittlung des elektronischen Dokuments mit einfacher Signatur über einen sicheren Übermittlungsweg vorgesehen. Eine einfache Signatur ist etwa das Einfügen einer bildlichen Wiedergabe der Unterschrift.⁵⁴ Ein sicherer Übertragungsweg ist die Übertragung über ein besonderes elektronisches Anwaltspostfach an die elektronische Poststelle des Gerichts oder die Nutzung eines De-Mail Kontos.⁵⁵ Der alleinige Hinweis auf eine der beiden Alternativen („oder“) des § 55a Abs. 3 S. 1 VwGO erweckt den Eindruck, dies sei die einzige rechtlich zulässige Möglichkeit zur elektronischen Einreichung einer Klage. Damit ist der Zusatz geeignet, die Rechtsverfolgung eines Betroffenen zu erschweren.

Auch auf Grund dieses Zusatzes ist die Belehrung unrichtig i.S.d. § 58 Abs. 2 VwGO.

Damit genügt die Einreichung der schriftlichen Klageschrift am 15.9.2021 dem Fristerfordernis des § 74 VwGO i.V.m. § 58 Abs. 2 VwGO.

VIII. Klagehäufung § 44 VwGO

Vorliegend verfolgt L mehrere Klagebegehren. Diese können unter den Anforderungen des § 44 VwGO gemeinsam verfolgt werden. Danach müssen sich die Klagebegehren gegen den gleichen Beklagten richten (§ 78 VwGO), dasselbe Gericht zuständig sein (§§ 45, 52 VwGO) und die Klagebegehren „in Zusammenhang stehen“. Die ersten beiden Voraussetzungen sind unproblematisch erfüllt.

Ein Zusammenhang i.S.d. § 44 VwGO kann rechtlicher (z.B. Anfechtungsklage und Vollzugsfolgenbeseitigung nach § 113 Abs. 1 S. 1 und S. 2 VwGO) oder tatsächlicher Art sein. Ein tatsächlicher Zusammenhang besteht, wenn es sich um einen „einheitlichen Lebensvorgang“ handelt.⁵⁶ Kriterien dafür sind ein enger zeitlicher, räumlicher und sachlicher Zusammenhang.

(juris); vgl. zu den besonderen Anforderungen an den elektronischen Übertragungsweg auch: BVerwG NVwZ 2012, 1262.

⁴⁶ Etwa: *Hoppe*, in: Eyermann, VwGO, Kommentar, 16. Aufl. 2022, § 81 Rn. 11.

⁴⁷ Vgl. VG Gera, Beschl. v. 12.9.2018 – 2 E 1480/18, Rn. 10 (juris).

⁴⁸ Vgl. VG Gera, Beschl. v. 12.9.2018 – 2 E 1480/18, Rn. 10 (juris).

⁴⁹ BVerwGE 37, 85 (86); *Kimmel*, in: Posser/Wolf (Fn. 27), § 58 Rn. 20.

⁵⁰ BVerwG NVwZ 1997, 1211 (1213); *Kimmel* (Fn. 49), § 58 Rn. 20.

⁵¹ BVerwGE 37, 85 (86).

⁵² BVerwGE 57, 188 (190); *Kimmel* (Fn. 49), § 58 Rn. 21.

⁵³ So auch: *Kimmel* (Fn. 49), § 58 Rn. 21.

⁵⁴ *Schmitz*, in: Posser/Wolf (Fn. 27), § 55a Rn. 10.

⁵⁵ Im Überblick: *Schmitz* (Fn. 54), § 55a Rn. 13 ff.

⁵⁶ Zum Ganzen etwa: *Baade*, in: Eisentraut (Fn. 6), § 1 Rn. 65 m.w.N.

Hier betreffen die beiden Regelungen einen zusammenhängenden Lebensvorgang, nämlich den Transport von Tieren ins Ausland. Die Klagehäufung ist danach zulässig.

B. Begründetheit

Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn der angegriffene Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger in eigenen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

I. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes

1. Rechtsgrundlage (Ermächtigungsgrundlage) für den Verwaltungsakt

Nach dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes ist bei belastenden Maßnahmen stets eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich. Hier kommt primär § 16a Abs. 1 S. 1 und S. 2 Nr. 1 TierSchG in Betracht. Nach § 16a Abs. 1 S. 1 und S. 2 Nr. 1 TierSchG trifft die zuständige Behörde die zur Beseitigung festgestellter Verstöße und die zur Verhütung künftiger Verstöße gegen Vorschriften des TierSchG notwendigen Anordnungen.

2. Formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes (Zuständigkeit – Verfahren – Form)

a) Zuständigkeit

Die Zuständigkeit des Bezirksamtes Reinickendorf ist laut Sachverhalt zu unterstellen

b) Verfahren

Der L wurde ordnungsgemäß angehört (§ 28 VwVfG i.V.m. § 1 LVwVfG Bln)

c) Form

Der Bescheid genügt den Formerfordernissen (§ 37 Abs. 2 VwVfG) und ist ausführlich begründet (§ 39 VwVfG).

3. Materielle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes

a) Tatbestandsvoraussetzungen

Tatbestandlich setzt § 16a Abs. 1 S. 1 TierSchG ein Vorgehen zur Beseitigung „festgestellter Verstöße“ oder „drohender Verstöße“ gegen das TierSchG voraus. Damit handelt es sich bei der Vorschrift um eine Art Generalklausel.⁵⁷

Im Fall geht es um die Beseitigung *drohender Verstöße*. Verstöße, die in der Vergangenheit (mutmaßlich) erfolgten, betrafen andere Tiere und können nun auch nicht mehr beseitigt werden.

Wann ein Verstoß droht, lässt sich aber unterschiedlich beantworten. Eine bloße abstrakte Gefahr genügt jedenfalls nicht. Dagegen spricht, dass einer abstrakten Gefahr regelmäßig mit generallabstrakten Mitteln (etwa Verordnungen) begegnet wird. § 16a Abs. 1 S. 1 TierSchG ist allerdings keine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Verordnungen

⁵⁷ Kluge, in: Kluge (Hrsg.), Tierschutzgesetz, Kommentar, 2003, § 16a Rn. 11.

(für eine solche siehe § 12 Abs. 2 Nr. 3 TierSchG).⁵⁸ Eine Verordnung, die der abstrakten Gefahr für Tiere in Drittländern, etwa durch ein Verbot von Exporten in bestimmte Zielländer, begegnen würde, besteht derzeit noch nicht.

Der Begriff des drohenden Verstoßes ist daher so auszulegen, dass eine „konkrete Gefahr“ vorliegen muss.⁵⁹ Das heißt bei ungehindertem Fortgang des Geschehens muss der Eintritt eines Verstoßes gegen tierschutzrechtliche Bestimmungen hinreichend wahrscheinlich sein. Auch hier gilt, dass an die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Schadens umso geringere Anforderungen zu stellen sind, je schwerer der möglicherweise drohende Schaden wiegt („elastischer Gefahrenbegriff“).⁶⁰

aa) Schlachtung in S

Hier könnte ein Verstoß gegen die Vorschriften des TierSchG zur Tötung von Tieren (§§ 4 f. TierSchG) drohen.

Aus § 4 Abs. 1, 4a Abs. 1 TierSchG, § 3 TierSchlV und Art. 4 Abs. 1 EU-Tierschlacht-VO (Nr. 1099/2009 des Rates über den Schutz von Tieren zum Zeitpunkt der Tötung) ergibt sich, dass Wirbeltiere vor Schlachtung betäubt werden müssen. Für Rinder kommt hier eine Bolzenschussbetäubung oder eine Elektrobetäubung in Betracht.⁶¹ § 3 TierSchlV, der das TierSchG hinsichtlich der Schlachtung von Tieren konkretisiert, sieht zudem vor, dass Tiere so zu betreuen, ruhigzustellen, zu betäuben, zu schlachten oder zu töten sind, „dass bei ihnen nicht mehr als unvermeidbare Aufregung oder Schäden verursacht werden.“ Noch konkreter ergibt sich aus Art. 15 i.V.m. Anhang III EU-Tierschlacht-VO (die auch durch Art. 5 TierSchlVO in Bezug genommen wird) ein Verbot, Tiere im Rahmen des Schlachtvorgangs zu schlagen oder zu treten.

§ 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG sieht für das religiöse Schächten unter weiteren Voraussetzungen eine Ausnahme vor. Eine Ausnahmegenehmigung wurde hier nicht beantragt. Dies wäre auch fernliegend, erfolgt die Schlachtung doch in einem anderen Staat mit anderen (oder keinen) gesetzlichen Voraussetzungen für das Schächten. Im Übrigen erfolgt das Schächten vorliegend nicht aus religiösen Gründen, sondern zur Kostenersparnis.

Das betäubungslose Schächten ist mit erheblichen Leiden für die Tiere verbunden, welches nicht mit deutschem Tierschutzrecht vereinbar wäre. Zudem werden den Tieren vermeidbare Schmerzen und Schäden durch Tritte, Schläge und das Zusammenbinden der Extremitäten zugefügt. Danach sind die Schlachtpraktiken in S mit dem TierSchG, der TierSchlVO und der EU-Tierschlacht-VO unvereinbar.⁶²

⁵⁸ Vgl. zum Ganzen: OVG Münster NWVBl. 2021, 176 (176 Rn. 12).

⁵⁹ Hirt/Maisack/Moritz (Fn. 15), § 16a Rn. 2.

⁶⁰ Hirt/Maisack/Moritz (Fn. 15), § 16a Rn. 2; VG Köln, Beschl. v. 10.12.2020 – 21 L 2339/20, Rn. 15.

⁶¹ Dazu: Hirt/Maisack/Moritz (Fn. 15), EU-Tierschlacht-VO Art. 4 Rn. 19.

⁶² Vgl. Maisack/Rabitsch (Fn. 28), S. 209 ff.

bb) Haltung

Die Haltungsbedingungen in S könnten gegen § 2 Nr. 1 TierSchG verstoßen. Diese „Generalklausel“ des Tierschutzgesetzes wurde durch die Nutztierhaltungsverordnung (TierSchNutztV) konkretisiert. Diese Verordnung sieht jedoch keine besonderen Vorschriften für das Halten von Rindern vor. Insofern greifen nur die allgemeinen Anforderungen aus § 3 und 4 TierSchNutztV, die für alle Nutztiere (§ 2 Nr. 1 TierSchNutztV) gelten. Darin ist etwa geregelt, dass Nutztiere entsprechend ihrem Bedarf ausreichend mit Wasser und Nahrung versorgt werden müssen (§ 4 Nr. 4 TierSchNutztV). Zudem sind Haltungseinrichtungen so auszugestalten, dass die Tiere ausreichend Schutz vor widrigen Witterungseinflüssen (hier: Hitze) haben (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 TierSchNutztV).

Vorliegend sind die klimatischen Bedingungen in S für Wasserbüffel nicht artgerecht. Zudem ist die Wasserversorgung für die hochgezüchtete Rasse (mit einem sehr hohen Wasserverbrauch) häufig nicht ausreichend. Die Haltung der Wasserbüffel im Freien setzt die Tiere den für sie nicht-angemessenen Witterungsbedingungen aus, wodurch es laut Sachverhalt zu vermeidbaren Schäden kommt (Hitzestress, Unterversorgung). Es handelt sich auch nicht um eine bloß abstrakte Gefahr (a.A. vertretbar). Vielmehr sollen Tiere, die nicht unmittelbar geschlachtet werden, auf traditionellen Viehmärkten verkauft werden. Es besteht also eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Tiere von Kleinbauern gekauft und gehalten werden. Die dortigen Haltungsbedingungen sind kaum als artgerecht zu bezeichnen.

Es drohen damit Verstöße gegen § 2 Nr. 1 TierSchG und die diese Vorschrift konkretisierenden Normen der TierSchNutztV.

b) Richtung der Maßnahme: Zurechnung/Verantwortlichkeit

Hinweis: Die folgenden Ausführungen können auch bereits auf Tatbestandsebene oder als eigener vorgezogener Prüfungspunkt erfolgen. Weil es hier primär um die Zurechnung von Handlungen Dritter im Ausland geht, erfolgen die Ausführungen hier im Bereich Verantwortlichkeit.

aa) Extraterritoriale Anwendbarkeit des TierSchG?

Fraglich ist, ob im Hinblick auf die Haltung und die Schlachtung in anderen Staaten überhaupt von einem Verstoß gegen das TierSchG durch einen deutschen Exporteur gesprochen werden kann. Der Anwendungsbereich des TierSchG endet grundsätzlich an der Bundesgrenze, denn dort beginnt die Jurisdiktion anderer Staaten (Territorialprinzip).

Eine damit verbundene Frage ist, ob Haltungs- und Schlachtbedingungen in einem Drittstaat dem Transporteur oder Halter im Inland zugerechnet werden können. Selbst wenn man eine Zurechnung des Verhaltens Dritter bejaht, liegt dieses Verhalten jedoch weiterhin außerhalb des Territoriums Deutschlands, weswegen sich auch dann die Frage nach der Anwendbarkeit des deutschen Tierschutzgesetzes stellt.

In Literatur und Rechtsprechung werden die Fragen nach der Anwendbarkeit und der Zurechnung jedoch zusammen

behandelt.⁶³ Dem liegt die Annahme zu Grunde, die Schaffung einer hinreichend konkreten Gefahrenlage für zu exportierende Tiere im Inland, stelle bereits einen „künftigen Verstoß“ i.S.d. § 16a TierSchG dar.⁶⁴ Da der Anknüpfungspunkt für die Schaffung der Gefahrenlage damit im Inland liegt, wird die Anwendbarkeit des Tierschutzgesetzes nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Dies dürfte auch nicht als Verstoß gegen die Souveränität der Drittstaaten angesehen werden, da ein hinreichender inländischer Anknüpfungspunkt besteht.⁶⁵

bb) Streit um den Maßstab für die Verantwortlichkeit bei Tierexporten

Problematisch ist weiterhin, unter welchen Voraussetzungen eine Verantwortlichkeit des Exporteurs für tierschutzwidrige Praktiken in Drittstaaten angenommen werden kann. Grundsätzlich ist der richtige Adressat einer Anordnung nach § 16a TierSchG unter Rückgriff auf die Regeln zur Feststellung von Störern nach allgemeinem Gefahrenabwehrrecht zu ermitteln.⁶⁶ L könnte hier Verhaltensstörer sein (vgl. § 13 ASOG).

Ob ein Exporteur als Verhaltensstörer angesehen werden kann, wenn die eigentlich tierschutzwidrigen Praktiken durch Dritte im Empfangsstaat angewendet werden, ist in Rechtsprechung und Literatur strittig.

Das OVG Münster geht hier davon aus, eine Inanspruchnahme des Transporteurs als Störer komme nur dann in Betracht, wenn die Tiere sofort im Anschluss an den Transport tierschutzwidrig behandelt werden.⁶⁷

Dies betrifft vorliegend nur die zehn Büffel die unmittelbar an einen Schlachthof weiterverkauft werden sollen. Die anderen Büffel würden dagegen weiterverkauft und wahrscheinlich zunächst zur Milchproduktion eingesetzt. Dabei droht jedenfalls nicht „sofort im Anschluss an den Transport“ eine tierschutzwidrige Behandlung.

Dagegen wird in der Literatur eine weitergehende Verantwortlichkeit des Transporteurs angenommen, wenn die tierschutzwidrige Behandlung durch Abnehmer konkret voraussehbar ist.⁶⁸ Der Transporteur setze mit seinem Transport eine kausale Ursache für die spätere tierschutzwidrige Behandlung und jedenfalls wenn er dies vorhersehen könne, sei ihm der spätere Verstoß zurechenbar.

L kennt die Schlacht- und Haltebedingungen in S. Die Büffel werden für ihn vorhersehbar entweder direkt geschlachtet oder auf den traditionellen Viehmärkten wahr-

⁶³ Siehe etwa: VG Köln, Beschl. v. 10.12.2020 – 21 L 2339/20, Rn. 25; Kluge (Fn. 57), § 16a, Rn. 14.

⁶⁴ Kluge (Fn. 57), § 16a Rn. 14; zustimmend: Hirt/Maisack/Moritz (Fn. 15), TierSchG § 16a Rn. 3.

⁶⁵ So auch Kluge (Fn. 57), § 16a Rn. 14.

⁶⁶ Hirt/Maisack/Moritz (Fn. 15), TierSchG § 16a Rn. 3.

⁶⁷ OVG Münster NWVBl. 2021, 176 (176, Rn. 13); siehe auch bereits: OVG Münster RdL 1998, 80; zur weitergehenden Ansicht der Vorinstanz: VG Köln, Beschl. v. 10.12.2020 – 21 L 2339/20, Rn. 25.

⁶⁸ Kluge (Fn. 57), § 16a Rn. 14; Hirt/Maisack/Moritz (Fn. 15), TierSchG § 16a Rn. 3.

scheinlich an Kleinbauern verkauft, die eine artgerechte Haltung nicht garantieren können. Die tierschutzwidrigen Praktiken sind daher für L vorhersehbar.

Da die unterschiedlichen Ansichten hinsichtlich der zehn Büffel, die zur Milchproduktion eingesetzt werden sollen, zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, ist ein Streitentscheid erforderlich.

Gegen eine weitgehende Zurechnung kann angeführt werden, dass sich die Argumentation der Literatur einem abstrakten Gefahrenbegriff annähert. So wird L für Haltungsbedingungen verantwortlich gemacht, obwohl noch unklar ist, an wen genau die Tiere verkauft werden und wie die Tiere dort gehalten werden.

Andererseits besteht angesichts der überwiegend tierschutzwidrigen Haltung der Tiere in S durchaus eine hohe Wahrscheinlichkeit für das Eintreten konkreter Schäden für die Tiere. Zudem spricht für eine Zurechnung der Vergleich mit anderen ähnlichen Konstellationen, in denen eine Zurechnung bejaht wurde.⁶⁹ Auch im Rahmen der Figur des Zweckveranlassers wird regelmäßig eine weitergehende Zurechnung bejaht. Danach wird derjenige als Verhaltensstörer angesehen, der Störungen durch Dritte bezweckt oder zwangsläufig eintretende Störungen zumindest billigend in Kauf nimmt.⁷⁰

Demnach ist die Literaturansicht überzeugender als das enge Zurechnungsverständnis des OVG Münster. Angewendet auf den Fall kann so eine Zurechnung bejaht werden. L bezweckt zwar keine tierquälerischen Praktiken in S, allerdings treten diese nach dem Sachverhalt mit hoher Wahrscheinlichkeit und für L vorhersehbar ein.

Daher ist eine Inanspruchnahme des L hier möglich (a.A. vertretbar).

c) Ermessen/Rechtsfolge

Der Behörde steht nach dem Wortlaut des § 16a Abs. 1 S. 1 TierSchG hinsichtlich des „ob“ eines Einschreitens kein Ermessen zu („trifft“ nicht „kann“).⁷¹ Sie darf bei festgestellten oder drohenden Verstößen gegen das TierSchG nicht untätig bleiben, sondern muss einschreiten. Das „Wie“ des Einschreitens, d.h. die Wahl der konkreten Maßnahmen, und die Störerauswahl steht dabei im Ermessen der Behörde.⁷²

Es ist daher zu prüfen, ob hinsichtlich der gewählten Mittel und der Auswahl des Störers Ermessensfehler vorliegen (§ 114 VwGO). Als Ermessensfehler kommen der Ermessensnichtgebrauch (bzw. -ausfall), der Ermessensfehlgebrauch, die Ermessensüberschreitung sowie als objektive Grenze der Ermessensausübung ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Betracht.

aa) Störerauswahl

Ein Ermessensnichtgebrauch liegt nicht vor.

Es könnte aber ein Ermessensfehlgebrauch vorliegen. Dieser liegt vor, wenn die Behörde ihrer Entscheidung zweck- oder sachfremde Erwägungen zu Grunde legt oder ein Fall der Ermessensdisproportionalität oder Ermessensfehlgewichtung vorliegt.

Bei der Störerauswahl liegt es grundsätzlich nahe, gegen denjenigen Störer vorzugehen, der die Gefahr unmittelbar verursacht. Beim Vorliegen mehrerer Störer kann die Behörde aber grundsätzlich denjenigen in Anspruch nehmen, der die Gefahr am schnellsten, wirksamsten und mit dem geringsten Aufwand beseitigen kann.⁷³

Unmittelbare Verursacher sind die Tierhalter und Schlachtbetriebe in S. Gegen diese Personen kann das Bezirksamt Reinickendorf jedoch nicht vorgehen, weil sie außerhalb der Jurisdiktion Deutschlands liegen. L kann dagegen schnell, wirksam und mit geringem Aufwand die Gefahr für die Tiere beseitigen, indem er sie schlicht nicht exportiert oder von seinen Abnehmern eine tierschutzgemäße Behandlung der Tiere einfordert.

Demnach konnte die Behörde L als Verhaltensstörer in Anspruch nehmen.

bb) Auswahl der Mittel

Ermessensfehler im engeren Sinne sind hier nicht ersichtlich. Es kommt jedoch ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Betracht.⁷⁴ Das ausgewählte Mittel müsste demnach einen legitimen Zweck verfolgen und geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Das ausgewählte Mittel verfolgt einen legitimen Zweck, nämlich den Schutz der Tiere. Dieser Zweck entspricht dem TierSchG und dem in Art. 20a GG verankerten Staatsziel Tierschutz.

Zudem ist das Verbringungsverbot nicht offensichtlich ungeeignet, die Tiere vor qualvollen Haltungsbedingungen und Schlachtmethoden zu schützen. Im Gegenteil handelt es sich sogar um ein besonders effektives Mittel.

Fraglich ist, ob mildere gleich geeignete Mittel in Betracht kommen. Hier ist zu berücksichtigen, dass kein generelles Exportverbot festgesetzt wurde. Vielmehr kann L den Transport durchführen, wenn er eine vertragliche Zusicherung der Abnehmer vorlegen kann. Ein solches Mittel ist jedenfalls milder als ein generelles Exportverbot. Weitere gleich geeignete Mittel sind nicht ersichtlich.

Schließlich müsste das gewählte Mittel angemessen sein. Hierbei sind zunächst die widerstreitenden Interessen abstrakt zu bewerten.

⁶⁹ Ausführlich: Kluge (Fn. 57), § 16a Rn. 14 ff.

⁷⁰ Siehe etwa: VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 663; Trurnit, in: Möstl/Trurnit (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Polizeirecht Baden-Württemberg, Stand: 1.6.2022, § 6 Rn. 16.

⁷¹ Hirt/Maisack/Moritz (Fn. 15), TierSchG § 16a Rn. 5.

⁷² Hirt/Maisack/Moritz (Fn. 15), TierSchG § 16a Rn. 3.

⁷³ Für das TierSchG: Hirt/Maisack/Moritz (Fn. 15), TierSchG § 16a Rn. 3.

⁷⁴ Zum Prüfungsaufbau etwa: Buser, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Fallbearbeitung, verfügbar unter https://www.jura.fu-berlin.de/studium/lehrplan/projekte/haupstadtfaelle/tips/uebersicht_-Die-Verhaeltnismaessigkeit_spruefung-in-der-Fallbearbeitung/index.html (10.7.2022).

Die Untersagungsverfügung trifft L in seinen grundrechtlich geschützten Rechten aus Art. 12 und 14 GG. Art. 12 GG ist hier einschlägig, da der Export von Rindern zu Ls Beruf gehört und die Untersagung jedenfalls eine „berufsregelnde Tendenz“ aufweist. Daneben kann sich L als Eigentümer der Rinder auf Art. 14 GG berufen. Tiere sind zwar keine Sachen, werden aber als solche behandelt (§ 90a BGB). Das Eigentumsrecht gibt L grundsätzlich das Recht, über sein Eigentum frei zu verfügen, hier also die Büffel ins Ausland zu transportieren und dort zu verkaufen.

Auch der Tierschutz hat über Art. 20a GG als objektive Staatszielbestimmung Verfassungsrang und kann als Rechtfertigungsgrund („Schranke“) für Eingriffe in Grundrechte dienen. Damit sind die widerstreitenden Interessen abstrakt ebenbürtig.

Möglicherweise überwiegt eines der verfassungsrechtlich geschützten Interessen aber im konkreten Fall. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der konkrete Eingriff besonders schwer ist, der damit erreichte Schutz für das andere verfassungsrechtliche Interesse aber eher gering ausfällt. Vorliegend könnte der Eingriff als besonders schwer angesehen werden, wenn er faktisch zu einem generellen Exportverbot führen würde.⁷⁵ Dies ist aber hier nicht der Fall, da L durch Vorlage entsprechender Bestätigungen seiner Vertragspartner den Transport durchführen kann. Der durch die Einholung solcher Bestätigungen erhoffte Schutz für die Tiere könnte allerdings ebenfalls als gering angesehen werden, wenn man davon ausgeht, die Vertragspartner würden solche Bestätigungen nur unterschreiben, ohne sich an die Vereinbarung zu halten. Dafür gibt es aber im Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Würden solche Vertragsbrüche bekannt, könnte die Behörde zudem nachsteuern und gegebenenfalls dann angemessene Untersagungsverfügungen erlassen.

Damit ist im konkreten Fall ein ausreichender Schutz für die Tiere durchaus wahrscheinlich. Der Eingriff in Grundrechte des L ist dagegen eher als gering anzusehen. Im Ergebnis überwiegt damit der Tierschutz (a.A. vertretbar).

cc) Bestimmtheit

Ein Verwaltungsakt muss grundsätzlich hinreichend bestimmt sein, damit der Adressat erkennen kann, was von ihm verlangt wird.⁷⁶ Vorliegend werden dem Adressaten mehrere Handlungsalternativen eröffnet. Er kann die Tierexporte unterlassen oder dafür Sorge tragen, dass die exportierten Tiere in S tierschutzkonform gehalten und geschlachtet werden. Gerade letzte Alternative ist aber mit einer gewissen Unsicherheit verbunden, weil aus Sicht des L nicht exakt vorgegeben wird, wie er dem Erfordernis genügen kann. Dennoch wird hier dem Bestimmtheitserfordernis genüge getan. So wird die vertragliche Zusicherung von Abnehmern als ein Beispiel genannt, wie L den Anforderungen des Bescheids genügen kann. Schließlich beruht das Gewähren eines Handlungsspiel-

raums auf dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, weil L so kein absolutes Exportverbot nach S auferlegt wird.⁷⁷

d) Zwischenergebnis

Die Untersagungsverfügung vom 21.7.2021 ist damit rechtmäßig. Die Anfechtungsklage des L ist unbegründet.

C. Gesamtergebnis

Die Klage des L ist damit insgesamt zulässig, aber unbegründet (a.A. jeweils mit entsprechender Begründung vertretbar).

⁷⁵ Dazu: OVG Münster NWVBl. 2021, 176 (176 Rn. 17).

⁷⁶ Für Anordnungen nach § 16a TierSchG: Metzger (Fn. 29), TierSchG § 16 Rn. 10.

⁷⁷ Vgl. Metzger (Fn. 29), TierSchG § 16a Rn. 10; OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.1.2017 = BeckRS 2017, 134182.

Übungshausarbeit: Wirtschaftsförderung in der Pandemie*

Von Privatdozent Dr. Johannes Eichenhofer, Bochum/Bielefeld**

Sachverhalt

Als sich im Frühjahr 2020 das Corona-Virus zunehmend auch in Deutschland ausbreitet, führt dies in zahlreichen Wirtschaftszweigen zu massiven Umsatz- und Gewinneinbußen. Besonders betroffen ist die Gastronomie- und Hotelbranche, die über Umsatzrückgänge von fast 90 % gegenüber dem Vorjahr klagt. Daher legt die Bundesregierung im März 2020 ein umfassendes Subventionsprogramm unter der Bezeichnung „Corona-Sofort-Support (CSS)“ auf. Danach können sich betroffene Betriebe aus der Hotel- und Gastronomiebranche an die als zuständig bestimmten staatlichen Stellen wenden und die Auszahlung eines zuvor benannten Geldbetrages beantragen, der sich aus der Differenz zwischen den gegenwärtig anfallenden Ausgaben (Miete, Strom, etc.) und den gegenwärtig erzielten Einnahmen ergibt (sog. Liquiditätsengpass). Allerdings wird der Kreis der Förderberechtigten von vorneherein auf „kleinere und mittelständische Unternehmen mit einer regionalen Verwurzelung“ begrenzt. Eine eigene gesetzliche Grundlage wird für das Programm nicht geschaffen. Allerdings werden die für die Subventionen verwendeten Mittel im Haushaltsplan des Bundes eingeplant, der vom Deutschen Bundestag mit Sitzung vom 13.5.2020 ordnungsgemäß beschlossen wurde.

Das „CSS“-Programm, dem eine entsprechende Vereinbarung von Bund und Ländern vorausgegangen ist, sieht vor, dass die Subventionen vom Bund getragen, aber von den Ländern ausgezahlt werden sollen. Diese dürfen auch darüber entscheiden, welche Stelle die Auszahlung durchführen soll. Im Bundesland L ist diese Aufgabe dem Landeswirtschaftsministerium übertragen worden. Daraufhin wendet sich im Juni 2020 das in der Stadt S im Bundesland L ansässige Traditionshotel H an das Wirtschaftsministerium des Landes L und beantragt auf Grundlage des dargelegten „Liquiditätsengpasses“ die Erteilung einer Subvention, die ihr – nach eingehender Prüfung seitens des Landeswirtschaftsministeriums – auch ausgezahlt wird.

Auch die Europäische Union will die krisengebeutelten europäischen Unternehmen finanziell unterstützen. Zu diesem Zweck beschließt die EU-Kommission, bereits vorhandene Mittel aus dem EU-Sozialfonds (Art. 163 AEUV) in ein neu geschaffenes Programm „Covid EU Aid (CovEUA)“ umzuschichten. Für die Konzeption dieses Programms, das vollständig aus Mitteln des EU-Haushalts finanziert wird, ist allein die EU-Kommission verantwortlich. Sie entwickelt auch die „Allgemeinen Förderrichtlinien“, aus denen sich ergibt, welche Unternehmen förderberechtigt sind. Hierin heißt es,

es müsse sich um „kleinere und mittelständische Unternehmen mit Sitz in der EU“ handeln. Durchgeführt wird das Programm von den Mitgliedstaaten, die auch die für die Auszahlung zuständigen Stellen benennen dürfen. In Deutschland werden hierzu die Bundesländer ermächtigt und das Land L benennt daraufhin auch insoweit das Landeswirtschaftsministerium als zuständige Stelle. Nachdem H, das trotz der „CSS“-Subvention unter massivem wirtschaftlichen Druck steht, einen entsprechenden Antrag beim Wirtschaftsministerium des Landes L gestellt hat, wird ihm auch eine Förderung auf Grundlage des „Covid EU Aid“-Programmes gewährt.

Konkurrentin K, eine nach niederländischem Recht in der Rechtsform „naamloze vennootschap (N.V.)“ – dem niederländischen Pendant zur deutschen Aktiengesellschaft (AG) – gegründete Unternehmensgruppe mit Sitz in Amsterdam, die weltweit über 500 Hotels, davon rund die Hälfte innerhalb der Europäischen Union und fünf in verschiedenen Städten im Bundesland L betreibt, beantragt ebenfalls finanzielle Mittel nach beiden Programmen („CSS“ und „CovEUA“). Beide Anträge lehnt das Landeswirtschaftsministerium jedoch ab, da es sich bei K erkennbar nicht um ein „kleines oder mittelständisches Unternehmen“ handle, das „regional“ bzw. in der EU „verwurzelt“ sei.

K, die ebenfalls unter enormem wirtschaftlichem Druck steht, erhebt deshalb Klage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht und begehrt Zahlung der Hilfen aus den beiden Programmen. Dabei beruft sich K auf ihre Grundrechte aus Art. 14, 12 und 3 GG, die durch die Ablehnung ihres Antrages (bei gleichzeitiger Bewilligung der Anträge des H) verletzt würden. Nachdem das Verwaltungsgericht die Klage der K abweist, erhebt K erfolglos Berufung und schließlich Revision zum Bundesverwaltungsgericht (BVerwG). Dieses bestätigt aber im Wesentlichen die Entscheidungen der Vorinstanzen und lehnt mithin einen Anspruch der K mit Urteil vom 31.1.2022 ab, das K am 1.2.2022 zugestellt wird. Hierin heißt es u.a., der Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG erstrecke sich von vorneherein nicht auf öffentlich-rechtlich gewährte Leistungen und erst recht nicht auf solche, die noch gar nicht gewährt wurden. Art. 12 Abs. 1 GG schütze zwar grundsätzlich die Wettbewerbsfreiheit. Allerdings werde diese durch die Erteilung von Subventionen an einen Mitbewerber, wie vorliegend H, von vorneherein nicht berührt. Auch Art. 3 Abs. 1 GG sei nicht verletzt, da die Ungleichbehandlung von K und H verfassungsrechtlich gerechtfertigt sei. Soweit K die Zahlung aus dem europäischen Programm „EU Covid Aid“ begehre, seien ohnehin nicht die Grundrechte des GG, sondern die der EU-Grundrechte-Charta (GRCh) maßgeblich. Das BVerfG habe im Frühjahr 2021 entschieden, dass die Grundrechte der GRCh aber in Struktur und Inhalt deckungsgleich mit jenen des GG seien. Daher sei K auch nicht in seinen Grundrechten aus der GRCh verletzt.

K hält diese Entscheidung in mehrfacher Hinsicht für verfassungswidrig. Zum einen habe das BVerwG ihren Anspruch aus Art. 14, 12, 3 Abs. 1 GG in verfassungswidriger Weise verkannt. Die Gewährung der Förderungen sei für ihr wirtschaftliches Überleben essentiell. Große Unternehmen seien

* Die Hausarbeit wurde im Wintersemester 2021/22 im Rahmen der Vorlesung „Grundrechte“ gestellt, die der *Verf.* als Lehrstuhlvertreter an der Universität Bielefeld gehalten hat. Er dankt Frau Wiss. Mitarbeiterin *Juliane Klei* für eine kritische Durchsicht einer früheren Fassung dieses Textes.

** Der *Verf.* ist Privatdozent an der Universität Bielefeld und gegenwärtig Lehrstuhlvertreter an der Ruhr-Universität Bochum.

von der Coronakrise genauso betroffen wie kleine. Daher sei die Beschränkung der Förderung auf kleine und mittelständische Unternehmen eine Diskriminierung größerer Unternehmen. Darüber hinaus hätten weder das Landeswirtschaftsministerium noch das BVerwG näher begründet, warum K kein „mittelständisches“ Unternehmen sein soll. Da dieser Begriff in den „Allgemeinen Förderrichtlinien“ der EU-Kommission zwar verwendet, aber – was zutrifft – nicht näher definiert werde, habe das BVerwG diese Rechtsfrage dem EuGH vorlegen müssen. Dasselbe gilt für die Frage, inwiefern eine Nichterteilung der Förderung aus dem „EU Covid Aid“-Programm die K in ihren Grundrechten aus der GRCh verletze. Indem das BVerwG dies unterlassen habe, habe es nicht nur seine Vorlagepflicht aus Art. 267 AEUV verletzt, sondern der K auch ihren gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vorenthalten. Daher erhebt K am 7.2.2022 Verfassungsbeschwerde zum BVerfG.

Frage

Hat die Verfassungsbeschwerde der K Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitungsvermerk

Bitte erstatten Sie ein umfassendes Rechtsgutachten, das auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, notfalls hilfsgutachtlich.

Lösungsvorschlag

Anmerkung: Die nachfolgenden unverbindlichen Lösungshinweise stellen keine Musterlösung dar, sondern benennen lediglich Problemschwerpunkte, welche für die Aufgabenstellung maßgeblich erschienen.¹

Die Verfassungsbeschwerde der K hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig (A.) und soweit sie begründet ist (B.).

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 90 ff., 13 Nr. 8a BVerfGG für die Entscheidung über Verfassungsbeschwerden zuständig.

II. Beteiligten² oder Beschwerdefähigkeit³

Nach § 90 Abs. 1 BVerfGG hat „jedermann“ das Recht, eine Verfassungsbeschwerde zum BVerfG zu erheben. Als „jedermann“ gilt jede natürliche oder juristische Person, die als Trägerin der als verletzt geltend gemachten Grundrechte (Art. 1–19 GG) und grundrechtsgleichen Rechte (Art. 20

Abs. 4, Art. 33, 38, 101, 103, 104 GG) in Betracht kommt, d.h. jede grundrechtsberechtigte und -fähige Person.⁴ Vorliegend macht K, eine nach niederländischem Recht gegründete Unternehmensgruppe in der Rechtsform „naamloze vennootschap (N.V.)“ – dem niederländischen Pendant zur deutschen Aktiengesellschaft (AG) – eine Verletzung von Art. 14, 12, 3 und 101 Abs. 1 S. 2 GG geltend.

I. Anforderungen des Art. 19 Abs. 3 GG

Fraglich ist, ob sich K auf diese als verletzt geltend gemachten Grundrechte und das grundrechtsgleiche Recht berufen kann, d.h. ob sie grundrechtsberechtigt und in Bezug auf die genannten Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte grundrechtsfähig ist. Grundrechtsberechtigt sind juristische Personen nur, wenn sie die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 3 GG erfüllen, d.h. es muss sich um eine inländische juristische Person handeln und die von ihr als verletzt geltend gemachten Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte müssen ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sein.

a) Juristische Person

Im verfassungsrechtlichen Sinne umfasst der Begriff der „juristischen Person“ alle durch Privatrecht (und in beschränktem Umfang durch öffentliches Recht⁵) gegründeten verselbständigten Zusammenschlüsse, die vollständig oder teilweise rechtsfähig sind.⁶ K ist in einer Rechtsform des niederländischen Privatrechts, nämlich der „naamloze vennootschap (N.V.)“, gegründet. Wie dem Sachverhalt zu entnehmen ist, handelt es sich hierbei um das niederländische Pendant zur deutschen Aktiengesellschaft, mithin um eine vollrechtsfähige Vereinigung des Privatrechts und damit auch um eine juristische Person i.S.v. Art. 19 Abs. 3 GG.

b) „Inländische“ juristische Person

Problematisch ist hingegen, inwiefern es sich bei K auch um eine „inländische“ juristische Person handelt. Nach der Rspr. des BVerfG⁷ kommt es bei Gesellschaften dafür darauf an, ob sie ihren Sitz, d.h. ihren tatsächlichen Geschäftsmittelpunkt und/oder Verwaltungssitz im Bundesgebiet haben (sog. Sitztheorie). Dies ist bei K nicht der Fall: ihr Sitz befindet sich nämlich in den Niederlanden. Mithin stellt sie unter strenger Anwendung der Sitztheorie keine „inländische“ juristische Person dar. Allerdings hat das BVerfG für juristische Personen, die ihren Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat haben, eine Ausnahme gemacht. So müssen diese juristischen Personen wegen des – dem nationalen Verfassungsrecht vorgehenden – Diskriminierungsverbotes des Art. 18 AEUV ebenfalls als „inländisch“ behandelt werden. Das BVerfG spricht insofern von einer „Anwendungserweiterung“ des Art. 19 Abs. 3 GG.⁸ Da es sich bei den Niederlanden um einen Mitgliedstaat der EU handelt, wäre K nach Maßgabe dieser Rspr. auch als

¹ Der Fall ist in Teilen angelehnt an BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 2016/14 (Tierarzneimittel).

² Diesen Begriff verwendet *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Kap. 3 Rn. 153.

³ Diesen Begriff verwenden etwa *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 37. Aufl. 2021, Rn. 1388; *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 145.

⁴ Vgl. statt vieler etwa *Epping* (Fn. 2), Kap. 4 Rn. 153 ff.

⁵ Vgl. etwa *Epping* (Fn. 2), Kap. 4 Rn. 158 ff.

⁶ Vgl. *Kingreen/Poscher* (Fn. 3), Rn. 224 m.w.N.

⁷ Vgl. etwa BVerfGE 21, 207 (209).

⁸ Vgl. BVerfGE 129, 78 (94 ff.); BVerfG NJW 2016, 1044 ff.

„inländische“ juristische Person zu qualifizieren.

c) Wesensmäßige Anwendbarkeit

Schließlich müssten die von K als verletzt geltend gemachten Grundrechte (Art. 14, 12, 3 GG) und das grundrechtsgleiche Recht des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG auch „wesensmäßig“ auf juristische Personen anwendbar sein. Das BVerfG beurteilt diese Frage nach dem Kriterium des „personellen Substrats“, wonach ein „Durchgriff“ auf die „hinter der juristischen Personen stehenden Menschen dies als sinnvoll erscheinen lässt.“⁹ In der Literatur¹⁰ wird stattdessen auf das Kriterium der „grundrechtstypischen Gefährdungslage“ zurückgegriffen, wonach eine wesensmäßige Anwendung immer dann in Betracht kommt, wenn eine juristische Person im gleichen Ausmaß wie natürliche Personen einem hoheitlichen Eingriff ausgesetzt ist. In seiner jüngeren Rspr.¹¹ hat das BVerfG auch auf dieses Kriterium zurückgegriffen. Danach scheidet eine wesensmäßige Anwendung solcher Grundrechte aus, die in spezifischer Weise natürliche Personen, nämlich ihre körperliche Integrität (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) oder ihre individuelle Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) schützen. Dagegen ist eine wesensmäßige Anwendung der sog. Wirtschaftsgrundrechte, d.h. Art. 14¹² und 12¹³ GG, ebenso anerkannt wie eine wesensmäßige Anwendung des Allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG¹⁴), der nämlich zugleich einen allgemeinen, auch im Rechtsstaatsprinzip zum Ausdruck kommenden Rechtsgrundsatz darstellt.¹⁵ Da das grundrechtsgleiche Recht des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vom BVerfG als objektiver Verfassungsgrundsatz verstanden wird, können sich sogar ausländische juristische Personen hierauf berufen.¹⁶ Folglich sind die von K geltend gemachten Grundrechte und das grundrechtsgleiche Recht des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG auch wesensmäßig auf K anwendbar.

2. Verletzung der Grundrechte der GRCh

Zu berücksichtigen ist schließlich, dass die Gewährung der Beihilfe¹⁷ nach Maßgabe des „CovEUA“-Programmes mög-

licherweise nicht an den Grundrechten des GG, sondern an denjenigen der GRCh zu messen ist. Der Wortlaut des § 90 Abs. 1 BVerfGG lässt allerdings nur Verfassungsbeschwerden mit der Behauptung zu, in den Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten des GG verletzt zu sein. Allerdings hat das BVerfG in seiner neueren Rechtsprechung¹⁸ anerkannt, dass mit der Verfassungsbeschwerde auch eine Verletzung der Grundrechte der GRCh geltend gemacht werden kann. Dies ist die Konsequenz daraus, dass sich das BVerfG in Fällen, die EU-rechtlich „vollständig determiniert“¹⁹ sind, ebenfalls vorbehält, den betreffenden EU-Rechtsakt am Maßstab der GRCh zu prüfen (dazu noch IV. 1. b).

Anmerkung: Zuweilen wird in Lehrbüchern²⁰ empfohlen, nach der Beschwerdefähigkeit auf die Prozessfähigkeit, d.h. die Fähigkeit einzugehen, selbst wirksam Prozesshandlungen vorzunehmen. Allerdings ist dies nur in ganz wenigen Fällen problematisch, so etwa bei Minderjährigen und bei Entmündigten. Bei K bestehen solche Bedenken hingegen nicht, sodass auf den Punkt der Prozessfähigkeit nicht gesondert eingegangen werden muss. Es könnte allenfalls erwähnt werden, dass K sich nach § 22 BVerfGG anwaltlich vertreten lassen muss.

III. Beschwerdegegenstand

Tauglicher Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ist nach § 90 Abs. 1 BVerfGG jeder Akt der „öffentlichen Gewalt“. Anders als i.R.v. Art. 19 Abs. 4 GG ist mit diesem Begriff nicht nur die vollziehende Gewalt gemeint,²¹ sondern alle

„Subvention“ eine Terminologie des deutschen Rechts darstellt (vgl. etwa § 23 BHO, § 264 Abs. 7 StGB) und hier vermögenswerte Leistungen an ein (privates oder öffentliches) Unternehmen ohne marktmäßige Gegenleistung zur Verwirklichung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen bezeichnet (vgl. etwa *Kluth*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2019, § 11 Rn 13), ist „Beihilfe“ eine Terminologie des EU-Rechts (vgl. etwa Art. 107 ff. AEUV). Hierunter ist nach der Rspr. des EuGH (vgl. etwa EuGH, Urt. v. 16.5.2002 – C-482/99 [Star dust]) jede staatliche Leistung ohne adäquate Gegenleistung an bestimmte Unternehmen (sowie) zu verstehen, die eine Wettbewerbsverfälschung verursacht und einen grenzüberschreitenden Bezug aufweist (vgl. *Kluth* [a.a.O.], § 11 Rn 18); allgemein zum Beihilfen- und Subventionsrecht etwa: *Kluth* (Fn. a.a.O.), § 11; *Unger*, in: Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 8; eingehend zu den sog. „Corona-Soforthilfen“ etwa: *Giesberts/Gayger/Weyand*, COVID-19 – Hoheitliche Befugnisse, Rechte Betroffener und staatliche Hilfen, NVwZ 2021, 417 (422).

¹⁸ Grundlegend BVerfGE 152, 216 (236 ff.) – Recht auf Vergessen II.

¹⁹ Vgl. dazu BVerfGE 152, 152 (177 ff.) – Recht auf Vergessen I; BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 2016/14 (Tierarzneimittel), Rn. 46 ff.

²⁰ Vgl. etwa *Kingreen/Poscher* (Fn. 3), Rn. 1389; *Hillgruber/Goos* (Fn. 3), Rn. 176 ff.

²¹ So jedenfalls die st. Rspr. des BVerfG, vgl. etwa BVerfGE

⁹ BVerfGE 21, 362 (369); Hier könnte zwar argumentiert werden, dass es bei Kapitalgesellschaften statt einem personalen ein finanzielles Substrat gibt, da dieses letztlich die Haftungsmasse bildet. Ausreichend für die Annahme eines personalen Substrats ist aber, dass sich das Handeln der Kapitalgesellschaft auf ein Handeln natürlicher Personen zurückführen lässt, vgl. *Epping* (Fn. 2), Kap. 4 Rn. 158.

¹⁰ Vgl. etwa v. *Mutius*, VerwArch 65 (1974), 87 (90).

¹¹ Vgl. etwa BVerfGE 122, 342 (355).

¹² St. Rspr. seit BVerfGE 4, 7 (17).

¹³ Vgl. statt vieler etwa BVerfGE 21, 261 (266).

¹⁴ Generell zu juristischen Personen des Privatrechts etwa: BVerfGE 35, 263 (271); speziell für Handelsgesellschaften etwa: BVerfGE 23, 353 (373).

¹⁵ Vgl. etwa BVerfGE 75, 192 (200).

¹⁶ St. Rspr. seit BVerfGE 18, 441 (447).

¹⁷ Unter einer „Beihilfe“ ist – genau wie unter einer Subvention – eine staatliche Förderung bestimmter Unternehmen oder bestimmter Wirtschaftszweige zu verstehen. Während die

drei Gewalten, d.h. Exekutive, Judikative und Legislative. Unter einem „Akt“ ist sowohl ein positives Handeln als auch ein Unterlassen einer der drei Gewalten zu verstehen, wie sich aus §§ 92, 95 Abs. 1 S. 1 BVerfGG ergibt, die von einer „Handlung oder Unterlassung“ sprechen.

Vorliegend bieten sich gleich mehrere taugliche Beschwerdegegenstände an. Denn K geht es der Sache nach darum, dass H eine Subvention und eine Beihilfe²² gewährt wurden, während K beides verwehrt wurde. Insofern kommt sowohl eine „Handlung“ (Gewährung von Subvention und Beihilfe an H) als auch eine „Unterlassung“ (Nichtgewährung von Subvention und Beihilfe an K) der „vollziehenden Gewalt“, nämlich des Wirtschaftsministeriums von L, in Betracht. Denkbar wäre es aber auch, die verschiedenen Akte der Judikative, nämlich die Entscheidungen aller Gerichte, welche die Klage der K abgewiesen haben, als Beschwerdegegenstand zu identifizieren. Hier bietet es sich an, auf das letztinstanzliche Urteil, sprich die Entscheidung des BVerwG, zurückzugreifen, da der K hiergegen kein ordentlicher Rechtsbehelf mehr zusteht. Dem BVerwG als letztinstanzlichem Gericht wirft K zudem vor, seine aus Art. 267 UAbs. 3 AEUV folgende Vorlagepflicht verletzt zu haben und sie so in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt zu haben. Bei mehreren Akten öffentlicher Gewalt in der gleichen Sache hat der/die Beschwerdeführer/in die Wahl, welche Akte er/sie angreifen möchte.²³ Hier liegt es aber nahe, dass K gegen das Urteil des BVerwG vorgehen wollte (hinsichtlich Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG wäre dies sogar zwingend), da dieses die Entscheidungen der vorherigen Instanzen und zuvor der öffentlichen Verwaltung vollumfänglich bestätigt hatte.

Anmerkung: Möglich wäre es zwar auch, sowohl das BVerwG-Urteil als auch gegen die Entscheidungen des Landeswirtschaftsministeriums vorzugehen. Dann müsste aber im Folgenden stets zwischen beiden Beschwerdegegenständen differenziert werden.

IV. Beschwerdebefugnis

Gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG kann jedermann mit der „Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte“ oder grundrechtsgleichen Rechte „verletzt zu sein“, Verfassungsbeschwerde erheben. Dies setzt voraus, dass eine Grundrechtsverletzung jedenfalls möglich ist (dazu unter 1.). Darüber hinaus verlangt das BVerfG in ständiger Rspr., dass ein/e Beschwerdeführer/in von dem gerügten Akt der öffentlichen Gewalt „selbst, gegenwärtig und unmittel-

bar“²⁴ betroffen bzw. durch ihn beschwert ist (dazu unter 2.–4.).

1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

Vorliegend ist gleich in mehrerer Hinsicht fraglich, ob eine Verletzung der Grundrechte der K in Betracht kommt. Im Einzelnen ist dabei zwischen der Subvention aus dem Bundeshaushalt (a) und der Beihilfe aus europäischen Mitteln (b) zu differenzieren.

a) Subvention aus dem Bundeshaushalt

Dass K gegenüber H in einer Weise, die nicht gerechtfertigt werden kann, benachteiligt wurde, lässt sich nicht völlig ausschließen, sodass eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG nicht von vornherein unmöglich erscheint. Auch erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass das BVerwG seine Vorlagepflicht verletzt und K dadurch in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt hat. Grundlegende Zweifel an der Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung bestehen vorliegend aber sowohl in Bezug auf Art. 14 Abs. 1 GG (aa) als auch auf Art. 12 Abs. 1 GG (bb).

aa) Art. 14 Abs. 1 GG?

K macht vorliegend geltend, durch den Nichterhalt der Subvention in ihrem Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG verletzt zu sein. Dies erscheint jedoch äußerst fraglich. So ist bereits umstritten, inwiefern Subventionen als öffentlich-rechtlich gewährte Leistungen überhaupt dem Schutz des Eigentumsgrundrechts unterfallen.²⁵ Für das BVerfG kommt es dabei darauf an, ob die öffentlich-rechtliche Leistung dem Begünstigten „nach Art eines Ausschließlichkeitsrechts zugeordnet ist“²⁶, wovon dann auszugehen sei, wenn sie das Äquivalent einer eigenen Leistung des Berechtigten darstelle (so z.B. bei Anwartschaften aus der Sozialversicherung)²⁷, wohingegen eine öffentlich-rechtlich begründete Position nicht unter Art. 14 GG falle, wenn sie überwiegend auf staatlicher Leistung beruhe.²⁸ So ist es auch bei der Subvention: sie wird allein aus staatlichen Mitteln gewährt, ohne dass der Subventionsnehmer dafür eine Gegenleistung zu erbringen braucht.²⁹ Damit zählen Subventionen als einseitig öffentlich-rechtliche Leistungen schon dem Grunde nach nicht zum verfassungsrechtlich geschützten Eigentumsgrundrecht. Hinzu kommt noch, dass K die Subvention noch gar nicht gewährt wurde. Mithin geht es K gar nicht um bereits erworbene Subventionen, sondern um solche, die sie eventuell künftig erwerben wird. Allerdings ist anerkannt, dass der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG keine bloßen Erwerbsaussichten umfasst (Stichwort: Geschützt wird „das Erworbene“, nicht der „Erwerb“).³⁰ Derlei künftige Erwerbchancen fallen allenfalls in den Schutzbereich der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).

49, 329 (340); 107, 395 (404 ff.).

²² Zum Beihilfen- und Subventionsbegriff eingehend oben, Fn. 17. Bei der Vergabe von Subventionen und Beihilfen ist die Verwaltung an keine besondere Form gebunden. Regelmäßig wird ein Subventionsrechtsverhältnis aber entweder durch Verwaltungsakt (§ 35 VwVfG) oder durch öffentlich-rechtlichen Vertrag (§§ 54 ff. VwVfG) begründet, vgl. *Unger* (Fn. 17), § 8 Rn. 50, 52.

²³ BVerfGE 19, 377 (389).

²⁴ Vgl. zuerst BVerfGE 1, 97 (101 f.).

²⁵ Vgl. dazu etwa *Epping* (Fn. 2), Kap. 9 Rn. 451.

²⁶ BVerfGE 69, 272 (300); 72, 175 (195).

²⁷ BVerfGE 116, 96 (121).

²⁸ BVerfGE 48, 408 (413).

²⁹ Vgl. zum Subventionsbegriff bereits eingehend oben, Fn. 17.

³⁰ Grundlegend BVerfGE 30, 292 (335); seither st. Rspr.

Soweit K betont, dass durch die Nichterteilung der Subvention ihr gesamtes Geschäft vor dem Ruin stehe, mag dies zwar zutreffen. Dies ist jedoch nicht zurechenbar auf eine staatliche Maßnahme oder Unterlassung zurückzuführen, sondern auf höhere Gewalt, nämlich die pandemiebedingten Umsatz- und Gewinnrückgänge. Diese gehören jedoch zum unternehmerischen Risiko. Ein allgemeiner, gegen den Staat gerichteter Anspruch auf Abwendung dieses Risikos besteht nicht.

bb) Art. 12 Abs. 1 GG

Darüber hinaus erscheint aber auch eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG zweifelhaft – und zwar aus zwei Gründen: Zum einen ist umstritten, inwiefern die Vergabe einer Subvention an ein Unternehmen die Grundrechte der Konkurrenz verletzen kann. Zum anderen handelt es sich bei Art. 12 Abs. 1 GG um einen Bürger- oder ein „Deutschengrundrecht“ und bei K um eine Gesellschaft nach niederländischem Recht mit Sitz in den Niederlanden.

Zunächst fragt sich, inwiefern Art. 12 Abs. 1 GG überhaupt verletzt sein kann, weil der Konkurrenz eine Subvention gewährt wurde.³¹ Das BVerfG hält dies nur in Ausnahmefällen für möglich. Grundsätzlich schütze die von Art. 12 Abs. 1 GG umfasste Wettbewerbsfreiheit³² nämlich nur „die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen“³³. Da Subventionen regelmäßig aber auf die Herstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs zielten, stellten sie von vornherein keinen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit dar, sondern ihre Ermöglichung (und zwar für diejenigen, denen die Subvention gewährt wurde). Hinzu kommt, dass dem Staat bei der Vergabe von Leistungen traditionell ein viel größerer Spielraum zuerkannt wird als bei hoheitlichen Eingriffen in Grundrechte.³⁴ Dieser Rspr. wird von Seiten der Literatur nicht nur vorgeworfen, eine „Abkehr von der traditionellen Grundrechtsdogmatik“³⁵ einzuleiten. Sie verkenne auch, dass die Vergabe von Subventionen an ein Konkurrenzunternehmen zwar keinen unmittelbaren, aber einen mittelbarfaktischen Eingriff in die Grundrechte des nicht-berücksichtigten Unternehmens darstelle. Ferner entziehe sie auch „ein zentrales Instrument der Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik weitgehend der grundrechtlichen Kontrolle“, was zudem darauf hinauslaufe, den „Wettbewerb [...] von einem Ergebnis dezentraler individueller Freiheitsrealisierung zu einer staatlich bereitgestellten Institution“³⁶ zu modifizieren. Da beide Auffassungen hier zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, wäre eigentlich eine Streitentscheidung erforderlich. Etwas anderes gilt nur, wenn Art. 12 Abs. 1 GG schon aus anderen Gründen nicht einschlägig ist.

³¹ Vgl. dazu etwa *Unger* (Fn. 17), § 8 Rn. 6–8, 83 ff.

³² Zur Frage, inwiefern die Wettbewerbsfreiheit von Art. 12 Abs. 1 oder Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist, etwa: *Epping* (Fn. 2), Kap. 8 Rn. 387.

³³ So BVerfGE 105, 252 (265).

³⁴ Siehe dazu noch im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG unten, B. I. 3. b).

³⁵ *Wollenschläger*, *VerwArch* 102 (2011), 20 (38 f.).

³⁶ *Unger* (Fn. 17), § 8 Rn. 8.

Ein solcher Grund könnte darin zu sehen sein, dass Art. 12 Abs. 1 GG seinem Wortlaut nach nur alle „Deutschen“ schützt. In entsprechender Anwendung von Art. 19 Abs. 3 GG (s.o., II. 1. b) sind hierunter auch „inländische“ juristische Personen, also solche zu verstehen, die nach deutschem Recht gegründet wurden und/oder im Bundesgebiet ihren Sitz haben. Beides ist bei K nicht der Fall (s.o., II. 1. b). Allerdings wurde in dem Zusammenhang bereits betont, dass das BVerfG beim Begriff „inländisch“ zur Umsetzung von Art. 18 AEUV eine „Anwendungserweiterung“ dergestalt vertreten hat, wonach auch juristische Personen mit Sitz im EU-Ausland erfasst werden (s.o., II. 1. b). Dementsprechend fragt sich, ob sich auch EU-Bürger bzw. juristische Personen mit Sitz im EU-Ausland auf die Deutschengrundrechte berufen können. Dafür spricht jedenfalls die auch insoweit gebotene Umsetzung von Art. 18 AEUV. Zur Herstellung unionsrechtskonformer Zustände werden deshalb zwei Lösungen diskutiert³⁷: Entweder eine (analoge) Anwendung der Deutschengrundrechte auf ausländische Unionsbürger bzw. juristische Personen mit Sitz im EU-Ausland, wobei über den Wortlaut („Alle Deutschen“) „hinweggelesen“ werden solle, oder die Betroffenen sollen sich nur auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen können, über den ihnen dann allerdings ein dem Deutschengrundrecht äquivalenter Schutz zusteht. Das BVerfG hat sich für die zweite Variante entschieden.³⁸ Dafür spricht, dass sich die erste Lösung eindeutig über die Wortlautgrenze hinwegsetzt. Auf Grundlage dieser Ansicht könnte sich K jedenfalls insoweit nicht auf Art. 12 Abs. 1 GG, allerdings auf Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) berufen.

b) Beihilfe aus EU-Mitteln

Fraglich ist zudem, ob K sich wegen der Nichtgewährung der EU-Beihilfe auf die Grundrechte des GG berufen kann. Diese schützen nach Art. 1 Abs. 3 GG zwar vollumfänglich, aber eben auch nur gegen die *deutsche* öffentliche Gewalt. Dagegen bieten gegen ein Handeln der EU-Organe und der Mitgliedstaaten, wenn sie EU-Recht durchführen, die Grundrechte der GRCh Schutz (vgl. Art. 51 Abs. 1 GRCh). Zwar war lange unklar, ob in diesen Fällen die Grundrechte des GG kumulativ zur Anwendung kommen können.³⁹ Nach der neueren Rspr. des BVerfG⁴⁰ ist dies nur der Fall, wenn den Mitgliedstaaten substantielle Gestaltungsspielräume verbleiben. Ist ein Sachverhalt hingegen „vollständig unionsrechtlich determiniert“⁴¹, ist er nicht an den Grundrechten des GG, sondern ausschließlich an denjenigen der GRCh zu messen. Dazu führt das BVerfG aus: „Ob eine Rechtsfrage vollständig

³⁷ Vgl. zum Streitstand etwa: *Epping* (Fn. 2), Kap. 11 Rn. 584 f. m.w.N.

³⁸ Vgl. BVerfGE 129, 78 (94 ff.).

³⁹ Vgl. zum Ganzen etwa: *Thym*, *Vereinigt die Grundrechte!*, JZ 2015, 53.

⁴⁰ BVerfGE 152, 152 (Recht auf Vergessen I); 152, 216 (Recht auf Vergessen II); BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 2016/14 (Tierarzneimittel).

⁴¹ So die Formulierung in BVerfGE 152, 216 (233 ff.); BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 2016/14 (Tierarzneimittel), Rn. 35, 37.

unionsrechtlich determiniert ist, richtet sich in aller Regel nach den Normen, aus denen die Rechtsfolgen für den streitgegenständlichen Fall abzuleiten sind.⁴² Dabei kommt es weniger auf die Handlungsform an, derer sich die EU bedient hat,⁴³ als auf eine methodengerechte Auslegung des maßgeblichen Sekundär- oder Tertiärrechts.⁴⁴ Maßgeblich ist also, ob den Mitgliedstaaten bzw. ihren Organen eigene Entscheidungsspielräume zustehen sollen oder ob die Regelung gerade Rechtsgleichheit innerhalb der EU herstellen soll. Vorliegend beruht die Beihilfe auf einem europäischen Förderprogramm, mit dem die EU-Organe beabsichtigen, im gesamten Binnenmarkt ansässige Unternehmen zu unterstützen, die in besonderem Maße von den Auswirkungen der Corona-Krise betroffen sind. Ziel der Regelung ist es also, EU-weit einheitliche Regelungen für die Vergabe von Fördermitteln zu schaffen. Mithin steht die Herstellung von Rechtsgleichheit im Vordergrund. Nach Maßgabe der neuesten Rspr. des BVerfG wären somit vorliegend nicht die Grundrechte des GG, sondern der GRCh anwendbar. Über deren Einhaltung – wie über das gesamte EU-Recht – wacht grundsätzlich der EuGH. Die Gerichte der Mitgliedstaaten haben nach Art. 267 UAbs. 1 AEUV die Möglichkeit bzw. nach UAbs. 3 die Verpflichtung, ungeklärte unionsrechtliche Rechtsfragen dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. Dessen ungeachtet behält sich das BVerfG nach seiner neuesten Rspr.⁴⁵ vor, die GRCh selbst anzuwenden. Demnach könnte sich K auch in unionsrechtlich vollständig determinierten Sachverhalten mit einer Verfassungsbeschwerde zum BVerfG zur Wehr setzen, das dann die Grundrechte der GRCh anzuwenden hätte. Als solche kämen Art. 15 f. (Berufs- und unternehmerische Freiheit), Art. 17 (Eigentum) und Art. 20 (Gleichheit) GRCh in Betracht. Diese Normen sind jedenfalls nach h.M. auch auf juristische Personen anwendbar.⁴⁶

c) Fazit

Insgesamt kann damit festgehalten werden, dass vorliegend jedenfalls eine Verletzung von Art. 14 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) und – je nachdem, welche Auffassung oben (A.

⁴² BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 2016/14 (Tierarzneimittel), Rn. 22.

⁴³ Schließlich kennt auch die an sich unmittelbar anwendbare Verordnung (Art. 288 UAbs. 2 AEUV) sog. Öffnungsklauseln, während andererseits eigentlich umsetzungsbedürftige Richtlinien (Art. 288 UAbs. 3 AEUV) so präzise und bestimmt gefasst sein können, dass sie unmittelbar anwendbar sind.

⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 2016/14 (Tierarzneimittel), Rn. 43 f.

⁴⁵ BVerfGE 152, 216 (233 ff.), BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 2016/14 (Tierarzneimittel), Rn. 33 ff.

⁴⁶ Vgl. *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl. 2021, Art. 16 Rn. 12 m.w.N., Art. 17 Rn. 16, Art. 20 Rn. 7; lediglich für Art. 15 GRCh ist diese Frage umstritten. Dagegen wird angeführt, dass Abs. 2 und 3 nur auf natürliche Personen Bezug nehmen. Dafür spricht, dass Art. 15 Abs. 1 GRCh ganz allgemein von „Person“ spricht, worunter auch juristische Personen gefasst werden können, vgl. zum Streitstand etwa: *Jarass* (Fn. 16), Art. 15 Rn. 9 m.w.N.

IV. 1. a) bb) vertreten wird – auch von Art. 12 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) von vorneherein ausscheidet (dann wäre Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 18 AEUV zu prüfen). Dagegen erscheint eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ebenso möglich wie eine solche von Art. 15 f., 17 und 20 GRCh.

2. Eigene Beschwer

Eine „eigene Beschwer“ bzw. „selbst“ beschwert zu sein, verlangt – zur Vermeidung von Populärverfassungsbeschwerden –, dass die/der Beschwerdeführer/in die Verletzung eigener Grundrechte geltend macht. Das ist bei K vorliegend der Fall, denn das Urteil des BVerwG entscheidet über die von K erhobene Klage, mit der K bereits eine Verletzung eigener Grundrechte rügt.

3. Gegenwärtige Beschwer

Mit der „gegenwärtigen“ Beschwer ist gemeint, dass der Akt der öffentlichen Gewalt die/den Beschwerdeführer/in schon oder noch in ihren/seinen Grundrechten betrifft. Ausgeschlossen ist damit eine Beschwerde gegen künftige oder in der Vergangenheit liegende Akte ohne Auswirkungen auf die Gegenwart. Das Urteil des BVerwG belastet K jedoch gegenwärtig, sodass diese Voraussetzung erfüllt ist.

4. Unmittelbare Beschwer

Schließlich muss der angegriffene Akt auch „unmittelbar“, d.h. ohne weitere Zwischenschritte in die Grundrechte der/des Beschwerdeführers/in eingreifen. Daran fehlt es etwa bei Rechtsnormen, wenn sie auf Vollzug durch Behörden und Gerichten angewiesen sind und hiergegen Rechtsschutz vor den Fachgerichten besteht. Vorliegend geht es jedoch um ein letztinstanzliches Urteil, das der K einen grundrechtlich fundierten Anspruch verwehrt. Davon ist K unmittelbar betroffen, da es keiner Zwischenschritte mehr bedarf, damit sie den geltend gemachten Anspruch nicht weiter als durch Verfassungsbeschwerde verfolgen kann.

5. Fazit

Damit ist K insgesamt auch beschwerdebefugt.

V. Rechtsschutzbedürfnis

1. Rechtswegerschöpfung

Nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG darf eine Verfassungsbeschwerde zum BVerfG erst erhoben werden, wenn die/der Beschwerdeführer/in zuvor den fachgerichtlichen Rechtsweg vollständig beschritten, d.h. alle ihr/ihm zur Verfügung stehenden prozessualen Mittel erschöpft hat. Das ist bei K der Fall, da sie bereits bis vor das BVerwG als letzte Fachinstanz gezogen ist.

2. Subsidiarität

Der Grundsatz der Subsidiarität besagt, dass eine Verfassungsbeschwerde auch erst dann erhoben werden darf, wenn zuvor neben dem fachgerichtlichen auch alle sonstigen gerichtlichen oder außergerichtlichen Rechtsschutzinstanzen ersucht

wurden.⁴⁷ Dadurch soll das BVerfG so weit wie möglich entlastet werden, indem es nämlich auf einen fachlich wie rechtlich so weit wie möglich aufbereiteten Fall trifft.⁴⁸ Vorliegend ist jedoch nicht ersichtlich, dass K – nach Erschöpfung des Verwaltungsrechtswegs – noch andere Rechtsschutzmöglichkeiten zustünden. Denkbar wäre zwar die Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens zum EuGH nach Art. 267 AEUV. Hierüber entscheidet jedoch allein das vorgelegte bzw. -verpflichtete Gericht, nicht aber der Kläger bzw. Beschwerdeführer. Damit ist auch der Grundsatz der Subsidiarität gewahrt.

VI. Form und Frist

Nach § 23 Abs. 1 BVerfGG sind Verfassungsbeschwerden schriftlich beim BVerfG einzureichen, sie sind zu begründen und mit allen erforderlichen Beweismitteln zu versehen. In der Begründung hat die/der Beschwerdeführer/in nach § 92 BVerfGG „das Recht, das verletzt sein soll, und die Handlung oder Unterlassung des Organs oder der Behörde, durch die der Beschwerdeführer sich verletzt fühlt, zu bezeichnen.“ Schließlich muss eine Verfassungsbeschwerde nach § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG „binnen eines Monats“ erhoben werden. Da K vorliegend bereits am 7.2.2022 Verfassungsbeschwerde erhoben hat, ist diese Frist unproblematisch gewahrt.

VII. Ergebnis

Damit ist die Verfassungsbeschwerde der K zunächst einmal zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit K durch das Urteil des BVerwG in ihren Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten verletzt ist. Als Prüfungsmaßstab ist dabei nur das Verfassungsrecht (und nach der neuesten Rspr. des BVerfG auch die GRCh) heranzuziehen, nicht aber das (einfachgesetzliche oder europarechtliche) Fachrecht, über deren Einhaltung allein die Fachgerichte wachen. Das BVerfG hingegen ist schließlich keine „Superrevisionsinstanz“, sondern allein für die in Art. 93 GG i.V.m. dem BVerfGG genannten Verfahren zuständig.

Anmerkung: Wer neben oder statt dem Urteil des BVerwG die Entscheidung(en) des Landeswirtschaftsministeriums als Beschwerdegegenstand identifiziert hatte, musste (auch) deren Vereinbarkeit mit den Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten der K prüfen.

Anmerkung: Bei der Prüfung mehrerer Grundrechte gilt: das speziellste Grundrecht zuerst (nie mit Art. 2 Abs. 1 GG beginnen), vorbehaltlose Grundrechte vor solchen mit Schrankenvorbehalt, Freiheits- vor Gleichheitsrechten prüfen.⁴⁹

Eine solche Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten der K könnte sich einerseits daraus ergeben, dass das BVerwG einen Anspruch der K auf Erteilung der Subvention aus Bundesmitteln (I.) und andererseits der Erteilung der Beihilfe aus EU-Mitteln (II.) verneint hat.

Anmerkung: Vertretbar wäre es auch, zunächst nach den einzelnen Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten zu differenzieren und innerhalb dieser Prüfung dann zwischen der (deutschen) Subvention und der (EU-)Beihilfe. Dies hätte allerdings auch den Nachteil, dass die Prüfung der GRCh dann nicht sauber „eingeleitet“ werden kann, d.h. sie käme gewissermaßen überraschend. Wichtig ist in jedem Fall eine – anhand von Gliederungspunkten – deutlich erkennbare Differenzierung zwischen Subvention und Beihilfe.

I. Entscheidung über die Subvention aus Bundesmitteln

Indem das BVerwG einen Anspruch der K auf Gewährung einer Subvention aus Bundesmitteln verneinte, könnte es K in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) bzw. Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) i.V.m. Art. 18 AEUV (unter 1.) sowie aus Art. 3 Abs. 1 GG (unter 2.) verletzt haben. Eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) kommt dagegen von vornherein nicht in Betracht (s.o., A. IV. 1. a) aa).

Anmerkung: Die Prüfungspunkte (1.) und (2.) mussten nicht kumulativ, sondern alternativ geprüft werden – je nachdem, für welche Auffassung sich die Bearbeiter (-innen) bei dem oben (A. IV. 1. b) genannten Meinungsstreit entschieden haben. Wurde Art. 12 Abs. 1 GG von vornherein für nicht einschlägig gehalten, war nur (2.) zu prüfen, sonst nur (1.). Hier werden (1.) und (2.) nur deshalb dargestellt, um beide (vertretbaren) Lösungswege abzubilden.

1. Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG), bzw. Art. 2 Abs. 1 GG [i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG] i.V.m. Art. 18 AEUV)?

Hinweis: Vorliegend könnte sich eine Grundrechtsverletzung daraus ergeben, dass das BVerwG einen Anspruch der K auf Erteilung einer Subvention verneinte. Hierin könnte zwar ein Grundrechtseingriff gesehen werden, sodass im Folgenden nach dem „Eingriffsschema“ (Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung) geprüft werden müsste. Dies wäre aber letztlich verfehlt, jedenfalls unnötig kompliziert, da der „Eingriff“ gerade darin bestünde, einen (vermeintlich) bestehenden grundrechtlichen Anspruch abzulehnen, sodass dessen Bestehen inzident, d.h. innerhalb des Eingriffsschemas zu prüfen wäre. Deutlich einfacher und deshalb vorzugswürdig wäre es deshalb, direkt das Bestehen des behaupteten grundrechtlichen Anspruchs zu prüfen, d.h. den „Anspruchs- oder Leistungsaufbau“ zu wählen. Dies gilt im Übrigen auch für die gesamte weitere Prüfung.

⁴⁷ Vgl. etwa BVerfGE 112, 50 (60).

⁴⁸ Vgl. Kingreen/Poscher (Fn. 3), Rn. 1423.

⁴⁹ Eingehend zu den Grundrechtskonkurrenzen etwa: Kingreen/Poscher (Fn. 3), Rn. 308 ff.

Die Verneinung eines Anspruchs der K aus Art. 12 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) könnte sie genau in diesem Grundrecht verletzt haben. Dies würde voraussetzen, dass der K ein solcher grundrechtlicher Anspruch zusteht (a) und sie durch dessen Nichtanerkennung seitens des BVerwG in ihrem Recht verletzt wurde (b).

a) *Bestehen eines Anspruchs*

aa) *Erste Variante: Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG*
Zunächst müsste der K ein grundrechtlicher Anspruch auf Erteilung der Subvention aus Art. 12 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) zustehen.

Dies setzt zunächst voraus, dass der Schutzbereich der Berufsfreiheit in sachlicher wie persönlicher Hinsicht eröffnet ist. In sachlicher Hinsicht schützt Art. 12 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) die freie Wahl und Ausübung eines „Berufs“, d.h. jeder auf Dauer angelegter, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienender Tätigkeit.⁵⁰ K betreibt eine Unternehmensgruppe in der Rechtsform „naamloze vennootschap (N.V.)“, dem niederländischen Pendant zur deutschen Aktiengesellschaft (AG). Es ist daher davon auszugehen, dass ihre Tätigkeit auf Dauer angelegt ist sowie der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient. In persönlicher Hinsicht besteht jedoch das Problem, dass K ihren Sitz außerhalb des Bundesgebietes hat, sodass sich fragt, inwiefern sie sich auf das Deutschengrundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG berufen kann (s.o., A. IV. 1. a). bb). Wegen des Diskriminierungsverbotes des Art. 18 AEUV erscheint jedoch – wie beim Wort „inländisch“ in Art. 19 Abs. 3 GG – eine „Anwendungserweiterung“ erforderlich (a.A. sehr gut vertretbar, dann wäre mit Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 19 AEUV weiter zu prüfen).

Fraglich ist allerdings, inwiefern sich aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht nur ein Abwehr-, sondern auch ein Leistungsrecht, d.h. ein positiver Anspruch auf Erteilung einer Subvention ableiten lässt.⁵¹ Ein solcher Anspruch könnte sich insbesondere daraus ergeben, dass die durch Art. 12 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit auch die Wettbewerbsfreiheit erfasst.⁵² Zwar hat das BVerfG entschieden, dass sich aus Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich kein Anspruch auf eine erfolgreiche Marktteilnahme bzw. auf künftige Erwerbschancen herleiten lässt.⁵³ Etwas anderes kann aber möglicherweise dann gelten, wenn der Staat durch Förderung eines Konkurrenten aktiv in den Wettbewerb eingreift.⁵⁴

Denkbar wäre, dass das Landeswirtschaftsministerium die Wettbewerbsfreiheit der K verletzt hätte, indem sie ihren Antrag auf Erteilung einer Subvention abgelehnt hatte, ohne sich dabei auf eine gesetzliche Grundlage stützen zu können. Allerdings ist umstritten, inwiefern der Staat bei der Vergabe von Subventionen (wie überhaupt staatlicher Leistungen) auf einer gesetzlichen Grundlage handeln muss.⁵⁵ Von der wohl herrschenden Meinung⁵⁶ wird der Vorbehalt des Gesetzes nur auf die Eingriffsverwaltung angewendet. Ein Handeln der Leistungsverwaltung ist also nur auf eine gesetzliche Grundlage zu stützen, wenn sie zugleich in die Grundrechte Dritter eingreift.⁵⁷ Dies wäre „beispielsweise der Fall, wenn der Staat durch Subventionierung die Verdrängung bestimmter Unternehmen vom Markt bezweckt“ oder „wenn eine Leistung wesentlich für die Grundrechtsverwirklichung ist und sich nachhaltig auf den Gebrauch von Grundrechten auswirkt“⁵⁸, weil die wirtschaftliche Betätigung des Konkurrenten „unmöglich gemacht oder unzumutbar eingeschränkt wird“⁵⁹. Ob ersteres der Fall ist, darf hier bezweifelt werden. Zwar dient die Subvention in besonderem Maße der Förderung regionaler Betriebe, nicht aber transnationaler Unternehmen. Diese sollen aber nicht aus dem Markt gedrängt werden. Letzteres scheint hingegen schon einschlägig zu sein: denn K macht geltend, dass die Ausübung ihres Berufes von der Erteilung der Subvention abhängt. Allerdings ist anerkannt, dass als Parlamentsgesetz „auch der Haushaltsplan“ genügt, „der gemäß Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG durch Haushaltsgesetz festgestellt wird.“⁶⁰ Da die „Corona-Hilfen“ vom Bundestag im Haushaltsplan genehmigt wurden, hat das Landeswirtschaftsministerium auf einer gesetzlichen Grundlage gehandelt.

Durch die Nichterteilung der Subvention wird K zwar in ihrer Berufsfreiheit (faktisch) erheblich beeinträchtigt. Diese Beeinträchtigung resultiert aber nicht daraus, dass ihrem Konkurrenten H die Subvention erteilt wurde und dieser dadurch der K wirtschaftlich überlegen wäre, sondern aus dem pandemiebedingten Einbruch der Umsätze und Gewinne von K. Hiervon ist H aber in gleichem oder vielleicht sogar noch stärkerem Umfang betroffen, da kleine Betriebe naturgemäß geringere Rücklagen bilden können als große. Daher ist mit dem BVerfG davon auszugehen, dass staatliche Maßnahmen, die „den Wettbewerb erst ermöglichen und begrenzen“⁶¹, keine Eingriffe darstellen. Daher steht K unter den gegebenen Bedingungen kein Anspruch auf Erteilung der Subvention aus Art. 12 Abs. 1 GG zu.

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 7, 377 (397).

⁵¹ Als Anknüpfungspunkt hierfür würde sich allenfalls die Erkenntnis anbieten, dass Art. 12 GG auch eine wertentscheidende Grundsatznorm darstellt, vgl. etwa *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 30 f.

⁵² Zu dieser strittigen Auffassung und der Gegenauffassung (Schutz durch Art. 2 Abs. 1 GG): *Epping* (Fn. 2), Kap. 8 Rn. 387.

⁵³ Vgl. BVerfGE 148, 40 (50).

⁵⁴ So jedenfalls *Epping* (Fn. 2), Kap. 8 Rn. 387.

⁵⁵ Siehe dazu etwa *Unger* (Fn. 17), § 8 Rn. 6; *Epping* (Fn. 2), Kap. 8 Rn. 406.

⁵⁶ Vgl. etwa BVerwGE 6, 282 (287).

⁵⁷ So BVerwGE 90, 112 (126).

⁵⁸ *Epping* (Fn. 2), Kap. 8 Rn. 406 unter Verweis auf BVerfGE 80, 124 (132), wo es um die Vergabe von Subventionen an Presseunternehmen ging, die für das Presseunternehmen unentbehrlich sind.

⁵⁹ So, wenn auch für eine wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand: BVerwG NJW 1995, 2938 (2939).

⁶⁰ *Epping* (Fn. 2), Kap. 8 Rn. 406 unter Verweis auf BVerwGE 6, 282 (287); 104, 220 (221).

⁶¹ BVerfGE 105, 252 (265); 115, 205 (229 f.).

bb) *Zweite Variante: Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) i.V.m. Art. 18 AEUV*

Fraglich ist, ob der K ein grundrechtlicher Anspruch auf Erteilung der Subvention aus Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) i.V.m. Art. 18 AEUV zusteht.

Da Art. 2 Abs. 1 GG seinem Schutzbereich nach nicht auf „Deutsche“ beschränkt ist und letztlich jedes menschliche Verhalten schützt⁶², kann sich K zweifelsohne auf dieses Grundrecht berufen. Unter Anwendung des Art. 18 AEUV gewährt es im vorliegenden Fall einen ebenso weiten Schutzhalt wie Art. 12 Abs. 1 GG (s.o., A. IV. 1. a) bb). Daher stünde K als niederländischem Unternehmen auf Grundlage von Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) i.V.m. Art. 18 AEUV in ebenso weitem Umfang die Wettbewerbsfreiheit zu wie deutschen Wettbewerbern.⁶³

Anmerkung: Letztlich wäre hier dieselbe Argumentation anzuführen, wie bei Art. 12 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG), d.h. K stünde auch aus Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) i.V.m. Art. 18 AEUV kein Anspruch auf Gewährung der Subvention zu (s.o., aa).

b) *Verletzung durch das BVerwG*

Da der K kein Anspruch auf Erteilung der Subvention aus Art. 12 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG, bzw. Art. 2 Abs. 1 GG [i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG] i.V.m. Art. 18 AEUV) zusteht, kann das BVerwG einen solchen durch seine Nichtanerkennung auch nicht verletzt haben.

2. *Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG*

Denkbar wäre allerdings, dass das BVerwG K im Vergleich zu H in einer Weise ungleich behandelt hat (a), die nicht gerechtfertigt werden kann (b). Für diesen Fall bestünde die Rechtsfolge dieser Diskriminierung der K möglicherweise darin, dass auch K die Subvention zu gewähren wäre (c).⁶⁴

a) *Ungleichbehandlung*

Erforderlich wäre zunächst eine Ungleichbehandlung von „wesentlich gleichem“⁶⁵. Um die (wesentliche) Vergleichbarkeit festzustellen, müssen ein gemeinsamer Bezugspunkt (*tertium comparationis*) und ein gemeinsamer Oberbegriff (*genus proximum*) der Vergleichsgegenstände gefunden werden, um sodann die zwischen ihnen bestehenden Unterschiede (*differentia specifica*) herauszuarbeiten.⁶⁶ Sind diese nur gering, handelt es sich um „wesentlich“ Gleiches; sind sie hingegen nicht nur gering, sind die Gegenstände nicht „we-

sentlich“ gleich, sodass auch keine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung vorläge.⁶⁷ Im vorliegenden Falle liegt der Bezugspunkt des Vergleiches in der (unterbliebenen) Bewilligung der Subvention: Während dem Antrag des H stattgegeben wurde, wurde der Antrag der K abgelehnt. K und H lassen sich auch auf einen gemeinsamen Oberbegriff, nämlich „Hotelbetreiber“, „Unternehmen der Hotellerie“ bzw. „des Gastgewerbes“, etc. bringen. Zwischen K und H bestehen jedoch auch (mindestens) zwei gravierende Unterschiede, nämlich erstens die Unternehmensgröße und zweitens die (fehlende) regionale Verwurzelung. Während H nur ein einziges Haus betreibt, das zudem lange besteht und tief in der Geschichte der Stadt S verwurzelt ist, stellt K eine große, international agierende Unternehmensgruppe mit Sitz in Amsterdam dar, die allein im Bundesland L fünf Häuser betreibt und daher in der Stadt S (bzw. im ganzen Bundesland L) nur genauso stark verwurzelt ist wie an all den anderen Orten, an denen sie eine Niederlassung betreibt. Daher ließe sich vertreten, dass die Unterschiede zwischen K und H bereits so groß sind, dass keine „wesentliche“ Vergleichbarkeit zwischen ihnen bestehe. Näher liegt es aber, die Unterschiede nicht als derart wesentlich anzusehen, dass sie eine verfassungsrechtliche Ungleichbehandlung von vornherein ausschließen würden. Denn letztlich agieren K und H trotz ihrer unterschiedlichen Größe und ihrer stark bzw. gering ausgeprägten Verwurzelung als Konkurrenten auf demselben Markt. Hier keine wesentliche Vergleichbarkeit anzunehmen würde bedeuten, sie ihrem auf Art. 3 Abs. 1 GG gestützten Grundrechtsschutz zu berauben.

b) *Rechtfertigung*

Unter welchen Anforderungen Ungleichbehandlungen gerechtfertigt werden können, hat das BVerfG im Laufe der Zeit unterschiedlich beurteilt.⁶⁸ Ursprünglich differenzierte es nach der Intensität der Ungleichbehandlung: so konnten Ungleichbehandlungen von geringer Intensität bereits durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt werden (sog. Willkürformel oder Evidenzkontrolle⁶⁹), während bei Ungleichbehandlungen von größerer Intensität eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen war (sog. Neue Formel⁷⁰). Nach seiner neueren Rspr. verlangt das BVerfG nun stets, d.h. auch bei Ungleichbehandlungen von geringster Intensität, die Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁷¹

Vorliegend müsste also – unabhängig davon, als wie intensiv die Ungleichbehandlung einzustufen wäre – zunächst ein legitimer Zweck bestehen, der mit der Ungleichbehandlung verfolgt würde. Als solcher kommt vorliegend die Unterstützung kleinerer, lokal verwurzelter Unternehmen – und damit die Erhaltung der Diversität des Hotelgewerbes – in Betracht.

⁶² Siehe grundlegend BVerfGE 6, 32 (Elfes).

⁶³ Zu diesem Ergebnis gelangt auch, wer die Wettbewerbsfreiheit ohnehin nicht an Art. 12 Abs. 1 GG festmacht, sondern an Art. 2 Abs. 1 GG; so etwa BVerwGE 30, 191 (198); 60, 154 (159); 65, 167 (174).

⁶⁴ Zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG etwa: *Kingreen/Poscher*, (Fn. 3), Rn. 574 ff.

⁶⁵ Vgl. BVerfGE 1, 14 (52); 49, 148 (165).

⁶⁶ Vgl. etwa *Kingreen/Poscher* (Fn. 3), Rn. 647 ff.; *Epping* (Fn. 2), Kap. 16 Rn. 778 ff.

⁶⁷ Siehe zum Begriff „wesentlich“ etwa *Epping* (Fn. 2), Kap. 16 Rn. 780 ff.

⁶⁸ Vgl. dazu etwa die Darstellung bei *Epping* (Fn. 2), Kap. 16 Rn. 794 ff.

⁶⁹ Vgl. etwa BVerfGE 17, 122 (130).

⁷⁰ Vgl. BVerfGE 55, 72 (88).

⁷¹ Vgl. BVerfGE 129, 49 (69); 130, 131 (142).

Dieser Zweck⁷² erscheint aus zwei Gründen insofern legitim, als dadurch Interessen des Allgemeinwohls verfolgt werden. Erstens werden durch die Förderung kleinerer, naturgemäß schwächerer Unternehmen deren Wettbewerbsfähigkeit und damit der Wettbewerb erhalten. Zweitens sind regional verwurzelte Unternehmen (im Gegensatz zu international agierenden Unternehmensgruppen) im Bundesgebiet vollumfänglich steuerpflichtig, sodass sie sich letztlich wieder an der Finanzierung der hiesigen Gemeinwohlaufgaben beteiligen. Zur Förderung dieser Zwecke ist die Ungleichbehandlung auch geeignet, da sie kleinere und lokal ansässige Unternehmen fördert. Ferner ist sie auch erforderlich, da ein milderer, gleich geeignetes Mittel als die Förderung kleinerer und regionaler Unternehmen nicht ersichtlich ist (a.A. bei entsprechender Angabe eines mildereren, gleich geeigneten Mittels vertretbar). Denkbar wäre allenfalls eine (zusätzliche) Belastung größerer, internationaler Unternehmen, was aber gerade kein milderer Mittel wäre, sodass hier davon auch abgesehen wurde. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass der Leistungsverwaltung – wie vorliegend dem Landwirtschaftsministerium – bei der Einschätzung der Erforderlichkeit ein besonders großer Einschätzungsspielraum zukommt.⁷³ Damit geht eine entsprechend reduzierte Kontrolldichte der Gerichte einher. Es ist also nicht davon auszugehen, dass das BVerwG, indem es die Entscheidungen des Landwirtschaftsministeriums inhaltlich bestätigte, eine Maßnahme billigte, die nicht erforderlich war und dadurch selbst ein nicht erforderliches Urteil gesprochen hat. Schließlich müsste dieses auch angemessen sein. Dabei ist erstens zu berücksichtigen, ob die Maßnahme an sach- oder personenbezogenen Kriterien anknüpft, wobei erstere eher angemessen sind als letztere (zumindest wenn sie an einem Merkmal nach Art. 3 Abs. 3 GG anknüpfen)⁷⁴, und zweitens, dass der Staat bei der Vergabe von Leistungen generell geringeren gerichtlichen Bindungen unterliegt als bei Grundrechtseingriffen.⁷⁵ Welche Personen oder Unternehmen gefördert werden, ist also eine Frage, die der Staat weitgehend frei entscheiden kann, solange er sich dabei an gemeinwohlbezogenen Kriterien orientiert.⁷⁶ Vorliegend hat das Landwirtschaftsministerium und in der Folge das BVerwG rein sachliche Kriterien (nämlich Unternehmensgröße und lokale Verwurzelung) zugrunde gelegt und sich ausschließlich von Gemeinwohlbelangen (nämlich der Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit und Finanzierung von Gemeinwohlaufgaben) leiten lassen. Daher erscheinen sowohl die Entscheidungen des Landwirtschaftsministeriums als auch das sie bestätigende Urteil auch nicht unangemessen (a.A. mit entsprechender Begründung vertretbar, beispielsweise unter Verweis darauf, dass K seine Unternehmensgröße und seine Verwurzelung gegenwärtig nur schwer beeinflussen kann).

⁷² Es handelt sich hierbei um einen sog. externen Zweck, der nicht bereits in den Unterschieden der Vergleichsgegenständen angelegt ist (dann wäre es ein sog. interner Zweck), vgl. dazu etwa *Epping* (Fn. 2), Kap. 16 Rn. 802 f.

⁷³ Vgl. etwa *Epping* (Fn. 2), Kap. 16 Rn. 808 m.w.N.

⁷⁴ Vgl. *Epping* (Fn. 2), Kap. 16 Rn. 811, 813 m.w.N.

⁷⁵ Vgl. *Epping* (Fn. 2), Kap. 16 Rn. 814.

⁷⁶ *Epping* (Fn. 2), Kap. 16 Rn. 814 m.w.N.

c) Rechtsfolge

Da die Ungleichbehandlung von K und H vorliegend gerechtfertigt werden kann, wurde K nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt (a.A. mit entsprechender Begründung vertretbar). Daher stellt sich auch nicht die Frage, welche Rechtsfolge mit einer Verletzung verbunden wäre, d.h. ob auch eine Ausdehnung der Subvention auf K verlangt würde.⁷⁷

3. Ergebnis

Damit hat das BVerwG, indem es die Entscheidungen des Landwirtschaftsministeriums, dem H eine Subvention zu erteilen, K hingegen nicht, inhaltlich bestätigte, K nicht in ihren Grundrechten verletzt.

II. Entscheidung bezüglich der EU-Beihilfe

Fraglich ist, ob das Urteil des BVerwG, soweit es sich auf die Entscheidung des Landwirtschaftsministeriums über die EU-Beihilfe bezieht, die K in ihren Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt. Als solche kommen in Betracht: die Grundrechte der GRCh (1.) sowie (2.) das Recht auf rechtliches Gehör (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), soweit das BVerwG es unterlassen hat, dem EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 267 AEUV) zu ersuchen.

1. Verletzung der Grundrechte der GRCh

Ausgehend von der neuesten Rspr. des BVerfG (s.o., A. II. 2., A. IV. 1. b), wonach sich dieses vorbehält, in Fällen, die unionsrechtlich „vollständig determiniert“ sind, sind statt den Grundrechten des GG diejenigen der GRCh als Prüfungsmaßstab heranzuziehen⁷⁸. Als solche kommen – wie bei der Erteilung der Subvention aus Bundesmitteln – in Betracht: die Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit gem. Art. 15 f. GRCh⁷⁹ (a), die Eigentumsfreiheit gem. Art. 17 GRCh (b) und das Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz gem. Art. 20 GRCh (c).⁸⁰

⁷⁷ Vgl. dazu etwa *Kingreen/Poscher* (Fn. 3), Rn. 647, 652 ff.

⁷⁸ Dabei ist noch unklar, ob an diesem Prüfungsmaßstab nur Akte der deutschen öffentlichen Gewalt im Rahmen der Durchführung (Art. 51 Abs. 1 GRCh) von EU-Recht, also beispielsweise der Vollzug einer EU-Verordnung (Art. 288 UAbs. 2 AEUV), zu prüfen sind, oder auch der EU-Rechtsakt (z.B. die Verordnung) selbst, vgl. dazu *Dersarkissian*, ZJS 2022, 31 (33 ff.).

⁷⁹ Der Unterteilung der Schutzgehalte der deutschen Berufsfreiheit (Art. 12 GG) in eine Berufsfreiheit (Art. 15 GRCh) und eine unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRCh) komme nach Ansicht von *Wollenschläger*, in: Schmidt/Wollenschläger (Fn. 17), § 1 Rn. 95 „keine praktische Bedeutung zu“. Letztere sei allerdings als *lex specialis* von ersterer anzusehen. Bei Rn. 96 wird der persönliche Anwendungsbereich von Art. 15 GRCh zudem auf abhängige Beschäftigte begrenzt (was aber jedenfalls dem Wortlaut nicht zu entnehmen ist), während Art. 16 GRCh ausschließlich selbständige Tätigkeiten erfassen soll (Rn. 100).

⁸⁰ Denkbar ist auch die Verletzung weiterer Grundrechte. Eher

a) Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit, Art. 15 f. GRCh

Zunächst könnte die Entscheidung des BVerwG K in ihrer Berufsfreiheit aus Art. 15 GRCh und der unternehmerischen Freiheit aus Art. 16 GRCh verletzen. Letztere schützt nach der Rspr. des EuGH⁸¹ u.a. auch „den freien Wettbewerb“. Art. 15 GRCh gewährt, wie sich dem Wortlaut des Abs. 1 entnehmen lässt, auch die Berufsausübungsfreiheit. Allerdings ist bislang – in Ermangelung von EuGH-Rspr. – unklar, wie weit diese reicht⁸², ob sich hierauf auch juristische Personen berufen können⁸³ und ob sich aus ihr auch ein Anspruch auf Gewährung einer Subvention ergeben kann. Allerdings hat das BVerfG – am Beispiel der Berufsfreiheit, deren unionsrechtliches Pendant es allerdings nicht in Art. 15, sondern Art. 16 GRCh sieht⁸⁴ – entschieden, dass zwischen den drei Grundrechtskatalogen „aus GG, GRCh und EMRK“ sowohl hinsichtlich der Verpflichteten und der Struktur⁸⁵ als auch „inhaltlich eine weitgehende Deckungsgleichheit“⁸⁶ bestehe. Dies gelte insbesondere auch für Art. 16 GRCh⁸⁷.

Unter Heranziehung dieses Prüfungsmaßstabes wäre die Frage der Verletzung der K in ihren Grundrechten aus Art. 15 f. GRCh letztlich genauso zu beantworten wie die aus Art. 12 Abs. 1 GG (bzw. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 18 AEUV): Da K aus diesen Grundrechten kein Anspruch auf Erteilung einer Subvention zusteht (s.o., B. I. 1. und 2.), besteht auch kein Anspruch aus Art. 15, 16 GRCh.

fernliegend ist hingegen eine Prüfung der Diskriminierungsverbote des Art. 21 GRCh, da an keines der genannten Merkmale angeknüpft ist (daher wurde bei der Vergabe der Subvention aus dem Bundshaushalt nicht Art. 3 Abs. 3 GG geprüft).

⁸¹ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 22.1.2013 – C-283/11 (Sky Österreich), Rn. 42; EuGH, Urt. v. 17.10.2013 – C-101/12 (Schaible), Rn. 25; EuGH, Urt. v. 30.6.2016 – C-134/15 (Lidl), Rn. 28; EuGH, Urt. 20.12.2017 – C-277/16 (Polkomtel), Rn. 50.

⁸² Plastisch: *Jarass* (Fn. 46), Art. 15 Rn. 8: „Wieweit dabei jede Berufsausübung gewährleistet ist, führt in unsicheres Gelände.“

⁸³ Siehe zum Streitstand: *Jarass* (Fn. 46), Art. 15 Rn. 9 m.w.N.

⁸⁴ BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 2016/14 (Tierarzneimittel), Rn. 57; Begründet wird dieser Schritt nicht. Er dürfte aber dadurch zu erklären sein, dass Art. 16 GRCh eben als *lex specialis* zu Art. 15 GRCh angesehen wird (s.o.).

⁸⁵ BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 2016/14 (Tierarzneimittel), Rn. 58.

⁸⁶ BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 2016/14 (Tierarzneimittel), Rn. 67. Siehe dagegen noch BVerfGE 152, 216 (233 f.), worin das BVerfG noch betont hatte, dass die Grundrechte aus GRCh und GG nicht vollständig deckungsgleich seien. Ähnlich dagegen *Wollenschläger* (Fn. 79), § 1 Rn. 97, der sogar für eine sinngemäße Anwendung der Drei-Stufen-Theorie plädiert, auch wenn es sich hierbei nicht um eine „dogmatische Figur des Unionsrechts“ handle.

⁸⁷ BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 2016/14 (Tierarzneimittel), Rn. 74 ff., wo das BVerfG aus Art. 16 GRCh einen Anspruch auf Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen abgeleitet hat.

Anmerkung: Denk- und vertretbar wäre es natürlich auch, hier eine vollständige Prüfung von Art. 15 f. GRCh vorzunehmen. Dies dürfte allerdings insofern schwierig werden, als der EuGH – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden hat, inwiefern sich hieraus ein Anspruch auf Erteilung einer Subvention ableiten lässt. Letztlich müsste die Frage dann also ein Stück weit offenbleiben, was wiederum Auswirkungen darauf hat, ob das BVerwG sie dem EuGH hätte nach Art. 267 UAbs. 3 AEUV vorlegen müssen (dazu gleich, 2.).

b) Eigentumsfreiheit, Art. 17 GRCh

Unter Anwendung der soeben angeführten Rspr. des BVerfG ließe sich auch relativ kurz begründen, warum ein Anspruch auf Erteilung nicht aus dem Eigentumsgrundrecht des Art. 17 GRCh folgen kann. Dieses Ergebnis wird durch die hierzu bereits vorhandene Rspr. des EuGH bestätigt: So umfasst der unionsrechtliche Eigentumsbegriff sämtliche „vermögenswerte Rechte, aus denen sich im Hinblick auf die Rechtsordnung eine gesicherte Rechtsposition ergibt, die eine selbstständige Ausübung dieser Rechte durch und zugunsten ihres Inhabers ermöglicht.“⁸⁸ Öffentlich-rechtliche Leistungen wie Beihilfen sind davon nur erfasst, wenn sie auf einer Eigenleistung beruhen.⁸⁹ Schon deshalb scheidet ein Anspruch der K aus Art. 17 GRCh. Hinzu kommt noch, dass K die Beihilfe noch gar nicht erteilt (und auch noch nicht zugesichert⁹⁰) wurde. Doch auch das unionsrechtliche Eigentumsgrundrecht schützt nur das Erworben (bzw. den „Bestand“⁹¹), nicht aber den Erwerb. Damit kann ein Anspruch der K aus Art. 17 GRCh ausgeschlossen werden (und ein Vorabentscheidungsersuchen wäre insofern nicht erforderlich).

c) Gleichheit vor dem Gesetz, Art. 20 GRCh

Denkbar wäre allenfalls eine Verletzung von Art. 20 GRCh. Insofern ist jedenfalls anerkannt, dass auch die Vergabe von Subventionen und Beihilfen hieran zu messen sind.⁹² Nach Art. 20 GRCh „dürfen vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden, es sei denn, dass eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt wäre.“⁹³ Die Dogmatik dieses Grundrechts ähnelt dabei derjenigen des Art. 3 Abs. 1 GG sehr: Auch Art. 20 GRCh verlangt zunächst eine Ungleichbehandlung, die wiederum vorliegt, wenn vergleichbare Sach-

⁸⁸ EuGH, Urt. v. 22.1.2013 – C-283/11 (Sky Österreich), Rn. 34.

⁸⁹ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 24.3.1994 – C-2/92 (Bostock), Rn. 19.

⁹⁰ Allerdings kann die vorläufige Zusage einer Subvention Eigentum i.S.v. Art. 1 ZP 1 EMRK begründen, vgl. EGMR, Urt. v. 18.5.2010 – 16021/02 (Plalam S. P. C./ITA), Z. 38; an einer solchen Zusage fehlt es hier aber.

⁹¹ Vgl. *Wollenschläger* (Fn. 79), § 1 Rn. 95 unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 12.7.2005 – C-154/04 (Alliance for Natural Health u.a.) und EuGH, Urt. v. 12.7.2005 – C-155/04 (Alliance for Natural Health u.a.), Rn. 127 f.

⁹² EuGH, Urt. v. 28.6.2005 – C-189/02 (Dansk Rørindustri/Kommission), Rn. 211.

⁹³ EuGH, Urt. v. 19.10.1977 – C-117/76 (Ruckdeschel), Rn. 7.

verhalte in unterschiedlicher Weise behandelt werden.⁹⁴ Eine solche Ungleichbehandlung ist vorliegend gegeben (s.o., B. I. 3., a.A. mit entsprechender Begründung vertretbar). Auch hinsichtlich der Rechtfertigung gelten ähnliche Vorgaben wie bei Art. 3 Abs. 1 GG: so muss die Ungleichbehandlung ein legitimes Ziel verfolgen – wobei ein weiter Gestaltungsspielraum zuzugestehen ist – und verhältnismäßig sein.⁹⁵ Hier dient die EU-Beihilfe der Förderung von in der EU ansässigen kleineren und mittelständischen Unternehmen. Hiermit verfolgt die EU dasselbe legitime Ziel wie die Bundesregierung, nämlich die Herstellung der Wettbewerbsfähigkeit und die Refinanzierung von Gemeinwohlaufgaben innerhalb der EU. Problematisch ist, dass der Begriff der „kleinen und mittelständischen Unternehmen“ in dem „CovEUA“-Programm nicht definiert oder – etwa anhand von Umsätzen, Gewinnen oder Vermögen – näher umschrieben wird. Insofern wird den Mitgliedstaaten ein entsprechender Beurteilungs- oder Einschätzungsspielraum eingeräumt, der von den nationalen Gerichten und dem EuGH nur beschränkt kontrolliert werden kann. Da vorliegend nichts darauf hindeutet, dass das Landwirtschaftsministerium seinen Beurteilungsspielraum überschritten hätte, war das BVerwG auch nicht angehalten, die Entscheidung des Landwirtschaftsministeriums näher zu überprüfen (a.A. mit entsprechender Begründung vertretbar). Damit liegt auch keine Verletzung von Art. 20 GRCh vor (a.A. mit entsprechender Begründung vertretbar).

2. Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

Fraglich ist schließlich, ob das BVerwG, indem es kein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV eingeleitet hat, K ihren „gesetzlichen Richter“ entzogen und sie dadurch in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt hat.

Die Norm garantiert den Einzelnen das Recht, dass der über ihren Fall entscheidende „Richter“ vorab anhand abstrakt-genereller Merkmale festgelegt sein muss.⁹⁶ Damit richtet sich die Norm also zunächst an den Gesetzgeber, da dieser durch den Erlass entsprechend abstrakt-genereller Merkmale die Unabhängigkeit der Justiz sichern muss.⁹⁷ Doch auch die Rechtsprechung kann den Einzelnen ihren gesetzlich vorbestimmten Richter entziehen, allerdings nur dadurch, dass sie die gesetzlichen Zuständigkeitsregelungen „willkürlich unrichtig“ anwendet.⁹⁸ Diese Einschränkung ist notwendig, da sonst jeder Gesetzes- zugleich einen Verfassungsverstoß begründen würde. Eine solche willkürliche Verkennung von Zuständigkeitsregelungen könnte sich vorliegend daraus ergeben, dass das BVerwG seine nach Art. 267 UAbs. 3 AEUV bestehende Vorlagepflicht zum EuGH entweder willkürlich verkannt oder den ihm zustehenden Beur-

teilungsspielraum bewusst überschritten hat.⁹⁹ „Richter“ i.S.v. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG sind nämlich nicht nur alle an einem staatlichen Gericht im Richteramt (sei es haupt-, ehren- oder nebenamtlich) tätigen Personen, sondern auch die Richter am EuGH.¹⁰⁰ Eine „willkürliche“ Verkennung der Vorlagepflicht nimmt das BVerwG jedoch nur in drei Fällen an, nämlich erstens: wenn das letztinstanzliche staatliche Gericht – obwohl es selbst Zweifel hinsichtlich der Auslegung einer Unionsrechtsnorm hat – eine Vorlage an den EuGH überhaupt nicht in Betracht zieht (grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht), zweitens: wenn das letztinstanzliche staatliche Gericht bewusst gegen eine bestehende EuGH-Rspr. verstößt (bewusstes Abweichen ohne Vorlagebereitschaft) oder wenn eine Materie noch nicht vollständig vom EuGH entschieden wurde und das letztinstanzliche staatliche Gericht seinen Beurteilungsspielraum überschreitet (Unvollständigkeit der Rechtsprechung).¹⁰¹ Gegen eine grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht spricht hier, dass das BVerwG K auf die Rspr. des BVerwG hingewiesen hat, wonach dieses über die GRCh wacht. Auch eine grobe Verkennung des Beurteilungsspielraumes ist vorliegend nicht gegeben, da nicht ersichtlich ist, dass es hinsichtlich der vom EuGH zu entscheidenden Rechtsfrage – nämlich seiner Einordnung als „kleines oder mittelständisches Unternehmen“ und der Vereinbarkeit der Nichterteilung der EU-Beihilfe mit der GRCh – in der Literatur oder der Judikatur Stimmen gäbe, welche die Rechtsauffassung der K bestätigten (a.A. vertretbar).

Damit wurde K auch nicht in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt (a.A. vertretbar).

C. Ergebnis

Damit ist festzuhalten, dass die Verfassungsbeschwerde der K zwar zulässig, aber insgesamt unbegründet ist und daher keine Aussicht auf Erfolg hat (a.A. mit entsprechender Begründung vertretbar).

⁹⁴ EuGH, Urt. v. 7.7.1993 – C-217/91 (Spanien/Kommission), Rn. 37; EuGH, Urt. v. 13.12.1994 – C-306/93 (Winzersekt), Rn. 30.

⁹⁵ Vgl. etwa *Jarass* (Fn. 46), GRCh Art. 20 Rn. 16–18.

⁹⁶ Vgl. etwa *Kingreen/Poscher* (Fn. 3), Rn. 1316.

⁹⁷ Vgl. *Epping* (Fn. 2), Kap. 18 Rn. 932.

⁹⁸ BVerfGE 75, 223 (234).

⁹⁹ Vgl. BVerfG NJW 1998, 2811 (2813).

¹⁰⁰ Vgl. BVerfGE 73, 339 (367 ff.); 182, 159 (192 ff.).

¹⁰¹ Vgl. etwa BVerfGE 82, 159 (195 f.); 126, 286 (316 f.); siehe zur dritten Gruppe etwa: BVerfG NJW 2010, 1268; BVerfGE 126, 286 (316 f.).

Fortgeschrittenenklausur: Geldabheben mit Hindernissen

Von Dr. Dr. **Philipp-Alexander Hirsch**, Freiburg i.Br., Dipl.-Jur. **Johannes Stefan Weigel**, Göttingen*

Der Fall wurde im Wintersemester 2021/22 im Rahmen der Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene an der Georg-August-Universität Göttingen als dreistündige Klausur gestellt. Von 115 Bearbeiterinnen und Bearbeitern haben 32 % nicht bestanden. Der Notendurchschnitt lag bei 5,0 Punkten. Der erste Tatkomplex ist an eine Entscheidung des OLG Köln in NSiZ 2021, 48 zum sog. Cash-Trapping angelehnt und erfordert schwerpunktmäßig die Erörterung des unmittelbaren Ansetzens zur Wegnahme i.S.v. § 242 StGB. Der zweite Tatkomplex greift eine aktuelle und kontrovers diskutierte Entscheidung des 4. Strafsenats des BGH in NSiZ 2021, 425 zum Gewahrsamsbruch i.S.v. § 242 StGB bei Geldabhebungen von Bankautomaten auf, wenn der Täter nach bereits erfolgter PIN-Eingabe durch den Karteninhaber einen Geldbetrag eingibt und Geld entnimmt. Ergänzt wird dies im dritten Tatkomplex um klassische Klausurprobleme zur Hehlerei nach § 259 StGB.

Sachverhalt

Willi (W) studiert Forstwirtschaft und ist derzeit knapp bei Kasse. Da er seine Freundin Berta (B) mal wieder zum Essen ausführen will, beschließt er, sich eine „einmalige Finanzspritze zu gönnen“. Da er flinke Finger hat und gut basteln kann, befestigt er eines Morgens im Innenbereich der örtlichen Sparkassenfiliale (S) vor dem Geldausgabeschacht eines Geldautomaten eine Blende aus Metall, die an der Innenseite mit doppelseitigem Klebeband versehen ist. Sein Plan ist, dass beim nächsten Abhebevorgang einige Geldscheine an dem Klebeband kleben bleiben und so weder ausgegeben noch vom Automaten wieder eingezogen werden können. Der Automat wird – wie W weiß – in solchen Fällen eine Funktionsstörung melden. Dabei hat W vor, im Eingangsbereich der Filiale zu warten und nach dem „Zuschnappen der Falle“ – d.h. nachdem ein ahnungsloser Kunde, der glaubt, wegen der Funktionsstörung sei kein Geld ausgezahlt worden, den Automaten und die Filiale unverrichteter Dinge verlassen hat – die Blende vom Geldausgabeschacht zu entfernen und das „hängen-“ bzw. „klebengebliebene“ Geld herauszuholen. In der Tat kommt nach kurzer Zeit Ottilie (O) und will 100 € abheben. Als sie allerdings kein Geld aus dem Automaten erhält und der Automat eine Funktionsstörung meldet, ruft sie eine Mitarbeiterin der S herbei, welche die Blende entdeckt und entfernt. An der Innenseite der Blende ist ein 100 €-Schein kleben geblieben, den die Mitarbeiterin der O aushändigt. Der Automat wird neu gestartet und ist wieder betriebsbereit.

W will allerdings nicht unverrichteter Dinge nach Hause gehen. Als er den Rentner Emil (E) an den Geldautomaten

herantreten sieht, kommt ihm eine neue Idee: W wartet, bis E seine EC-Karte eingeschoben und seine PIN eingegeben hat, und tritt dann an E heran. W sagt dem E, er wolle ihm etwas verkaufen und hält dem E mit einer Hand einen bunten Einkaufsprospekt eines Supermarktes vors Gesicht. Mit der anderen Hand gibt er gleichzeitig einen Auszahlungsbetrag von 350 € ein, den der Automat kurze Zeit später im Geldausgabefach zur Entnahme bereitstellt. E ist immer noch abgelenkt und sagt, er wolle nichts kaufen. So gelingt es W, die Geldscheine zu entnehmen und wegzugehen.

Noch am Abend desselben Tages lädt er B zum Essen bei einem Italiener ein. Voller Stolz erzählt er ihr sofort, auf welche Weise er zuvor an das Geld gekommen ist, mit dem er sie ausführen möchte. B meint daraufhin zu W: „Dann gönne ich mir doch heute mal die Seezunge und dazu einen Frascati!“ W lässt sich nicht lumpen und ordert eine hervorragend schmeckende Seezunge und einen halben Liter des begehrten Weißweines. Er selbst ist noch zu aufgeregt und begnügt sich damit, B beim Mahl zuzusehen. Nachdem B das Essen und den Wein konsumiert hat, bringt der nichtsahnende Restaurantinhaber (I) die Rechnung über 40 €, die W mit einem 50 €-Schein aus seiner Beute bezahlt. Den 10 €-Schein, den W von I als Wechselgeld erhält, schenkt W gönnerhaft der B. Obwohl B die Herkunft des 10 €-Scheins kennt, bedankt sie sich und steckt den Schein ein.

Aufgabenstellung

Wie haben sich W und B nach dem StGB strafbar gemacht?

Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt. Eine Strafbarkeit nach §§ 123, 261 StGB ist nicht zu prüfen.

Lösungsvorschlag

Tatkomplex 1: Das „Cash-Trapping“

A. Strafbarkeit des W

I. Versuchter Diebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB durch das Anbringen der Metallblende

W kann sich wegen versuchten Diebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Metallblende am Geldautomaten anbrachte.

1. Vorprüfung

W hat kein Geld erlangt, sodass die Tat nicht vollendet ist. Die Versuchsstrafbarkeit folgt aus §§ 242 Abs. 2, 23 Abs. 1 Var. 2 StGB.

2. Tatentschluss

W muss zur Begehung eines Diebstahls entschlossen gewesen sein. Dies erfordert Vorsatz hinsichtlich der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache sowie die Absicht, sich diese rechtswidrig zuzueignen.

a) Fremde bewegliche Sache

Dafür müssen die Geldscheine, die an der Metallblende „hängenbleiben“ sollten und die W später entnehmen wollte,

* *Philipp-Alexander Hirsch* ist Forschungsgruppenleiter am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht in Freiburg i.Br. *Johannes Stefan Weigel* ist Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Uwe Murmann an der Georg-August-Universität Göttingen.

nach seiner Vorstellung fremde, d.h. im Eigentum eines anderen stehende,¹ bewegliche Sachen sein. Ursprünglich stehen die im Automaten befindlichen Geldscheine – bewegliche, körperliche Gegenstände, d.h. Sachen (§ 90 BGB) – im Eigentum der S, die jedoch durch den Auszahlungsvorgang das Eigentum nach § 929 S. 1 BGB an denjenigen übertragen könnte, der das Geld entnimmt. Bei Abhebungen an Geldautomaten ergibt jedoch die Auslegung des Übereignungsangebots der geldausgebenden Bank nach h.M., dass sich die Übereignungserklärung nur an denjenigen richtet, der zur Abhebung berechtigt ist² bzw. den Automaten ordnungsgemäß bedient³, nicht aber an einen beliebigen Dritten. Nach anderer Ansicht entfällt die Fremdheit einer Sache auch dann nicht, wenn der Täter durch die Tathandlung Eigentum erlangt, so dass diese Übereignungsfrage irrelevant sei.⁴ In jedem Fall stellte sich W damit Umstände vor, die dazu führten, dass an der Blende „hängengebliebene“ Geldscheine im Eigentum der S bleiben würden und damit für ihn fremde bewegliche Sachen wären.

b) Wegnahme

Darüber hinaus muss W Tatentschluss zur Wegnahme, d.h. zum Bruch fremden und zur Begründung neuen Gewahrsams, gehabt haben.⁵ Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft, wobei es maßgeblich auf die Anschauungen des täglichen Lebens,

d.h. die Verkehrsauffassung, ankommt.⁶ Ausreichend ist hierfür „ein genereller, auf sämtliche in der eigenen Herrschaftssphäre befindlichen Sachen bezogener Wille“⁷.

Nach Ws Vorstellung sollten Geldscheine an der im Automaten installierten Blende festkleben und damit letztlich im Automaten, der sich wiederum in der Filiale der S befindet, verbleiben. Bezüglich aller sich in ihrem Herrschaftsbereich⁸ befindlichen Gegenstände besteht ein genereller Gewahrsamswille der Mitarbeiter der S. Dass diese nach Ws Vorstellung keine Kenntnis von der Blende und an diesen hängenbleibenden Geldscheinen haben würden, ist diesbezüglich unerheblich.⁹ Damit bestand nach Ws Vorstellung fremder Gewahrsam der S.

Ferner muss W den Entschluss gehabt haben, diesen Gewahrsam zu brechen, d.h. gegen oder ohne den Willen der S aufzuheben.¹⁰ Hieran fehlt es, falls es durch den Auszahlungsvorgang zu einem einverständlichen Gewahrsamswechsel gekommen ist. Zu einem expliziten Einverständnis (etwa durch ausdrückliche Erklärung ihrer Mitarbeiter) sollte es nach Ws Vorstellung nicht kommen, jedoch könnte mit Blick auf die ordnungsgemäße Einleitung des Auszahlungsvorgangs durch einen nichtsahnenden Kunden nach der sog. „Lehre vom bedingten Einverständnis“¹¹ ein bedingtes tatbestandsausschließendes Einverständnis vorliegen. Allerdings knüpfen Automatenbetreiber wie S ihr Einverständnis mit dem Gewahrsamsübergang nicht nur an eine ordnungsgemäße Bedienung, sondern auch an das ordnungsgemäße Funktionieren

¹ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 2 Rn. 9; Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2021, § 2 Rn. 14.

² Vgl. nur BGH NJW 2018, 245; BGH NSTZ 2019, 726 m. Anm. Krell und Jäger, JA 2020, 66; OLG Celle NJW 1959, 1981. Dem folgen in der Sache Teile der Literatur, vgl. Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 1.5.2022, § 242 Rn. 8; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 242 Rn. 23; Duttge, in: Dölling u.a. (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, § 242 Rn. 1; Lenk, JuS 2020, 407 (411).

³ So noch BGHSt 35, 152 (158 ff.) m. zust. Anm. Huff, NJW 1988, 981 sowie Otto, JR 1987, 221 (222 f.) und m.w.N. Kretschmer, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), Anwalt-Kommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 242 Rn. 12; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 51 und Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 44. Aufl. 2021, Rn. 189.

⁴ Vgl. Schmitz, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 43 oder Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2019, § 242 Rn. 17 f.; i.E. auch Vogel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 242 Rn. 46; krit. jedoch Timmermann, Diebstahl und Betrug im Selbstbedienungsladen, 2014, S. 58 und Kretschmer (Fn. 3), § 242 Rn. 12.

⁵ Hilgendorf/Valerius (Fn. 1), § 2 Rn. 21.

⁶ Vgl. statt vieler m.w.N. BGH NSTZ 2019, 726 f. und Rengier (Fn. 1), § 2 Rn. 25. Vgl. jedoch krit. zum Abstellen auf die „Umstände des Einzelfalls“ Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 3), Rn. 88 sowie eingehend zum Kriterium der „Verkehrsauffassung“ jüngst auch Zivanic, NZWiSt 2022, 7 (8 f.) m.w.N.

⁷ Vgl. BGH NSTZ 2021, 425 f.; Rengier (Fn. 1), § 2 Rn. 29; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 3), Rn. 94; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, § 242 Rn. 13.

⁸ Die Metallblende selbst stellt keine Gewahrsamsenkave des W dar, da an dieser hängenbleibende Geldscheine noch nicht derart in die höchstpersönliche Sphäre des W gelangen, dass S zur Wiedererlangung der Geldscheine in eine fremde „Tabusphäre“ eindringen und mit besonderem Widerstand rechnen müsste. Ein Gewahrsamsverlust ließe sich allenfalls begründen, wenn man eine Parallele zum Verstecken von Gegenständen in fremder Gewahrsamssphäre zieht (vgl. dort für einen Gewahrsamsverlust argumentierend Rengier [Fn. 1], § 2 Rn. 58; Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 39 m.w.N.). Dann läge hier jedoch bereits ein vollendeter Diebstahl vor.

⁹ Vgl. zum generellen Gewahrsamswillen bezüglich Gegenständen, die sich im eigenen räumlichen Machtbereich befinden, Schmitz (Fn. 4), § 242 Rn. 72 ff. und Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 3), Rn. 94.

¹⁰ Joecks/Jäger, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 242 Rn. 10.

¹¹ Vgl. hierzu eingehend unten Tatkomplex 2, A. II. 1. a) bb) (1).

des Automaten selbst,¹² woran es aber wegen der Anbringung der Metallblende fehlt.

Mithin stellte sich W Umstände vor, die einen fortbestehenden Gewahrsam der S an „hängenbleibendem“ Geld begründen. Diesen Gewahrsam wollte W auch zumindest ohne den Willen der Verantwortlichen der S brechen, indem er dieses Geld an sich nimmt. Damit wollte er das „hängengebliebene“ Geld wegnehmen.

c) Zueignungsabsicht

Nachdem es W darauf ankam, das Geld für eigene Zwecke zu verwenden, obwohl er wusste, dass er darauf keinen fälligen und einredefreien Anspruch hatte,¹³ handelte er auch in der Absicht rechtswidriger Zueignung.

3. Unmittelbares Ansetzen

Ferner muss W i.S.v. § 22 StGB unmittelbar zur Tat angesetzt haben. Nach der herrschenden sog. „Zwischenaktslehre“ muss dazu der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat die Schwelle zum „Jetzt geht es los!“ überschreiten und objektiv derart zur tatbestandlichen Ausführungshandlung ansetzen, dass diese bei ungestörtem Fortgang des Geschehens ohne wesentlichen Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmündet. Dies erfordert keine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestandes entsprechende Handlung, sondern kann auch schon bei vorgelagerten Handlungen der Fall sein, wenn diese planmäßig unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung führen bzw. in unmittelbarem räumlich-zeitlichen Zusammenhang hierzu stehen.¹⁴

Mit Blick darauf kann bereits die Anbringung der Metallblende als unmittelbares Ansetzen zu qualifizieren sein, wenn die Anbringung und die spätere Mitnahme des Geldes eine natürliche Einheit bilden. Denn dann ist die Anbringung der Metallblende so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung i.S.v. § 242 StGB verknüpft, dass sie unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmündet. Hierfür spricht,

dass sich beim sog. „Cash-Trapping“ die Preisgabe der Geldscheine letztlich automatisch vollziehen soll, nachdem die Blende am Geldautomaten angebracht wurde.¹⁵ In diesem Fall kommt hinzu, dass W im Eingangsbereich der Filiale wartete und die Blende zeitnah nach „Zuschnappen der Falle“ entfernen wollte, sodass auch ein enger räumlich-zeitlicher Zusammenhang von Anbringung der Metallblende und Tatbestandsverwirklichung besteht.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass gerade beim „Cash-Trapping“ die Entscheidung über einen Vollzug der Wegnahme bis zu dem Zeitpunkt beim Täter verbleibt, an dem er sich entschließt, möglichst unbeobachtet das hängengebliebene Geld mitzunehmen. Die entscheidende Willensentschließung zur Wegnahme findet also erst nach Benutzung des Automaten und einer endgültigen Abwägung zwischen dem Risiko der Entfernung der Metallblende und der Möglichkeit eines Tatabbruchs statt.¹⁶ Entsprechend hätte sich W hier zunächst noch davon überzeugen müssen, dass der Kunde nach der Fehlermeldung von weiteren Nachforschungen bzgl. des Verbleibs des Geldes absieht und ahnungslos den Automaten verlässt. Dann hätte er einen unbeobachteten Moment abpassen müssen, bevor er zum Automaten geht, um erst dann zur Entfernung der Blende und Mitnahme des Geldes schreiten zu können.¹⁷ Angesichts dessen kann nicht davon gesprochen werden, dass W bereits mit Anbringen der Metallblende die Schwelle zum „Jetzt geht es los!“ überschritten hatte.

Auch objektiv betrachtet ist hier eine natürliche Einheit zwischen Anbringung der Blende und späterer Wegnahme des Geldes abzulehnen. Zwar schließen das Weggehen vom Automaten, das Beobachten desselben und das Wiederhingehen unmittelbar an die Anbringung der Metallblende an und lassen sich insoweit als notwendige, tatbestandsnahe Handlungen qualifizieren, die einen räumlich-zeitlichen Zusammenhang zur tatsächlichen Wegnahme des Geldes herstellen.¹⁸ Jedoch führen diese Handlungen nicht dazu, dass W nach seiner Vorstellung von der Tat einen unmittelbaren, grundsätzlich unabhängig vom Opferverhalten bestehenden Zugriff auf das Geld erhält. Insoweit unterscheidet sich die vorliegende Fallkonstellation wesentlich von prima facie ähnlich gelagerten Fällen, in denen insbesondere von der Rechtsprechung ein unmittelbares Ansetzen beim Diebstahl bereits dann bejaht wurde, wenn der Täter einen Warenautomaten aufbrechen wollte und schon so auf den Schutzmechanismus des Automaten eingewirkt hatte, dass nach seiner Vorstellung von der

¹² Vgl. *Schmitz* (Fn. 4), § 242 Rn. 100; *Kindhäuser* (Fn. 3), § 242 Rn. 49; zust. *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 74. Soweit teilweise auch bei Ausnutzung technischer Defekte eines Automaten ein die Wegnahme ausschließendes Einverständnis unter Hinweis darauf angenommen wird, dass nach der Lehre vom bedingten Einverständnis nur automatentypische, äußerlich erkennbare Bedingungen gestellt werden dürfen (vgl. *Vogt/Brand*, Jura 2008, 306 f.; *Geppert*, JK 10/08, StGB 263 a/16), liegen dem andere Fallkonstellationen zugrunde. Denn hier stellt die angebrachte Metallblende eine äußerlich erkennbare Manipulation an der Mechanik des Automaten dar, an deren Fehlen S als Automatenaufstellerin ersichtlich ihr Einverständnis knüpft.

¹³ *Rengier* (Fn. 1), § 242 Rn. 89 ff., 187.

¹⁴ Vgl. statt vieler nur BGHSt 48, 34 (35 f.); BGH NStZ 2013, 156 (157); BGH 2018, 648 (649); *Fischer* (Fn. 7), § 22 Rn. 10 f.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 34 Rn. 22; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 6. Aufl. 2021, § 28 Rn. 66; differenzierend *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 51. Aufl. 2021, Rn. 946 ff.

¹⁵ Vgl. so auch *Niemann*, NStZ 2021, 50 (51) sowie i.E. auch die Argumentation der Staatsanwaltschaft in der zugrundeliegenden Originalentscheidung OLG Köln NStZ 2021, 48.

¹⁶ So argumentiert das OLG Köln NStZ 2021, 48 f.

¹⁷ Vgl. i.E. ähnlich auch die Fallbearbeitung von *Grommes*, JA 2021, 669 (680), bei der der Täter jedoch – anders als hier – zur Entnahme des Geldes die Filiale erneut betreten musste.

¹⁸ Dies räumt auch das OLG Köln NStZ 2021, 48 (49) explizit für den Fall ein, dass „der Täter in Sichtweite des Geldautomaten wartet und die an der Metallleiste klebenden Geldscheine nach der Nutzung des Automaten zeitnah an sich nehmen würde, bevor die Manipulation entdeckt wird“.

Tat bei Überwindung des Schutzes ein unmittelbarer Zugriff auf die Beute ohne zeitliche Zäsur möglich sein sollte;¹⁹ oder wenn in sog. „Klingelfällen“ der Täter unmittelbar im Anschluss an das Opferverhalten (Öffnen der Tür) die Tat begehen will.²⁰ Denn anders als in den vorgenannten Fällen eröffnet das Anbringen der Metallblende keinen unmittelbaren, vom Opferverhalten unabhängigen Zugriff auf das Geld, da es darauf ankommt, dass der Kunde die Geldausgabe durch Eingabe von PIN und Geldbetrag initiiert, nach der Fehlermeldung von weiteren Nachforschungen bzgl. des Verbleibs des Geldes absieht und ahnungslos den Automaten verlässt.

Dieses Ergebnis findet eine weitere Bestätigung, wenn man zur Bestimmung des unmittelbaren Ansetzens ergänzend auf das konkrete Maß der Gefährdung des geschützten Rechtsguts²¹ sowie ein Eindringen in die Opfersphäre²² abstellt. Die Befestigung der Blende stellt weder eine hinreichende Gefährdung des Eigentums der Bank oder des Kunden noch eine direkte Einwirkung auf die Opfersphäre dar, da Bank und Kunde beim „Cash-Trapping“ – wie auch hier geschehen – die fehlerhafte Funktion des Automaten bemerken und ungehindert den Täterplan vereiteln können. Bis zur Abnahme der Blende durch den Täter befindet sich das Geld noch in der uneingeschränkten Einflussosphäre der Bank, sodass allenfalls von einer – als straflose Vorbereitungshandlung zu qualifizierenden – Gewahrsamslockerung gesprochen werden kann.²³ Auch unter Berücksichtigung dieser Aspekte hat W noch nicht unmittelbar zum Versuch angesetzt.²⁴

Hinweis: A.A. vertretbar. Für die Benotung maßgeblich ist nicht das Ergebnis, sondern ob eine überzeugende Bewer-

¹⁹ So etwa BGH NJW 2020, 2570 m. Anm. *Eisele*, JuS 2020, 798 und v. *Heintschel-Heinegg*, JA 2020, 550 zum Aufbruch eines Zigarettensautomaten oder BGH NSTZ 2020, 353 m. Anm. *Kudlich*, NSTZ 2020, 354 und *Eisele*, JuS 2020, 796 zum Wohnungseinbruchdiebstahl; vgl. dazu auch *Rengier* (Fn. 14), § 34 Rn. 60 f., 67.

²⁰ Vgl. etwa BGHSt 26, 201; BGH NSTZ 2012, 85; BGH StV 2017, 441 (442) bei angestrebter Begehung eines Totschlags bzw. Raubes sowie BGH, Urt. v. 12.3.1985 – 5 StR 722/84 sowie BGH BeckRS 2015, 18251, wenn der Täter nach Klingeln ohne Nötigungsabsicht lediglich einen Trickdiebstahl begehen will. Vgl. im letztgenannten Fall jedoch anders BGH NSTZ 2018, 616 (617) mit zust. Anm. *Jäger*, JA 2018, 875 ff. und krit. *Rengier* (Fn. 14), § 34 Rn. 36, siehe auch *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 14), Rn. 951.

²¹ Was auch die Rspr. regelmäßig tut, vgl. bereits BGHSt 22, 80 und zuletzt und m.w.N. BGH NJW 2020, 2570 f. Vgl. zur dogmatischen Einordnung auch *Ambos*, in: *Dölling u.a.* (Fn. 2), § 22 Rn. 23 f. und *Murmann* (Fn. 14), § 28 Rn. 69 m.w.N.

²² Vgl. dazu insb. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 139 ff.; *ders.*, JuS 1979, 4; ähnlich *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, § 25 Rn. 66, 68.

²³ So auch das OLG Köln NSTZ 2021, 48 (50).

²⁴ Vgl. zust. zur zugrundeliegenden Originalentscheidung des OLG Köln NSTZ 2021, 48 auch *Wittig* (Fn. 2), § 242 Rn. 44.2; wohl auch *Rengier* (Fn. 14), § 34 Rn. 33a; krit. jedoch *Niemann*, NSTZ 2021, 50 (51).

tung des konkreten Einzelfalles erfolgt, insbesondere ob der Täter nach seinem Tatplan noch „weit genug“ von der Tatbestandsverwirklichung entfernt war. Besonders positiv ist dabei, wenn man ausgehend von der „Zwischenaktslehre“ auch Erwägungen der Risiko- und Sphärentheorie einbezieht.²⁵ Auch ist positiv zu werten, wenn die Maßstäbe bekannt sind, die Rechtsprechung und Literatur an vergleichbare Fälle stellen. Neben den bereits erwähnten Fällen (Aufbrechen von Warenautomaten und sog. „Klingelfälle“) sind mit Blick auf Geldautomaten auch die Fälle des sog. „Skimmings“ zu nennen, in denen der Täter die Daten von Bankkarten ausspäht, diese auf gefälschte Karten kopiert und hiermit Abhebungen bzw. Zahlungen vornimmt. Angesichts dieser zeitlich viel gestreckteren Vorgehensweise lehnt jedoch das OLG Köln NSTZ 2021, 48 (49) eine Vergleichbarkeit mit dem „Cash Trapping“ zu Recht ab.

2. Ergebnis

W hat sich folglich nicht wegen versuchten Diebstahls strafbar gemacht.

II. Versuchter Computerbetrug gem. §§ 263a Abs. 1 Var. 4, Abs. 2 StGB i.V.m. §§ 263 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB durch das Anbringen der Metallblende

Allerdings kann das Anbringen der Metallblende eine Strafbarkeit des W wegen versuchten Computerbetruges nach §§ 263a Abs. 1 Var. 4, Abs. 2 StGB i.V.m. §§ 263 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB begründen. Die Tat ist mangels Erhalts des Geldes durch W nicht vollendet und die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus § 263a Abs. 2 StGB i.V.m. §§ 263 Abs. 2, 23 Abs. 1 Var. 2 StGB. Jedoch musste W auch zur Begehung eines Computerbetruges nach § 263a Abs. 1 Var. 4 StGB entschlossen gewesen sein, also manipulativ auf das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs einwirken wollen. In diesem Fall diene die Metallblende nach Ws Plan jedoch nicht dazu, im Rahmen des Auszahlungsvorgangs die Datenverarbeitung des Geldautomaten zu manipulieren, sondern lediglich das Geld am Ausgabeschacht abzufangen. Eine Vermögensdisposition durch Manipulation des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs (d.h. eine „Computerverfügung“) wollte W folglich nicht auslösen. Mithin scheidet mangels Tatentschluss eine Strafbarkeit wegen versuchten Computerbetruges aus.

B. Ergebnis

W ist im ersten Tatkomplex straflos.

²⁵ Vgl. allgemein zur argumentativen Vorgehensweise bei der Bestimmung des unmittelbaren Ansetzens *Kindhäuser/Hilgen-dorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 22 Rn. 16 und *Rengier* (Fn. 14), § 34 Rn. 24 ff.

Tatkomplex 2: Das Ablenkungsmanöver**A. Strafbarkeit des W****I. Computerbetrug zulasten der S gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB durch Eingabe des Geldbetrages**

Durch Eingabe des Geldbetrages kann sich W wegen Computerbetruges zulasten der S gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

Hierfür muss die Eingabe des Geldbetrages als Verwendung von Daten i.S.v. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB, d.h. als Einführung von Daten in einen Datenverarbeitungsvorgang, zu qualifizieren sein.²⁶ Die Eingabe des Geldbetrages ist ein Daten-Input, der sich unmittelbar im Verarbeitungsvorgang des Geldautomaten (durch Bestimmung des auszahlenden Betrages) auswirkt, und daher als Verwendung von Daten zu qualifizieren ist.²⁷

Diese Datenverwendung muss auch unbefugt sein. Dies ist nach der sog. subjektivierenden Auslegung der Fall, wenn Daten gegen den tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Berechtigten verwendet werden.²⁸ Es widersprach dem mutmaßlichen Willen der Verantwortlichen der S, dass ein anderer als der jeweilige Kontoinhaber den auszahlenden Betrag festlegt und entnimmt. Danach läge also eine unbefugte Einwirkung seitens W vor. Nach der computerspezifischen Auslegung lässt sich Unbefugtheit nur unter Rekurs auf den Datenverarbeitungsvorgang an sich bestimmen und erfordert, dass die verwendeten Daten computerspezifische Abläufe selbst betreffen.²⁹ Hier bestimmt die Eingabe des Geldbetrages lediglich den auszahlenden Betrag, ohne unmittelbar den computerspezifischen Auszahlungsablauf zu beeinflussen, wonach eine unbefugte Verwendung also ausscheiden würde. Schließlich handelt nach der von der h.M. vertretenen betrugspezifischen Auslegung derjenige unbefugt, der täuschungsäquivalent gegenüber dem Computer eine nicht vorhandene Berechtigung zur Nutzung von Daten als solche vorspiegelt.³⁰

²⁶ Schmidt, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 2), § 263a Rn. 14; Fischer (Fn. 7), § 263a Rn. 10.

²⁷ Stellt man jedoch darauf ab, dass W weder die auf der Bankkarte gespeicherten Daten noch die PIN-Nummer des E verwandte (vgl. so in einem ähnlich gelagerten Fall Jäger, JA 2018, 312), dann ist mit Var. 4 weiterzuprüfen, wobei sich in der Sache keine Unterschiede ergeben.

²⁸ Vgl. Kindhäuser (Fn. 3), § 263a Rn. 27; Hilgendorf, JuS 1997, 130 (132); Scheffler/Dressel, NJW 2000, 2645; Bühler, MDR 1991, 14 (16); früh auch BGHSt 40, 331 (334 f.) und zust. Mitsch, JR 1995, 432 (433).

²⁹ Vgl. OLG Celle NStZ 1989, 367; zust. Neumann, JuS 1990, 535 (537) und Arloth, Jura 1996, 354 (357 f.).

³⁰ Vgl. nur BGHSt 47, 160 (162 f.); BGH MMR 2005, 95 (96); BGH NStZ-RR 2015, 337 (338); Bär, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2017, § 263a Rn. 14; Tiedemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9, 12. Aufl. 2012, § 263a Rn. 44; Schmidt (Fn. 26), § 263a Rn. 23; wohl auch Fischer (Fn. 7), § 263a Rn. 11.

Nachdem W durch die Eingabe des Geldbetrages – anders als durch Eingabe der PIN oder Einlesen der Karte – keine Nutzungsberechtigung vorspiegelte, entfiel also auch hiernach eine unbefugte Datenverwendung.

Gegen die subjektivierende Auslegung spricht jedoch schon der Wortlaut des § 263a StGB (Computerbetrug), der eine Nähe zum Betrug nahelegt, wonach eine manipulative Einwirkung erforderlich ist, die sich nicht in einem bloßen Widerspruch zum tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Berechtigten erschöpft. Dies bestätigt auch der systematische Zusammenhang zu §§ 263, 266 StGB, da hiernach die Schädigung fremden Vermögens nicht per se strafbar ist. Folgte man der subjektivierenden Auslegung, würde jedoch über den § 263a StGB eine allgemeine „Computeruntreue“ in der Form geschaffen, dass jedes vertragswidrige Verhalten im Zusammenhang mit Datenverarbeitung strafbar wäre. Daher ist die subjektivierende Auslegung abzulehnen. Da im Übrigen betrugspezifische und computerspezifische Auslegung zu identischen Ergebnissen gelangen, bedarf es insoweit keines Streitentscheides.

2. Ergebnis

Mangels Unbefugtheit scheidet einer Strafbarkeit nach § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB aus.

Hinweis: A.A. unter Zugrundelegung der subjektivierenden Auslegung vertretbar. Hier kann man in der Prüfung ökonomisch arbeiten und Gefühl für Schwerpunktsetzung beweisen, in dem man diesen als „Standard“ zu bezeichnenden Meinungsstreit³¹ anreißt und lediglich eine Abgrenzung zur subjektivierenden Auslegung vornimmt.

II. Diebstahl gem. § 242 Abs. 1 StGB durch das Ansichnehmen der Geldscheine

Jedoch kann sich W des Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er die Geldscheine an sich genommen hat.

*1. Tatbestandsmäßigkeit**a) Objektiver Tatbestand**aa) Fremde bewegliche Sache*

Wie schon im ersten Tatkomplex so stehen auch hier die Geldscheine weiterhin im Eigentum der S, da die S das Geld allenfalls an den berechtigten E übereignen will bzw. eine Eigentumsbegründung durch Wegnahme die Fremdheit nicht entfallen lässt.³²

³¹ Vgl. zum Streitstand auch Fischer (Fn. 7), § 263a Rn. 10 ff. und mit einer aktuellen Falllösung auch Rehmet/Ströle, JuS 2021, 338 (341).

³² Vgl. oben Tatkomplex 1, A I. 2. a) mit Fn. 1 ff. Auch nach der Auffassung, nach der sich das Übereignungsangebot der geldausgebenden Bank an denjenigen richtet, der den Automaten ordnungsgemäß bedient (vgl. oben Fn. 3), liegt lediglich ein an E gerichtetes Angebot vor. Dass W den konkreten Auszahlungsbetrag auswählt und die Scheine entnimmt, ändert hieran nichts, da E selbst die PIN in den Geldautomaten

bb) Wegnahme

W muss die Scheine weggenommen haben. Durch Mitnahme des Geldes hat W eigenen Gewahrsam am 100 €-Schein begründet.³³ Fraglich ist allein, ob dies unter Bruch fremden Gewahrsams geschah. Bei Abhebungen von Geldautomaten ist umstritten, wie die Gewahrsamsverhältnisse an Geldscheinen zu beurteilen sind, die sich im Ausgabefach eines Geldautomaten befinden, aber noch nicht vom Kunden – der sich zuvor durch Eingabe einer PIN legitimiert hatte – entnommen wurden.³⁴

Hinweis: Die folgende Streitdarstellung und -entscheidung zu den Gewahrsamsverhältnissen erfolgt aus didaktischen Gründen besonders ausführlich. Eine Darstellung in dieser Breite wird von Prüflingen nicht erwartet.

(1) Bruch des Gewahrsams der Bank (3. Strafsenat)

Der 3. Strafsenat des BGH geht in solchen Fällen von einem fortbestehenden Gewahrsam der Bank aus, solange sich das Geld noch im Ausgabefach des Automaten befindet.³⁵ Ausgangspunkt ist die von der ganz h.M. anerkannte sog. „Lehre vom bedingten Einverständnis“, wonach es bei einer ordnungsgemäßen Bedienung von Waren- und Geldautomaten zu einem einverständlichen Gewahrsamswechsel kommt. Widerspreche die Bedienung des Automaten jedoch den äußerlich erkennbaren Bedingungen einer ordnungsgemäßen Nutzung, so werde der fortbestehende Gewahrsam des Automatenbetreibers gebrochen.³⁶ Ob bei Geldabhebungen das Einver-

eingetragen hat, sodass sich das Angebot der S auf Übereignung an ihn richtet. Durch das Dazwischentreten des W wird lediglich verhindert, dass E dieses Angebot der S annehmen konnte. Vgl. ähnlich *Jäger*, JA 2018, 309 (310 mit Fn. 2) und zur Fremdheit in der vorliegenden Fallkonstellation auch *Bechtel*, JR 2021, 39 (40 mit Fn. 12).

³³ Vertretbar ist es auch, die Wegnahmehandlung bereits in der Eingabe des Geldbetrages zu sehen, welche durch das Herausnehmen aus dem Auswurfschacht abgeschlossen wird, so etwa *Jäger*, JA 2020, 66 (68). Dann stellt sich jedoch nicht mehr die im Folgenden erörterte Frage eines Mitgewahrsams des E und es kommt allein darauf an, ob ein Gewahrsam der S gebrochen wurde oder nicht.

³⁴ Vgl. zu den abweichenden Auffassungen der *Senate Kudlich*, JA 2021, 519; *Bechtel*, JR 2021, 39 f. und *Zivanic*, NZWiSt 2022, 7 ff.

³⁵ BGH NStZ 2019, 726. krit. Anm. *Krell*, krit. auch *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 73a; *Lenk*, JuS 2020, 407 (411 f.) und *Ruppert*, StV 2020, 664; zust. *Schmitz* (Fn. 4), § 242 Rn. 107 f.; *Jäger*, JA 2020, 66 (68); *Waßmer*, HRRS 2020, 25 (27) und zuvor bereits *El-Ghazi*, jurisPR-StrafR 6/2018 Anm. 1.

³⁶ Vgl. dazu nur *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 70 ff.; *Fischer* (Fn. 7), § 242 Rn. 25 ff.; *Otto*, JR 1987, 221 (222 f.); *Kudlich*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 5, 2020, § 29 Rn. 42; *Bosch* (Fn. 8), § 242 Rn. 36a; *Schmitz* (Fn. 4), § 242 Rn. 99–108; *Kindhäuser* (Fn. 3), § 242 Rn. 49; *Vogel* (Fn. 4), § 242 Rn. 114 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 3), Rn. 124 f.; siehe ferner *Arzt u.a.*, Strafrecht,

ständnis mit dem Gewahrsamsübergang auf bestimmte Personen beschränkt ist, hängt hiernach also davon ab, ob dies als Bedingung einer ordnungsgemäßen Nutzung im Bedienungsvorgang des Geldautomaten hinreichend objektiviert ist.³⁷ Nach dem 3. Strafsenat ergibt sich nun aus der „allgemein bekannte[n] Programmierung von Geldautomaten, wonach das Geld nur bei technisch ordnungsgemäßer Bedienung durch Eingabe von Bankkarte und PIN ausgegeben wird,“ dass das Einverständnis mit dem Gewahrsamsübergang „in personeller Hinsicht erkennbar auf diejenigen Personen“ beschränkt sei, „die den Geldausgabevorgang entsprechend initiieren“.³⁸ Danach sollte hier Gewahrsam nur an E übertragen werden. Da es hierzu nicht gekommen ist, bestünde am Geld der Gewahrsam der S fort. Diesen Gewahrsam hätte W durch Mitnahme des Geldes gebrochen.

(2) Einverständliche Gewahrsamsübertragung durch die Bank (2. Strafsenat)

Der 2. Strafsenat des BGH lehnt eine derart persönliche Beschränkung der Gewahrsamsübertragung jedoch ab, da die Identität des Abhebenden allein bei Eingabe der PIN überprüft werde. Da bei der Eingabe des Auszahlungsbetrages keine solche Identitätsprüfung stattfindet, sei nicht äußerlich erkennbar, dass die Gewahrsamsübertragung persönlich auf den Berechtigten beschränkt sei. Daher sei von einem einverständlichen Gewahrsamswechsel auszugehen, wenn sich der Kunde durch Eingabe der PIN bereits legitimiert hat und sodann der Täter den Geldausgabevorgang durch Eingabe eines Geldbetrages initiiert sowie das Geld an sich nimmt, da der Automat hierbei durchgehend ordnungsgemäß bedient werde.³⁹ Danach stellt die Eingabe des Geldbetrages durch W eine ordnungsgemäße Bedienung des Geldautomaten dar, sodass mit Ausgabe des Geldes und dessen Mitnahme der Gewahrsamswechsel einverständlich erfolgte. Eine Wegnahme durch W schied hiernach aus.

(3) Bruch des Mitgewahrsams des Kunden (4. Strafsenat)

Zuletzt hat der 4. Strafsenat des BGH diesen Streit für Kon-

Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, Rn. 55 f. und krit. zu diesem „Automatensonderrecht“ *Rönnau*, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Strafrecht als scientia universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011, S. 487 f.

³⁷ So im Grunde weitgehend unstrittig, vgl. u.a. *Kindhäuser* (Fn. 3), Rn. 49; *Vogel* (Fn. 4), § 242 Rn. 114 f.; *Schmitz* (Fn. 4), § 242 Rn. 99; *Steinhilper*, GA 1985, 114 (123 ff.); *Waßmer*, HRRS 2020, 25 (26 f.); *Ruppert*, StV 2022, 15 (18); *ders.*, StV 2020, 664 (666 f.), krit. dazu *Rönnau* (Fn. 36), S. 498 ff. Vereinzelt wird dagegen darauf abgestellt, ob aus Sicht eines fiktiven Beobachters von einer ordnungsgemäßen Bedienung gesprochen werden kann, vgl. *Herzberg*, JA 1980, 385 (391) und *Seier*, JA 1980, 682 (683).

³⁸ BGH NStZ 2019, 726 (727).

³⁹ So BGH NJW 2018, 245 m. zust. Anm. *Brand* sowie *Eisele*, JuS 2018, 301 f.; zust. auch *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 73a; *Lenk*, JuS 2020, 407 (411) und *Fischer* (Fn. 7), § 242 Rn. 26; abl. *El-Ghazi*, NStZ 2021, 425 (427).

stellationen wie der vorliegenden dahinstehen lassen, da jedenfalls der weiterhin am Automaten stehende Kunde einen Mitgewahrsam am Geld erlangt habe, der vom Täter gebrochen werde.⁴⁰ Dafür spreche, dass es sozial üblich sei und Dritte von den Kreditinstituten auch dazu angehalten würden, Abstand zum abhebenden Kunden einzuhalten, damit dieser das Geld ungestört annehmen könne. Unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung werde also bereits mit Ausgabe des Geldes dem Kunden jedenfalls ein Mitgewahrsam zugewiesen.⁴¹ Dieser sei auch von einem antizipierten Herrschaftswillen des Abhebenden getragen, der als Kontoinhaber nach Belastung des eigenen Kontos auch das Geld entnehmen wolle. Hier stand E weiterhin unmittelbar am Geldautomaten, als er von W abgelenkt wurde. Nach dieser Ansicht standen daher die vom Automaten ausgegebenen Geldscheine zumindest im Mitgewahrsam des E, den W, durch deren Mitnahme zumindest ohne den Willen des E, gebrochen hat.

Hinweis: Eine klärende Entscheidung des *Großen Senats für Strafsachen* zur divergierenden Rechtsprechung der drei genannten *Strafsenate* steht noch aus. Ein entsprechender Anfragebeschluss des *3. Strafsenates* im Wege des Vorlageverfahrens gem. § 132 GVG hat sich durch Rechtsmittelrücknahme erledigt. Der *4. Strafsenat* hat in seiner jüngsten Entscheidung die Erforderlichkeit eines Anfrage- und Vorlageverfahrens verneint, da es sich – was jedoch sehr zweifelhaft erscheint⁴² – bei den von den anderen *Senaten* entschiedenen Fällen um anders gelagerte Sachverhaltskonstellationen gehandelt habe.⁴³

(4) Stellungnahme

Gegen die letztgenannte Auffassung spricht jedoch, dass hier der geldabhebende Kunde E faktisch keinen Mitgewahrsam hat. Ein solcher setzt nämlich voraus, dass E eine tatsächliche Zugriffsmöglichkeit auf das Geld hat. Von einer faktischen Zugriffsmöglichkeit kann jedoch nur bei einem tatsächlichen Herrschaftswillen gesprochen werden, wenn der Kunde positiv weiß, dass Geld im Ausgabefach bereitgestellt wird bzw. wurde. Die Annahme eines bereits mit PIN-Eingabe bestehenden, antizipierten Beherrschungswillen durch den *4. Strafsenat* erscheint angesichts dessen als bloße Fiktion.⁴⁴ Denn nach

Eingabe der PIN besteht technisch noch immer die Möglichkeit, den Auszahlungsvorgang abzubrechen. Um Zugriff auf das Geld zu erhalten und diesbezüglich einen Herrschaftswillen auszubilden, bedarf es also gerade des weiteren Willensentschlusses, den Geldbetrag einzugeben.⁴⁵ Mithin kann die Auffassung des *4. Strafsenates* nicht überzeugen, sodass jedenfalls im Verhältnis zu E nicht von einem Gewahrsamsbruch des W gesprochen werden kann.

Hinweis: Selbst wenn man – mit dem *4. Strafsenat* – einen antizipierten Herrschaftswillen ausreichen lässt, lässt sich nur schwerlich von einem Gewahrsam des Kunden am ausgegebenen Geld sprechen, und zwar unabhängig davon, ob man Gewahrsam primär faktisch oder primär nach der Verkehrsanschauung bestimmt: So ließe sich ein (Mit-)Gewahrsam nach einem normativ-sozialen Gewahrsamsbegriff⁴⁶ nur begründen, wenn das ausgegebene Bargeld von der Verkehrsanschauung (auch) regelmäßig der Person als „das Ihrige“ zugeordnet wird, die sich als Abhebender durch Eingabe der PIN legitimiert hat. Dagegen spricht jedoch zum einen, dass dann auch in den Fällen ein Mitgewahrsam des Kunden vorläge, in denen ange-

vierten Gewahrsamsbegriff anders jedoch *Zivanic*, NZWiSt 2022, 7, der „eine über de[m] Geschehensablauf schwebende redlich handelnde und denkende fiktive Person“ konstruieren will und so den Gewahrsam i.E. faktisch losgelöst vom tatsächlichen Bankkunden und primär anhand verkehrstypischer „rechtliche[r] Beziehungen“ bestimmt. Damit löst er sich jedoch, entgegen eigener Beteuerung, gänzlich vom Erfordernis einer irgendwie gearteten „tatsächlichen Sachherrschaft“ und einem „Sachherrschaftswillen“ und verrechtlicht den Gewahrsamsbegriff letztlich vollständig. Ein nach äußeren Umständen, für jeden erkennbarer Beurteilungsmaßstab für Gewahrsamsverhältnisse erodiert hierdurch. Zudem kommt es zu kontraintuitiven Ergebnissen in Fällen wie hier, wo angesichts der vollständigen Unwissenheit des Kunden über die (nicht selbst veranlasste) Ausgabe des Geldes kaum von einer Herrschaftsbeziehung zur Sache gesprochen werden kann.

⁴⁵ Dass der Bankkunde die Abhebung mit dem Ziel der Erlangung der Scheine in Gang gesetzt hat, so *Bechtel*, JR 2021, 37 (41) und *Zivanic*, NZWiSt 2022, 7 (11), ändert hieran nichts. Insoweit ist es auch entlarvend, wenn *Schröder*, WuB 2021, 332 (333) dem *4. Strafsenat* mit dem Argument beipflichtet, dass der Karteninhaber bereits nach Eingabe der PIN bzgl. sämtlichen Geldes im Ausgabefach einen Sachherrschaftswillen habe, weil er „in dieser Höhe eine korrespondierende Sollbuchung zu erwarten hat“ (Herv. durch *Verf.*). Dies ist nichts anderes als eine normativierende Zuschreibung, mithin – da es an einem tatsächlichen Willen weiterhin fehlt – eine Rechtsfiktion.

⁴⁶ Wonach sich Gewahrsam aus der allgemeinen sozialen Anschauung bestimmt, *Schmitz* (Fn. 4), § 242 Rn. 55 ff.; zust. *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 3), Rn. 87 f.; *Kühl* (Fn. 2), § 242 R. 9. Teilweise wird angenommen, dass sich auch der *4. Strafsenat* in BGH NStZ 2021, 425 einem solchen Gewahrsamsverständnis angenähert habe, vgl. *El-Ghazi*, NStZ 2021, 425 (428), ähnlich wohl auch *Ruppert*, StV 2022, 17.

⁴⁰ Vgl. BGH NStZ 2021, 425 m. zust. Anm. *Schröder*, WM 2021, 799 sowie zust. auch *Zivanic*, NZWiSt 2022, 7; krit. dagegen *El-Ghazi*, NStZ 2021, 425 (428); *Ruppert*, StV 2022, 15 (17).

⁴¹ Vgl. i.E. ähnlich und eingehend zur Verkehrsauffassung bei der Bestimmung von Gewahrsamsverhältnissen *Zivanic*, NZWiSt 2022, 7 (9 ff.).

⁴² So auch *Kudlich*, JA 2021, 519 (521); *Ruppert*, StV 2022, 15; anders jedoch *Bechtel*, JR 2022, 37 (40).

⁴³ Vgl. BGH NStZ 2021, 425 (427).

⁴⁴ So auch *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 3), Rn. 189. Da das Opfer gar nicht weiß, dass Geld ausgegeben wurde, spricht *Ruppert*, StV 2022, 15 (17 f.) davon, dass das Einverständnis gänzlich „fiktiv“ sei; ebenso („Rechtsfiktion“) *Lenk*, NStZ 2021, 1545 (1547). Vgl. ausgehend von einem stark normati-

sichts fehlender faktischer Zugriffsmöglichkeit auf das Geld (etwa, wenn der Kunde nach Eingabe der PIN weggestoßen oder mit Gewaltandrohung verscheucht wird) nach den Anschauungen des täglichen Lebens kaum von einer Sachherrschaft des Kunden gesprochen werden kann.⁴⁷ Zum anderen zeigt der Umstand, dass Geldautomaten das ausgegebene Geld bereits nach kurzer Zeit wieder einziehen, wenn es nicht entnommen wird, dass Banken mit Bereitstellung des Geldes ihren Gewahrsam lediglich lockern, ohne dem Kunden eine stabile Mitgewahrsamsposition einzuräumen.⁴⁸ Doch auch wenn man den Gewahrsam nicht primär nach der Verkehrsanschauung, sondern primär mit der räumlichen Nähe des Kunden zum Geldautomaten und der dadurch bedingten faktischen Zugriffsmöglichkeit begründet, führt dies nicht zwangsläufig zu einem Bruch des Gewahrsams des Kunden. Denn jedenfalls in Fällen wie dem vorliegenden, wo Täter und Opfer beieinanderstehen und der Täter – hier wegen überlegenen Wissens des W – die bessere Zugriffsmöglichkeit auf das Geld hat, hat der Täter einen zumindest gegenüber dem Kunden übergeordneten Mitgewahrsam.⁴⁹ Die Aufhebung untergeordneten Mitgewahrsams stellt jedoch keine Wegnahme i.S.v. § 242 StGB dar,⁵⁰ sodass jedenfalls im Verhältnis von W und E nicht von einem Gewahrsamsbruch gesprochen werden kann. Daran ändert auch der vom 4. Senat angeführte Umstand nichts, dass Dritte üblicherweise Abstand zum Abhebenden halten würden. Denn zum einen lässt sich das sozial übliche und teils von Banken ausdrücklich eingeforderte Abstandhalten ebenso für das Gegenteil anführen: Gerade dass ein solcher Abstand üblich ist, zeigt die im Zeitpunkt des Abhebens ungesicherte Position des Kunden.⁵¹ Zum anderen soll der einzuhaltende Mindestabstand den ungestörten Abhebevorgang insgesamt sichern (etwa das Ausspähen der PIN verhindern) und hat daher nicht zwangsläufig gewahrsamsrelevante Aussagekraft.⁵² Mithin kann die Auffassung des 4. Strafsenates auch unter Annahme eines antizipierten Herrschaftswillens nicht überzeugen.

Hinweis: Anders mag es sich verhalten, wenn der berechnigte Karteninhaber nicht nur die PIN, sondern auch den

Auszahlungsbetrag eingegeben hat und nur noch das Geld aus dem Automaten entnehmen muss. Dann bestünde ein aktueller (und nicht bloß fingierter) antizipierter Beherrschungswille, vergleichbar der – vom 4. Strafsenat zu Unrecht angeführten⁵³ – Situation des Ladenbesitzers, dem nach der Verkehrsanschauung der Gewahrsam bereits an solchen Sachen zugesprochen wird, die mit seinem Einverständnis vor seiner verschlossenen Tür abgestellt werden.⁵⁴ Allein in einer solchen Konstellation lässt sich überzeugend für einen mindestens gleichrangigen Mitgewahrsam des Kunden, der vom Täter gebrochen wird, argumentieren.

Gleichwohl bleibt fraglich, ob W dann womöglich einen fortbestehenden Gewahrsam der S gebrochen hat. Dies hängt davon ab, ob mit dem 2. Strafsenat von einer einverständlichen Gewahrsamspreisgabe gesprochen werden kann oder mit dem 3. Strafsenat gerade eine solche nicht vorliegt, weil dieses Einverständnis personell auf den berechtigten Kontoinhaber (hier E) beschränkt ist. Insoweit ist dem 2. Strafsenat dahingehend zuzustimmen, dass die Identität des Berechtigten vom Geldautomaten nur durch die Eingabe von Codekarte und PIN überprüft wird. Betrachtet man die Eingabe des Geldbetrages isoliert, findet keine weitere Identitätsprüfung statt. Dies spricht hier dafür, mit dem 2. Strafsenat eine ordnungsgemäße Bedienung und damit ein wegnahmeausschließendes Einverständnis anzunehmen.⁵⁵ Jedoch würde man einen bei natürlicher Betrachtung einheitlichen Auszahlungsvorgang willkürlich aufspalten, wenn man derart zwischen PIN- und Betrag-Eingabe differenziert.⁵⁶ Die PIN-Eingabe soll nicht nur die Eigentumsübertragung an den Berechtigten autorisieren, sondern den Geldausgabevorgang insgesamt legitimieren.⁵⁷ Hierdurch kommt es auch nicht – wie zum Teil eingewandt wird – zu einer vollständigen Verrechtlichung der „Lehre vom bedingten Einverständnis“.⁵⁸ Denn es geht nicht darum, eine weitere, rein rechtlich begründete persönliche Beschränkung des Einverständnisses einzuführen, sondern die per PIN-Eingabe äußerlich erkennbare Identitätsprüfung auf einen in tatsächlicher Hinsicht einheitlichen Lebensvorgang der Auszahlung zu beziehen, auf den sich der Wille des Gewahrsamsinhabers (hier die S) insgesamt bezieht.⁵⁹ Dass insoweit

⁴⁷ So aber wohl Zivanic, NZWiSt 2022, 7 (11). Wie hier auch Kudlich, JA 2021, 519 (521); ähnlich wohl auch Ruppert, StV 2022, 17 (18).

⁴⁸ Ähnlich auch Kudlich, JA 2021, 519 (521) und Bechtel, JR 2021, 37 (41). Schröder, WuB 2021, 332 (333) will deswegen bis zur Entnahme des Geldes immerhin einen Mitgewahrsam von Bank und Kunde anerkennen.

⁴⁹ So auch El-Ghazi, NSStZ 2021, 425 (428).

⁵⁰ Vgl. nur Kühl (Fn. 2), § 242 Rn. 13; Rengier (Fn. 1), § 2 Rn. 33; Fischer (Fn. 7), § 242 Rn. 14a. I.E. zust. Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 3), Rn. 101, die allerdings schon die Konstruktion eines gestuften Gewahrsams ablehnen; der „Untergeordnete“ hat so schon keine Sachherrschaft.

⁵¹ Ebenfalls krit. in dieser Hinsicht Ruppert, StV 2022, 15 (17); anders jedoch Schröder, WuB 2021, 332 (333).

⁵² Vgl. ebenso Bechtel, JR 2021, 37 (41).

⁵³ BGH NStZ 2021, 426, insoweit krit. auch Lenk, NJW 2021, 1547.

⁵⁴ Vgl. dazu BGH NJW 1968, 662.

⁵⁵ So auch Ruppert, StV 2022, 15 (18); Bechtel, JR 2021, 37 (42) und bereits zur Ausgangsentscheidung des 2. Strafsenates Brand, NJW 2018, 246; Eisele, JuS 2018, 300 (302) sowie ursprünglich auch Jäger, JA 2018, 309 (310 f.).

⁵⁶ So nunmehr auch Jäger, JA 2020, 66 (68), dagegen Lenk, JuS 2020, 407 (411) und Ruppert, StV 2020, 664 (667).

⁵⁷ So auch Schmitz (Fn. 4), § 242 Rn. 108.

⁵⁸ So aber Ruppert, StV 2020, 666 (667); erneut Ruppert, StV 2022, 17 (18); wohl ähnlich Krell, NStZ 2019, 728 (729 f.).

⁵⁹ Teilweise wird einer solchen Sichtweise entgegengehalten, dass hierdurch Folgeprobleme entstünden, so Krell, NStZ 2019, 728 (729 f.) und Bechtel, JR 2022, 37 (42). Bspw. sieht Krell die Gefahr einer Strafbarkeit wegen Diebstahls, wenn der

nicht zwischen PIN-Eingabe und Eingabe des Auszahlungsbetrages differenziert wird, zeigt das sozial übliche und von Banken durch explizite Nutzungsanweisungen eingeforderte Abstandhalten, wonach eine ordnungsgemäße Bedienung des Automaten neben der PIN-Eingabe erkennbar ebenso die ungestörte Auswahl des Geldbetrages und das Ansichnehmen des Geldes erfordert. Davon ausgehend hat hier die S ihr Einverständnis mit dem Gewahrsamswechsel auf den berechtigten E persönlich beschränkt.⁶⁰ Damit hat W einen fortbestehenden Gewahrsam der S gebrochen.

Hinweis: A.A. gut vertretbar. Da in diesem Fall sowohl nach dem 3. wie auch nach dem 4. *Strafsenat* ein Gewahrsamsbruch vorliegt (wessen Gewahrsam gebrochen wird ist i.R.v. § 242 StGB unerheblich), bedarf es eigentlich keines Streitentscheides, wenn man die Auffassung des 2. *Strafsenats* des BGH ablehnt. Anders verhält es sich jedoch, wenn die Wegnahme mit Nötigungsmitteln erzwungen wird und eine Strafbarkeit nach § 249 StGB in Betracht kommt.⁶¹ Dann müsste – wenn man der Ansicht des 3. *Strafsenats* des BGH folgt – erörtert werden, ob eine qualifizierte Nötigung auch gegenüber einem Nicht-Gewahrsamsinhaber für einen Raub ausreicht.⁶²

Berechtigte Geld abhebt und einen Dritten, bspw. zur Begleichung von Schulden, auffordert, sich dieses direkt aus dem Automatenfach zu nehmen (vgl. *Krell*, NSTZ 2019, 726 [730]). Dieses Problem lässt sich nicht schlicht dadurch lösen, dass man – wie *Zivanic*, NZWiSt 2022, 7 (11 mit Fn. 63) – einen Mitgewahrsam des Bankkunden annimmt, da dann der Dritte trotz des Einverständnisses des Mitgewahrsamsinhabers den mindestens gleichgeordneten Mitgewahrsam der Bank brechen würde. Vielmehr erledigt sich das von *Krell* ausgemachte Problem unabhängig davon, da richtigerweise ein Streckengeschäft von Bank, Bankkunden und Drittem vorliegt, wodurch letzterer Eigentümer wird, sodass es schon an der Fremdheit des Geldes fehlt. Vgl. zur sachenrechtlichen Lage *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 32. Falls man mit Teilen der Literatur trotz des Eigentumserwerbs die Fremdheit bejaht (siehe oben Fn. 4), gelangt man zum selben Ergebnis, wenn man auf einen antizipierten Willen der Bank abstellt, dass auch Dritte im Einverständnis mit dem Kunden das Geld dem Ausgabefach entnehmen sollen, siehe dazu *Waßmer*, HRRS 2020, 25 (27) und *Jäger*, JA 2020, 66 (68).

⁶⁰ Vgl. ebenso für eine solche persönliche Beschränkung des Einverständnisses bei Geldabhebungen *Wessels/Hillenkamp/Suhr* (Fn. 3), Rn. 189; *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 25), § 242 Rn. 44; *Schmitz* (Fn. 4), § 242 Rn. 107 f. m.w.N.; *Jäger*, JA 2020, 66; *El-Ghazi*, NSTZ 2021, 425 (427 f.); *Waßmer*, HRRS 2020, 25 (27). Abl. *Krell*, NSTZ 2019, 726 (729 f.) und *Lenk*, JuS 2020, 407 (411 f.). Ähnlich krit. auch *Ruppert*, StV 2022, 15 (18).

⁶¹ So etwa in BGH NJW 2018, 245.

⁶² Dies ist der Fall, wenn der Dritte (hier die Sparkasse) bereit ist, den fremden Gewahrsam (hier des Kunden) zu schützen. Vgl. dazu m.w.N. nur *Rengier* (Fn. 1), § 7 Rn. 17, 21.

b) Subjektiver Tatbestand

Nachdem er die Umstände kannte, aus denen sich die Fremdheit der Geldscheine ergab, und ihm bei gebotener Parallelwertung in der Laiensphäre klar sein musste, dass S allein an E auszahlen wollte, handelte W auch vorsätzlich. Auch wollte W die Geldscheine dauerhaft der S entziehen und für eigene Zwecke verwenden, ohne einen fälligen und einredefreien Anspruch auf das Geld zu haben. Daher handelte er auch in der Absicht rechtswidriger Zueignung.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

W handelte rechtswidrig und schuldhaft.

B. Ergebnis

W hat sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

3. Tatkomplex: Das Restaurant

A. Strafbarkeit des W

I. Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB durch die Zahlung mit dem gestohlenen Geldschein

Dadurch, dass W mit dem gestohlenen 50 €-Schein zahlte, kann er sich wegen Betruges gegenüber und zulasten von I strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Täuschungsbedingter Irrtum

W muss den I über Tatsachen getäuscht haben. Täuschung ist die irreführende Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen.⁶³ W erklärte durch die Bezahlung konkludent, er sei Eigentümer des zur Zahlung hingegebenen Geldscheins. Tatsächlich war jedoch S Eigentümerin des Scheines, sodass W durch die Bezahlung schlüssig über Tatsachen getäuscht hat. Hierdurch kam es auf Seiten des I zu einer korrespondierenden Fehlvorstellung,⁶⁴ sodass auch ein Irrtum vorliegt.

bb) Vermögensverfügung

Auf Grund des Irrtums muss es zu einer Vermögensverfügung gekommen sein, d.h. einem Tun oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt⁶⁵. Jedenfalls die Übereignung des 10 €-Scheins als Wechselgeld ist eine solche Verfügung.

cc) Vermögensschaden

Hierdurch muss es seitens I schließlich zu einem Vermögensschaden, d.h. unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts

⁶³ *Rengier* (Fn. 1), § 13 Rn. 9 m.w.N.

⁶⁴ *Joecks/Jäger* (Fn. 10), § 263 Rn. 69.

⁶⁵ *Joecks/Jäger* (Fn. 10), § 263 Rn. 83; *Hilgendorf/Valerius* (Fn. 1), § 7 Rn. 62.

des Vermögens,⁶⁶ gekommen sein. Vor dem Bezahlen hatte I einen 10 €-Schein und einen Zahlungsanspruch gegen W auf 40 €. Durch die Bezahlung hat I sodann Gewahrlosam am 50 €-Schein sowie – mangels Kenntnis von dessen deliktischer Herkunft – hieran auch Eigentum gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB gutgläubig erworben. Die Tatsache, dass das Geld gestohlen war, ist unschädlich, da gem. § 935 Abs. 2 BGB der Abschluss des § 935 Abs. 1 BGB nicht greift. Zwar wurde ehemals bei einem (nur) gutgläubigen Eigentumserwerb ein Vermögensschaden darin gesehen, dass der gutgläubige Erwerb mit einem Makel belastet sei (sog. Makeltheorie⁶⁷). Dagegen spricht jedoch, dass dies allenfalls einen moralischen Makel darstellt, der den wirtschaftlichen Wert nicht mindert – zumal es sich um den gutgläubigen Erwerb von Geld handelt. Ein Vermögensschaden in Form eines Gefährdungsschadens ist allenfalls bei einem besonderen, wirtschaftlich konkret bezifferbaren Prozessrisiko des gutgläubigen Erwerbers anzuerkennen.⁶⁸ Daran fehlt es hier jedoch aufgrund der Beweislastverteilung mit Blick auf § 932 Abs. 1 S. 1 BGB⁶⁹ und der Sonderregelung des § 935 Abs. 2 BGB für Geld.

2. Ergebnis

Somit hat W sich nicht wegen Betruges strafbar gemacht, indem er I mit dem gestohlenen Geld bezahlte.

II. Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB durch Zahlung mit dem geraubten Geld

Allerdings kann sich W durch dieselbe Handlung wegen Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben. Hierfür muss sich W das Geld zugeeignet haben, als er mit dem Geld die Rechnung des I bezahlte. Zwar dürfte W hierdurch seinen Willen, über das Geld wie ein Eigentümer zu verfügen, nach außen erkennbar betätigt haben, also einen nach außen manifestierten Zueignungsakt vorgenommen haben. Jedoch hatte W das Geld bereits in Zueignungsabsicht weggenommen. Dies führt nach Rechtsprechung und Teilen der Literatur dazu, dass die Bezahlung bereits nicht tatbe-

standsmäßig ist (sog. Tatbestandslösung⁷⁰). Nach anderer Auffassung stellt die Bezahlung zwar eine tatbestandsmäßige Zueignung dar, tritt jedoch als mitbestrafte Nachtat gegenüber dem Diebstahl zurück (sog. Konkurrenzlösung⁷¹). Damit scheidet nach beiden Auffassungen eine Bestrafung des W wegen Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB aus.

B. Strafbarkeit der B

I. Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 Var. 2 StGB durch das Konsumieren der ausgegebenen Speisen und Getränke

Eine zunächst in Betracht kommende Strafbarkeit wegen Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 Var. 2 StGB dadurch, dass B die spendierten Speisen und Getränke konsumiert hat, scheidet bereits daran, dass das Essen selbst nicht durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete Vortat rechtswidrig erlangt wurde und Gegenstände, die im Tausch- oder Kaufwege erlangt werden, kein taugliches Tatobjekt des § 259 StGB darstellen (sog. straflose Ersatzhehlerei)⁷².

II. Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 Var. 4 StGB durch das „Mitverprassen“ des gestohlenen Geldes

Allerdings kann sich B durch das „Mitverprassen“ des von W gestohlenen Geldes der Absatzhilfe gem. § 259 Abs. 1 Var. 4 StGB schuldig gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Taugliches Hehlereiobjekt

Der zur Bezahlung des I eingesetzte 50 €-Schein stellt eine aus einer gegen fremdes Vermögen gerichtete Vortat rechtswidrig erlangte Sache dar und ist mithin ein taugliches Hehlereiobjekt.

b) Absatzhilfe

Ferner muss das Verhalten der B als Absatzhilfe i.S.v. § 259 Abs. 1 Var. 4 StGB zu qualifizieren sein. Absatzhilfe ist die unselbstständige Unterstützung des Vortäters bei der wirtschaftlichen Verwertung der Sache im Interesse des Vortäters.⁷³ Fraglich ist, ob die Mithilfe beim Ausgeben des Geldes (das „Mitverprassen“) eine Tathandlung der Absatzhilfe in diesem Sinne darstellt. Grundsätzlich stellt das Verhalten der B eine Unterstützung des W bei der Beuteverwertung dar, da B – in Kenntnis der deliktischen Herkunft des Geldes – durch Ihren Wunsch die Bestellung durch W und damit den Umfang beeinflusst, in dem das gestohlene Geld eingesetzt wird. In einer solchen Mithilfe beim Ausgeben des Geldes wurde in

⁶⁶ Hilgendorf/Valerius (Fn. 1), § 7 Rn. 83.

⁶⁷ Vgl. RGSt 73, 61 (62 ff.); umfassend dazu Hefendehl, in: Erb/Schäfer (Fn. 4), § 263 Rn. 939 ff. Kurze Einordnung der RG Entscheidung Gaede, in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner (Fn. 3), § 263 Rn. 115 mit zugehörigen Fn.; auch Fischer (Fn. 7), § 263 Rn. 151: „von NS-Ideologie geprägte Ansicht“ des RG.

⁶⁸ Vgl. BGH wistra 2003, 230 f.; BGH NStZ 2013, 37; aktuell auch BGH, Beschl. v. 9.1.2020 – 5 StR 546/19; krit. u.a. zur Realisierbarkeit einer konkreten Quantifizierung Saliger, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 233; Hefendehl, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 943 ff.; Fischer (Fn. 7), § 263 Rn. 151a.

⁶⁹ In einem Prozess muss grds. derjenige, der einen gutgläubigen Erwerb bestreitet, die Bösgläubigkeit darlegen und beweisen, Kindl, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.2.2022, § 932 Rn. 20.

⁷⁰ Vgl. nur BGHSt 14, 38; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 18. Aufl. 2021, Rn. 265; Kühl (Fn. 2), § 246 Rn. 7; umfassend Rengier (Fn. 1), § 5 Rn. 51–59.

⁷¹ Vgl. Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 3), Rn. 328 ff.; Bosch (Fn. 8), § 246 Rn. 19. Siehe eingehend zu dem Problem Hohmann, in: Erb/Schäfer (Fn. 4), § 246 Rn. 41 ff.

⁷² Vgl. nur BGHSt 9, 137 (139); BGH NJW 1969, 1260 (1261); Jahn/Palm, JuS 2008, 501 (502); Fischer (Fn. 7), § 259 Rn. 7 und Rengier (Fn. 1), § 22 Rn. 24 ff.

⁷³ Vgl. statt vieler Rengier (Fn. 1), § 22 Rn. 54 m.w.N.

der älteren Literatur und Rechtsprechung teilweise eine tatbestandliche Absatzhilfe gesehen, da der vom Vortäter Eingeladene dazu beitrage, dass das gestohlene Geld „schneller unter die Leute kommt“.⁷⁴ Dagegen spricht jedoch, dass die Tathandlung der Absatzhilfe ein wirtschaftlich fremdnütziges Tätigwerden des Helfers erfordert.⁷⁵ Daran fehlt es hier, nachdem B ausschließlich aus eigenem Interesse daran mitwirkt, dass W das gestohlene Geld ausgibt, ohne sein Vermögen zu mehren. Zwar lässt es die Rechtsprechung für ein wirtschaftliches Interesse des Haupttäters ausreichen, dass dieser einem anderen eine Zuwendung machen kann, ohne Aufwendungen aus dem eigenen Vermögen zu tätigen.⁷⁶ Ein wirtschaftliches Interesse stellen solche „ersparten Aufwendungen“ jedoch nur dann dar, wenn der Vortäter aus rechtlichen oder zumindest sittlichen Gründen verpflichtet gewesen ist, die entsprechende Schenkung vorzunehmen. Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Daher liegt keine Absatzhilfe durch das „Mitverprassen“ vor.

III. Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 Var. 2 StGB durch die Annahme des 10 €-Scheins

Jedoch kommt noch eine Strafbarkeit der B wegen Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 Var. 2 StGB durch die Annahme des 10 €-Scheins in Betracht.

1. Tatbestandsmäßigkeit

Dafür muss es sich beim Geldschein um ein taugliches Tatobjekt handeln, also um eine Sache, die durch eine „gegen fremdes Vermögen gerichtete“ rechtswidrige Vortat erlangt wurde. Eine solche Vortat könnte der Diebstahl zulasten des E darstellen. Allerdings stammt der B übergebene Geldschein nicht unmittelbar aus der Tatbeute, sondern ist das Wechselgeld für den aus der Tatbeute stammenden Schein. Auch eine rechtswidrige Vortat in Form des Betrugs zu Lasten des I scheidet aus, da dieser das Eigentum am Geld gutgläubig erworben und daher keinen Schaden erlitten hat.

Die ganz h.M. betrachtet solche Fälle als straflose Ersatzhehlerei. Dies wird damit begründet, dass der Grundsatz der Sachidentität auch bei Geld uneingeschränkt Anwendung finden müsse.⁷⁷ Dagegen argumentieren die Vertreter der sog. Wertsummentheorie⁷⁸, dass es nicht auf die konkreten Geld-

scheine bzw. -stücke ankomme, da im Wirtschaftsleben allein die Bedeutung als Wertträger zähle und es daher gleichgültig sei, in welcher Form dieser Wert konkret verkörpert sei. Dagegen spricht jedoch bereits der Wortlaut des § 259 Abs. 1 StGB, der nur Sachen, nicht jedoch unkörperliche Wertsummen erfasst. Bei § 259 StGB auf die Wertsumme abzustellen, verstößt daher gegen das Analogieverbot.⁷⁹ Demnach kann nicht auf den Diebstahl an E als Vortat der Hehlerei abgestellt werden.

2. Ergebnis

B hat sich nicht wegen Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 Var. 2 StGB durch die Annahme des 10 €-Scheins strafbar gemacht.

Hinweis: Wer bei der Strafbarkeit des W nach § 246 StGB der Konkurrenzlösung folgt, der muss für B eine Strafbarkeit nach §§ 246 Abs. 1, 27 StGB prüfen und bejahen.

Gesamtergebnis und Konkurrenzen

W hat sich gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. B ist straflos.

⁷⁴ Vgl. BGHSt 9, 137 (138); *Kühl* (Fn. 2), § 259 Rn. 15.

⁷⁵ So auch *Maier*, in: Erb/Schäfer (Fn. 4), § 259 Rn. 123.

⁷⁶ Vgl. BGHSt 10, 1 (2), unter Hinweis auf BGHSt 4, 236 (238 f.). Auch soll nach verbreiteter Ansicht eine Absatzhilfe genügen, wenn zum „Mitverprassen“ „ein die Übertragung der Verfügungsgewalt bewusst förderndes Tun hinzutritt“ (*Hecker*, in: Schönke/Schröder [Fn. 8], § 259 Rn. 34 m.w.N.). Das soll bspw. dann der Fall sein, wenn „Hinweise auf mögliche Absatzquellen“ den Absatz noch fördern (so *Maier* [Fn. 75], § 259 Rn. 123). Ein solches über den bloßen Mitverzehr hinausgehendes Verhalten liegt hier jedoch nicht vor.

⁷⁷ Vgl. m.w.N. nur OLG Braunschweig NJW 1952, 557; *Renigier* (Fn. 6), § 22 Rn. 27.

⁷⁸ Vgl. *Roxin*, in: Geerds/Naucke (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Hellmuth Mayer

zum 70. Geburtstag, 1966, S. 467 (472 ff.); *Rudolphi*, JA 1981, 1 (4); *Meyer*, MDR 1960, 377 ff. und *Eser*, Strafrecht IV, Schwerpunkt Vermögensdelikte, 4. Aufl. 1983, 18 A 23.

⁷⁹ So zutreffend und m.w.N. *Maier* (Fn. 75), § 259 Rn. 55.

Übungsfall: Schlüssel zum Glück

Von Akad. Mitarbeiter **Johannes Weigl**, Potsdam/München, Rechtsanwalt **Tobias Gafus**, Berlin*

I. Sachverhalt

Die B und der S waren einst verheiratet, sind aber seit Dezember 2016 geschieden. B findet bei einer Aufräumaktion im Januar 2022 einen Schlüssel zum Haus ihrer Ex-Schwiegermutter O, der Mutter des S. O hatte ihrem Sohn S vor vielen Jahren diesen Zweitschlüssel geschenkt und übereignet. S hatte diesen kurz vor der Scheidung, als B und er schon getrennt wohnten, nach einem Streit in der Wohnung der B vergessen. S hatte den Verlust später bemerkt, wusste jedoch zunächst nicht, wo er den Schlüssel verloren hatte. S und O gingen davon aus, dass der Schlüssel nicht mehr auftauchen würde, und ließen einen neuen Schlüssel für S erstellen. B hatte den Schlüssel direkt nach dem Verlust durch S gefunden und in ihrem Nachttisch versteckt, um ihn zu behalten und S dadurch eins auszuwischen.

B erzählt ihrem neuen Freund A von dem nun wieder aufgetauchten Schlüssel und seiner Herkunft. A hat die Idee, sich diesen „Schlüssel zum Glück“ von B zu leihen und so aus der Villa der alleinlebenden O Wertsachen zu stehlen. B lehnt dies aus Angst, O könne zu Schaden kommen, zunächst ab. Dann fällt ihr jedoch ein, dass O ihr nur wenige Tage zuvor bei einer Begegnung im Supermarkt erzählt hatte, dass sie anlässlich ihres 70. Geburtstags am 20. Februar „den gesamten Februar“ in ihrer „zweiten Heimat Lanzarote“ verbringen werde – wo sie seit 30 Jahren jedes Jahr Urlaub mache. Nachdem A die B daraufhin überzeugt, dass niemandem etwas passieren werde, ist B einverstanden. Schon aus schlechtem Gewissen gegenüber O will sie bis auf das Verleihen des Schlüssels jedoch „nichts mit der Sache zu tun haben“.

A verschafft sich am Abend des 20. Februar 2022 mithilfe des Schlüssels Zutritt zur Villa. Er findet einen wertvollen, der O gehörenden Ring und steckt ihn in seine Hosentasche, um ihn später zu verkaufen. Als A weitersuchen will, steht plötzlich O in der Tür, die krankheitsbedingt nicht auf Lanzarote ist. Sie fordert den maskierten A auf, den Ring herauszugeben. Da A den Ring behalten will, schlägt er der O ohne Tötungsvorsatz mit einem griffbereiten Besen auf den Kopf. Als O bewusstlos auf dem Boden liegt, bekommt A Panik. Er erkennt, dass O lebensbedrohlich verletzt ist, befürchtet aber, dass er als Täter enttarnt werden könnte, falls er einen Notarzt ruft, bevor er sich ausreichend weit vom Tatort entfernt hat. Eine Identifizierung durch O fürchtet er aufgrund seiner Maske aber nicht. Er wünscht sich zwar, dass O überlebt, nimmt ihren Tod aber in Kauf, um unentdeckt zu bleiben, und verlässt die Villa ohne Hilfe zu rufen. Zu Hause angekommen wähnt A sich in Sicherheit und ruft in der festen Überzeugung, O könne noch gerettet werden, anonym einen Notarzt. Tatsächlich war O aber schon durch den Schlag mit dem Besen so schwer verletzt worden, dass ihr auch sofortige

Rettungsbemühungen des A nicht mehr geholfen hätten. O stirbt in den Armen des eintreffenden Notarztes. Der B erzählt A von den Geschehnissen rund um O erst, als diese einige Tage später aus der Zeitung vom Tod ihrer Ex-Schwiegermutter erfährt.

Die Ermittlungen der Polizei kommen zu dem Ergebnis, dass der Täter wohl einen Schlüssel zur Villa hatte. Daraufhin dämmert S, dass er den Schlüssel einst bei B vergessen haben muss. Er vermutet, dass diese und ihr neuer Freund A die Tat begangen haben und stellt am nächsten Tag formgerecht gegen beide Strafantrag „wegen aller in Betracht kommenden Delikte im Namen der O und im eigenen Namen“.

Während die Polizei daraufhin gegen A und B ermittelt, ruft B wütend auf dem Handy des S an und spricht Folgendes auf die Mailbox, um ihn zu kränken: „Ich wusste immer, dass du ein mieser Drecksack bist, aber jetzt hast du den Vogel abgeschossen.“ Kurz darauf hört F, die neue Freundin des S, die Nachricht heimlich ab. Da F den S schützen will, löscht sie die Nachricht sofort. S erfährt nie davon.

Aufgabe

Straf- und Verfolgbarkeit von A und B nach dem StGB? §§ 123, 221 und 223–229 StGB sind nicht zu prüfen. Es ist davon auszugehen, dass S Alleinerbe der O ist.

Lösungsvorschlag

Tatkomplex 1: Der Schlüssel

A. Strafbarkeit der B

I. § 242 Abs. 1 StGB

B könnte sich durch das Verstecken des Schlüssels wegen Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Der Schlüssel gehört S und ist damit eine für B fremde bewegliche Sache. Diese müsste B weggenommen, also fremden Gewahrsam gebrochen und neuen Gewahrsam begründet haben. Ein Bruch ist nur denkbar, wenn B bei der Tathandlung nicht schon selbst Alleingewahrsam hatte. Gewahrsam ist die tatsächliche Herrschaft über eine Sache, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen wird und deren Reichweite durch die Verkehrsauffassung bestimmt wird. Zunächst hatte S Gewahrsam. Er könnte diesen aber verloren und B ihn schon dadurch erlangt haben, dass S den Schlüssel in ihrer Wohnung, und damit in ihrer Gewahrsamssphäre, liegen ließ. Indes schließt allein das den Gewahrsam des S noch nicht zwingend aus. Nach der Verkehrsauffassung ist vielmehr von einem fortbestehenden Gewahrsam des ursprünglichen Inhabers auszugehen, wenn eine Sache nur vergessen wurde, er sich an seinen Verbleib erinnern und die Sache jederzeit wiedererlangen kann.¹ Hier erinnerte sich S aber zunächst nicht mehr an den Verbleib des Schlüssels. Er hatte diesen nicht nur vergessen, sondern *verloren*. Damit hatte S schon

* Der Autor *Weigl*, Ass. iur., Licencié en droit (Toulouse), ist Akad. Mitarbeiter an der Universität Potsdam und Doktorand an der Ludwig-Maximilians-Universität München; der Autor *Gafus* ist Rechtsanwalt in Berlin und Doktorand an der Freien Universität Berlin.

¹ Vgl. *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 40.

durch den Verlust keinen Gewahrsam mehr.

B hat sich durch das Verstecken des Schlüssels nicht wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. § 246 Abs. 1 StGB

B könnte sich durch das Verstecken aber wegen Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

B müsste sich den Schlüssel, eine für sie fremde bewegliche Sache (s.o.) zugeeignet haben. Hierfür genügt i.R.d. § 246 Abs. 1 StGB die äußere Manifestation eines Zueignungswillens.² Diese liegt *jedenfalls* dann vor, wenn ein vom Zueignungsvorsatz getragenes Verhalten gegeben ist, aus dem ein alle Tatumstände kennender objektiver Betrachter ohne vorherige Kenntnis des Täterwillens eindeutig auf einen Zueignungswillen schließen kann. Hier hat sich der Zueignungswille der B durch das Verstecken in ihrem Nachttisch objektiv manifestiert. Dies war mangels Anspruchs der B auf eine Übereignung des Schlüssels auch rechtswidrig.

2. Subjektiver Tatbestand

B hatte Vorsatz mit Blick auf alle Tatbestandsmerkmale. Neben dem bereits geprüften Zueignungswillen betrifft dies insbesondere die Fremdheit der Sache und die Rechtswidrigkeit der Zueignung. Eine besondere *Absicht* ist i.R.d. § 246 StGB – anders als bei § 242 StGB – nicht erforderlich.³

3. Rechtswidrigkeit, Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Strafantrag

Ob nach § 248a StGB eine geringwertige Sache vorliegt, beurteilt sich nicht nach Substanzwert, Herstellungswert oder subjektiven Affektionsinteressen des Tatopfers, sondern zunächst nach dem objektiven Verkehrswert. Einem privaten Haustürschlüssel kommt ein solcher Verkehrswert mangels Marktes zum Verkauf jedoch nicht zu, sodass er grundsätzlich als geringwertig anzusehen wäre. Dies ließe jedoch außer Acht, dass der Schlüssel *funktionell* ein sehr bedeutender Gegenstand mit insofern auch großem „Wert“ in Form einer Nutzungsmöglichkeit ist. Es wäre mit dem Telos des § 248a StGB, nur unbedeutende Sachen dem Strafantragserfordernis zu unterstellen, nicht vereinbar, verkehrswertlose Sachen per se als geringwertig anzusehen. Richtigerweise ist bei aufgrund hoher Spezifität verkehrswertlosen Gegenständen deshalb die Geringwertigkeit ausgeschlossen, wenn sie einen *funktionalen* Wert in Form einer Nutzungsmöglichkeit haben.⁴ Dies trifft auf einen Hausschlüssel zu; damit greift § 248a StGB nicht ein.

Ein Antragserfordernis könnte aber aus § 247 StGB folgen. Verletzt er und damit nach § 77 Abs. 1 StGB berechtigt ist hier S als Eigentümer des Schlüssels. Ob es für die Angehörigeneigenschaft i.S.d. §§ 247, 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB auf die Zeit der Tat oder diejenige der Antragstellung ankommt, muss nicht entschieden werden: S und B waren zu beiden Zeitpunkten „Angehörige“; die vor der Antragstellung erfolgte Scheidung ändert daran nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB a.E. nichts. Die Antragsfrist beträgt nach § 77b Abs. 1 S. 1 StGB drei Monate. Sie beginnt nach § 77b Abs. 2 S. 1 StGB aber erst mit Ablauf des Tages, an dem der Berechtigte von der Tat und der Person des Täters Kenntnis erlangt. Die Unterschlagung war zwar schon vor mehr als vier Jahren begangen worden. Allerdings ist dem S erst im Zuge der auf den Einbruch in die Villa folgenden Ermittlungen bewusst geworden, dass B den Schlüssel einst unterschlagen hatte. Schon am auf diese Erkenntnis folgenden Tag stellt B den formgerechten Antrag. Damit ist der Antrag nicht verfristet.

5. Verjährung

Allerdings könnte Verjährung eingetreten sein. Die Tat nach § 246 Abs. 1 StGB verjährt gem. § 78 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 4 StGB in fünf Jahren. Die Beendigung als Fristbeginn nach § 78a Abs. 1 S. 1 StGB war sofort mit Vollendung eingetreten; denn B war zu Hause und musste den Schlüssel nicht erst in Sicherheit bringen.⁵ Ein späterer Beginn der Verjährung durch eine nochmalige Begehung des § 246 StGB käme nur in Anwendung der sog. Konkurrenzlösung in Betracht, wonach bei mehrfachen Manifestationen des Zueignungswillens erneute, erst auf Konkurrenzebene zurücktretende Unterschlagungen anzunehmen sind. So soll insbesondere die Bestrafung von Teilnehmern an den wiederholten Zueignungen ermöglicht werden. Dies überzeugt jedoch nicht.⁶ Denn schon dem Wortsinn nach kann eine Person sich ein und dieselbe Sache nur jeweils einmal zueignen. Im Übrigen würden ansonsten die Verjährungsregelungen durch potenziell unbegrenzte Verlängerung faktisch ganz außer Kraft gesetzt. Folglich ist mit der sog. Tatbestandslösung davon auszugehen, dass schon tatbestandlich nur *eine* Unterschlagung vorliegt. Die damit 2016 beginnende Fünfjahresfrist ist abgelaufen. Ein Fall der §§ 78b, 78c StGB liegt nicht vor. Damit ist die Tat verjährt und kann nicht mehr verfolgt werden.

6. Ergebnis

Die Tat ist verjährt und damit nicht verfolgbar.

B. Ergebnis zum ersten Tatkomplex

B ist im ersten Tatkomplex straflos. A war noch gar nicht beteiligt, ist also auch straflos.

² Siehe nur *Kudlich/Koch*, JA 2017, 184 (185).

³ *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, § 246 Rn. 20.

⁴ A.A. gut vertretbar. Zum Problem vgl. *Kudlich/Noltensmeier/Schuhr*, JA 2010, 342 (343).

⁵ Vgl. nur *Fischer* (Fn. 3), § 78a Rn. 3, 8a.

⁶ Vgl. *Fischer* (Fn. 3), § 246 Rn. 14; *Hohmann*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 43.

Tatkomplex 2: Die Villa**A. Strafbarkeit des A**

Hinweis: Da A alle Handlungen selbst tätigt und es damit keiner Zurechnung fremder Handlungen bedarf, muss an dieser Stelle nicht geprüft werden, ob eine Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) der B vorliegt.

I. §§ 212 Abs. 1, 211 StGB

Bei dem Schlag hatte A keinen Tötungsvorsatz, sodass ein Mord durch aktives Tun gem. §§ 212 Abs. 1, 211 StGB ausscheidet.

II. §§ 212 Abs. 1, 211, 13 StGB

Indes könnte A sich durch das Zurücklassen der O wegen Mordes durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 211, 13 StGB strafbar gemacht haben.

O ist tot. Die Nicht-Vornahme von Rettungshandlungen stellt schwerpunktmäßig ein Unterlassen dar, das unter den Voraussetzungen von § 13 StGB bestraft werden kann. Die Garantenpflicht des A ergibt sich aus Ingerenz, also einem pflichtwidrigen Vorverhalten,⁷ das hier in dem vorherigen Schlag zu sehen ist. Die Entsprechungsklausel nach § 13 Abs. 1 StGB a.E. steht nicht entgegen. Der Tod der O müsste aber auch kausal auf der Nicht-Vornahme von Rettungshandlungen beruhen. (Quasi-)Kausalität liegt vor, wenn die gebotene Handlung nicht hinzugedacht werden könnte, ohne dass der tatbestandsmäßige Erfolg entfiel.⁸ O war allerdings schon durch den Schlag mit dem Besen dem Tod geweiht und hätte auch durch Rettungsbemühungen nicht mehr gerettet werden können. Damit war das Unterlassen nicht kausal für den Tod.

A hat sich damit nicht wegen eines vollendeten Mordes durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 211, 13 StGB strafbar gemacht.

III. §§ 212 Abs. 1, 211, 13, 22, 23 Abs. 1 Var. 1 StGB

Er könnte sich jedoch durch dieselbe Handlung wegen versuchten Mordes durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 211, 13, 22, 23 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Die Tat ist trotz des Todes der O nicht vollendet (s.o.). Der Versuch des Mordes ist strafbar, §§ 23 Abs. 1 Var. 1, 12 Abs. 1 StGB.

2. Tatentschluss

Ein versuchter Mord durch Unterlassen setzt zunächst einen Tatentschluss hinsichtlich eines Totschlags durch Unterlassen nach §§ 212 Abs. 1, 13 StGB voraus.⁹ Hier kommt bedingter

Vorsatz in Betracht. A hat sich vorgestellt, dass die aus seiner Sicht lebensbedrohlich verletzte O möglicherweise sterben würde, wenn er nicht reagiert (kognitives Element); er nahm die Herbeiführung des Todes der O durch sein Unterlassen jedoch in Kauf, um nicht entdeckt zu werden (voluntatives Element).¹⁰ Weiterhin wusste A auch, dass er die O durch den Schlag mit dem Besen lebensbedrohlich verletzt hatte und stellte sich somit auch Umstände vor, die eine Garantenpflicht aus Ingerenz begründen. Dass eine kausale Herbeiführung des Todes durch das Unterlassen objektiv wegen der schon zuvor eingetretenen tödlichen Verletzungen ausgeschlossen war, ändert hieran nichts; beim Versuch kommt es gerade auf die Vorstellung des Täters an (vgl. § 22 StGB). Dass der Versuch untauglich ist, hindert die Strafbarkeit nicht, wie insbesondere § 23 Abs. 3 StGB zeigt.¹¹ Damit hatte A Tatentschluss bezüglich eines Totschlags durch Unterlassen.

Weiterhin könnte A Tatentschluss bezüglich objektiver Mordmerkmale haben.¹² Für eine Heimtücke müsste A sich bei oder nach Versuchsbeginn vorgestellt haben, die auf Arglosigkeit beruhende Wehrlosigkeit der O auszunutzen. Ob Bewusstlose überhaupt arglos sein können, ist streitig,¹³ kann hier jedoch offenbleiben: Wer mit der h.M. davon ausgeht, dass Bewusstlose nicht zum Argwohn fähig und damit nie arglos sind, muss die Heimtücke allein deshalb ablehnen – denn A hatte Kenntnis von der Bewusstlosigkeit. Aber auch wer nicht zwischen Schlaf und Bewusstlosigkeit unterscheidet, also davon ausgeht, dass bestehende Arglosigkeit auch den Bewusstseinsverlust überdauern kann, muss die Heimtücke verneinen. Denn O war dem A schon entgegengetreten und nicht mehr arglos, als sie das Bewusstsein verlor. Damit kommt es auch auf die Frage, ob ein Heimtückemord durch Unterlassen überhaupt denkbar ist, nicht mehr an.¹⁴

A könnte aber subjektive Mordmerkmale erfüllt haben. In Betracht kommt Habgier, also das rücksichtslose Streben nach Gewinn um jeden Preis. Dies umfasst auch eine Beuteversicherung. Auch die Habgier muss nach der Formulierung des § 211 StGB („aus Habgier“) aber gerade bei Tatbegehung vorliegen.¹⁵ Den Schlag führte A zwar zumindest auch des-

schlags ist. Die Rspr. erblickt in § 211 und § 212 StGB hingegen eigenständige Tatbestände. Auch dann setzt der Mord nach dem Wortlaut des § 211 Abs. 2 („wer [...] einen Menschen tötet“) aber zumindest eine (hier: vorgestellte) vorsätzliche Tötung voraus.

¹⁰ Vgl. zur Diskussion *Fischer* (Fn. 3), § 15 Rn. 15.

¹¹ Vgl. dazu, dass dies auch beim unechten Unterlassungsdelikt gilt, etwa BGH NJW 1992, 3309 (3310); BGH NJW 1995, 204 (206).

¹² Die Prüfung „objektiver“ und „subjektiver“ Mordmerkmale erfolgt hier bei Prüfung des versuchten Mordes jeweils (nur) im Tatentschluss.

¹³ Vgl. *Fischer* (Fn. 3), § 211 Rn. 42a.

¹⁴ Vgl. dazu, dass dies mit Blick auf die „Ausnutzung“ nur in seltenen Fällen denkbar ist *Neumann/Saliger*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 211 Rn. 72a.

¹⁵ Vgl. *Eser/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 211 Rn. 12.

⁷ Ein familiäres Verhältnis zwischen A und O besteht dagegen nicht.

⁸ Siehe *Freund*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 13 Rn. 335.

⁹ Dies gilt jedenfalls, wenn mit der h.L. richtigerweise davon ausgegangen wird, dass der Mord eine Qualifikation des Tot-

halb aus, weil er die Beute nicht mehr hergeben wollte. Für §§ 211, 13 StGB muss hier aber auf den Versuchsbeginn *des Unterlassungsdelikts* abgestellt werden, da zuvor kein Tötungsvorsatz gegeben war. Es liegen keine Angaben vor, wonach A auch bei Unterlassen der Rettungsmaßnahmen habgierig war. Ein Fortwirken der Habgier erscheint *zweifelhaft* und darf deshalb in dubio pro reo nicht unterstellt werden.¹⁶

Hinweis: Der Zweifelsatz sagt nicht, *wann* ein Entscheider Zweifel haben soll oder gar muss, sondern nur, wie zu entscheiden ist, *wenn* er Zweifel hat. Wer den Zweifelsatz anwendet, sollte zuvor also explizit feststellen, *dass* er Zweifel hat.¹⁷

Möglicherweise handelte A jedoch aus Verdeckungsabsicht. Er unterließ zunächst Rettungsbemühungen, um seine Identifizierung als Täter eines (räuberischen) Diebstahls zu vermeiden. Dabei muss noch nicht entschieden werden, ob der Gewahrsamsbruch schon vollendet war, da insoweit auch die Verdeckung eines nur *versuchten* Diebstahls ausreicht¹⁸ und die Tat nach § 242 StGB (bzw. § 252 StGB) *zumindest* im Versuchsstadium war.¹⁹ Der (räuberische) Diebstahl ist auch „andere Straftat“, da keine völlige zeitliche Deckungsgleichheit besteht; auf die Konkurrenzverhältnisse kommt es nicht an.²⁰

Mitunter wird vertreten, dass ein Verdeckungsmord nicht durch Unterlassen begangen werden könne.²¹ Diese Auffassung wird meist auf die Entsprechungsklausel nach § 13 Abs. 1 StGB a.E. gestützt. Überdies widerspreche eine Strafbarkeit des Verdeckungsmordes durch Unterlassen der Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur se ipsum accusare*).²² Indes steht zunächst das Erfordernis der Modalitätenäquivalenz nach § 13 Abs. 1 StGB a.E. nicht entgegen; denn die Entsprechungsklausel gilt nur für verhaltensgebundene Merkmale – und die täterbezogene Verdeckungsabsicht ist kein solches.²³ Auch die Selbstbelastungsfreiheit hindert eine Strafbarkeit nicht: Die geforderte Rettungshandlung liegt gerade nicht in einer *Selbstbeziehung der Tat gegenüber den Strafverfolgungsorganen*, sondern im (auch anonym möglichen) Informieren eines Arztes.²⁴ Damit ist mit der h.M. ein (versuchter) Verdeckungsmord durch Unterlassen möglich.²⁵ Etwas an-

ders gilt nach dem BGH zwar, wenn die Tat aus Sicht des Täters bereits vollständig aufgedeckt ist oder wenn der Täter – unabhängig von einem noch für möglich gehaltenen Verbergen seiner Täterschaft – *ausschließlich* deswegen tötet bzw. zu töten versucht, um sich der Ergreifung durch Flucht zu entziehen. Denn in solchen Fällen fehlt es gerade an einer Absicht der *Verdeckung*.²⁶ Eine begleitend bestehende Fluchtmotivation steht der Verdeckungsabsicht an sich aber nicht entgegen. Hier hält A sich gerade noch nicht für überführt. In einem solchen Fall schließt auch die Verbindung mit einer Fluchtmotivation die Verdeckungsabsicht nicht aus.²⁷ Schließlich ist unschädlich, dass A nicht die Entdeckung durch die Getötete O, sondern durch Dritte befürchtete.²⁸

Der Verdeckungsabsicht könnte schließlich entgegenstehen, dass bezüglich der Tötung selbst nur bedingter Vorsatz vorlag. Dies erscheint prima facie als Widerspruch. Der Wortlaut des § 211 StGB aber legt nahe, dass sich die Absicht gerade nur auf die Verdeckung, nicht auch die Tötung beziehen muss. Daraus ergibt sich insbesondere auch kein denklologischer Widerspruch: Eine *unbedingte* Verdeckungsabsicht kann auch mit *bedingtem* Vorsatz hinsichtlich der Tötung einhergehen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn nach der Tätervorstellung der Verdeckungserfolg *nur* durch den Tod des Opfers erreichbar ist,²⁹ also das bei Eventualvorsatz ebenfalls für möglich gehaltene Überleben des Opfers eine Verdeckung verhindern würde. Das ist hier nicht der Fall: A geht davon aus, dass wegen seiner Maske auch eine überlebende O nichts weiter zu seiner Überführung beitragen kann. Damit liegt Verdeckungsabsicht vor.

3. Unmittelbares Ansetzen

A müsste subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht’s-los“ überschritten und objektiv Handlungen vorgenommen haben, die nach seiner Vorstellung von der Tat (vgl. § 22 StGB) unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden, was der Fall ist, wenn nach seiner Vorstellung keine wesentlichen Zwischenakte mehr nötig sind und das Rechtsgut damit hinreichend gefährdet ist. Übertragen auf Unterlassungsdelikte käme es demnach auf den Zeitpunkt an, von dem an die Erfolgsabwendung aus Sicht des Täters geboten ist,³⁰ was der Fall ist, wenn nach seiner Vorstellung eine Gefahrerhöhung für das zu schützende Rechtsgut gegeben ist.³¹ Speziell für unechte Unterlassungsdelikte wird demgegenüber zum Teil vertreten, dass es strikt auf die erste oder die letzte (vorgestellte) Rettungsmöglichkeit ankomme.³² Ein Abstellen auf die letzte Rettungsmöglichkeit führt jedoch praktisch zu einem Zusammenfallen von Versuchsbeginn und Vollendung, widerspricht überdies dem Opferschutz und ist damit abzulehnen.

¹⁶ A.A. vertretbar.

¹⁷ Zur Vertiefung *Eicker*, JA 2021, 330 ff.

¹⁸ *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 15), § 211 Rn. 32.

¹⁹ Vertretbar wäre es auch, dies näher auszuführen oder aber den (nach hier vertretener Auffassung vollendeten; dazu s.u.) Diebstahl vor dem versuchten Mord zu prüfen und dann auf § 242 StGB zu verweisen.

²⁰ Vgl. *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 211 Rn. 12.

²¹ Vgl. *Mitsch*, JuS 1996, 213 (219).

²² Zu beidem etwa *Theile*, JuS 2006, 110 (111 f.).

²³ So auch *Schneider*, in: Erb/Schäfer (Fn. 6), § 211 Rn. 250 m.w.N.

²⁴ *Schneider* (Fn. 23), § 211 Rn. 250.

²⁵ Siehe nur *Fischer* (Fn. 3), § 211 Rn. 72 m.w.N.

²⁶ BGH JuS 2020, 180 (181) m. Anm. *Eisele*.

²⁷ BGH JuS 2020, 180 (181) m. Anm. *Eisele*.

²⁸ Vgl. nur BGH NJW 1996, 939.

²⁹ BGH JuS 2020, 180 (181 f.) m. Anm. *Eisele*.

³⁰ *Kühl* (Fn. 20), § 22 Rn. 17 m.w.N.

³¹ BGH NJW 1992, 3309 (3310) m.w.N.

³² Vgl. zu diesen beiden Extrempositionen *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 22 Rn. 61 ff.

Die Bestimmung des unmittelbaren Ansetzens nach allgemeinen Kriterien (hier *spätestens* mit Entfernung des A vom Tatort zu bejahen) sowie das Abstellen auf die erste Rettungsmöglichkeit führen hier jeweils zur Bejahung des unmittelbaren Ansetzens, sodass eine Entscheidung insoweit unterbleiben kann.

4. *Rechtswidrigkeit, Schuld*

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

5. *Rücktritt*

Da B von dem Geschehen erst längere Zeit nach dem Tod der O erfahren hat, ist sie insoweit mangels Vorsatzes jedenfalls keine Beteiligte, sodass § 24 Abs. 1 StGB und nicht § 24 Abs. 2 StGB anwendbar ist. Zwar war die O unrettbar verloren und der Versuch somit untauglich; bei der Prüfung des Fehlschlags kommt es aber auf die Vorstellung des Täters an. Nach Vorstellung des A hätte der Erfolg ohne weiteres noch herbeigeführt werden können. Es liegt kein Fehlschlag vor.

Umstritten sind beim Unterlassungsdelikt die Anforderungen an die Rücktrittshandlung. Da (nach Vorstellung des Täters) der zum Taterfolg führende Geschehensablauf bereits in Gang gesetzt ist, ist die sonst typische Unterscheidung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch (vgl. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 und Alt. 2 StGB) kaum sinnvoll möglich und vom Täter im Grundsatz eine aktive Tätigkeit zu verlangen.³³ Speziell für den hier einschlägigen *untauglichen* Versuch geht aber jedenfalls § 24 Abs. 1 S. 2 StGB vor (entweder in direkter oder täterbegünstigender analoger Anwendung³⁴). „Ernsthaftes“ Bemühen setzt voraus, dass der Täter eine Handlung vornimmt, die aus seiner Sicht geeignet ist, die Vollendung mit hinreichender Sicherheit zu verhindern.³⁵ Ausreichend ist für die Ernsthaftigkeit jede Handlung, die nach Vorstellung des Täters mit hinreichend großer Wahrscheinlichkeit den Erfolgseintritt verhindert. Eine „Bestleistung“ erfordert die Ernsthaftigkeit hingegen gerade nicht³⁶ – eine solche Auslegung würde die Wortlautgrenze täterbelastend überschreiten. Hier ging A davon aus, dass er den Tod der O durch den anonymen Anruf beim Notarzt noch abwenden kann. Dass er sich damit der Hilfe eines Dritten bedient, ändert ebenso nichts an einem ernsthaften Verhinderungsbemühen wie die Tatsache, dass auch ein *früherer* Anruf möglich gewesen wäre. Denn nicht nur was die Art der Rücktrittshandlung, sondern auch was ihren Zeitpunkt angeht, scheidet die Ernsthaftigkeit nur aus, wenn aus Sicht des Täters der Erfolg durch seine Rücktrittshandlung nicht (mehr) mit hinreichender Wahrscheinlichkeit abgewendet werden kann. Solange aber die Handlungen nach der subjektiven Vorstellung des Täters, auf die allein es bei § 24 Abs. 1 S. 2 StGB ankommt, noch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zur Ret-

tung geeignet sind, fehlt es nicht an der Ernsthaftigkeit. Damit waren die Bemühungen des A ernsthaft.

A entschied sich autonom, ohne äußere Zwänge zur Rettung, womit der Rücktritt auch freiwillig erfolgt ist.

6. *Ergebnis*

Aufgrund des Rücktritts ist A nicht wegen versuchten Mordes durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 211, 13, 22, 23 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar.

IV. §§ 252, 250 Abs. 2 StGB

A könnte allerdings wegen eines besonders schweren räuberischen Diebstahls gem. §§ 252, 250 Abs. 2 StGB strafbar sein.

1. *Objektiver Tatbestand*

§ 252 StGB setzt zunächst die Vollendung eines Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB voraus.³⁷ Der Ring ist eine für A fremde bewegliche Sache. Fraglich ist, ob er durch das Einstecken schon den Gewahrsam (s.o.) gebrochen hat. Dagegen spricht, dass sich die räumliche Gewahrsamssphäre der O nach der Verkehrsauffassung auf alle Gegenstände erstreckt, die sich in ihrem Zuhause befinden. Speziell bei leicht zu verbergenden Sachen kann aber auch in fremder Sphäre neuer Gewahrsam begründet werden, insbesondere wenn diese in Körpernähe verborgen werden.³⁸ Die Möglichkeit einer solchen „Gewahrsamsenklave“ ergibt sich daraus, dass in solchen Fällen ein Eingriff des vorherigen Gewahrsamsinhabers in die persönliche Sphäre des Täters unnatürlich und damit sozial rechtfertigungsbedürftig wäre. Fraglich ist, ob diese insbesondere für Kaufhausfälle entwickelte Figur auch auf den Fall einer fremden *privaten* Sphäre übertragbar ist. Hier erschiene eine Durchsuchung des A sozial deutlich weniger rechtfertigungsbedürftig – immerhin steht A hier als Fremder im Haus der O. Indes erscheint durch das vollständige Verstauen des Rings – eines sehr kleinen Gegenstandes – in unmittelbarer Körpernähe auch die *tatsächliche* Sachherrschaft des A sehr gefestigt. Somit kann in einer Gesamtschau davon ausgegangen werden, dass A bereits eigenen Gewahrsam begründet hat und die Wegnahme damit schon mit dem Einstecken objektiv vollendet war.³⁹ A handelte vorsätzlich, in der Absicht rechtswidriger Zueignung sowie rechtswidrig und schuldhaft.

Weiterhin müsste A „bei“ einem Diebstahl gehandelt haben; § 242 StGB dürfte also noch nicht beendet sein. Hier hatte A § 242 StGB zwar schon vollendet (s.o.), die Beute indes noch nicht endgültig gesichert, weswegen keine Beendigung vorliegt. Er wurde auch noch am Tatort und in unmittel-

³³ Vgl. Fischer (Fn. 3), § 24 Rn. 5; zur a.A. Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 15), § 24 Rn. 27.

³⁴ Vgl. Zaczyk (Fn. 32), § 24 Rn. 82.

³⁵ Zaczyk (Fn. 32), § 24 Rn. 85 m.w.N.

³⁶ Zum Ganzen Eser/Bosch (Fn. 33), § 24 Rn. 71 f.

³⁷ Da § 242 StGB noch nicht geprüft wurde, muss er hier vollständig im objektiven Tatbestand des § 252 StGB geprüft werden. Wer § 242 StGB zuvor bereits gesondert geprüft hat, kann hier auf diese Prüfung verweisen.

³⁸ Vgl. nur Fischer (Fn. 3), § 242 Rn. 20.

³⁹ Wer die Vollendung des § 242 StGB ablehnt, muss anstatt oder im Anschluss an § 252 StGB einen Raub nach § 249 StGB prüfen.

telbarem Zusammenhang mit der Vortat von O bemerkt und war damit „auf frischer Tat betroffen“.

Durch den Schlag mit dem Besen hat A schließlich auch Gewalt gegen eine Person angewandt.

In Betracht kommt außerdem eine Qualifikation nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB. Ein „anderes gefährliches Werkzeug“ im Sinne der Norm ist jeder Gegenstand, der nach Art und Einsatz im konkreten Fall dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen. Der von A gegriffene Besen erfüllt bei Benutzung als Schlagwerkzeug diese Voraussetzungen und wurde von A auch verwendet.

Außerdem ist O infolge des Einsatzes des Raubmittels gestorben, sodass erst recht auch eine konkrete Todesgefahr gegeben war. Damit ist objektiv auch § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. b StGB erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte hinsichtlich § 252 StGB vorsätzlich und mit Besitzerhaltungabsicht.

Auch mit Blick auf § 250 StGB müsste Vorsatz gegeben sein (§ 15 StGB). Dies ist mit Blick auf den Einsatz des Besens als „anderes gefährliches Werkzeug“ der Fall. Fraglich ist aber, ob der Vorsatz sich auch auf die konkrete Todesgefahr erstreckt. Dagegen spricht, dass der A bei dem Schlag gerade noch keinen Tötungsvorsatz hatte. Vorsatz bezüglich einer *Lebensgefährdung* kann aber auch gegeben sein, wenn kein *Tötungsvorsatz* vorliegt. Wer einem älteren Menschen einen Besen auf den Kopf schlägt, der kann sich der (*Lebens-*) *Gefährlichkeit* dieses Handelns auch dann nicht verschließen, wenn er die Tötung nicht in Kauf nimmt. Daher lag zumindest *Gefährdungsvorsatz* vor.⁴⁰

3. Rechtswidrigkeit, Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich wegen besonders schweren räuberischen Diebstahls gem. §§ 252, 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2, Nr. 3 lit. b StGB strafbar gemacht.

V. § 251 StGB

Möglicherweise hat A sich darüber hinaus auch wegen räuberischen Diebstahls mit Todesfolge nach § 251 StGB strafbar gemacht. Ein rechtswidrig und schuldhaft begangener räuberischer Diebstahl nach § 252 StGB liegt vor (s.o.). Auf diesen ist § 251 StGB auch anwendbar, da § 252 StGB (Bestrafung „gleich einem Räuber“) auf die §§ 249–251 StGB verweist.

Durch den räuberischen Diebstahl hat A kausal und zurechenbar den Tod der O herbeigeführt. Der Tod hat auch in der gefährlichen Handlung des § 252 StGB seine spezifische Ursache: O starb gerade infolge der Gewaltanwendung.

§ 251 StGB setzt schließlich Leichtfertigkeit voraus, also eine gegenüber § 18 StGB *gesteigerte* Fahrlässigkeit.⁴¹ Die

Leichtfertigkeit darf dabei nicht schon ohne weiteres aus der Begehung des § 252 StGB als solchem gefolgert werden.⁴² Ansonsten fehlt an einer wesentlichen Steigerung des Unrechtsgehalts, ohne die die hohe Strafandrohung nicht gerechtfertigt wäre. Hier ergibt sie sich aber jedenfalls aus dem Einsatz eines gefährlichen Tatmittels. Damit ist A wegen räuberischen Diebstahls mit Todesfolge gem. § 251 StGB strafbar.

Hinweis: Zu beachten ist, dass anders als beim versuchten Mord durch Unterlassen (s.o.) kein Rücktritt in Betracht kommt, da die Tat vollendet ist. Dies erklärt sich dadurch, dass bei § 251 StGB an die Vorsatztat § 252 StGB angeknüpft wird, die hier vollendet und nicht nur versucht ist. Hinsichtlich des Todes bedarf es bei der Erfolgsqualifikation des § 251 StGB gerade keines Vorsatzes, § 18 StGB.

VI. § 222 StGB

Im vollendeten § 251 StGB ist auch eine fahrlässige Tötung nach § 222 StGB enthalten, die A damit ebenfalls verwirklicht hat.

VII. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4 StGB

Außerdem könnte A einen Wohnungseinbruchdiebstahl nach §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4 StGB begangen haben.

1. Objektiver Tatbestand

A hat einen Diebstahl nach § 242 Abs. 1 StGB begangen (s.o. bei § 252 StGB).

Darüber hinaus kommt eine Begehung des § 244 Abs. 4 StGB (als Qualifikation der Qualifikation des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB) in Betracht. Die Villa der O ist dauerhaft genutzte Privatwohnung. In diese könnte A mit einem falschen Schlüssel eingedrungen sein. Ein Schlüssel ist falsch, wenn er zur Tatzeit vom Berechtigten nicht (mehr) zur Öffnung des fraglichen Verschlusses bestimmt ist. Ursprünglich war der Schlüssel nicht falsch. S und O waren, nachdem sie den Verlust bemerkt hatten, aber davon ausgegangen, der Schlüssel werde nicht mehr auftauchen und hatten einen neuen anfertigen lassen. Darin liegt eine konkludente Entwidmung des verlorenen Schlüssels. Ob dabei S als Eigentümer des Schlüssels oder O als Eigentümerin des Hauses Berechtigter im vorgenannten Sinne ist, kann dahinstehen, da sie gemeinsam handelten. Damit war der Schlüssel im Zeitpunkt der Tat falsch. A ist auch in die Villa eingedrungen.

2. Subjektiver Tatbestand

Vorsatz hinsichtlich § 242 Abs. 1 StGB und Zueignungsabsicht liegen vor (s.o. bei § 252 StGB). Weiterhin hatte A auch Vorsatz bezüglich § 244 Abs. 4 StGB i.V.m. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB.

3. Rechtswidrigkeit, Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

⁴⁰ A.A. gut vertretbar.

⁴¹ Zur Schwierigkeit des Umgangs mit dem Begriff *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. 2020,

§ 24 Rn. 81 ff.

⁴² Vgl. nur *Fischer* (Fn. 3), § 251 Rn. 7.

4. Ergebnis

A hat sich gem. § 244 Abs. 4 StGB wegen Wohnungseinbruchdiebstahls strafbar gemacht, der den einfachen Wohnungseinbruchdiebstahl nach § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB und den einfachen Diebstahl nach § 242 Abs. 1 StGB jeweils im Wege der Spezialität verdrängt.⁴³

VIII. § 246 Abs. 1 StGB

Bezüglich des Rings ist die ebenfalls verwirklichte Unterschlagung gegenüber den §§ 252, 251 StGB und § 244 Abs. 4 StGB formell subsidiär. Eine spätere nochmalige Zueignung scheidet nach der Tatbestandlösung des BGH aus (s.o.). Bezüglich des Schlüssels wäre zwar eine Unterschlagung durch A denkbar. Insoweit fehlt es bei der „Leihe“ aber an einem Vorsatz des A zur Begründung von Eigenbesitz.⁴⁴

IX. § 259 Abs. 1 StGB (Schlüssel)

A lieh sich den (von B unterschlagenen) Schlüssel lediglich zur vorübergehenden Nutzung von der Vortäterin B. Damit „verschaffte“ er sich den Schlüssel auch nicht i.S.d. § 259 Abs. 1 StGB,⁴⁵ sodass er nicht wegen Hehlerei strafbar ist.

X. Ergebnis zu A

§ 251 StGB verdrängt § 252 StGB im Wege der Spezialität sowie § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB im Wege der materiellen Subsidiarität. Außerdem verdrängt er den ebenfalls in ihm enthaltenen § 222 StGB. § 252 StGB und § 244 Abs. 4 StGB verdrängen § 242 Abs. 1 StGB; § 244 Abs. 4 StGB geht darüber hinaus auch noch § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB im Wege der Spezialität vor. § 246 Abs. 1 StGB tritt im Wege formeller Subsidiarität hinter den §§ 251, 244 Abs. 4 StGB zurück. § 244 Abs. 4 StGB wird nicht von § 251 StGB verdrängt, weil er das zusätzliche Unrechtselement des Privatwohnungseinbruchs in sich trägt. Der räuberische Diebstahl mit Todesfolge nach § 251 StGB und der Wohnungseinbruchdiebstahl nach § 244 Abs. 4 StGB stehen in Tateinheit (§ 52 StGB).

B. Strafbarkeit der B

I. §§ 212 Abs. 1, 211, 13, 22, 23 Abs. 1 Var. 1, 25 Abs. 2 StGB

B hat nicht mit einer Anwesenheit der O gerechnet und auch nichts von ihrem Auftauchen mitbekommen. Eine Mittäterschaft an einem (versuchten) Tötungsdelikt scheidet damit mangels Vorsatzes aus.⁴⁶

⁴³ Wer § 244 StGB gemeinsam mit § 242 StGB prüft und bejaht, muss auf § 243 StGB nicht mehr eingehen, da die Strafe dann allein § 244 StGB entnommen wird, § 243 StGB aber nur gegenüber (dem dann verdrängten) § 242 StGB strafschärfend wirken könnte.

⁴⁴ Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 1), § 246 Rn. 5.

⁴⁵ Vgl. *Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 15), § 259 Rn. 17.

⁴⁶ Insoweit kann man von einem „Exzess“ des Täters A sprechen. Notwendig ist dies allerdings nicht, da es sich dabei nicht um einen gesetzlichen Begriff, sondern eine schlichte Anwendung der Vorsatzregeln handelt. Vgl. auch BGH JuS 2017, 472 m. Anm. *Jahn* (dort zum *Mittäterexzess*).

II. §§ 252, 250 f., 25 Abs. 2 StGB

Aus denselben Gründen ist B auch nicht Mittäterin eines ([erfolgs-]qualifizierten) räuberischen Diebstahls.

Hinweis: Wenn es, wie soeben unter I. und II., an *jedlichem* Vorsatz der B mit Blick auf diese Delikte fehlt, braucht eine *Beihilfe* nach der Mittäterschaft gar nicht mehr angesprochen werden. Zwar setzt der Gehilfenvorsatz eine geringere Konkretisierung als ein (Mit-)Täterversatz voraus; bei gänzlich fehlendem Vorsatz scheidet aber auch die Beihilfe von vornherein aus.

III. § 222 StGB

Neben dem fehlenden Vorsatzvorwurf kann B mit Blick auf den Tod der O auch kein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden. Sie musste aufgrund der Aussage der O im Supermarkt sowie der auch ansonsten verlässlichen und ihr bekannten Urlaubstradition nicht damit rechnen, dass O am Abend ihres Geburtstags zu Hause sein würde. Insgesamt durfte sich B damit darauf verlassen, dass A nicht auf O treffen würde, und musste im Übrigen auch sonst nicht mit einem Einsatz tödlicher Gewalt durch A rechnen.⁴⁷

IV. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4, 25 Abs. 2 StGB

B könnte Täterin eines Wohnungseinbruchdiebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4, 25 Abs. 2 StGB sein. Sie hat diesen jedoch nicht eigenhändig begangen, war nicht einmal am Tatort anwesend. Es kommt allenfalls eine mittäterschaftliche Zurechnung der Handlungen des A nach § 25 Abs. 2 StGB in Betracht.

Die h.L. setzt hierfür eine objektive „Tatherrschaft“ voraus, an der es B hier aber fehlt: Sie leiht A nur den Schlüssel, führt selbst keine Tatbestandshandlungen aus und hat auch sonst keine Kontrolle über das Geschehen. Der BGH beurteilt die Täterschaft stärker anhand subjektiver Kriterien, greift zur Ermittlung des damit notwendigen „Täterwillens“ aber auch maßgeblich auf Tatherrschaftskriterien zurück.⁴⁸ Deren Fehlen spricht also auch nach Auffassung des BGH gegen eine Täterschaft der B. Zudem ist auch sonst kein gesteigertes Tatinteresse der O zu erkennen. Diese will sonst „nichts mit der Sache zu tun haben“, also insbesondere auch keinen Teil der Beute. Sowohl der BGH als auch die „weite“ Tatherrschaftslehre der h.L. fordern zwar nicht zwingend eine Mitwirkung im Ausführungsstadium, sondern gehen davon aus, dass ein „Ausführungsminus“ durch ein etwaiges „Vorbereitungsplus“ ausgeglichen werden kann. Hierfür ist im Fall der B aber sowohl nach der stärker objektiv orientierten Auffassung der h.L. als auch nach der stärker subjektiv orientierten Sichtweise des BGH nichts ersichtlich. Somit gelangt hier

⁴⁷ Im Originalfall ist nicht erkennbar, dass B von einer Abwesenheit ihrer Ex-Schwiegermutter ausgegangen wäre; eine fahrlässige Tötung wird aber jedenfalls vor dem BGH – was freilich revisionsrechtliche Gründe haben mag – gar nicht thematisiert; vgl. BGH JuS 2017, 472 m. Anm. *Jahn*.

⁴⁸ Siehe BGH JuS 2020, 1081 (1082) m. Anm. *Eisele*. Zur Darstellung der Mittäterschaft auch *Bock*, ZJS 2020, 427.

keine der Auffassungen zu einer (Mit-)Täterschaft der B.⁴⁹ Es verbleibt damit lediglich die Möglichkeit einer Teilnahme.

B ist nicht (Mit-)Täterin eines Wohnungseinbruchdiebstahls.

V. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4, 27 StGB

B könnte sich wegen Beihilfe zu einem Wohnungseinbruchdiebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4, 27 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Der von A begangene § 244 Abs. 4 StGB ist vorsätzliche begangene rechtswidrige Haupttat.

Als Beihilfehandlung setzt § 27 StGB ein „Hilfeleisten“ voraus. Hier liess B dem A den Schlüssel. Allein dadurch hat sie bereits einen kausalen Beitrag zur konkreten Tatverwirklichung geleistet. Damit kann offenbleiben, ob ein solcher überhaupt notwendig ist oder auch ein allgemeines „Fördern“ der Tat ohne Kausalitätsnachweis ausreicht.

2. Subjektiver Tatbestand

B müsste nach allgemeinen Regeln Vorsatz hinsichtlich des gesamten objektiven Tatbestands, also sowohl der Haupttat als auch der Beihilfehandlung, haben (sog. doppelter Gehilfenvorsatz). A handelte bezüglich § 244 Abs. 4 StGB dem gemeinsam gefassten Plan entsprechend und auch die (kausale) Förderung der Tat war vom Vorsatz der B umfasst.

3. Rechtswidrigkeit, Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Strafantrag

a) Erfordernis

Die Strafverfolgung könnte vom Vorliegen eines womöglich gem. § 247 StGB notwendigen Strafantrags abhängen. Fraglich ist, ob § 247 StGB auch auf den qualifizierten Diebstahl nach § 244 StGB (hier sogar: Verbrechen nach Abs. 4) anwendbar ist. Der Wortlaut des § 247 StGB sieht keine Einschränkung auf § 242 StGB vor – im Gegensatz zu § 248a StGB, der explizit nur auf § 242 StGB Bezug nimmt. Hieraus kann e contrario geschlossen werden, dass § 247 StGB sich auch auf § 244 StGB bezieht.⁵⁰

B müsste „Angehörige“ der O nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB sein. Hier war O zu der Zeit, als ihr Sohn S noch mit ihrer damaligen Schwiegertochter B verheiratet war, in gerader Linie verschwägert (vgl. §§ 1590 Abs. 1, 1589 Abs. 1 S. 1 BGB) und damit Angehörige. Die inzwischen erfolgte Schei-

dung ändert hieran gem. § 11 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB a.E. nichts.

b) Vorliegen

Antragsberechtigt ist nach § 77 Abs. 1 StGB der Verletzte. Verletzte ist – anders noch als bei der Unterschlagung des Schlüssels zu Lasten des S (s.o.) – i.R.d. § 244 Abs. 4 StGB zunächst O. Diese ist aber tot und konnte keinen Antrag mehr stellen. Ein Übergang nach § 77 Abs. 2 S. 1 StGB ist zwar denkbar, dies allerdings nach dem Wortlaut nur „in den Fällen, die das Gesetz bestimmt“. § 247 StGB sieht einen solchen Übergang – anders als etwa § 230 Abs. 1 S. 2 StGB – nicht vor, was wegen der eindeutigen Fassung des Gesetzes auch nicht korrigierbar ist.⁵¹

Möglicherweise war jedoch S selbst, auch ohne Übergang nach § 77 Abs. 2 StGB, antragsberechtigt. Dafür müsste er bei Begehung der Tat (vgl. § 8 S. 1 StGB) Verletzter, also Eigentümer des Rings gewesen sein. Als Alleinerbe der O erwarb er mit Os Tod gem. § 1922 Abs. 1 BGB Eigentum an dem Ring. Vollendet war die Tat mit Einstecken des Rings (s.o.). Zu diesem Zeitpunkt war O aber noch nicht tot, S somit auch noch nicht Eigentümer des Rings geworden. Die O starb bei Ankunft des Notarztes. In diesem Moment war A jedoch schon zu Hause und die Tat damit wegen vollständiger Beutesicherung schon beendet.⁵² Folglich erwarb E jedenfalls erst nach Beendigung Eigentum, sodass er nicht selbst als Eigentümer Verletzter i.S.d. § 77 Abs. 2 StGB war. Auf die Frage, ob ein Erwerb zwischen Vollendung und Beendigung für die Verletzteneigenschaft ausreichen würde, kommt es damit nicht mehr an.

S konnte damit insoweit keinen wirksamen Strafantrag stellen.

5. Ergebnis

Mangels Strafantrags ist B nicht wegen einer Beihilfe zum Wohnungseinbruchdiebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4,

⁵¹ BGH JuS 2017, 472 (473) m. Anm. *Jahn; Ruppert*, JA 2018, 107 (112).

⁵² Im Originalfall (BGH JuS 2017, 472 [474] m. Anm. *Jahn*) starb das Opfer noch während der Täter im Haus war. Der BGH ging aber davon aus, dass mit dem Tod der Diebstahl beendet sei, da niemand mehr Gewahrsam an den im Haus befindlichen Sachen habe und kein reales Risiko des Einschreitens eines Dritten bestand. Ob ein solches, strikt akzessorisches Anknüpfen der Beendigungsfrage an das Fortbestehen einer fremden Gewahrsamssphäre richtig ist, darf bezweifelt werden; denn wer in einem fremden Haus neben einer Leiche steht, hat nicht ohne weiteres den Gewahrsam an seinem Diebesgut gesichert. Im Übrigen setzt sich der BGH nicht damit auseinander, wie das zeitliche Prioritätsverhältnis (die berühmte „juristische Sekunde“) zwischen Eigentumserwerb gem. § 1922 BGB und Beendigung des Diebstahls ist, was nach seiner Lösung aber erforderlich gewesen wäre: Beide Ereignisse knüpfen nach Lösung des BGH an denselben Moment (Eintritt des Todes) an. Krit. zur Sichtweise des BGH aus anderen Gründen auch *Ruppert*, JA 2018, 107 (112).

⁴⁹ Im zugrundeliegenden Originalfall (BGH JuS 2017, 472 m. Anm. *Jahn*) bemängelte der BGH zwar nicht die in der Vorinstanz seitens des Landgerichts angenommene Mittäterschaft. Allerdings ist zu beachten, dass der hiesige Sachverhalt leicht abgewandelt und der Verursachungsbeitrag der A reduziert wurde. Vgl. zum Ganzen auch BGH JuS 2020, 1081 (1082 f.) m. Anm. *Eisele*.

⁵⁰ Vgl. BGH JuS 2017, 472 (473) m. Anm. *Jahn*.

27 StGB verfolgbar.

VI. §§ 246 Abs. 1, 27 StGB

Mit Blick auf die erstmalige Wegnahme des *Rings* durch A kommt eine Beihilfe der B zu einer Unterschlagung zwar grundsätzlich in Betracht, da § 246 Abs. 1 StGB insoweit nur auf Konkurrenzebene zurücktritt. Auch sonst liegen die Voraussetzungen des Tatbestands, der Rechtswidrigkeit und der Schuld vor. Wegen § 247 StGB, der auch auf § 246 StGB Bezug nimmt, gilt insoweit aber das zum Diebstahl Gesagte. Eine nochmalige Zueignung (dann zulasten des Erben S) ist nicht möglich (s.o.). Den *Schlüssel* hat sich A nicht zugeeignet (s.o.), sodass es insoweit an einer Haupttat fehlt. B ist damit nicht wegen einer Beihilfe zur Unterschlagung gem. §§ 246, 27 StGB verfolgbar.

VII. §§ 244 Abs. 4, 30 Abs. 2 StGB

§ 244 Abs. 4 StGB ist ein Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB) und damit eine i.R.d. § 30 Abs. 2 StGB beachtliche Tat. Allerdings folgt im Umkehrschluss zur expliziten Nennung der Verabredung zur *Begehung* und zur *Anstiftung*, dass eine Verabredung zur *Beihilfe* eines Verbrechens nicht erfasst ist.

VIII. Ergebnis zu B

B ist im zweiten Tatkomplex straflos.

Tatkomplex 3: Der Anruf

A. Strafbarkeit der B

I. § 185 StGB

B könnte wegen einer Beleidigung nach § 185 StGB strafbar sein.

1. Objektiver Tatbestand

Bei der Bezeichnung als „mieser Drecksack“ handelt es sich inhaltlich um eine Äußerung von Missachtung, durch die jemandem der personale Geltungswert abgesprochen wird. Das Aufsprechen auf die Mailbox ist taugliche Tathandlung.

Vollendet ist § 185 StGB nach überzeugender h.M., die in ihm ein Erfolgsdelikt sieht,⁵³ aber nur dann, wenn zum einen ein inhaltlich von der Äußerung Betroffener identifizierbar ist, zum anderen jemand die Äußerung zumindest⁵⁴ sinnlich wahrnimmt. Zunächst ist durch Auslegung zu ermitteln, wer inhaltlich von der Äußerung betroffen ist. Die Auslegung orientiert sich am sprachlichen Kontext und den Begleitumständen, wobei das Verständnis eines unvoreingenommenen Durchschnittsbetrachters maßgeblich ist.⁵⁵ Hier sprach B

zwar den Namen des S nicht aus, benutzte aber die männliche Form („mieser Drecksack“) und sprach die betroffene Person mit „du“ an, was bei einer Nachricht auf der persönlichen Mailbox des S dafür spricht, dass dieser gemeint ist. Damit wurde S und nicht die die Mailbox abhörende F in der Ehre verletzt.

Die Aussage müsste auch wahrgenommen worden sein. Eine Wahrnehmung durch S selbst scheidet aus, da F ihm nichts erzählt und die Nachricht sofort gelöscht hat. § 185 StGB kann aber nicht nur durch eine Äußerung gegenüber dem inhaltlich Betroffenen selbst, sondern auch gegenüber Dritten erfolgen. Dies gilt zumindest dann, wenn es sich, wie hier, um eine Beleidigung durch Werturteil handelt.⁵⁶ Auch die Tatsache, dass sich B vorgestellt hat, die Äußerung würde durch S selbst und nicht durch F wahrgenommen werden, schließt den objektiven Tatbestand nicht aus.

2. Subjektiver Tatbestand

B hatte beabsichtigt, S direkt, also durch eine von S selbst wahrgenommene Äußerung zu beleidigen. Fraglich ist, ob die Tatsache, dass F statt S die Mailbox abgehört und dem S auch nichts davon erzählt hat, den Vorsatz ausschließt.

Nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB handelt nicht vorsätzlich, „[w]er bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört“. Hier irrte sich B über das tatsächliche Geschehen, sodass sich die Frage stellt, ob die Abweichung der Vorstellung des Täters vom tatsächlich Geschehenen so wesentlich ist, dass sie wertungsmäßig einen Vorsatzausschluss rechtfertigt.⁵⁷ Zur Konkretisierung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB und der Frage nach der Beachtlichkeit etwaiger Abweichungen vom Kausalverlauf wird in den Fällen der Objektverwechslung, insbesondere bei den Körperverletzungs- und Tötungsdelikten, häufig auf die Argumentationsfiguren des *error in persona* und der *aberratio ictus* zurückgegriffen.⁵⁸ Ein *error in persona*, eine Identitätsverwechslung, schließt demnach bei gleichwertigem Tatobjekt den Vorsatz nicht aus. Eine *aberratio ictus*, ein Fehlgehen der Tat, stellt zumindest dann eine vorsatzausschließende beachtliche Abweichung vom Kausalverlauf dar, wenn eine Konkretisierung auf ein bestimmtes anderes Tatobjekt erfolgt war.⁵⁹ Allerdings ist § 185 StGB nicht in allen Konstellationen strukturell mit Delikten gegen Leib und Leben vergleichbar. Bei diesen sind getroffener und verletzter Mensch stets identisch. Bei § 185 StGB ist das nicht zwingend so, wie sich gerade auch hier zeigt: Die durch die Beleidigungsaussage getroffene, d.h. die wahrnehmende Person, ist nicht zwingend auch die betroffene Person, also diejenige, deren Ehre verletzt wird.⁶⁰

⁵³ Vgl. nur *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 14), § 185 Rn. 13.

⁵⁴ Die h.M. fordert zusätzlich, dass die Abwertung zumindest im Kern inhaltlich verstanden wird, weil sonst strukturell nur ein Versuch vorliege. Darauf kommt es hier nicht an. Zur Diskussion *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder (Fn. 15), § 185 Rn. 16.

⁵⁵ Siehe *Schwarz*, JA 2017, 241 (243); *Gafus*, ZIS 2021, 265 (266 f.) m.w.N.

⁵⁶ Ansonsten gehen §§ 186 f. vor; vgl. *Fischer* (Fn. 3), § 185 Rn. 5.

⁵⁷ Vgl. etwa *Kühl* (Fn. 21), § 15 Rn. 10 ff.

⁵⁸ Siehe etwa *Kudlich/Koch*, JA 2017, 827 ff.; vgl. zu einer Übertragung auf einen Beleidigungsfall *Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht III, 5. Aufl. 2018, Rn. 265 f.

⁵⁹ Zu beidem *Kudlich/Koch*, JA 2017, 827 ff.; *Kühl* (Fn. 21), § 15 Rn. 10.

⁶⁰ Anders als hier ist das im Fall bei *Beulke* (Fn. 58), Rn. 243 ff., weswegen dieser in Rn. 265 f. zur Annahme

Damit verbleibt es bei einer Anwendung der allgemeinen die Vorschrift des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ausfüllenden Formel, wonach eine vorsatzausschließende Abweichung vom Kausalverlauf gegeben ist, wenn die Abweichung so wesentlich ist, dass sie einen Vorsatzausschluss rechtfertigt.⁶¹ Inhaltlich wird zwar, wie von B geplant, S beleidigt und die Wahrnehmung durch F erfüllt *objektiv* auch selbst schon § 185 StGB (s.o.). Dennoch stellt sich die Situation als eine wesentlich andere dar als diejenige, die B sich vorgestellt hatte: Sie wollte ihren Unmut gerade gegenüber S äußern und diesen direkt in seiner Ehre kränken. Die den S nicht erreichende Äußerung gegenüber dessen Freundin F verfehlt dieses Ziel. Damit ist eine abweichende Bewertung geboten und kein Vorsatz der B gegeben.⁶²

II. Ergebnis

Mangels Vorsatzes ist B nicht wegen einer vollendeten Beleidigung nach § 185 StGB strafbar. Die versuchte Beleidigung ist nicht strafbar (vgl. § 23 Abs. 1 StGB), ebenso wenig eine etwaige fahrlässige Beleidigung (vgl. § 15 StGB).

Hinweis: Wer sich *für* einen Vorsatz der B entscheidet, muss dennoch zu dem Ergebnis kommen, dass B nicht wegen § 185 StGB verfolgt werden kann: Dieser ist wegen § 194 Abs. 1 S. 1 StGB absolutes Antragsdelikt. Ein Antrag kann nicht einfach unterstellt werden – zumal der S als Verletzter i.S.d. § 77 Abs. 1 StGB⁶³ nie von der Nachricht erfahren hat.

B. Ergebnis

B ist straflos.

Gesamtergebnis

A ist strafbar wegen eines räuberischen Diebstahls mit Todesfolge gem. § 251 StGB in Tateinheit (§ 52 StGB) mit einem Wohnungseinbruchdiebstahl gem. § 244 Abs. 4 StGB.

B ist in allen drei Tatkomplexen straflos.

eines den Vorsatz nicht ausschließenden error in persona gelangt.

⁶¹ Vgl. nur BGH NStZ 2016, 721 (722 f.); Fischer (Fn. 3), § 16 Rn. 7.

⁶² A.A. gut vertretbar.

⁶³ Vgl. Fischer (Fn. 3), § 77 Rn. 2.

Übungsfall: Das Abfalldilemma*

Von Stud. iur. **Jonathan Groffik**, LL.B., Stud. iur. **Henrike Scheller**, LL.B., Potsdam**

Sachverhalt

Georg Graf (G) ist Geschäftsführer der G-GmbH, welche in ihrer Fabrik Lacke herstellt. Dabei verwendete die G-GmbH täglich bislang 24 Tonnen der zur Herstellung benötigten flüchtigen Lösemittel. Ab 25 Tonnen pro Tag bedürfte die Anlage gem. § 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG i.V.m. Ziff. 4.10 der Anlage 1 der 4. BImSchV eine Genehmigung. Die G-GmbH nahm die Anlage im Juni 2020 ordnungsgemäß in Betrieb.

Im Januar 2021 gerät die G-GmbH durch Misswirtschaft in finanzielle Schwierigkeiten. Um keine Arbeitsplätze abbauen zu müssen, entschied sich G daraufhin dazu, die zur Verfügung stehenden Restkapazitäten seiner Anlage auszunutzen, weshalb fortan täglich 40 Tonnen an Lösemittel verarbeitet wurden. Eine erforderliche Genehmigung beantragte G trotz Erfüllung aller materiellen Voraussetzungen aus Kostengründen nicht. Mit der erhöhten Herstellung fielen zwangsläufig größere Mengen an giftigen Flüssigabfällen an, die G in die einzig noch vorhandenen, jedoch stark verrosteten Fässer füllte. Da eine schnelle Entsorgung nicht möglich war und die zur Lagerung aufgetürmten Fässer die Aufmerksamkeit der Behörde auf sich ziehen würden, vergrub G sie in einem ausgehobenen Loch. Infolge des schlechten Zustandes leckten die Fässer schließlich, wodurch ein großer Teil des umliegenden zum Betriebsgelände gehörenden Erdreichs mit großen Mengen der Flüssigabfälle kontaminiert wurde. Bei dieser Menge wäre eine Auskoffierung des Bodens notwendig. Im Untergrund lebende Kleinstlebewesen sowie eine 50 Zentimeter hohe Eiche starben aufgrund der Flüssigabfälle ab. G hatte sämtliche schädliche Wirkungen befürchtet, sich damit jedoch abgefunden. Diese hätte er durch das Bergen der vergrabenen Fässer bzw. das rechtzeitige Auskoffern des betroffenen Bodens weitgehend verhindern können.

Mit der Zeit fürchtete der zunehmend nervöser werdende G aufzufliegen. Daher wies er im Mai 2021 seinen Nachbarn Nino Namhaft (N) an, die Fässer auszugraben und in dem nahegelegenen Badesees zu versenken. G gab N vor, dass es sich bei dem Fassinhalt um gesammeltes Regenwasser handle. N befolgte die Anweisungen, las jedoch – anders als von G geplant – die an den Fässern angebrachte Beschriftung, sodass er über die Flüssigabfälle Bescheid wusste. Beim Hineinwerfen der Fässer in den See traf er aus Versehen den Schwimmer Wolfgang Wein (W), der aufgrund einer Kopfverletzung sofort verstarb. Wie G und N in Kauf nahmen, verursachten die aus den Fässern nun gänzlich austretenden

restlichen Lackierabfälle eine Trübung des Sees sowie Haut- und Augenreizungen von 19 der anwesenden 30 Badegästen. Ein weiteres Baden war fortan nicht mehr möglich.

Nachdem der Zustand des Badesees im Juni 2021 immer mehr zum Gesprächsthema der Anwohner wurde, fürchtete G staatliche Untersuchungen. Um diese abzuwenden, wollte G die alte Wasserqualität des Badesees wiederherstellen, indem er einen nahegelegenen Teich mittels einer mobilen Pumpe bis auf das Gewässerbett in den Badesees pumpte. Die Wasserqualität des Badesees wurde dadurch jedoch nicht erfolgreich wiederhergestellt. Bei seiner nächtlichen Pumpaktion nahm G die zahlreichen Warningschilder am Teich, die auf die streng geschützte Gelbbauchunke (*Bombina variegata*) hinwiesen, zur Kenntnis. Infolge des Wasserverlustes starben vor Ort alle Exemplare der Gelbbauchunke. Die genehmigungsfreie mobile Pumpe wurde beim Betreiben so laut, dass Anwohner in der näheren Umgebung nicht schlafen konnten und infolgedessen am Folgetag über Müdigkeit und Kopfschmerzen klagten. Eine Gemeindefassung verbot eine Lärmverursachung durch Arbeitsgeräte in der Nacht. G wusste all dies, nahm es jedoch als bloße „Banalität“ in Kauf.

Bearbeitungsvermerk

Wie haben sich die beteiligten Personen nach dem 29. Abschnitt des StGB strafbar gemacht? § 330a StGB ist nicht zu prüfen.

Lösungsvorschlag

Tatkomplex 1: Januar 2021

A. Strafbarkeit des G

I. Bodenverunreinigung, § 324a Abs. 1 StGB

G könnte sich wegen Bodenverunreinigung nach § 324a Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Fässer vergrub.

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatobjekt: Boden

Dazu müsste es sich bei dem Erdreich um Boden handeln. Nach Auslegung anhand von § 2 Abs. 1 BBodSchG¹ ist Boden die obere Schicht der Erdkruste, soweit sie Träger der in § 2 Abs. 2 BBodSchG genannten Bodenfunktionen ist, einschließlich der flüssigen Bestandteile (Bodenlösung) und der gasförmigen Bestandteile (Bodenluft), ohne Grundwasser und Gewässerbetten. Das hiesige Erdreich dient der Lebensgrundlage von Kleinstlebewesen und einer Eiche, kommt also der in § 2 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BBodSchG genannten Funktion einer Lebensgrundlage für Pflanzen und Bodenorganismen nach. Es handelt sich mithin um Boden.

* Dieser Übungsfall soll die bislang kaum vorhandene Fallbearbeitung im Umweltstrafrecht anreichern und somit (Schwerpunkt-)Studierenden das Falltraining ermöglichen. Im Vordergrund stehen klassische Delikte des Umweltstrafrechts sowie Probleme des Allgemeinen Teils.

** Die *Autor:innen* haben den Schwerpunktbereich „Wirtschafts-, Steuer- und Umweltstrafrecht“ an der Universität Potsdam erfolgreich absolviert und befinden sich in der Examensvorbereitung.

¹ Zum Heranziehen des verwaltungsrechtlichen Bodenbegriffs: *Börner*, Umweltstrafrecht, 2020, § 9 Rn. 2; *Saliger*, Umweltstrafrecht, 2. Aufl. 2020, Rn. 370.

b) Verunreinigung oder sonst nachteilige Veränderung

Der Boden müsste in einer zur Schädigung der benannten Rechtsgüter geeigneten Weise (Nr. 1) oder in bedeutendem Umfang (Nr. 2) verunreinigt oder sonst nachteilig verändert worden sein. Fraglich ist, ob das Material der Fässer oder der an den Fässern haftende Rost eine schädliche Wirkung haben. Auf dem Betriebsgelände starben zwar im Boden lebende Kleinstlebewesen sowie eine 50 Zentimeter hohe Eiche ab, jedoch geschah dies nicht durch das Material bzw. den Rost der Fässer an sich. Auch sind weder das eisenhaltige Material der Fässer noch der Rost als Eisenoxid, welches ohnehin in der Natur vorkommt, gesundheitsschädlich. Die leicht zu entfernenden und nicht schädlichen Fässer und Rost stellen qualitativ sowie quantitativ keine erhebliche, also etwa besonders intensive oder langanhaltende, Beeinträchtigung des Bodens in einem bedeutendem Umfang dar.² Folglich wurde der Boden durch das Vergraben der Fässer nicht tatbestandsmäßig verunreinigt oder sonst nachteilig verändert.

2. Ergebnis

G hat sich durch das Vergraben der Fässer nicht gem. § 324a Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Bodenverunreinigung, § 324a Abs. 1 StGB

G könnte sich indes wegen Bodenverunreinigung nach § 324a Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er das Auslaufen der Fässer nicht verhinderte.

*1. Objektiver Tatbestand**a) Tatobjekt: Boden*

Bei dem betreffenden Erdreich handelt es sich um Boden.

b) Verunreinigung oder sonst nachteilige Veränderung

Fraglich ist, ob die austretenden Flüssigabfälle den Boden verunreinigt oder sonst nachteilig verändert haben. Dies wäre unter anderem der Fall, wenn sie geeignet wären, Tiere oder Pflanzen von bedeutendem Wert zu schädigen. Dieser wird nach wirtschaftlichen und ökologischen Anhaltspunkten bestimmt.³ Es handelt sich bei den Kleinstlebewesen und der 50 Zentimeter großen Eiche weder um für den Naturhaushalt bedeutsame Tatobjekte⁴ noch überschreitet ihre Schädigung einen bedeutsamen wirtschaftlichen Wert von 750 €. Mögli-

che Beeinträchtigungsvariante wäre auch die Eignung der Abfälle zur Gesundheitsschädigung anderer. Dabei entspricht der Gesundheitsbegriff den §§ 223 ff. StGB,⁶ wobei die Schädigungseignung nur besteht, wenn zum Zeitpunkt der Verunreinigung andere in Kontakt mit dem Boden geraten können.⁷ Die Flüssigabfälle können Haut- und Augenreizungen verursachen, also das körperliche Wohlbefinden und die körperliche Unversehrtheit beeinträchtigen. Ebenso kann nicht ausgeschlossen werden, dass Mitarbeiter mit dem belasteten Boden in Berührung geraten. Zudem ist es möglich, dass durch Versickerung das Grundwasser geschädigt wird. Eine Schädigungseignung nach Nr. 1 ist somit gegeben.

Ebenso könnte eine Beeinträchtigung in bedeutendem Umfang nach Nr. 2 bestehen. Hier wurde ein großer Teil des Erdreichs kontaminiert, sodass zur Beseitigung eine aufwendige Auskoffnung notwendig wäre. Mithin hat die Beeinträchtigung eine hohe Intensität und einen großen räumlichen Umfang, sodass ein bedeutender Umfang gegeben ist.

Der Boden ist verunreinigt, wenn er durch den Eintrag von Stoffen eine äußerlich wahrnehmbare, nicht unerhebliche schlechtere physikalische, chemische oder biologische Eigenschaft aufweist als vorher.⁸ Dagegen ist eine sonst nachteilige Veränderung jede äußerlich nicht wahrnehmbare Verschlechterung der natürlichen Bodeneigenschaften.⁹ Aufgrund des Stoffeintrags kommt der Boden nicht mehr seiner Funktion als Lebensgrundlage nach, sodass er äußerlich nicht wahrnehmbar sonst nachteilig verändert wurde.

c) Tathandlung

Tathandlungen des § 324a Abs. 1 StGB sind das Einbringen, Eindringenlassen oder Freisetzen von Stoffen in den Boden. Eindringenlassen ist das pflichtwidrige Nichtverhindern, dass der Boden durch Stoffe verunreinigt wird.¹⁰ G unternahm nichts gegen die leckenden und auslaufenden Fässer, ließ die Flüssigabfälle also eindringen.

Strittig ist, ob die Handlungsvariante des „Eindringenlassens“ ein echtes Unterlassungsdelikt, das das bloße Eindringenlassen ausreichen lässt,¹¹ oder ein unechtes Unterlassungsdelikt ist, welches darüber hinaus eine Garantenstellung nach § 13 StGB erfordert.¹² Dies kann jedoch dahinstehen, wenn G eine Garantenstellung innehatte. G hatte die Flüssigabfälle in stark verrosteten Fässern unsachgemäß vergraben und damit die nahe Gefahr des Austretens und der Bodenverunreinigung

² Vgl. zum bedeutendem Umfang: *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, § 324a Rn. 10; *Kloepfer/Heger*, Umweltstrafrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 219; *Saliger* (Fn. 1), Rn. 377.

³ *Fischer* (Fn. 2), § 324a Rn. 8; *Kloepfer/Heger* (Fn. 2), Rn. 218.

⁴ Zum Merkmal „für den Naturhaushalt bedeutsame Tatobjekte“: *Heine/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 324a Rn. 11.

⁵ Zur Wertgrenze *Alt*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 324a Rn. 24; *Börner* (Fn. 1), § 9 Rn. 4.

⁶ *Alt* (Fn. 5), § 324a Rn. 23; *Saliger* (Fn. 1), Rn. 376.

⁷ *Ransiek*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 324a Rn. 9.

⁸ *Börner* (Fn. 1), § 9 Rn. 3.

⁹ *Saliger* (Fn. 1), Rn. 374.

¹⁰ BT-Drs. 12/192, S. 17; *Fischer* (Fn. 2), § 324a Rn. 4a; *Kloepfer/Heger* (Fn. 2), Rn. 215; *Saliger* (Fn. 1), Rn. 372.

¹¹ *Franzheim/Pfohl*, Umweltstrafrecht, 2. Aufl. 2001, Rn. 165; *Michalke*, Umweltstrafsachen, 2. Aufl. 2000, Rn. 136.

¹² H.M.: *Fischer* (Fn. 2), § 324a Rn. 4a; *Heine/Schittenhelm* (Fn. 4), § 324a Rn. 7; *Saliger* (Fn. 1), Rn. 372.

geschaffen,¹³ weshalb er eine Überwachungsgarantenstellung aus Ingerenz innehatte.

Hätte G die Fässer rechtzeitig geborgen oder den betroffenen Boden ausgekoffert, wären die Stoffe mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht weiter in den Boden eingedrungen und hätten diesen nicht verunreinigt. Durch das Nichteinschreiten setzte er auch ein rechtlich missbilligtes Risiko, welches sich tatbestandstypisch in Form der Bodenverunreinigung verwirklichte. Mithin war seine Handlung für den Erfolg kausal und der Erfolg ihm objektiv zurechenbar.

d) Verwaltungsakzessorietät: Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten

G müsste eine hinreichend bestimmte und eine bodenspezifische verwaltungsrechtliche Pflicht¹⁴ i.S.d. § 330d Abs. 1 Nr. 4 StGB verletzt haben. In Betracht kommt § 4 Abs. 1 BBodSchG, wonach sich jeder auf den Boden Einwirkende so zu verhalten hat, dass keine schädliche Bodenveränderung hervorgerufen wird. Zwar wird teilweise angenommen, es ergebe sich aus § 4 Abs. 1 BBodSchG eine Verhaltensanforderung,¹⁵ jedoch handelt es sich dabei lediglich um bloß allgemeine Sorgfaltpflichten, die nicht hinreichend bestimmt und somit untauglich sind.¹⁶ Auch § 7 S. 1 BBodSchG ist mangels Bestimmtheit als heranzuziehende verwaltungsrechtliche Pflicht untauglich.¹⁷ Hingegen kann § 28 Abs. 1 S. 1 KrWG, der die hinreichend konkretisierte Pflicht begründet, Abfälle nur in dafür zugelassenen Anlagen zu beseitigen, trotz seines Abfallbezugs aufgrund des tatbestandsspezifischen Schutzzweckzusammenhangs zum Boden als bodenschützende verwaltungsrechtliche Pflicht herangezogen werden.¹⁸ Die ausgehobene Grube stellt keine zugelassene Anlage dar, weshalb G gegen die verwaltungsrechtliche Pflicht nach § 28 Abs. 1 S. 1 KrWG verstößt.

2. Subjektiver Tatbestand

G wusste von allen Folgen seines Handelns und hatte sich damit abgefunden, handelte also mit Vorsatz, § 15 StGB.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

G handelte mangels Rechtfertigungsgründen rechtswidrig und mangels Schuldauusschließungs- und Entschuldigungsgründen

¹³ Zur Garantenstellung aus Ingerenz: *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 50 Rn. 70 ff.

¹⁴ *Börner* (Fn. 1), § 9 Rn. 11; *Kloepfer/Heger* (Fn. 2), Rn. 222, 224.

¹⁵ *Kloepfer/Heger* (Fn. 2), Rn. 223.

¹⁶ H.M., vgl. *Ransiek* (Fn. 7), § 324a Rn. 18; *Saliger* (Fn. 1), Rn. 379; *Witteck*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 1.2.2022, § 324a Rn. 15.

¹⁷ Wohl einhellige Ansicht, vgl. *Heine/Schittenhelm* (Fn. 4), § 324a Rn. 14; *Kloepfer/Heger* (Fn. 2), Rn. 224; *Saliger* (Fn. 1), Rn. 379; *Witteck* (Fn. 16), § 324a Rn. 15.

¹⁸ *Kloepfer/Heger* (Fn. 2), Rn. 225; *Saliger* (Fn. 1), Rn. 379; *Witteck* (Fn. 16), § 324a Rn. 15.

schuldhaft.

4. Besonders schwerer Fall, § 330 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB

Im Rahmen der Strafzumessung kommt das Regelbeispiel nach § 330 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 in Betracht. Eine Beeinträchtigung kann nur mit außerordentlichem Aufwand beseitigt werden, wenn ein weit über dem Durchschnitt finanzieller oder arbeitsmäßiger Aufwand erforderlich ist.¹⁹ Hier ist zwar eine Auskoffnung des Bodens notwendig, da der tatbestandliche Erfolg einer Bodenbeeinträchtigung jedoch regelmäßig eine Sanierung erfordert, führt deren Notwendigkeit allein nicht zum besonders schweren Fall.²⁰ Da auch keine anderen Anhaltspunkte einer überdurchschnittlichen Beeinträchtigung gegeben sind, ist das Regelbeispiel nicht verwirklicht.

5. Ergebnis

G hat sich gem. § 324a Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. Unerlaubter Umgang mit Abfällen, § 326 Abs. 1 Nrn. 1, 4 lit. a StGB

G könnte sich wegen unerlaubten Umgangs mit Abfällen gem. § 326 Abs. 1 Nrn. 1, 4 lit. a StGB strafbar gemacht haben, indem er die mit Flüssigabfällen gefüllten Fässer im Boden vergrub.

1. Objektiver Tatbestand

a) Abfall

Abfälle sind alle Stoffe oder Gegenstände, derer sich ihr Besitzer entledigt, entledigen will oder entledigen muss, § 3 Abs. 1 S. 1 KrWG. Die Flüssigabfälle dienen nicht mehr ihrer ursprünglichen Zweckbestimmung, sondern sind aufgrund ihres konkreten Zustands geeignet, gegenwärtig die Umwelt zu gefährden, was nur durch ordnungsgemäße und schadlose Verwertung ausgeschlossen werden kann. Damit sind sie Zwangsabfall nach § 3 Abs. 4 KrWG. Zudem möchte sich G des Inhalts der Fässer entledigen, sodass es sich auch um subjektiven Abfall handelt.

b) Gefährlichkeit des Abfalls

Der Abfall müsste gefährlich sein. Dies ist er, wenn einer der in § 326 Abs. 1 Nrn. 1–4 genannten Umstände gegeben ist. Dabei ist Gift i.S.v. Nr. 1 jeder Stoff, der unter bestimmten Bedingungen geeignet ist, die Gesundheit von Menschen durch chemische oder chemisch-physikalische Wirkungen zu zerstören.²¹ Die Gesundheit von Menschen wurde durch Haut- und Augenreizungen zerstört. Somit enthalten die Abfälle Gift. Darüber hinaus ist der Boden für längere Zeit und nicht unerheblich verändert, sodass eine nachhaltige Bodenveränderung²² i.S.v. Nr. 4 lit. a vorliegt. Ebenso sind die

¹⁹ *Alt* (Fn. 5), § 330 Rn. 8; *Saliger* (Fn. 1), Rn. 498.

²⁰ *Börner* (Fn. 1), § 9 Rn. 13.

²¹ *Börner* (Fn. 1), § 14 Rn. 18; *Heine/Schittenhelm* (Fn. 4), § 326 Rn. 3; *Witteck* (Fn. 16), § 326 Rn. 16.

²² *Alt* (Fn. 5), § 326 Rn. 45; *Kloepfer/Heger* (Fn. 2), Rn. 295.

Abfälle dazu geeignet – etwa durch Trübung – den biologischen Wert eines Gewässers für längere Zeit zu mindern, mithin nachhaltig i.S.v. Nr. 4 lit. a zu verunreinigen.

Hinweis: Die Hürden der nachhaltigen Schädigungseignung i.R.v. § 326 Abs. 1 Nr. 4 StGB sind niedriger als die der Regelbeispiele nach § 330 Abs. 2 S. 2 StGB, da hier die bloße Eignung im Sinne einer abstrakten Gefahr genügt.

c) Tathandlung

G vergrub die Abfälle ursprünglich mit dem Ziel, sich ihrer auf Dauer zu entledigen, lagerte die Abfälle also ab.²³

d) Verwaltungsakzessorietät: Außerhalb einer dafür zugelassenen Anlage

Die Grube stellt keine nach abfallrechtlichen Regelungen zugelassene Abfallentsorgungsanlage dar.

2. Subjektiver Tatbestand

G wusste von der Gefährlichkeit des Abfalls und hatte sich damit abgefunden, handelte also mit Vorsatz, § 15 StGB.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

G handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

G hat sich gem. § 326 Abs. 1 Nrn. 1, 4 lit. a StGB strafbar gemacht.

IV. Unerlaubtes Betreiben von Anlagen, § 327 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB

G könnte sich wegen unerlaubten Betriebens von Anlagen gem. § 327 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Anlage unter Verwendung von 40 Tonnen Lösemittel in Betrieb nahm.

1. Objektiver Tatbestand

a) Betrieb einer Anlage

Der Tatbestand setzt das „Betreiben“ einer Anlage voraus. Tauglicher Täter kann demnach nur der Betreiber der jeweiligen Anlage sein, weshalb es sich um ein Sonderdelikt handelt.²⁴ Betreiber ist grundsätzlich derjenige, welcher die weisungsfreie Verfügungsgewalt über die Anlage hat.²⁵ Danach wäre G, der durch seine Stellung als Geschäftsführer der G-GmbH die Weisungen über den Betrieb erteilt, Betreiber. Die Betreibereigenschaft könnte jedoch auch der Unternehmensträger, also die G-GmbH, innehaben.²⁶ Dann würde deren

Geschäftsführer G die Betreibereigenschaft als besonderes persönliches Merkmal gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB zugeordnet werden. G ist also in jedem Fall Betreiber und somit tauglicher Täter.

b) Genehmigungsbedürftige Anlage

Bei der Lacke herstellenden Fabrik handelt es sich um eine Anlage, die ab gegebener Verarbeitung von täglich 40 Tonnen Lösemittel die genehmigungsfreie Grenze von 25 Tonnen pro Tag überschreitet und somit nach § 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG i.V.m. Ziff. 4.10 der Anlage 1 der 4. BImSchV einer Genehmigung bedarf.

c) Ohne Genehmigung

Die Anlage verfügt über keine Genehmigung. Fraglich ist jedoch wie sich auswirkt, dass sie materiell alle verwaltungsrechtlichen Voraussetzungen erfüllt. Dies wird unter dem Begriff der „formellen Illegalität“ diskutiert.²⁷ Nach § 6 Abs. 1 BImSchG ist bei Vorliegen aller Voraussetzungen eine Genehmigung zu erteilen, es würde sich also um eine gebundene Entscheidung handeln.²⁸ Daher wird teilweise auf Stützung der bloß materiellen Verwaltungsrechtslage angenommen, das formell genehmigungslose Betreiben müsse straflos sein,²⁹ da durch einen voraussetzungskonformen Betrieb keine größere Umweltgefährdung bestünde.³⁰ Vielmehr fehle es am Pflichtwidrigkeitszusammenhang.³¹ Es würde nur ein bloßer Verwaltungsungehorsam kriminalstrafrechtlich sanktioniert werden, wozu jedoch das Ordnungswidrigkeitenrecht offen stünde.³² Allerdings hat der Gesetzgeber durch die Tatbestandsgestaltung die Strafwürdigkeit an ungenehmigtes Verhalten angeknüpft, also streng verwaltungsakzessorisch ausgestaltet.³³ Dies wird andernorts auch nicht hinterfragt.³⁴ Zudem enthält der ungenehmigte Betrieb gerade eine typische abstrakte Gefahr, da die Behörde nicht die Möglichkeit zur präventiven Überprüfung der Umstände hatte.³⁵ Auch sind den Behörden dadurch später regelmäßige Nachkontrollen nicht möglich, die gerade die Gefahren des Betriebes reduzieren sollen. Die

29. Aufl. 2018, § 327 Rn. 6a; *Witteck* (Fn. 16), § 327 Rn. 40.

²⁷ *Börner* (Fn. 1), § 4 Rn. 83; *Linke*, ZJS 2022, 46 (47).

²⁸ *Jarass*, Bundesimmissionsschutzgesetz, Kommentar, 13. Aufl. 2020, § 6 Rn. 45.

²⁹ Als Tatbestandsausschluss: *Ransiek* (Fn. 7), § 324 Rn. 28 f.; als Rechtfertigungsgrund: *Börner* (Fn. 1), § 4 Rn. 85; *Linke*, ZJS 2022, 46 (47); als Strafaufhebungsgrund: *Rettenmaier/Gehrmann*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, Vor § 324 Rn. 10.

³⁰ *Ransiek* (Fn. 7), § 324 Rn. 28.

³¹ *Börner* (Fn. 1), § 3 Rn. 26.

³² *Börner* (Fn. 1), § 4 Rn. 34; *Rettenmaier/Gehrmann* (Fn. 29), Vor § 324 Rn. 10.

³³ *Saliger* (Fn. 1), Rn. 119.

³⁴ Vgl. *Börner* (Fn. 1), § 4 Rn. 31, der bei materiell-rechtswidrig begünstigenden Verwaltungsakten auch auf die rein formelle Betrachtung abstellt.

³⁵ *Dölling*, JZ 1985, 461 (462 f.).

²³ Vgl. *Fischer* (Fn. 2), § 326 Rn. 33; *Ransiek* (Fn. 7), § 326 Rn. 37.

²⁴ H.M.: *Börner* (Fn. 1), § 5 Rn. 4; *Fischer* (Fn. 2), § 327 Rn. 18; *Saliger* (Fn. 1), Rn. 151; a.A. *Ransiek* (Fn. 7), § 327 Rn. 5.

²⁵ *Börner* (Fn. 1), § 5 Rn. 5.

²⁶ Vgl. *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar,

bloße Genehmigungsfähigkeit kann daher trotz behördlicher Genehmigungspflicht (§ 6 Abs. 1 BImSchG) keine Genehmigung im Strafrecht ersetzen.³⁶

2. *Subjektiver Tatbestand*

G betrieb die Anlage wissentlich und gewollt ohne Genehmigung, also mit Vorsatz, § 15 StGB.

3. *Rechtswidrigkeit*

G steigerte die Produktion, um Arbeitsplätze erhalten zu können. Zwar stellt dies durchaus ein geeignetes und erforderliches Mittel zur Gefahrenabwehr dar. Eine Rechtfertigung nach § 34 StGB scheidet aber, da die Umweltschutzinteressen dem Erhalt von Arbeitsplätzen wesentlich überwiegen.³⁷ G handelte mithin rechtswidrig.

4. *Schuld*

Ein Entschuldigungsgrund nach § 35 StGB kommt nicht in Betracht, da Arbeitsplätze kein dort genanntes notstandsfähiges Rechtsgut darstellen. G handelte mithin schuldhaft.

5. *Ergebnis*

G hat sich nach § 327 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht.

V. Unerlaubtes Betreiben einer Abfallentsorgungsanlage, § 327 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Alt. 1 StGB

G könnte sich wegen unerlaubten Betriebens einer Abfallentsorgungsanlage gem. § 327 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Alt. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er die mit Flüssigabfällen gefüllten Fässer im Boden vergrub.

1. *Tatbestand*

G könnte durch das Ablagern der Fässer eine Deponie betrieben haben. Deponien sind als Abfallentsorgungsanlagen nach § 3 Abs. 27 KrWG Beseitigungsanlagen zur Ablagerung von Abfällen oberhalb oder unterhalb der Erdoberfläche. Eine solche liegt vor, wenn aus Sicht eines durchschnittlichen Betrachters das betreffende Gebiet als sachliche Funktionseinheit zur zeitlich unbegrenzten Ablagerung von einer nicht unerheblichen Menge von Abfällen dienen soll.³⁸ G lagerte Abfälle in großem Umfang unterirdisch ab. Gerade das Vergraben deutet objektiv auf den Zweck der endgültigen Entle-

³⁶ So auch die h.M.: BGHSt 37, 21 (28 f.); OLG Jena NZWiSt 2017, 480 (484); *Dölling*, JZ 1985, 461 (463); *Fischer* (Fn. 2), Vor § 324 Rn. 10; *Heger* (Fn. 26), § 324 Rn. 10b; *Heine/Schittenhelm* (Fn. 4), Vor § 324 ff. Rn. 19; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 47 Rn. 21; *Saliger* (Fn. 1) Rn. 118.

³⁷ BGH NStZ 1997, 189 (190); *Börner* (Fn. 1), § 7 Rn. 42; *Saliger* (Fn. 1), Rn. 261.

³⁸ *Witteck* (Fn. 16), § 327 Rn. 21.1; *Heine/Schittenhelm* (Fn. 4), § 327 Rn. 17; *Rettenmaier/Gehrmann* (Fn. 29), § 327 Rn. 10; *Saliger* (Fn. 1), Rn. 327.

digung hin. G hat als Geschäftsführer der G-GmbH die faktische Verfügungsgewalt über das Gelände, also die Betreiber-eigenschaft inne, welche ihm auch nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 StGB zugerechnet werden kann. Deponien bedürfen nach § 35 Abs. 2, Abs. 3 KrWG einer Planfeststellung. Diese verwaltungsrechtliche Pflicht richtet sich an den Betreiber G entweder direkt oder über den Unternehmensträger nach § 12 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG. Indes handelte G ohne Planfeststellung. G wusste davon und wollte dies auch, handelt also mit Vorsatz, § 15 StGB.

2. *Rechtswidrigkeit und Schuld*

G handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. *Ergebnis*

G hat sich nach § 327 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Alt. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Für eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Umgangs mit gefährlichen Gütern nach § 328 Abs. 3 Nr. 2 StGB bietet der Sachverhalt keine hinreichenden Anhaltspunkte. Ohnehin wäre keine Handlungsalternative einschlägig.

B. Ergebnis

G hat sich im ersten Tatkomplex gem. §§ 324a Abs. 1, 326 Abs. 1 Nrn. 1, 4 lit. a, 327 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 1, 327 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Alt. 1 StGB schuldig gemacht. Zu den Konkurrenzen siehe sogleich.

Tatkomplex 2: Mai 2021

A. Strafbarkeit des N

I. Gewässerverunreinigung, §§ 324 Abs. 1, 330 Abs. 2 Nrn. 1, 2 StGB

N könnte sich gem. §§ 324 Abs. 1, 330 Abs. 2 Nrn. 1, 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Fässer in den See einwarf.

1. *Objektiver Tatbestand*

a) *Grundtatbestand*

Bei dem Badensee handelt es sich um ein ständig im Bett stehendes oberirdisches Gewässer i.S.v. § 330d Abs. 1 Nr. 1 StGB i.V.m. § 3 Nr. 1 WHG. Aus den Fässern drangen die Flüssigabfälle, welche eine anhand der Gewässertrübung des gesamten Sees äußerlich erkennbare, nicht unerheblich schlechtere chemische oder biologische Gewässereigenschaft verursacht haben, mithin den Badensee verunreinigt haben. Darüber hinaus könnte sich eine sonst nachteilige Veränderung aus der Benutzbarkeit als Badegewässer ergeben. Dies ist aber durch den ausreichenden Schutz der §§ 223 ff. StGB³⁹ und das alleinige Abstellen in § 324 StGB auf die Wasserqualität als solche abzulehnen.⁴⁰

³⁹ *Börner* (Fn. 1), § 8 Rn. 25.

⁴⁰ *Alt* (Fn. 5), § 324 Rn. 30; *Börner* (Fn. 1), § 8 Rn. 25; *Heine/*

b) *Qualifikation, § 330 Abs. 2 Nr. 1 StGB*

In Betracht kommt der Qualifikationstatbestand des § 330 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Unter einer schweren Gesundheitsschädigung ist nicht nur eine schwere Körperverletzung i.S.d. § 226 StGB, sondern auch andere langwierige Gesundheitsbeeinträchtigungen zu verstehen.⁴¹ Die Haut- und Augenreizungen der Badegäste vermindern zwar die körperliche Unversehrtheit und das körperliche Wohlbefinden, lassen aber keine Anzeichen einer langwierigen Beeinträchtigung erkennen.

Alternativ könnte eine konkrete Gesundheitsgefährdung einer großen Zahl von Menschen bestanden haben. Darunter wird eine nicht sofort überschaubare Personenzahl verstanden,⁴² welche etwa bei 20 Personen liegt.⁴³ Von den anwesenden Badegästen wurden 19 tatsächlich verletzt. Der Erfolgseintritt hing aber bei den übrigen Badegästen nurmehr vom Zufall ab.⁴⁴ Es bestand mithin eine konkrete Gesundheitsgefahr für eine unüberschaubare große Zahl von Menschen. Die Qualifikation wurde also verwirklicht.

Hinweis: Ein anderes Ergebnis ist unter entsprechender Argumentation oder Heranziehung anderer Richtwerte vertretbar. Zu beachten wäre dann der Versuch der Qualifikation.

2. *Subjektiver Tatbestand*

N wusste von den Folgen und nahm sie in Kauf, handelte also mit Vorsatz, § 15 StGB.

3. *Rechtswidrigkeit und Schuld*

N handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. *Erfolgsqualifikation, § 330 Abs. 2 Nr. 2 StGB*

N könnte des Weiteren die Erfolgsqualifikation nach § 330 Abs. 2 Nr. 2 StGB verwirklicht haben. Durch das Hineinwerfen der Fässer in den See hat er den Tod des Schwimmers W kausal herbeigeführt. Die objektive Sorgfaltspflichtverletzung besteht in der Verwirklichung des Grundtatbestandes des § 324 Abs. 1 StGB. Dass man beim Hineinwerfen von Fässern einen im Wasser befindlichen Menschen übersehen kann, ist nicht fernliegend, also auch objektiv vorhersehbar. Entscheidendes Merkmal der Erfolgsqualifikation ist das Vorliegen des deliktspezifischen Gefährdungs Zusammenhangs zwischen Grunddelikt und schwerer Folge. Fraglich ist, ob dabei an die Handlung, also das Hineinwerfen, oder den Grunddeliktserfolg, also die Gewässerverunreinigung, anzuknüpfen ist. Bei Anknüpfung an die Handlung wäre der deliktspezifische Gefährdungs Zusammenhang verwirklicht. Allerdings besteht i.R.d. § 324 Abs. 1 StGB die deliktspezifische Gefahr erst in dem durch

Schittenhelm (Fn. 4), § 324 Rn. 9; a.A. *Fischer* (Fn. 2), § 324 Rn. 6; *Rengier* (Fn. 36), § 48 Rn. 7; *Saliger* (Fn. 1), Rn. 348.

⁴¹ *Fischer* (Fn. 2), § 330 Rn. 8; *Witteck* (Fn. 16), § 330 Rn. 12.

⁴² BGHSt 44, 175 (178); *Saliger* (Fn. 1), Rn. 500

⁴³ *Alt* (Fn. 5), § 330 Rn. 15; *Fischer* (Fn. 2), § 330 Rn. 8;

Heine/Schittenhelm (Fn. 4), § 330 Rn. 9a.

⁴⁴ Vgl. zur konkreten Gefahr: *Rengier* (Fn. 13), § 10 Rn. 10.

die Gewässerverunreinigung gesetztes Risiko,⁴⁵ sodass an den Grunddeliktserfolg anzuknüpfen ist. In der schwereren Folge hat sich somit nicht das für das Grunddelikt typische Risiko verwirklicht. Es fehlt am deliktspezifischen Gefährdungs Zusammenhang.

5. *Ergebnis*

N hat sich gem. §§ 324 Abs. 1, 330 Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Grundsätzlich wäre dem eine Strafbarkeitsprüfung nach § 222 StGB anzuschließen. Diese ist jedoch – außerhalb des 29. Abschnitts liegend – im Bearbeitungsvermerk ausgeschlossen.

II. Unerlaubter Umgang mit Abfällen, §§ 326 Abs. 1 Nrn. 1, 4 lit. a, 330 Abs. 2 Nr. 1 StGB

N könnte sich wegen unerlaubten Umgangs mit Abfällen gem. §§ 326 Abs. 1 Nrn. 1, 4 lit. a, 330 Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Fässer in den See warf.

1. *Tatbestand*

Bei den in Fässern gefassten Flüssigabfällen handelt es sich um Abfälle, die eine Schädigungseignung nach Nr. 1 und Nr. 4 lit. a aufweisen. N warf sie in den See, mit dem Ziel, sich ihrer auf Dauer zu entledigen, also um sie abzulagern. Dies tat er außerhalb einer dafür zugelassenen Anlage. N wusste darum und handelte willentlich, also mit Vorsatz, § 15 StGB. Dabei verwirklichte er sowohl objektiv als auch subjektiv die Qualifikation nach § 330 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

2. *Rechtswidrigkeit und Schuld*

N handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. *Ergebnis*

N hat sich nach §§ 326 Abs. 1 Nrn. 1, 4 lit. a, 330 Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Eine Strafbarkeit wegen unerlaubten Betriebens einer Abfallentsorgungsanlage nach § 327 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StGB kommt wegen fehlender Verfügungsgewalt des N und G über das öffentliche Gewässer nicht in Betracht.⁴⁶

B. Strafbarkeit des G**I. Gewässerverunreinigung in mittelbarer Täterschaft, §§ 324 Abs. 1, 330 Abs. 2 Nr. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB**

G könnte sich wegen Gewässerverunreinigung in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 324 Abs. 1, 330 Abs. 2 Nr. 1, 25 Abs. 1

⁴⁵ *Börner* (Fn. 1), § 3 Rn. 112; *Linke*, ZJS 2022, 46 (50); *Mitsch*, NZWiSt 2019, 121 (126).

⁴⁶ Zum Erfordernis der Betreibereigenschaft und Verfügungsgewalt: BVerwGE 126, 326 (329); *Rettenmaier/Gehrmann* (Fn. 29), § 327 Rn. 10.

Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er N anwies, die Flüssigabfälle beinhaltenden Fässer im Badensee zu versenken.

G hat die Gewässerverunreinigung nicht eigenhändig herbeigeführt. Hätte er allerdings N nicht angewiesen, hätte dieser nicht erfolgsherbeiführend gehandelt. Möglicherweise kann ihm deswegen die kausale Erfolgsherbeiführung des N gem. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zugerechnet werden. Dazu müsste G mittels überlegenen Willens oder Wollens weiterhin die Tat beherrscht haben. Nach der Tatherrschaftslehre ist dies der Fall, solange er als Zentralgestalt das tatbestandsmäßige Geschehen planvoll lenkend in den Händen hält und es nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen kann.⁴⁷ Dies ist typischerweise der Fall, wenn der Vordermann einen Strafbarkeitsmangel aufweist.⁴⁸ N wusste um den bevorstehenden Taterfolg und nahm ihn zumindest billigend hin, womit er die Tat selbstverantwortlich als seine eigene verwirklichte und letztlich volldeliktisch handelte. Damit fehlt es G sowohl an einer Wissens- als auch an einer Willensherrschaft. Ein darüberhinausgehender Fall des sog. Täters hinter dem Täter⁴⁹ ist nicht ersichtlich. Auch nach der gemäßigt subjektiven Theorie, die die Täterschaft anhand eines Täterwillens begründet, welcher unter anderem durch die Tatherrschaft des Einzelnen indiziert wird,⁵⁰ ist mangels letzterer eine Täterstellung abzulehnen.⁵¹ G hat sich demnach nicht gem. §§ 324 Abs. 1, 330 Abs. 2 Nr. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

II. Versuch der Gewässerverunreinigung in mittelbarer Täterschaft, §§ 324 Abs. 1, Abs. 2, 330 Abs. 2 Nr. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB

G könnte sich wegen versuchter Gewässerverunreinigung in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 324 Abs. 1, Abs. 2, 330 Abs. 2 Nr. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er N anwies, die Fässer im Badensee zu versenken.

1. Vorprüfung

Die konkret geplante Tat der Gewässerverunreinigung in mittelbarer Täterschaft ist mangels Tatherrschaft des G nicht vollendet worden. Der Versuch ist strafbar nach §§ 23 Abs. 1 Alt. 2, 12 Abs. 2, 324 Abs. 2, 330 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

2. Tatentschluss

G hatte die Gewässerverunreinigung und die konkrete Gesundheitsschädigung einer großen Zahl von Menschen wissentlich in Kauf genommen. Er stellte sich auch vor, durch sein Anweisen die Handlung des N auszulösen. Letzterer sollte auf-

grund der von G vorgenommenen Täuschung über den Fassinhalt vorsatzlos bezüglich der Verunreinigung handeln, sodass G ihn dabei kraft Wissensüberlegenheit täterschaftlich beherrschen wollte. G hatte also Tatentschluss (§ 15 StGB) auf die Haupttat und die Zurechenbarkeit nach § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB.

3. Unmittelbares Ansetzen

Der vermeintlich unmittelbare Täter N hat die Handlung bereits ausgeführt und es kam zu einer Gewässerverunreinigung. G hatte mithin unmittelbar angesetzt.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

G handelte rechtswidrig und schuldhaft.

5. Rücktritt, § 24 Abs. 2 StGB

Ein strafbefreiender Rücktritt nach § 24 Abs. 2 StGB durch Verdünnung des Badesees scheidet aus, da die Gewässerverunreinigung auch aus seiner Sicht bereits vollendet war, der Versuch mithin fehlgeschlagen⁵² ist.

6. Ergebnis

G hat sich gem. §§ 324 Abs. 1, Abs. 2, 330 Abs. 2 Nr. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. Anstiftung zur Gewässerverunreinigung, §§ 324 Abs. 1, 330 Abs. 2 Nr. 1, 26 StGB

G könnte sich durch dieselbe Handlung wegen Anstiftung zur Gewässerverunreinigung gem. §§ 324 Abs. 1, 330 Abs. 2 Nr. 1, 26 StGB strafbar gemacht haben. Durch das Anweisen hat G bei N einen zuvor nicht bestehenden Tatentschluss hervorgerufen,⁵³ mithin diesen zu einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat bestimmt. Fraglich ist jedoch, ob G auch Anstiftervorsatz besaß. Dieser könnte „als Minus“ im Vorsatz zur (schwereren) mittelbaren Täterschaft enthalten sein.⁵⁴ Diese Übertragung verstößt allerdings gegen den Wortlaut des § 26 StGB, „einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat“ bestimmt zu haben, sofern – wie hier – der mittelbare Täter gerade einen Vorsatzmangel des Vordermanns will und ist deswegen unter Beachtung des Art. 103 Abs. 2 GG abzulehnen.⁵⁵ G hat sich demnach nicht nach §§ 324 Abs. 1, 330 Abs. 2 Nr. 1, 26 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Der Gegenansicht kann mit entsprechender Begründung gefolgt werden. Fraglich ist dann das Konkurrenzverhältnis. Nach einer Ansicht soll der Versuch in mittelbarer Täterschaft als subsidiär hinter der Anstiftung zurücktreten.⁵⁶ Nach anderer Ansicht soll zur Berücksich-

⁴⁷ Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 25 ff.; Rengier (Fn. 13), § 41 Rn. 11.

⁴⁸ Vgl. Rengier (Fn. 13), § 43 Rn. 5.

⁴⁹ Zu den Fällen des „Täters hinter dem Täter“: Rengier (Fn. 13), § 43 Rn. 38 ff.

⁵⁰ BGH NSTZ-RR 2017, 5 (5); BGH NSTZ 2018, 144 (145).

⁵¹ Bzgl. des Ergebnisses siehe auch: Murmann, JA 2008, 321 (326); Rengier (Rn. 13), § 43 Rn. 81.

⁵² Zum fehlgeschlagenen Versuch: Rengier (Fn. 13), § 37 Rn. 15.

⁵³ Zum „Bestimmen“: Rengier (Fn. 13), § 45 Rn. 24.

⁵⁴ So etwa: Kühl (Fn. 47), § 20 Rn. 87.

⁵⁵ Krell, ZJS 2010, 640 (642); Rengier (Fn. 13), § 43 Rn. 82.

⁵⁶ Beulke, Klausurenkurs im Strafrecht I, 8. Aufl. 2020,

tigung des täterschaftlichen Unrechts Tateinheit angenommen werden.⁵⁷ Freilich gilt dann selbiges für die mittelbare Täterschaft bezüglich § 326 Abs. 1 StGB.

IV. Versuch des unerlaubten Umgangs mit Abfällen in mittelbarer Täterschaft, §§ 326 Abs. 1 Nrn. 1, 4 lit. a, 330 Abs. 2 Nr. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB

Aus denselben Gründen hat sich G wegen versuchten unerlaubten Umgangs mit Abfällen in mittelbarer Täterschaft nach §§ 326 Abs. 1 Nrn. 1, 4 lit. a, 330 Abs. 2 Nr. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Tatkomplex 3: Juni 2021

Strafbarkeit des G

I. Gewässerverunreinigung, §§ 324 Abs. 1, 330 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB

G könnte sich wegen Gewässerverunreinigung gem. §§ 324 Abs. 1, 330 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben, indem er den Teich auspumpte.

1. Objektiver Tatbestand

a) Gewässer

Bei dem Teich handelt es sich um ein Gewässer i.S.v. § 330 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

b) Sonst nachteilige Veränderung

Fraglich ist, inwiefern in der vollständigen Beseitigung des Teichs eine nachteilige Veränderung der Gewässereigenschaften liegt. Schließlich sei vom Wortsinn der „Veränderung“ her ein noch bestehendes Gewässer erforderlich.⁵⁸ Zudem unterscheidet § 329 Abs. 3 Nr. 3 StGB anders als § 324 Abs. 1 StGB gerade zwischen den Tathandlungen „verändern“ und „beseitigen“.⁵⁹ Jedoch verfolgen § 329 Abs. 3 Nr. 3 StGB mit dem primären Schutz bestimmter Naturgebiete und § 324 Abs. 1 StGB mit dem ausschließlichen Gewässerschutz unterschiedliche Schutzzwecke.⁶⁰ Zudem ist die gänzliche Wasserbeseitigung die größtmögliche nachteilige Veränderung für ein Gewässer.⁶¹ Bereits die notwendigen Zwischenschritte einer erheblichen Wasserspiegelabsenkung sind strafrechtlich erfasst, sodass dies erst recht für die vollständige Beseitigung gelten muss.⁶² Letztlich würde es mangels Anwendbarkeit von § 329 Abs. 3 Nr. 3 StGB und § 303 StGB regelmäßig zu Strafbarkeitslücken kommen.⁶³ Ebenso widerspricht dies dem gesetzgeberischen Ziel eines umfassenden Gewässerschut-

zes,⁶⁴ sodass eine umfassende Gewässerbeseitigung als sonst nachteilige Veränderung zu verstehen ist.⁶⁵

2. Subjektiver Tatbestand

G wollte den Teich abpumpen, handelte also vorsätzlich, § 15 StGB.

3. Rechtswidrigkeit

G handelte, um die alte Wasserqualität des Badesees wiederherzustellen. Allerdings ist der Schaden der Gewässerreinigung, wie G auch wusste, bereits eingetreten, sodass eine Rechtfertigung nach § 34 StGB nicht in Betracht kommt.

4. Schuld

G handelte schuldhaft.

5. Besonders schwerer Fall, § 330 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB

Infolge der Gewässerbeseitigung starben alle am Teich lebenden Exemplare der strenggeschützten Gelbbauchunke⁶⁶ aus. Damit könnte G das Regelbeispiel nach § 330 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB verwirklicht haben. Dabei setzt der Bestand ein räumlich zusammenhängendes, mehr als nur vereinzelt Vorkommen der geschützten Art in einem bestimmten Gebiet voraus,⁶⁷ also mehr als einzelne oder bloß wenige Tiere in einer räumlich zusammenhängenden Einheit.⁶⁸ Hier starben die Exemplare um den räumlich zusammenhängenden Bereich des Teichs aus. Zur Wiederherstellung des Bestands müsste neben einer Aussetzung neuer Exemplare zunächst der Teich wieder aufgefüllt werden, was insgesamt einen überdurchschnittlichen Aufwand bedeutet, sodass die Schädigung auch nachhaltig geschieht.⁶⁹ G nahm dies auch in Kauf, handelte also mit (Quasi-)Vorsatz bezüglich des Regelbeispiels.

Hinweis: Bei entsprechender Argumentation lässt sich die nachhaltige Bestandsschädigung genauso gut verneinen. Dann müsste ein Versuch des Regelbeispiels angesprochen werden, wobei dieser nach der herrschenden Lehre⁷⁰ abgelehnt wird.

6. Ergebnis

G hat sich gem. §§ 324 Abs. 1, 330 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

Rn. 288 f.

⁵⁷ *Murmann*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 25 Rn. 29.

⁵⁸ *Krell*, Umweltstrafrecht, 2017, Rn. 202.

⁵⁹ *Heger* (Fn. 26), § 324 Rn. 5.

⁶⁰ *Alt* (Fn. 5), § 324 Rn. 17; *Börner* (Fn. 1), § 8 Rn. 25; *Ransiek* (Fn. 7), § 324 Rn. 17.

⁶¹ *Börner* (Fn. 1), § 8 Rn. 25.

⁶² *Alt* (Fn. 5), § 324 Rn. 17; *Saliger* (Fn. 1), Rn. 352.

⁶³ *Saliger* (Fn. 1), Rn. 352.

⁶⁴ *Saliger* (Fn. 1), Rn. 352.

⁶⁵ So auch: *Alt* (Fn. 5), § 324 Rn. 17; *Börner* (Fn. 1), § 8 Rn. 25; *Linke*, ZJS 2021, 749 (753); *Ransiek* (Fn. 7), § 324 Rn. 17; *Saliger* (Fn. 1), Rn. 352; a.A. *Heger* (Fn. 26), § 324 Rn. 5.

⁶⁶ Die Gelbbauchunke gilt gem. § 7 Abs. 2 Nr. 14 lit. b BNatSchG i.V.m. Anhang IV der FFH-RL als streng geschützte Art.

⁶⁷ *Heine/Schittenhelm* (Fn. 4), § 330 Rn. 7.

⁶⁸ *Alt* (Fn. 5), § 326 Rn. 46.

⁶⁹ Zum Begriff der „Nachhaltigkeit“: *Saliger* (Fn. 1), Rn. 499.

⁷⁰ Dazu nur *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 3 Rn. 52 ff. m.w.N.

II. Verursachen von Lärm, § 325a Abs. 2 StGB

G könnte sich wegen Verursachens von Lärm gem. § 325a Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er die mobile Pumpe in Gang setzte.

1. Tatbestand

Bei der mobilen Pumpe müsste es sich um eine Anlage handeln. Eine Anlage ist eine auf gewisse Dauer berechnete, als Funktionseinheit organisierte Einrichtung von nicht ganz unerheblichen Ausmaßen, die der Verwirklichung beliebiger Zwecke zu dienen bestimmt ist.⁷¹ Die mobile Pumpe stellt eine solche Einrichtung zum Zwecke des Abpumpens, mithin eine Anlage dar, welche von G durch das weisungsunabhängige Ingangsetzen und Infunktionhalten⁷² betrieben wurde. Die Anlage wurde dabei so laut, dass Menschen Schlafmangel und Kopfschmerzen erlitten. Eine kurzfristige Gefahr von Schlafentzug für nur eine Nacht reicht nicht für eine Gesundheitsschädigung aus.⁷³ Einen Tag lang andauernde Kopfschmerzen sind jedoch ausreichend, das körperliche Wohlbefinden und die Gesundheit der Betroffenen hinreichend zu schädigen,⁷⁴ sodass eine konkrete Gefahr gegeben ist. Diese betrifft Menschen außerhalb des zur Anlage gehörenden Bereichs. G nahm die Folgen in Kauf und handelte trotz Kenntnis der lärmverbotenden Gemeindecodexsatzung, welche nach § 330d Abs. 1 Nr. 4 lit. a StGB eine verwaltungsrechtliche Pflicht begründet. G hatte mithin Vorsatz, § 15 StGB.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

G handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

G hat sich nach § 325a Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

III. Gesundheitsgefährliche Lärmverursachung, § 325a Abs. 1 StGB

Die konkrete Gesundheitsgefährdung nach § 325a Abs. 2 StGB beinhaltet die abstrakte Schädigungseignung für die Gesundheit eines anderen nach § 325a Abs. 1 StGB. G hat sich daher aus denselben Gründen nach § 325a Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Gesamtergebnis und Konkurrenzen

A. Strafbarkeit des G

Der in Tatkomplex 1 verwirklichte § 324a Abs. 1 StGB verdrängt grundsätzlich § 326 Abs. 1 Nr. 4 lit. a StGB im Wege der Gesetzeskonkurrenz (materielle Subsidiarität), soweit das bloße Gefährdungsdelikt aus § 326 StGB vollständig im Verletzungsdelikt aufgeht.⁷⁵ Da hier neben der Bodenverunreini-

gung auch eine nachhaltige Gewässergefährdung besteht, ist dies nicht der Fall. Somit stehen die §§ 324a Abs. 1; 326 Abs. 1 Nrn. 1, 4 lit. a; 327 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 1 und Nr. 3 Alt. 1 StGB zueinander in Tateinheit, § 52 StGB.

In Tatkomplex 2 stehen die §§ 324 Abs. 1, 2, 330 Abs. 2 Nr. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22; 326 Abs. 1 Nrn. 1, 4 lit. a, 330 Abs. 2 Nr. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22 StGB in Tateinheit, § 52 StGB.

Im dritten Tatkomplex ist § 325a Abs. 1 StGB als bloßes Eignungsdelikt materiell subsidiär zum konkreten Gefährdungsdelikt § 325a Abs. 2 StGB.⁷⁶ § 325a Abs. 2 StGB und § 324 Abs. 1 StGB stehen in Tateinheit, § 52 StGB.

Die einzelnen Tatkomplexe wurden tatmehrheitlich verwirklicht, § 53 StGB.

B. Strafbarkeit des N

N verwirklichte die §§ 324 Abs. 1, 330 Abs. 2 Nr. 1 und die §§ 326 Abs. 1 Nrn. 1, 4 lit. a, 330 Abs. 2 Nr. 1 StGB in Tateinheit, § 52 StGB.

⁷¹ Alt (Fn. 5), § 325 Rn. 14; Börner (Fn. 1), § 10 Rn. 8; Kloepfer/Heger (Fn. 2), Rn. 234; Saliger (Fn. 1), Rn. 400.

⁷² Vgl. Kloepfer/Heger (Fn. 2), Rn. 234.

⁷³ Ransiek (Fn. 7), § 325a Rn. 3.

⁷⁴ Fischer (Fn. 2), § 325 Rn. 8; Saliger (Fn. 1) Rn. 397.

⁷⁵ Alt (Fn. 5), § 326 Rn. 129; Ransiek (Fn. 7), § 326 Rn. 76.

⁷⁶ Heine/Schittenhelm (Fn. 4), § 325a Rn. 18; Ransiek (Fn. 7), § 325a Rn. 17; Witteck (Fn. 16), § 325a Rn. 29.

Entscheidungsbesprechung

Irreführende Werbung über die Öffnungs- und Lieferzeiten am Eingangsbereich einer Apotheke

Bei einem an der Eingangstür einer Apotheke angebrachten Plakat mit den blickfangmäßig herausgestellten Angaben „GEÖFFNET: RUND UM DIE UHR“ und „LIEFERZEIT: 2 STUNDEN“ wird ein Durchschnittsverbraucher hieraus schließen, dass in der Apotheke „rund um die Uhr“, somit jederzeit eine Bestellung getätigt werden kann und diese weiterhin „rund um die Uhr“ innerhalb von zwei Stunden geliefert wird. (Leitsatz des Verf.)

UWG § 5 Abs. 1

OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.12.2021 – 15 U 29/21¹

I. Einführung

Werbung begegnet Verbrauchern in allen möglichen Situationen auf mannigfaltige Art und Weise. Mit dem Ziel, die Aufmerksamkeit des Verbrauchers zu wecken, bedienen sich Werbende immer neuer Gestaltungsmöglichkeiten – nicht immer zugunsten des Verbrauchers. Das Wettbewerbsrecht bzw. § 5 UWG schützt Verbraucher vor irreführenden geschäftlichen Handlungen und wird ergänzt durch § 5a UWG.

1. Schutzzweck

Der Schutz vor irreführenden geschäftlichen Handlungen nach § 5 UWG bezweckt den Schutz der informationsgeleiteten geschäftlichen Entscheidung.² Das Wettbewerbsrecht will sicherstellen, dass sowohl Verbraucher, sonstige Marktteilnehmer, darunter auch Mitbewerber sowie die Allgemeinheit (sog. einheitlicher Irreführungsschutz) entsprechend ihren Bedürfnissen und Interessen ihre Handlungs- und Entscheidungsfreiheit ausüben und hierbei nicht durch Täuschungen beeinflusst werden.³ Mit anderen Worten sollen Marktteilnehmer nicht aufgrund einer Täuschung eine geschäftliche Entscheidung treffen. § 5 UWG ist jedoch kein Schutzgesetz i.S.d. § 828 Abs. 2 BGB.⁴

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2021/15_U_29_21_Urteil_20211202.html (9.7.2022).

² ErwG 3 der RL 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung, ABl. EU 2006 Nr. L 376, S. 21.

³ *Rehart/Ruhl/Isele*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum UWG, Stand: 1.12.2021, § 5 Rn. 27; *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, Kommentar zum UWG, 7. Aufl. 2016, § 5 Rn. 11; einschränkender *Bornkamm/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, Kommentar zum UWG, 40. Aufl. 2022, § 5 Rn. 0.9–0.12.

⁴ *Sosnitza* (Fn. 3), § 5 Rn. 13.

2. Voraussetzungen

Nach § 5 Abs. 1 S. 1 UWG, dem allgemeinem Irreführungsverbot, handelt unlauter, „wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“. Ob jedoch eine konkrete geschäftliche Handlung, z.B. eine Werbung, irreführend und somit unlauter ist, lässt sich zu meist nicht einfach beantworten, sondern erfordert eine umfassende Würdigung des Einzelfalls, so auch im vorliegenden Urteil des OLG Düsseldorf, die der folgende Beitrag einführend behandelt.

II. Sachverhalt (vereinfacht)

B betreibt in M unter der eingetragenen Marke „A“ sieben stationäre Apotheken und einen Onlineshop. Die stationären Apotheken sind wochentags bis 18:30 Uhr, mittwochs bis 15:00 Uhr geöffnet, nicht dahingegen samstags und sonntags. Während einer Bestellung im Onlineshop müssen sich Kunden für eine stationäre Apotheke als Lieferanten entscheiden. Bis zu einem Bestellwert von 25 € fallen für eine Lieferung Kosten i.H.v. 3,95 € an.

In der unteren Glasscheibe der Eingangstür einer der Apotheken wirbt A mit einem Plakat im Format Din A1, welches nachfolgend verkleinert wiedergegeben wird:



In der Fußnote wird angeführt: „Für alle vorrätigen Artikel innerhalb der Öffnungszeiten in einem Radius von 10 km“.

K beanstandet diese Werbung als wettbewerbswidrig und mahnt B erfolglos ab. Mit der Klage vor dem Landgericht nimmt er B auf Unterlassung und Erstattung von Abmahnkosten in Anspruch und führt im erstinstanzlichen Prozess an, dass die Werbung des B irreführend sei. Ein Durchschnittsverbraucher beziehe die Werbeaussagen zumindest auch auf die stationäre Apotheke. Die Behauptung, die Apotheke wäre „GEÖFFNET: RUND UM DIE UHR“ sei jedoch angesichts der Öffnungszeiten unzutreffend.

Auch die Angabe „LIEFERZEIT: 2 STUNDEN!“ sei irreführend. Die Versandapotheke des B könne grundsätzlich nicht innerhalb von zwei Stunden liefern, die stationären Apotheken nicht außerhalb der Öffnungszeiten. K führt an, dass die auf dem Plakat angebrachte Fußnote zu klein, für den Betrachter aufgrund der Positionierung des Plakats zu tief und daher nicht lesbar sei. Der Verbraucher würde die Einschränkung des Lieferradius nicht wahrnehmen. Zudem fehle ein Hinweis auf die Kostenpflichtigkeit einer Lieferung.

B beantragt Klageabweisung und führt an, dass der Verbraucher schon aufgrund der Bildsprache (Laptop, Handy mit Kaffeetasse, fehlende Bilder mit Bezug zu einer Apotheke) und aufgrund der Floskel „GEÖFFNET: RUND UM DIE UHR“ auf einen Onlineshop schließe. Der Hinweis „Einfach im Online-Shop auf Shop.A.de oder per App meinA.“ verstärke diesen Eindruck. Demnach beziehe sich die Aussage „GEÖFFNET: RUND UM DIE UHR“ offensichtlich auf das Online-Angebot und sei inhaltlich wahr, da im Onlineshop „rund um die Uhr“ ein Einkauf erfolgen könne.

Auch die Angabe „LIEFERZEIT: 2 STUNDEN“ sei nicht irreführend. Der vom B angebotene Botendienst liefere verfügbare Ware im Umkreis von 10 km binnen zwei Stunden aus. Die Fußnote erfolge in einer genügend großen Schriftgröße und sei hinreichend deutlich lesbar, weswegen sie am Blickfang teilnehme. Eine kostenlose Lieferung würde nicht versprochen, es werde weder ein konkretes Produkt beworben noch enthalte die Werbung Angaben zu Produktpreisen.

III. Urteil des LG Mönchengladbach

Das Landgericht Mönchengladbach stellt fest, dass das Werbeplakat in keiner Hinsicht unlauter ist und hat die Klage abgewiesen.⁵

Ein Verbraucher assoziiert nach der Auffassung des LG die im Plakat dargestellte Szene mit einer Bestellung „von Zuhause“ und bezieht die Aussage „GEÖFFNET: RUND UM DIE UHR“ nicht auf die stationäre Apotheke, sondern den Onlineshop. Den Hinweis auf die Homepage und die App würde ein angemessen aufmerksamer Betrachter bemerken.

In Hinblick auf die Wahrheit der Aussage „LIEFERZEIT: 2 STUNDEN“ bezogen auf den Onlineshop stellt das LG fest, dass K die Beweislast trägt und dieser nicht nachgekommen ist. Die Einschränkung der Werbeaussage außerhalb der Blickfang-Angabe durch eine Fußnote sei nicht irreführend, da diese ebenfalls vom Blickfang erfasst werde. Begründet wird dies damit, dass die Druckgröße ausreichend ist, um einem aufmerksamen und verständigen Verbraucher die Kenntnisnahme zu ermöglichen.

⁵ LG Mönchengladbach, Urt. v. 19.2.2021 – 8 O 17/20.

Auch das Fehlen von möglichen Lieferkosten führe nicht zur Unlauterbarkeit. Eine solche Angabe erwarte ein Verbraucher nicht innerhalb der Blickfang-Werbung, in der mit der Lieferzeit geworben wird. Die Lieferzeit und die Lieferkosten seien zwei Aspekte einer Kaufentscheidung, die nicht zwingend zusammengehören.

IV. Berufung vor dem OLG Düsseldorf

K legt hiergegen form- und fristgerecht Berufung ein und verfolgt sein erstinstanzliches Klagebegehren fort. B beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Das OLG Düsseldorf ändert das Urteil des LG Mönchengladbachs und bejaht eine irreführende geschäftliche Handlung des B.

Zunächst stellt das OLG Düsseldorf fest, dass die für den Streitfall maßgeblichen Vorschriften durch die teilweise Novellierung des Lauterkeitsrechts durch das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs (BGBl. I 2020, S. 2568) nicht geändert wurden.⁶

Anschließend widmet es sich der Frage, ob eine irreführende geschäftliche Handlung des B vorliegt. Hierfür ist (1) eine geschäftliche Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG erforderlich. Die Unlauterbarkeit dieser kann sich anschließend (2) entweder im B2C-Verhältnis aus der Schwarzen Liste im Anhang des UWG (§ 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Anhang Nr. 1–24 UWG) oder (3) aus einer Unlauterbarkeit nach § 3 Abs. 1 UWG i.V.m. § 5 Abs. 1 UWG ergeben.

1. Geschäftliche Handlung des K

Das Werben mit dem Plakat ist ein Verhalten des B zugunsten seines Unternehmens, das der Förderung des Absatzes seiner Medikamente bzw. dem Abschluss von Verträgen im Onlineshop oder stationären Handel dient und stellt somit eine geschäftliche Handlung i.S.d. § 5 UWG dar.

2. Unlauterbarkeit

Ein einschlägiger Tatbestand der Schwarzen Liste (Anhang UWG)⁷ ist vorliegend nicht ersichtlich, sodass für eine Unlauterbarkeit die geschäftliche Handlung des B nach § 5 Abs. 1 S. 1 UWG irreführend und geeignet sein muss, Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die sie andernfalls nicht getroffen hätten.

a) Irreführende geschäftliche Handlung

Nach § 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung irreführend, wenn sie unwahre Angaben enthält. Problematisch ist hierbei, in welchem Verhältnis die unterschiedlichen, im Werbeplakat enthaltenen Angaben zueinanderstehen und auf welcher Grundlage diese beurteilt werden. Hierzu führt das OLG Düsseldorf aus:

⁶ OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.12.2021 – 15 U 29/21, Rn. 38.

⁷ Im Anhang des UWG, der sog. Schwarzen Liste, werden zahlreiche Tatbestände aufgezählt, die in jedem Fall unlauter sind.

„Ob eine Werbung unwahre oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben enthält, richtet sich nach der Sichtweise eines durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers, der einer Werbung die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt (vgl. nur BGH, GRUR 2015, 906 Rn. 22 – TIP der Woche; GRUR 2016, 521 Rn. 10 – Durchgestrichener Preis II m.w.N.), wobei maßgebend für die Beurteilung einer Werbeaussage ist, wie der angesprochene Verkehr die beanstandete Werbung auf Grund ihres Gesamteindrucks versteht (BGH GRUR 2018, 320 Rn. 18 – Festzins Plus; GRUR 2016, 521 Rn. 10 – Durchgestrichener Preis II; GRUR 2015, 906 Rn. 18 – TIP der Woche; GRUR 2015, 698 Rn. 10 – Schlafzimmer komplett; GRUR 2010, 352 Rn. 11 – Hier spiegelt sich Erfahrung; GRUR 2003, 361, 362 – Sparvorwahl). Da es maßgeblich auf den Gesamteindruck einer Werbung ankommt, verbietet sich grundsätzlich eine zergliedernde Betrachtungsweise, die einzelne Äußerungen einer in sich geschlossenen Darstellung aus ihrem Zusammenhang reißt (vgl. BGH, GRUR 2015, 698 Rn. 10 – Schlafzimmer komplett; Senat, Urt. v. 17.07.2020 – 15 U 76/19, GRUR-RS 2020, 16408 Rn. 66 – Fluggastrechte Inkasso m.w.N.). Vermittelt die Werbung insgesamt einen zutreffenden Eindruck, ist sie folglich wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden, weil einzelne Stellen isoliert betrachtet täuschend wirken könnten (Senat, GRUR-RS 2020, 16408 Rn. 67).“⁸

Hieraus folgt, dass das Werbeplakat grundsätzlich als Ganzes betrachtet werden muss. Selbst wenn – wie vom K angeführt – eine Angabe des Werbeplakats irreführend sein könnte, wäre das Handeln des B wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn unter Berücksichtigung aller Angaben keine Irreführung vorliegt. Die Prüfung würde sich auf den Gesamteindruck beschränken.

Vorliegend ist jedoch zu beachten, dass durch die Gestaltung des Plakats, insbesondere der Farbe und Größe der einzelnen Angaben, die Aufmerksamkeit und Wahrnehmung des Verbrauchers auf bestimmte Bereiche des Plakats gelenkt wird. Zur Behandlung einer solchen Blickfangwerbung stellt das OLG Düsseldorf fest:

„Liegt allerdings eine Blickfangwerbung vor, bei der im Rahmen einer Gesamtankündigung einzelne Angaben im Vergleich zu den sonstigen Angaben bildlich, farblich, graphisch oder sonst drucktechnisch besonders herausgestellt sind, um durch ihre Betonung die Aufmerksamkeit des angesprochenen Verkehrs auf sich zu ziehen, ist – abweichend vom oben genannten Grundsatz – eine isolierte Betrachtung geboten. Die Blickfangwerbung, die nach der konkreten Gestaltung der Werbung beim Verbraucher den Eindruck erwecken kann, dass sie das Angebot verlässlich beschreibt und alles Wesentliche damit gesagt ist, muss grundsätzlich bereits als solche wahr sein, weil sie vom sonstigen Inhalt der Werbung losgelöst wahrgenommen werden und damit eine Anlockwirkung

ausüben kann, die allein schon den Leser veranlasst, dem Angebot näher zu treten (Senat, GRUR-RS 2020, 16408 Rn. 67).“⁹

Im Falle einer Blickfangwerbung ist somit eine isolierte Betrachtung der einzelnen Elemente des Blickfangs geboten. Ist eine der Angaben für sich genommen falsch bzw. objektiv unrichtig, so handelt es sich um eine unwahre Angabe und folglich um eine irreführende geschäftliche Handlung.¹⁰ Diese kann durch einen aufklärenden Hinweis nicht korrigiert werden.¹¹ Enthält die Angabe jedoch für sich genommen nicht alle Angaben, die für eine irrtumsfreie Erfassung erforderlich sind, kann ein Irrtum ausgeschlossen werden, wenn ein klarer und unmissverständlicher Hinweis angebracht wird, der selbst am Blickfang teilhat.¹²

Für eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Werbeplakats ist dementsprechend eine individuelle Bewertung der Angaben erforderlich, die Teil des Blickfangs sind. Dies sind vorliegend unstreitig die Angabe „GEÖFFNET: RUND UM DIE UHR“ und „LIEFERZEIT: 2 STUNDEN“. Ob die Fußnote Teil des Blickfangs ist, lässt das OLG Düsseldorf zunächst offen und beschränkt sich auf die Beurteilung der einheitlich, blickfangmäßig herausgestellten Angaben „GEÖFFNET: RUND UM DIE UHR“ und „LIEFERZEIT: 2 STUNDEN“:

„Wird mit einem im Eingangsbereich einer gleichnamigen Apotheke angebrachten Werbeplakat unter [den oben angeführten Angaben] geworben, bezieht auch ein durchschnittlich informierter, verständiger und situationsadäquat aufmerksamer Verbraucher diese Werbeaussagen zwangsläufig auf die betreffende Apotheke, sofern – wie hier – anderweitige eindeutige Hinweise fehlen. Der Bezug auf die stationäre Apotheke wird gerade durch die Werbeaussage ‚GEÖFFNET: RUND UM DIE UHR‘ verstärkt. Denn damit wird mit Öffnungszeiten geworben. Öffnungszeiten verbindet der Durchschnittsverbraucher mit einer stationären Apotheke. Dem Internet bzw. einem Online-Shop sind Öffnungszeiten hingegen fremd. Aus [der Fußnote] ergibt sich zudem, dass die beworbene Lieferung für einen Radius von 10 km gilt, welcher Radius sich nur auf die stationäre Apotheke des Beklagten beziehen kann. Ein

⁸ OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.12.2021 – 15 U 29/21, Rn. 41.

⁹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.12.2021 – 15 U 29/21, Rn. 42.

¹⁰ Vgl. BGH GRUR 2001, 78 (79) – Falsche Herstellerpreisempfehlung; BGH GRUR 2012, 81 (82 Rn. 14) – Innerhalb 24 Stunden, „dreiste Lüge“; BGH GRUR 2009, 888 (890) – Thermoroll; BGH GRUR 2002, 715 (716) – Scannerwerbung; OLG Düsseldorf GRUR-RS 2020, 16408 Rn. 68.

¹¹ BGH GRUR 2001, 78 (79) – Falsche Herstellerpreisempfehlung; OLG Düsseldorf GRUR-RS 2020, 16408 Rn. 68.

¹² BGH GRUR 2018, 320 (323 Rn. 24) – Festzins Plus; BGH GRUR 2016, 207 (208 Rn. 16) – All Net Flat; BGH GRUR 2010, 744 (748 Rn. 43) – Sondernewsletter; BGH GRUR 2003, 249 (Preis ohne Monitor); OLG Düsseldorf GRUR-RS 2020, 16408 Rn. 69.

anderer örtlicher Bezugspunkt geht aus der beanstandeten Werbung nicht hervor und ist auch nicht ersichtlich.“¹³

Hieraus schlussfolgert das OLG Düsseldorf, dass ein durchschnittlicher Verbraucher aufgrund der Angaben im Blickfang zu der Erkenntnis gelangt, dass er „rund um die Uhr“ und somit jederzeit in der stationären Apotheke des B Medikamente bestellen kann und, dass diese nach der jederzeit möglichen Bestellung innerhalb von zwei Stunden geliefert werden. Da B jedoch in der stationären Apotheke nur während der Öffnungszeiten Bestellungen annimmt und auch nicht „rund um die Uhr“ innerhalb einer Zeit von zwei Stunden liefert, liegt eine unwahre Angabe vor.

Da diese unwahre Angabe nicht durch die Fußnote korrigiert werden kann, lässt das OLG Düsseldorf offen, ob diese ausreichend wahrnehmbar ist. Es geht davon aus, dass sich aus der Fußnote lediglich eine Einschränkung auf vorrätige Artikel und einem Umkreis von 10 km ergibt und keine Einschränkung der Lieferung auf Öffnungszeiten. Aufgrund der Blickfangwerbung gehe ein Durchschnittsverbraucher davon aus, dass die stationäre Apotheke „rund um die Uhr“ geöffnet hat, sodass Öffnungszeiten und dieser Bereich der Fußnote in sich widersprüchlich sein.

Es liegt somit eine irreführende geschäftliche Handlung vor. Zu einem hiervon abweichenden Verständnis eines Durchschnittsverbrauchers stellt es fest:

„Auch wenn der Durchschnittsverbraucher die Aussage ‚GEÖFFNET: RUND UM DIE UHR‘ nicht für ‚bare Münze‘ nehmen und nicht dahin verstehen sollte, dass die stationäre Apotheke des Beklagten rund um die Uhr geöffnet ist, so dass diese zu jeder Tages- und Nachtzeit zum Kauf von Medikamenten aufgesucht werden kann, vermittelt diese Werbeaussage dem Durchschnittsverbraucher doch zumindest den Eindruck, die ‚A.-Apotheke‘ des Beklagten sei für Bestellungen rund um die Uhr erreichbar, so dass bei ihr zu jeder Tages- und Nachtzeit Medikamente bestellt werden können.“¹⁴

Das OLG Düsseldorf geht anschließend auf die Annahme des LG Mönchengladbach ein, wonach die übrige Gestaltung des Werbeplakats bei einem Durchschnittsverbraucher den Eindruck von einer Bestellung „von Zuhause“ hervorrufe. Hierzu stellt es fest, dass eine solche Bezahlmöglichkeit „von Zuhause“ mit einer hiervon unabhängigen, ebenfalls vom Werbeplakat beim Durchschnittsverbraucher hervorgerufenen Bestellmöglichkeit in der stationären Apotheke nicht im Widerspruch steht. Die Auswahl einer stationären Apotheke des B als Lieferanten für eine Bestellung im Onlineshop bestärkt nach Ansicht des OLG gerade dieses Verständnis, weswegen es sich auch der Würdigung der Angaben „GEÖFFNET: RUND UM DIE UHR“ und „LIEFERZEIT: 2 STUNDEN“ beschränkt auf eine Bestellung im Onlineshop widmet. Hierzu stellt es fest:

„Sofern ein Kunde ein Medikament etc. im Online-Shop auf ‚Shop.A.de‘ oder per App ‚meinA.‘ durch den Boten der stationären Apotheke des Beklagten oder einer anderen stationären ‚A.-Apotheke‘ bestellt, ist eine Bestellung mit einer Lieferung innerhalb von zwei Stunden unstrittig nur zu den Öffnungszeiten dieser Apotheke und nicht ‚rund um die Uhr‘ möglich. Ein online nach Ladenschluss der stationären Apotheke bestelltes Medikament kann damit trotz der Öffnung bzw. Verfügbarkeit des Online-Shops ‚rund um die Uhr‘ unter keinen Umständen binnen zwei Stunden an den Besteller ausgeliefert werden. Durch die beanstandete Werbung wird beim Verbraucher jedoch der Eindruck erweckt, dass über den Online-Shop oder die App Medikamente ‚rund um die Uhr‘ bestellt werden können, die nach der Bestellung – zu jeder Tages- und Nachtzeit – innerhalb von zwei Stunden ausgeliefert werden.“¹⁵

Somit sind die Angaben „GEÖFFNET: RUND UM DIE UHR“ und „LIEFERZEIT: 2 STUNDEN“ auch beschränkt auf eine Bestellung im Onlineshop unwahr und es liegt auch unter dem einschränkenden Verständnis des LG eine irreführende geschäftliche Handlung vor.

b) Relevanz der Irreführung

Ein Verbraucher, der in Hoffnung auf eine Lieferung von Medikamenten innerhalb von zwei Stunden eine Bestellung bei B tätigt, obwohl dies – möglicherweise anders als bei anderen Apotheken – nicht möglich ist, wird in seinem Verhalten beeinflusst und es liegt eine relevante Irreführung vor. Dies gilt insbesondere aufgrund der Stellung des Verbrauchers als Patient, der möglicherweise zur zeitnahen Verhinderung einer Gesundheitsschädigung oder Abwendung einer lebensbedrohlichen Situation auf das Medikament angewiesen ist. Von der Werbung des Beklagten irreführt, könnte dieser im Vertrauen auf die zeitnahe Lieferung auf eine anderweitige Bestellung verzichten.

V. Bewertung

Das Urteil des OLG Düsseldorf überzeugt mit seiner ausführlichen Auseinandersetzung mit der Auffassung des B, des K und des LG Mönchengladbach. Zu Recht bejaht es die Unlauterbarkeit im konkreten Fall. Sowohl mit der Auffassung des OLG Düsseldorfs, wonach ein Durchschnittsverbraucher das Werbeplakat zumindest auf eine Bestellung in einer stationären Apotheke bezieht, als auch mit der Auffassung des LG Mönchengladbach, wonach nur mit einem Bestellprozess „von Zuhause“ assoziiert wird, liegt aufgrund der Angabe „LIEFERZEIT: 2 STUNDEN“ zutreffenderweise eine unwahre Angabe vor.

Nichtsdestotrotz bleiben im Anschluss Fragen unbeantwortet. Offensichtlich soll das Werbeplakat (auch) bezwecken, dass Verbraucher entweder über die Webseite oder App des Onlineshops bestellen. Hierfür befindet sich neben den aufgeführten Hinweisen zur URL Adresse der Webseite angesichts der Position, Größe und Form einer der „Schwär-

¹³ OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.12.2021 – 15 U 29/21, Rn. 53.

¹⁴ OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.12.2021 – 15 U 29/21, Rn. 54.

¹⁵ OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.12.2021 – 15 U 29/21, Rn. 63.

zungen“ ein QR-Code auf dem Werbeplakat. Diese Elemente des Werbeplakats, die je nach angesprochenem Personenkreis auch zum Blickfang zählen könnten, werden im Urteil nicht näher behandelt, sprechen jedoch grundsätzlich auch wie vom LG Mönchengladbach festgestellt, für einen Bestellvorgang „von Zuhause“.

Unter Zugrundelegung dieser Auffassung bleibt mangels einer Auseinandersetzung mit diesen Angaben deren rechtliche Würdigung unklar. So ist es beispielsweise nicht auszuschließen, dass der Webseite des Onlineshops in Form von AGB oder Hinweisen weitere Informationen oder Einschränkungen zu den Bedingungen einer Lieferung zu entnehmen sind. Unter der Prämisse, dass solche Angaben wie in den meisten Onlineshops vorhanden sind, hätten diese als Teil des Werbeplakats und somit des Streitgegenstands gewertet und vom Gericht berücksichtigt werden können. In einem Urteil des BGH v. 12.5.2011,¹⁶ einem ähnlich gelagerten Fall, ging es um eine Angabe in einer Adwords-Anzeige („innerhalb 24 Stunden“), die beim Öffnen des Angebots auf weitere Einschränkungen („Lieferung am Folgetag nur bei Bestellung bis 16.45 Uhr, keine Auslieferung am Sonntag“) verwies. Der BGH beurteilte die Anzeige als nicht irreführend, da ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Verbraucher mit einer solchen Einschränkung ohnehin rechnen und diese eine erkennbar unvollständige Kurzangabe sei, die zur Kenntnisnahme von ausführlichen und präzisen Informationen einlädt. Vorliegend geht das OLG Düsseldorf jedoch unkritisch von einer objektiv unrichtigen, nicht mehr korrigierbaren Angabe aus, was vor allem im Vergleich zur Rechtsprechung des BGH und des „*“ am Ende der Angabe „LIEFERZEIT: 2 STUNDEN“ nicht zwingend erscheint. Im Ergebnis könnte dies unter Berücksichtigung der besonderen Stellung des Kunden und der Verantwortung der Apotheke vertreten werden. Die rechtliche Würdigung solcher Angaben im konkreten Fall, insbesondere aufgrund der Stellung des Beklagten und des Mediumwechsels (von Werbeplakat zu Onlineshop) bleiben jedoch unbeantwortet.

VI. Literaturempfehlungen zur Vertiefung

Alexander, Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2019, § 9
BGH GRUR 2015, 698 (Schlafzimmer komplett)
BGH GRUR 2012, 81 (Innerhalb 24 Stunden)

Stud. iur. Ali Tahir Sen, München

¹⁶ BGH GRUR 2012, 81 ff.

Entscheidungsbesprechung

Themenbezogene Widmungsbeschränkung einer kommunalen öffentlichen Einrichtung

Die Beschränkung des Widmungsumfangs einer kommunalen öffentlichen Einrichtung, die deren Nutzung allein aufgrund der Befassung mit einem bestimmten Thema ausschließt, verletzt das Grundrecht der Meinungsfreiheit. (Amtlicher Leitsatz)

GG Art. 5 Abs. 1 GG

BVerwG, Urt. v. 20.1.2022 – 8 C 35.20¹

I. Einleitung und einfach-rechtliche Ausgangslage

Öffentliche Einrichtungen der Gemeinden² kommen in vielfältigen Erscheinungsformen vor,³ etwa als städtische Hallenbäder, Museen, Konzertsäle, Stadthallen oder sonstige Veranstaltungsräume. Sie sind ein zentrales Instrument zur Daseinsvorsorge durch die Gemeinde und dienen insbesondere der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Betreuung der Gemeindeeinwohner.⁴ Die Kommunalverfassungsgesetze der (Flächen-)Länder sehen allesamt vor, dass die Gemeinden entsprechende Einrichtungen innerhalb der Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit schaffen.⁵ Welche Einrichtungen die Gemeinden errichten, unterliegt dabei ihrem durch Art. 28 Abs. 2 GG gewährleisteten Selbstverwaltungsrecht. Zentrale Bedeutung kommt der Widmung der kommunalen Einrichtung zu. Die Widmung drückt den Willen der Gemeinde aus, dass die Einrichtung der Nutzung durch alle Einwohner zu einem bestimmten öffentlichen Zweck offensteht.⁶ Neben dieser für

das Vorliegen einer öffentlichen Einrichtung konstitutiven Bedeutung der Widmung wird durch sie zugleich der zulässige Nutzungsrahmen der Einrichtung näher bestimmt und kann dabei durch sie auch begrenzt werden.⁷

Für die Gemeindeeinwohner⁸ sehen die einschlägigen Regelungen vor, dass diese im Rahmen des geltenden Rechts berechtigt sind, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinden zu benutzen.⁹ Dieser Benutzungsanspruch besteht nur im Rahmen des geltenden Rechts. Nutzungen, die gegen höherrangiges Recht verstoßen, also rechtswidrig sind, sind ausgeschlossen. Dabei erlangen vorrangig Verstöße gegen einfachrechtliche Verbotsnormen Bedeutung.¹⁰ Daneben setzen dem Zulassungsanspruch die Widmung selbst sowie etwaige von der Gemeinde erlassene und neben die Widmung tretende Nutzungsregelungen Grenzen.¹¹

Nicht selten werden kommunale Einrichtungen auch für (gesellschafts-)politisch kontroverse Veranstaltungen in Anspruch genommen. Immer wieder stellt sich dabei die Frage, ob und inwieweit die Gemeinden dazu berechtigt sind, Personen den Zugang zu ihren öffentlichen Einrichtungen allein aufgrund zu erwartender unerwünschter Meinungsäußerungen zu verwehren.¹² Vielfach vermeiden Gemeinden diesbezügliche Konfliktlagen, indem sie ihre Räumlichkeiten durch entsprechende Widmungsbeschränkungen nur für bestimmte, nach

Kommunalrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 921; Peters (Fn. 4), GO NRW § 8 Rn. 8.

⁷ Peters (Fn. 4), GO NRW § 8 Rn. 8; Erichsen/Dietlein, Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl. 2022, Kap. 8 Rn. 20.

⁸ Soweit die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde für Grundbesitzer und Gewerbetreibende bestehen, wird der Zulassungsanspruch regelmäßig auch auf Grundbesitzer und Gewerbetreibende, die nicht in der Gemeinde wohnen (sog. Forensen), erstreckt; zudem gilt der Benutzungsanspruch regelmäßig entsprechend für juristische Personen und Personenvereinigungen, vgl. § 10 Abs. 3 und 4 GemO BW; Art. 21 Abs. 3 und 4 BayGO; § 20 Abs. 2 und 3 HessGO; § 14 Abs. 3 KV MV; § 30 Abs. 2 und 3 NdsKomVG; § 8 Abs. 3 und 4 GO NRW; § 14 Abs. 3 und 4 GemO RLP; § 19 Abs. 2 und 3 SaarKSVG; § 10 Abs. 3 und 5 SächsGemO; § 24 Abs. 2 und 3 KVG LSA; § 18 Abs. 2 und 3 GO SH; § 14 Abs. 2 und 3 ThürKO; zur Reichweite des diesbezüglichen Benutzungsrechts näher Peters (Fn. 4), GO NRW § 8 Rn. 45 ff.

⁹ Vgl. § 10 Abs. 2 S. 2 f. GemO BW; Art. 21 Abs. 1 BayGO; § 20 Abs. 1 HessGO; § 14 Abs. 2 KV MV; § 30 Abs. 1 NdsKomVG; § 8 Abs. 2 GO NRW; § 14 Abs. 2 GemO RLP; § 19 Abs. 1 SaarKSVG; § 10 Abs. 2 SächsGemO; § 24 Abs. 1 KVG LSA; § 18 Abs. 1 GO SH; § 14 Abs. 1 ThürKO; § 12 Abs. 1 BbgKVerf erfasst nicht „Einwohner“, sondern „Jedermann“.

¹⁰ Vgl. Erichsen/Dietlein (Fn. 7), Kap. 8 Rn. 35 mit besonderem Fokus auf die drohende Begehung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten.

¹¹ Näher Erichsen/Dietlein (Fn. 7), Kap. 8 Rn. 34 ff.; Peters (Fn. 4), GO NRW § 8 Rn. 25 ff.

¹² Allgemein zur Problematik etwa Gern/Brüning (Fn. 6), Rn. 939; VGH Mannheim NVwZ 1990, 93 (94).

¹ Die Entscheidung ist online abrufbar unter <https://www.bverwg.de/de/200122U8C35.20.0> (12.7.2022) sowie auch zu finden bei BeckRS 2022, 8388.

² Auch auf Ebene der Landkreise bestehen nach vergleichbaren Bestimmungen öffentliche Einrichtungen und ein korrespondierender Nutzungsanspruch der Kreiseinwohner.

³ Zum Begriff der öffentlichen Einrichtung, als die jede Zusammenfassung personeller Kräfte und sächlicher Mittel zu verstehen ist, die von der Gemeinde für bestimmte öffentliche Zwecke unterhalten wird und die durch ausdrückliche oder konkludente Widmung der bestimmungsgemäßen Nutzung durch die Einwohner bzw. einen in der Zweckbestimmung festgelegten Personenkreis zugänglich gemacht wird, wobei die Benutzung einer besonderen Zulassung bedarf, vgl. OVG Münster BeckRS 2015, 42643; Schoch, NVwZ 2016, 257 (259).

⁴ Peters, in: Dietlein/Heusch (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 1.6.2022, GO NRW, § 8 Rn. 1.

⁵ Vgl. § 10 Abs. 2 S. 1 GemO BW; § 2 Abs. 2 BbgKVerf; § 19 Abs. 1 HessGO; § 2 Abs. 2 KV MV; § 4 S. 2 NdsKomVG; § 8 Abs. 1 GO NRW; § 2 Abs. 2 S. 1 GemO RLP, § 5 Abs. 2 SaarKSVG; § 2 Abs. 1 SächsGemO; § 4 KVG LSA; § 17 Abs. 1 GO SH; § 1 Abs. 4 S. 1 ThürKO; zu Bayern vgl. Art. 83 Abs. 1 BayVerf.

⁶ Ehlers, Jura 2012, 692 (693); Gern/Brüning, Deutsches

objektiven Kriterien abgrenzbare Veranstaltungstypen zur Verfügung stellen. Soweit entsprechende Widmungsregelungen bestimmte Nutzungsarten generell nach allgemeinen Kriterien (z.B. allgemein parteipolitische Veranstaltungen) oder einem abstrakt umrissenen Themenkreis (z.B. Veranstaltungen ohne konkreten örtlichen Bezug) ausschließen, wurde dies von der Rechtsprechung weitgehend akzeptiert.¹³ In neuerer Zeit versuchen verschiedene Gemeinden, die Nutzung kommunaler Einrichtungen zusätzlich dadurch zu steuern, dass die Überlassung der Einrichtung zur Befassung mit bestimmten Themenstellungen über entsprechende Beschränkungen im Rahmen der Widmung ausgeschlossen wird. Darüber, ob derartige themenspezifische Widmungsbeschränkungen rechtlich zulässig sind, hat nunmehr das BVerwG mit dem hier zu besprechenden Urteil vom 20.1.2022 entschieden.

II. Sachverhalt

Anlass für den vom BVerwG zu entscheidenden Fall bot ein Beschluss des Münchener Stadtrats vom 13.12.2017 unter dem Titel „Gegen jeden Antisemitismus! – Keine Zusammenarbeit mit der antisemitischen BDS-Bewegung“¹⁴. Bei der BDS-Bewegung handelt es sich um eine transnationale Bewegung, die unter dem Leitsatz „Boycott, Divestment and Sanctions“ u.a. zu Boykottaktionen gegen Israel (insbesondere gegen israelische Waren und Dienstleistungen, israelische Künstler, Wissenschaftler sowie Sportler) aufruft und nach ihrem Selbstverständnis den Staat Israel wirtschaftlich, kulturell und politisch isolieren will, um eine Veränderung der Politik Israels gegenüber den Palästinensern zu erreichen.¹⁵ Vor dem Hintergrund dieser allumfassenden Ausrichtung gegen den Staat Israel hat die BDS-Bewegung im politischen Raum erheblichen Gegenwind erfahren und ist vielfach als antisemitisch eingestuft worden,¹⁶ wobei diese Bewertung der BDS-Bewegung nicht zuletzt angesichts des Fehlens verfestigter organisatorischer Strukturen und der damit einherge-

henden heterogenen Zusammensetzung ihrer Anhängerschaft und Positionierung im Detail keineswegs unumstritten ist.¹⁷ Dieser Gegenwind beschränkt sich nicht auf resolutionsartige Verurteilungen der BDS-Kampagne durch den Bundestag oder verschiedene Länderparlamente,¹⁸ sondern ist auch auf kommunaler Ebene zu verzeichnen.¹⁹ Hier haben verschiedene Gemeinden die Entscheidung getroffen, der BDS-Bewegung oder Gruppierungen, die die Ziele der Kampagne verfolgen, finanzielle Unterstützung und die Vergabe von kommunalen Räumen zu verweigern.

Ähnlich verfuhr auch der Rat der Stadt München mit seinem hier streitgegenständlichen Beschluss. Darin bekannte sich der Stadtrat zunächst zu seiner Solidarität mit dem Staat Israel und verurteilte jegliche Erscheinungsform des offenen und des verdeckten Antisemitismus (Ziff. 1 des Beschlusses). Anknüpfend an diese „politische Grundsatzentscheidung“ sah der Ratsbeschluss in Ziff. 3 Festlegungen für Raumvergaben vor. Konkret wurde bestimmt, dass Organisationen und Personen, die Veranstaltungen in städtischen Einrichtungen durchführen wollten, welche sich „mit den Inhalten, Themen und Zielen der BDS-Kampagne befassen, diese unterstützen, diese verfolgen oder für diese werben“ sollten, von der Raumüberlassung bzw. Vermietung von Räumlichkeiten ausgeschlossen bleiben sollten.²⁰ Für die Vergabe von Zuschüssen wurde Entsprechendes angeordnet. Die Stadtverwaltung und die Eigenbetriebe wurden beauftragt, diese Vorgaben bei ihrem Handeln zugrunde zu legen (Ziff. 4 des Beschlusses).

Angesichts dieses Beschlusses bat der Kläger (im Folgenden K) das Stadtmuseum München um Überlassung eines Saales für eine Diskussionsveranstaltung zum Thema „Wie sehr schränkt München die Meinungsfreiheit ein? – Der Stadtratsbeschluss vom 13.12.2017 und seine Folgen“. Das Stadtmuseum lehnte die Vermietung seiner Räumlichkeiten für die geplante Veranstaltung unter Hinweis auf den Stadtratsbeschluss ab, an dessen Festlegungen es gebunden sei: Zwar handele es sich nicht im eigentlichen Sinne um eine Unterstützungsveranstaltung zur BDS-Bewegung, sondern um die Durchführung eines öffentlichen Streitgesprächs zu dem Stadtratsbeschluss; es sei aber davon auszugehen, dass die geplante Diskussion nicht ohne eine Thematisierung von BDS sowie deren Inhalten, Themen und Zielen auskomme.²¹

¹³ Vgl. insoweit ausführlich *Knierim*, Belastende Benutzungsregelungen, 2021, S. 169 ff. m.w.N. aus der Rspr.

¹⁴ Der Beschluss ist im vollen Wortlaut und mit Begründung abrufbar unter

<https://risi.muenchen.de/risi/sitzungsvorlage/detail/4672899>

(12.7.2022) und in den für den Fall relevanten Auszügen zitiert in BVerwG BeckRS 2022, 8388 Rn. 1.

¹⁵ Vgl. näher zur BDS-Kampagne etwa

<https://www.bpb.de/themen/antisemitismus/dossier-antisemitismus/328693/antisemitismus-in-der-bds-kampagne/> (12.7.2022), dort freilich mit Plädoyer für eine Einstufung als antisemitisch (vgl. zur str. Frage dieser Einordnung Fn. 17); zur rechtlichen Bewertung von Boykott-Aktionen in Supermärkten am Maßstab der EMRK etwa EGMR NVwZ 2021, 137 (Baldassi u.a./Frankreich).

¹⁶ Vgl. zur Einstufung als antisemitisch und zur an diese Bewertung anknüpfenden Verurteilung durch den Deutschen Bundestag BT-Drs. 19/10191; dazu VG Berlin BeckRS 2021, 29696; auch verschiedene Landtage haben vergleichbare Beschlüsse gefasst, vgl. etwa Landtag NRW, LT-Drs. 17/3577; dazu VerfGH NRW BeckRS 2020, 37662; Landtag Thüringen, LT-Drs. 6/5886.

¹⁷ Vgl. insoweit etwa *Schulz*, KommJur 2020, 245; *Zechlin*, KJ 55 (2021), 31.

¹⁸ Vgl. Fn. 16.

¹⁹ Vgl. mit Beispielen etwa *Schulz*, KommJur 2022, 245; teilweise fanden sich entsprechende Regelungen auf kommunaler Ebene schon vor den Stellungnahmen des Bundestags und der Länderparlamente.

²⁰ Zugleich wurde festgelegt, dass Organisationen und Personen, soweit sich diese in der Vergangenheit positiv zur BDS-Kampagne geäußert oder diese unterstützt hatten, nur dann durch die Überlassung bzw. Vermietung von Räumlichkeiten für Veranstaltungen unterstützt werden durften, sofern diese sich nicht mit den Inhalten, Themen und Zielen der BDS-Kampagne befassen, diese unterstützen, diese verfolgen oder für diese werben.

²¹ Vgl. insoweit den Tatbestand in der vorangehenden Ent-

K erhob daraufhin Klage auf Überlassung der Räumlichkeiten im Münchener Stadtmuseum für die geplante Diskussionsveranstaltung, hilfsweise in einem anderen städtischen Raum. Während das VG München die Klage vollumfänglich abwies,²² hatte K vor dem VGH München²³ und dem BVerwG²⁴ immerhin mit seinem Hilfsantrag Erfolg. In der Folge wurde die Stadt München verpflichtet, K für die geplante Diskussionsveranstaltung den Zugang zu einem Bürgeraal im Rahmen der verfügbaren Kapazitäten durch Einwirkung auf den Trägerverein des Saals zu verschaffen.

III. Kernpunkte und Bewertung der Entscheidung

Hatte das BVerwG im Kern über die Zulässigkeit einer themenbezogenen Widmungsbeschränkung kommunaler Einrichtungen zu entscheiden (dazu 2.), bietet das Verfahren – zumal in Zusammenschau mit den Entscheidungen der Vorinstanzen – darüber hinaus allgemein prüfungsrelevante Erkenntnisse zur Geltendmachung des Anspruchs auf Zulassung zu einer kommunalen Einrichtung, die vorab kurz vorgestellt werden sollen (dazu 1.).

1. Allgemeines zur Geltendmachung des Zulassungsanspruchs

a) Öffentlich-rechtlicher Charakter des Zulassungsanspruchs

K hatte seine Klage auf Zulassung zunächst bei den Zivilgerichten erhoben, weil er für die Benutzung der Räumlichkeiten des Stadtmuseums einen Mietvertrag abschließen wollte. Das Landgericht hatte die Klage dann jedoch gem. § 17a Abs. 2 GVG an das Verwaltungsgericht verwiesen.²⁵ Hintergrund dieser Verweisung ist die Unterscheidung zwischen dem „Ob“ der Zulassung zu einer kommunalen Einrichtung und der konkreten Ausgestaltung des Nutzungsverhältnisses. Während die Frage der Zulassung selbst – aufgrund der Eigenschaft als kommunale und damit „öffentliche“ Einrichtung – stets öffentlich-rechtlicher Natur ist und damit von den Verwaltungsgerichten zu entscheiden ist, kann die Gemeinde das Nutzungsverhältnis, also die konkreten Modalitäten der Nutzung der Einrichtung, öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestalten.²⁶ Auch wenn sich die Gemeinde zu einer privatrechtlichen Ausgestaltung des Nutzungsverhältnisses entscheidet und für die Nutzung selbst ein Mietvertrag mit der Gemeinde (oder dem Einrichtungsträger) abzuschließen ist, bleibt die Frage der Zulassung zu der Einrichtung öffentlich-rechtlicher Natur und ist – bei verweigerter Zulassung – vor den Verwaltungsgerichten zu klären.²⁷

b) Zulassungsausschluss durch nutzungsartbezogene satzungsmäßige Widmungsbeschränkung

Die Entscheidung des BVerwG befasst sich in der Sache nur noch mit dem Hilfsantrag des K, der auf die Überlassung

einer anderen städtischen Räumlichkeit für die geplante Diskussionsveranstaltung, konkret eines Bürgersaals, gerichtet war. Zum Verständnis lohnt aber auch ein kurzer Blick auf den von K mit seiner Klage im Hauptantrag geltend gemachten Anspruch auf Zulassung zu den Räumlichkeiten des Stadtmuseums, der bereits von den Vorinstanzen abgelehnt worden war. Hintergrund war insoweit, dass das Zulassungsbegehren des K – auch unabhängig von dem Beschluss des Stadtrats vom 17.12.2017 – nicht von der satzungsmäßig festgelegten Zweckbestimmung dieser kommunalen Einrichtung gedeckt war.²⁸ Nach der für das Stadtmuseum maßgeblichen Benutzungssatzung dient es der Förderung der Kunst, der Kultur, der Volksbildung und der Heimatpflege, wobei die Erfüllung dieser Zwecke nach der Satzung insbesondere durch die Veranstaltung von Ausstellungen und dazugehörigen Rahmenveranstaltungen wie Vorträgen, Konzerten oder Theatervorstellungen erfolgt. Hieraus folgerten VG und VGH, dass die Nutzung der Räumlichkeiten auf museumsspezifische Zwecke beschränkt sei. Insbesondere seien die Säle des Stadtmuseums außer bei Ausstellungen nur bei „dazugehörigen Rahmenveranstaltungen“, also bei damit inhaltlich zusammenhängenden (und von der Museumsleitung als sinnvolle Ergänzung betrachteten) Informations- und Kulturveranstaltungen, dem allgemeinen Publikumsverkehr geöffnet. Ein ausstellungsunabhängiger Zulassungsanspruch zu den Räumen des Stadtmuseums bestehe deshalb nicht, sodass die Räumlichkeiten nicht für beliebige Kultur- oder Bildungsveranstaltungen zur Verfügung stünden. Das Zulassungsbegehren war danach nicht von der satzungsmäßig festgelegten Zweckbestimmung des Stadtmuseums gedeckt.

In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob die satzungsmäßig festgelegte Widmungsbeschränkung auch ohne eine entsprechende Änderung der satzungsrechtlichen Grundlagen durch eine abweichende Verwaltungsübung erweitert (oder, hier freilich nicht relevant, beschränkt) werden kann.²⁹ Eine solche, zu einer nachträglichen Widmungserweiterung führende Verwaltungspraxis konnten die Gerichte im Hinblick auf das Stadtmuseum allerdings schon im Ansatz nicht erkennen,³⁰ sodass der von K geltend gemachte Anspruch auf Überlassung von Räumlichkeiten des Stadtmuseums zum Scheitern verurteilt war.

²⁸ Vgl. hierzu VGH München BeckRS 2020, 32734 Rn. 33 ff.; ebenso vorgehend das VG München BeckRS 2018, 36638 Rn. 20 ff., dort jeweils auch zur Einordnung des Stadtmuseums als kommunale Einrichtung.

²⁹ Gegen eine solche Möglichkeit etwa VGH Mannheim NVwZ-RR 2015, 148 (149); Lange, DVBl. 2014, 753 (754); offenlassend OVG Magdeburg DVBl. 2012, 591; unproblematisch ist eine nachträgliche konkludente Widmungsänderung, wenn eine entsprechende Widmungsbeschränkung nicht rechtssatzmäßig festgelegt wurde; zur Möglichkeit eines Anspruchs auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über einen Antrag auf Sonderbenutzung jenseits des Widmungszwecks vgl. BVerwG NJW 1993, 609 (610); Peters (Fn. 4), GO NRW § 8 Rn. 37 ff.

³⁰ VGH München BeckRS 2020, 32734 Rn. 37 f.

scheidung des VGH München BeckRS 2020, 32734 Rn. 5 f.

²² VG München BeckRS 2018, 36638.

²³ VGH München BeckRS 2020, 32734.

²⁴ BVerwG BeckRS 2022, 8388.

²⁵ Vgl. VG München BeckRS 2018, 36638 Rn. 4.

²⁶ Peters (Fn. 4), GO NRW § 8 Rn. 20.

²⁷ Gern/Brüning (Fn. 6), Rn. 931.

In prozessualer Hinsicht kann der Kläger einem Scheitern seiner Klage infolge entsprechender Widmungsbeschränkungen dadurch entgehen, dass er – wie im hier zu besprechenden Fall K – hilfsweise die Zulassung zu einer anderen städtischen Räumlichkeit im Rahmen der dort verfügbaren Kapazität begehrt. Das ergibt für den Kläger natürlich nur dann Sinn, wenn es für die von ihm geplante Veranstaltung nicht auf den konkreten Veranstaltungsort ankommt. Ein Benutzungsanspruch kann aber nur in Bezug auf eine konkrete öffentliche Einrichtung festgestellt werden.³¹ Insbesondere kann der Anspruchsteller nicht verlangen, dass die Gemeinde ihm die Auswahlentscheidung abnimmt und eine bestimmte Einrichtung anbietet. Es kommt daher nicht in Betracht, hilfsweise allgemein die Überlassung eines anderen städtischen Raums zu verlangen.³² Vielmehr muss sich auch ein hilfsweise geltend gemachter Zulassungsanspruch auf konkret benannte kommunale Einrichtungen beziehen.³³ Das kann einen Anspruchsteller vor nicht unerhebliche praktische Probleme stellen, da für ihn häufig nicht erkennbar sein wird, welche konkreten Räumlichkeiten einer kommunalen Einrichtung als alternativer Veranstaltungsort in Betracht kommen. Soweit entsprechende Informationen nicht schon aus allgemein zugänglichen Quellen erlangt werden können, zeigt der VGH hier einen sachgerechten Ausweg aus dieser Informationsasymmetrie auf:³⁴ Der Anspruchsteller kann von der Gemeinde unter Berufung auf den kommunalrechtlichen Zulassungsanspruch Auskunft über den aktuellen Einrichtungsbestand, über den jeweiligen Widmungsumfang sowie – soweit erforderlich – über die noch freien Nutzungszeiten begehren.³⁵ Dies verschafft ihm die Möglichkeit, eine tragfähige Grundlage für die gerichtliche Verfolgung seines Begehrens zu erlangen.

c) Geltendmachung des Zulassungsanspruchs bei verselbständigter organisatorischer Trägerschaft der Einrichtung

Im hiesigen Fall hatte K hilfsweise die Zulassung zu einem Bürgersaal begehrt, dessen Widmungszweck auch privat organisierte Veranstaltungen zu kommunalpolitischen Themen umfasste. Allerdings hatte die Stadt den laufenden Betrieb des Bürgersaals und damit auch die Entscheidung über die Nutzungsvergabe einem privatrechtlich organisierten Trägerverein überlassen. In welcher Organisationsform eine Gemeinde öffentliche Einrichtungen unterhält, ist ihr durch die Kommunalverfassungsgesetze nicht vorgegeben.³⁶ Sie muss

³¹ So ausdrücklich VGH München BeckRS 2020, 32734 Rn. 40.

³² Die vom VG München aufgeworfenen Bedenken im Hinblick auf die fehlende Bestimmtheit eines so gefassten Zulassungsbegehrens (vgl. VG München BeckRS 2018, 36638 Rn. 24) griff der VGH hier nicht mehr auf, sondern ließ den Antrag an der Frage des materiellen Anspruchsinhalts scheitern.

³³ VGH München BeckRS 2020, 32734 Rn. 40.

³⁴ Vgl. zur Problematik auch *Birner*, BayVBl. 2021, 164 (165).

³⁵ VGH München BeckRS 2020, 32734 Rn. 40; erfüllt die Gemeinde diesen kommunalrechtlichen Auskunftsanspruch nicht, dürften dem Anspruchsteller auch insoweit eigenständige Rechtsschutzmöglichkeiten zu Gebote stehen.

³⁶ Vgl. OVG Münster BeckRS 2017, 106426 Rn. 8; OVG

diese nicht in eigener Trägerschaft vorhalten, sondern kann auch öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich verselbständigte Dritte in die Leistungserbringung einbinden und mit der Einrichtungsträgerschaft betrauen.³⁷ Das hat allerdings Rückwirkungen auf den Zulassungsanspruch. Dieser besteht zwar fort, kann aber von der Gemeinde nicht unmittelbar erfüllt werden, da diese gar nicht mehr selbst über die Zulassung entscheidet. Trotzdem kann sich die Gemeinde durch die organisatorische Ausgliederung der Einrichtungsträgerschaft nicht dem kommunalverfassungsrechtlichen Zulassungsanspruch entziehen. Vielmehr wandelt sich der Zulassungsanspruch in einen gegen die Gemeinde gerichteten Verschaffungsanspruch, den diese durch Einwirkung auf den Träger – hier also den Trägerverein des Bürgersaals – zu erfüllen hat.³⁸

Diese Anspruchsumstellung hat prozessuale Folgewirkungen, die insbesondere auch in Prüfungsarbeiten zu berücksichtigen sind: Anders als die Zulassung selbst, die als Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 LVwVfG anzusehen ist und im Wege der Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO erstritten werden kann, wird der Verschaffungsanspruch durch schlicht-hoheitliches Handeln der Gemeinde erfüllt, sodass insoweit die allgemeine Leistungsklage gegen die Gemeinde statthafte Klageart ist. Macht der Anspruchsteller gegen die Gemeinde klageweise einen unbedingten Antrag auf Zulassung geltend, so wird darin im Rahmen einer Auslegung des Klagebegehrens (vgl. § 88 VwGO) in der Regel die Geltendmachung des Verschaffungsanspruchs zu sehen sein.³⁹

2. Zulässigkeit der themenbezogenen Nutzungsbeschränkung durch den Stadtrat?

Nach diesen allgemeinen Grundsätzen konnte K für die Durchführung der von ihm geplanten Diskussionsveranstaltung eine Überlassung des Bürgersaals verlangen. Deshalb stellte sich zentral die Frage, ob die Benutzung der städtischen Einrichtung mit dem Stadtratsbeschluss in zulässiger Weise beschränkt worden war und so den an sich bestehenden Zulassungsanspruch des K ausschließen konnte. Das BVerwG hat dies – dem vorgehenden Urteil des VGH München folgend, aber gegen das VG München – in der Sache verneint. Zwar enthalte der Stadtratsbeschluss eine den Zulassungsanspruch dem Grunde nach ausschließende nachträgliche Widmungsbeschränkung; diese erweise sich allerdings als mit höherrangigem Recht unvereinbar und sei deshalb unwirksam. Im Einzelnen sind dabei folgende Aspekte hervorzuheben:

a) Einordnung des Stadtratsbeschlusses als nachträgliche Widmungsbeschränkung

Eine Beschränkung der zulässigen Nutzung(en) einer von der Gemeinde vorgehaltenen öffentlichen Einrichtung kann sich aus der Widmung der Einrichtung ergeben oder aus den zur Ausgestaltung des Nutzungsverhältnisses festgelegten Benut-

Münster BeckRS 2018, 3178 Rn. 9; *Peters* (Fn. 4), GO NRW § 8 Rn. 15.

³⁷ *Erichsen/Dietlein* (Fn. 7), Kap. 8 Rn. 9 ff.

³⁸ VGH München BeckRS 2020, 32734 Rn. 43; *Gern/Brüning* (Fn. 6), Rn. 934.

³⁹ Vgl. VGH München BeckRS 2020, 32734 Rn. 43.

zungsbedingungen. Schränkt eine Gemeinde – wie hier die Stadt München mit Ziff. 3 des Ratsbeschlusses vom 13.12.2017 – die Nutzungsmöglichkeiten einer gemeindlichen Einrichtung ein, ist also zunächst zu klären, ob es sich um eine Widmungsbeschränkung oder um eine einschränkende Nutzungsregelung handelt.⁴⁰ Dafür kommt es auf den konkreten materiellen Gehalt der betreffenden Regelung an: Enthält diese Modalitäten einer prinzipiell zulässigen Nutzung – etwa die Öffnungszeiten, eine bei der Einrichtungsnutzung zu beachtende Kleiderordnung oder die Aufteilung der Einrichtungskapazitäten zwischen verschiedenen zulässigen Nutzungsarten –, betrifft dies allein das „Wie“ der Einrichtungsnutzung und stellt folglich eine Benutzungsregelung dar. Demgegenüber sind Regelungen, die den Einrichtungszweck als solchen konkretisieren und Personen allein wegen einer bestimmten Benutzungsabsicht von der Zulassung ausschließen, auf das „Ob“ der Nutzung und damit auf den Widmungsumfang bezogen, sodass es sich um Widmungsbeschränkungen handelt.⁴¹ Wenngleich die trennscharfe Abgrenzung mitunter nicht ganz unproblematisch sein kann,⁴² lag die Einordnung des Stadtratsbeschlusses auf der Hand: Nach Ziff. 3 des Beschlusses kommt eine Raumvergabe an Bewerber, die sich in einer geplanten Veranstaltung in irgendeiner Form mit der BDS-Kampagne befassen wollen, nicht in Betracht. Anknüpfend an den Zweck der Benutzung wird daher eine bestimmte Nutzungsart ausgeschlossen, sodass Ziff. 3 eine unmittelbar für alle öffentlichen Einrichtungen der Stadt München geltende Beschränkung der zulässigen Nutzungsarten und damit eine (nachträgliche) Widmungsbeschränkung enthält.⁴³

b) Vereinbarkeit der themenbezogenen Widmungsbeschränkung mit höherrangigem Recht

Zentraler Streitpunkt blieb demnach, ob die themenbezogene Widmungsbeschränkung, die in dem generellen Ausschluss von sich mit der BDS-Kampagne befassenden Veranstaltungen

⁴⁰ Die Unterscheidung ist nicht rein technischer Natur, sondern kann durchaus maßgebliche Folgen etwa für die Frage haben, welcher Rechtsweg zu beschreiten ist, vgl. *Gern/Brüning* (Fn. 6), Rn. 932.

⁴¹ Ähnlich liegt es bei Regelungen, die den Benutzerkreis der Einrichtung nach persönlichen Merkmalen eingrenzen.

⁴² Abgrenzungsprobleme können sich insoweit insbesondere dann stellen, wenn Regelungen über das „Wie“ der Nutzung inhaltlich so ausgestaltet sind, dass sie – jedenfalls faktisch – einen bestimmten Nutzerkreis dauerhaft ausschließen, wie das z.B. bei dem Verbot des Tragens eines sog. Burkini in städtischen Schwimmbädern der Fall sein kann.

⁴³ Anders als entsprechenden Beschlüssen des Bundestages oder der Länderparlamente ist dem Beschluss des Stadtrats nicht lediglich der Charakter einer politischen Resolution oder Willensbekundung zuzumessen, selbst wenn die politische Grundsatzentscheidung unter Ziff. 1 des Beschlusses sogar ausdrücklich als Resolution bezeichnet war; für eine entsprechende Einordnung des Beschlusses des Landtags NRW und auch eines vergleichbaren Ratsbeschlusses etwa VG Köln BeckRS 2019, 22246 Rn. 17; zu der Entscheidung vgl. auch *Heusch/Dickten*, NVwZ 2020, 358 (636).

liegt, mit höherrangigem Recht vereinbar ist. Als maßgeblichen Bewertungsmaßstab zog das BVerwG die Meinungsfreiheit heran (hierzu aa), wohingegen anderen Grundrechten in der Entscheidung – anders als noch in den Vorinstanzen – nur untergeordnete Bedeutung beigemessen wurde (hierzu bb).

aa) Verstoß der Widmungsbeschränkung gegen die Meinungsfreiheit

(1) Vorliegen eines Eingriffs in die Meinungsfreiheit

Dass die Streitgegenständliche Widmungsbeschränkung den Schutzbereich der Meinungsfreiheit berührt, begegnet keinen Zweifeln. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG schützt nach st. Rspr. des BVerfG Meinungen, also Äußerungen, die durch das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägt sind.⁴⁴ Diese fallen stets in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit, ohne dass es darauf ankäme, ob sie sich als wahr oder unwahr erweisen, ob sie begründet oder grundlos, emotional oder rational sind, ob sie als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt werden.⁴⁵ Auch wenn das Grundgesetz auf der Erwartung aufbaut, dass die Bürger die allgemeinen Werte der Verfassung akzeptieren und verwirklichen, erzwingt es diese Werteloyalität nicht; der Schutzbereich erfasst demzufolge sogar extremistische, rassistische oder antisemitische Äußerungen.⁴⁶ Unabhängig von der Frage, ob die BDS-Kampagne als antisemitisch einzustufen ist, unterfallen demnach auch diese Meinungsäußerungen dem Schutz von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG.⁴⁷

Es stellte sich daher die entscheidende Frage, ob der Stadtratsbeschluss in seiner konkreten Ausgestaltung einen Eingriff in die Meinungsfreiheit begründet. Das ist insoweit nicht ganz eindeutig, als es sich bei der Zulassung zur Nutzung kommunaler Einrichtungen um einen Fall der Leistungsverwaltung handelt. In diesem Sinne stellt die Festlegung des Nutzungszwecks der Einrichtung im Rahmen der Widmung – einschließlich etwaiger Beschränkungen des zugelassenen Nutzungsrahmens – lediglich die Konkretisierung des sich aus den Kommunalverfassungsgesetzen ergebenden teilhaberechtlichen Nutzungsanspruchs der Einwohner dar und weist keinen genuinen Eingriffscharakter auf.⁴⁸ Auch mit der themenbezogenen Einschränkung des Nutzungsrechts greift der Staat zunächst nicht im klassischen Sinne beschränkend auf die Freiheitsausübung des Einzelnen zu, sondern knüpft die Gewährung staatlicher Leistungen an bestimmte Voraussetzungen.

Vor diesem Hintergrund hatte das Verwaltungsgericht in seiner erstinstanzlichen Entscheidung noch eine Eingriffsqua-

⁴⁴ BVerwG BeckRS 2022, 8388 Rn. 18.

⁴⁵ BVerfGE 65, 1 (41); 90, 241 (247); 93, 266 (289); 124, 300 (320); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 5 Rn. 5.

⁴⁶ BVerwG BeckRS 2022, 8388 Rn. 18.

⁴⁷ BVerwG BeckRS 2022, 8388 Rn. 18; vgl. auch *Grabenwarter*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, 68. Lfg., Stand: Januar 2013, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 66 ff.

⁴⁸ So *Erichsen/Dietlein* (Fn. 7), Kap. 3 Rn. 39; *Knierim* (Fn. 13), S. 169 ff.

lität der Widmungsbeschränkung verneint:⁴⁹ Ziel des Stadtratsbeschlusses sei es, sämtliche städtische Räumlichkeiten nicht mehr für Veranstaltungen zur Verfügung zu stellen, die sich – befürwortend oder kritisch – mit den Inhalten und Zielen der BDS-Kampagne befassen.⁵⁰ Dies sei nicht final und unmittelbar gegen eine bestimmte Meinung im Zusammenhang mit den Themen der BDS-Kampagne gerichtet. Es werde weder das Bilden noch das Haben, Äußern und Verbreiten befürwortender wie kritischer Meinungen zu den Inhalten der BDS-Kampagne in städtischen Räumen untersagt oder gar verboten. Die Erörterung des gesamten Themenkomplexes der BDS-Kampagne in den städtischen Räumen werde nicht ausgeschlossen; vielmehr beziehe sich die Einschränkung ausschließlich auf das Überlassen der städtischen Räume an Veranstalter von öffentlich allgemein zugänglichen Veranstaltungen. Einer Einzelperson sei es weiterhin möglich, städtische Räume aufzusuchen und dort ihre Meinung – auch zum Themenkomplex der BDS-Kampagne – zu äußern, zu verbreiten oder sich diese dort zu bilden.⁵¹ Auch in seiner Funktion als Leistungs- bzw. Teilhaberecht verpflichtete das Grundrecht der Meinungsfreiheit eine Kommune nicht dazu, öffentliche Einrichtungen vorzuhalten oder einmal gegebene Möglichkeiten der Meinungsäußerung beizubehalten, damit ein Einwohner weiterhin seine Meinung auf eine bestimmte Art äußern kann.⁵²

Diese Feststellungen sind zwar für sich genommen nicht unzutreffend, gehen aber am wesentlichen Kernproblem des Falles vorbei. Denn auch wenn es an einem finalen und unmittelbaren Eingriff in die Meinungsfreiheit fehlen mag, so ist doch nicht zu verkennen, dass der hier Streitgegenständlichen Widmungsbeschränkung spezifische Belastungswirkung im Hinblick auf die Meinungsäußerung in Bezug auf die BDS-Kampagne zukommt. Dies hat das BVerwG zutreffend herausgearbeitet: Die Meinungsfreiheit ist nicht erst dann berührt, wenn das grundrechtlich geschützte Verhalten selbst eingeschränkt oder untersagt wird; es genügt vielmehr, dass an das betreffende Verhalten nachteilige Rechtsfolgen geknüpft werden.⁵³ Eine solche Wirkung sah das BVerwG im Hinblick auf die vom Stadtrat vorgenommene Widmungsbeschränkung zu Recht als gegeben an: Der Stadtratsbeschluss unterbinde Meinungsäußerungen zur BDS-Kampagne zwar nicht unmittelbar. Mit dem Ausschluss von der Benutzung öffentlicher Einrichtung knüpfe er aber eine nachteilige Rechtsfolge an die zu erwartende Kundgabe von Meinungen zur BDS-Kampagne oder zu deren Inhalten, Zielen oder Themen. Damit werde eine meinungsbildende Auseinandersetzung zu diesem Themenkomplex behindert. Insoweit liege ein mittelbarer Eingriff in die Meinungsfreiheit vor.⁵⁴ Diese Bewertung liegt auf der Linie der Dogmatik zum modernen Eingriffsbegriff und bildet die Grundrechtsrelevanz der themenspezifischen

Widmungsbeschränkung überzeugend ab. Zudem wird so auch die Trennlinie erkennbar zu einer Widmungsbeschränkung für nach äußerlichen Kriterien bestimmbare Veranstaltungstypen oder für abstrakt umrissene Themenkreise. Denn entsprechende Regelungen sind für sich genommen meinungsneutral und entfalten im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG gerade keine grundrechtsspezifische Relevanz.

Nur kurz geht das BVerwG in diesem Zusammenhang auf den Umstand ein, dass der Stadtratsbeschluss den Ausschluss von der Nutzung kommunaler Einrichtungen an absehbare Meinungsäußerungen zur BDS-Kampagne gleich welcher Richtung knüpft.⁵⁵ Die Stadt hatte hieraus gefolgert, der Widmungsbeschränkung komme keine meinungsbehindernde Funktion zu, da von ihr nicht nur befürwortende Äußerungen, sondern jegliche Äußerungen zur BDS-Kampagne negativ betroffen seien.⁵⁶ Richtigerweise kann aber auch eine solche Regelungskonstruktion, die das eigentliche, gegen die BDS-Kampagne befürwortende Meinungskundgaben gerichtete Regelungsziel zudem kaum verhüllt, die meinungsspezifische Belastungswirkung der Widmungsbeschränkung und die daraus folgende Grundrechtsrelevanz nicht ausschließen.⁵⁷

(2) Mangelnde Rechtfertigung

Aus der Eingriffsqualität der Widmungsbeschränkung folgt, dass der Stadtratsbeschluss den Nutzungsrahmen der kommunalen Einrichtung nur dann wirksam beschränken kann, wenn er am Maßstab von Art. 5 Abs. 2 GG gerechtfertigt werden kann. Dafür ist erforderlich, dass es sich um ein allgemeines Gesetz handelt, das in materieller Hinsicht den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügt.⁵⁸ Das BVerwG sieht diese Anforderungen aus verschiedenen Gründen nicht als erfüllt an.

Schon in formaler Hinsicht sei eine Rechtfertigung unmöglich. Denn es fehle dem Ratsbeschluss an der nach Art. 5 Abs. 2 GG erforderlichen Rechtssatzqualität.⁵⁹ Diese zutreffende Feststellung ist unmittelbare Konsequenz der Bejahung der Eingriffsqualität der Widmungsbeschränkung. Solange die Widmung die zulässige Nutzung einer kommunalen Einrichtung lediglich konkretisiert und damit die Grundrechtsverwirklichung durch die Benutzung der kommunalen Einrichtung im Rahmen der Leistungsverwaltung erst ermöglicht, bedarf es keiner gesonderten gesetzlichen Grundlage; vielmehr können entsprechende – auch den Nutzungsrahmen beschränkende – Regelungen auf die ungeschriebene Regelungsbefugnis des Einrichtungsträgers zur Festlegung des

⁴⁹ VG München BeckRS 2018, 36638 Rn. 37 ff.

⁵⁰ VG München BeckRS 2018, 36638 Rn. 37.

⁵¹ VG München BeckRS 2018, 36638 Rn. 37; vgl. zu diesem Aspekt auch *Glaser*, KommJur 2021, 164 (167).

⁵² VG München BeckRS 2018, 36638 Rn. 38 f.

⁵³ BVerwG BeckRS 2022, 8388 Rn. 18.

⁵⁴ BVerwG BeckRS 2022, 8388 Rn. 19.

⁵⁵ BVerwG BeckRS 2022, 8388 Rn. 19.

⁵⁶ Vgl. in diese Richtung auch *Glaser*, KommJur 2021, 164 (166).

⁵⁷ So unter Bezugnahme auf die mangelnde Meinungsneutralität der Widmungsbeschränkung auch VGH München BeckRS 2020, 32734 Rn. 51.

⁵⁸ Vgl. zu den Rechtfertigungsanforderungen allgemein *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 269 ff.; *Sachs*, Verfassungsrecht II, 3. Aufl. 2017, Kap. 17 Rn. 54 ff.

⁵⁹ BVerwG BeckRS 2022, 8388 Rn. 21; ähnlich auch VG Köln BeckRS 2019, 22246 Rn. 15.

Widmungszwecks (sog. Anstaltsgewalt) gestützt werden.⁶⁰ Anders liegt es aber, wenn der Widmungsbeschränkung aufgrund ihrer spezifischen Ausgestaltung Eingriffscharakter zukommt. In diesem Fall reicht die allgemeine gemeindliche Befugnis zur Regelung des Widmungsrahmens nicht aus; der Vorbehalt des Gesetzes – und auch die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte – fordern vielmehr eine formalgesetzliche Grundlage für solchermaßen grundrechtsbeschränkende Widmungsbestimmungen.⁶¹ Ein schlichter Stadtratsbeschluss genügt diesen Anforderungen nicht.

Daneben treffe der Ratsbeschluss keine allgemeine Regelung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG. Nach den verfassungsrechtlichen Anforderungen kann die Meinungsfreiheit nur durch ein „allgemeines Gesetz“ beschränkt werden, also durch eine Regelung, die nicht eine Meinung als solche verbietet und sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richtet, sondern die dem Schutz eines schlechthin ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsguts dient.⁶² Ist die Regelung – wie hier die themenbezogene Widmungsbeschränkung – nicht meinungsneutral, sondern knüpft sie an den Inhalt einer Meinungsäußerung an, ist das Kriterium der Allgemeinheit des Gesetzes nur dann gegeben, wenn die Norm dem Schutz eines auch sonst in der Rechtsordnung geschützten Rechtsguts dient.⁶³ Ist dies der Fall, ist in der Regel zu vermuten, dass das Gesetz nicht gegen eine bestimmte Meinung gerichtet ist, sondern allgemein auf die Abwehr von Rechtsgutverletzungen zielt.⁶⁴ Damit steht dem Vorliegen einer allgemeinen Regelung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG zwar nicht schon der Umstand entgegen, dass die Widmungsbeschränkung gegen jedwede Meinung zum Thema BDS-Kampagne gerichtet ist und alle Meinungsäußerungen zu diesem Thema ausschließt. Allerdings vermag das BVerwG zu Recht nicht zu erkennen, dass die Satzungsbeschränkung dem Schutz eines auch sonst in der Rechtsordnung geschützten Rechtsgutes dient. Dabei knüpft es an die Feststellungen des Verwaltungsgerichtshofs an. Dieser hatte keine greifbaren Anhaltspunkte dafür gefunden, dass die im Bundesgebiet entfaltenen Aktivitäten der auf den Staat Israel zielenden Boykottbewegung eine die Friedlichkeitsgrenze überschreitende gezielte Stimmungsmache gegen die jüdische Bevölkerung in Deutschland oder gar ein Aufstacheln zum Hass gegen diese Personengruppe umfassen und damit eine hinreichend konkrete Gefährdung des Schutzguts der öffentlichen Ordnung

⁶⁰ Vgl. dazu *Erichsen/Dietlein* (Fn. 7), Kap. 6 Rn. 39 ff.

⁶¹ *Erichsen/Dietlein* (Fn. 7), Kap. 6 Rn. 39 ff.; im Zusammenhang mit dem Verbot der Verwendung von Grabmalen aus ausbeuterischer Kinderarbeit in einer städtischen Friedhofssatzung auch BVerwGE 148, 133 (144); kritisch insoweit aber etwa *Birner*, BayVBl. 2021, 164 (167).

⁶² BVerfG NJW 2019, 3567 (3569); *Schwarz*, JA 2017, 241 (243).

⁶³ BVerfGE 124, 300 (322); 113, 63 (79); 117, 244 (260); 120, 180 (200); *Jarass* (Fn. 44), Art. 5 Rn. 67.

⁶⁴ BVerfGE 124, 300 (322); insoweit kommt auch ein Schutz des öffentlichen Friedens oder der öffentlichen Ordnung in Betracht, die dann freilich jeweils im Lichte der Meinungsfreiheit zu bestimmen sind.

vorliegen könnte.⁶⁵ Auch für die Annahme, dass die Durchführung von Diskussionsveranstaltungen, die sich mit der BDS-Kampagne befassen, regelmäßig mit der Gefahr strafbarer Handlungen (z.B. gem. § 130 StGB oder § 185 StGB) verbunden wäre, fehle es an einer hinreichenden Tatsachengrundlage.⁶⁶ Allein die von der Stadt angenommene antisemitische Grundtendenz der geplanten Veranstaltungen könne – solange die genannten Schwellen nicht überschritten seien – den Zugang zu kommunalen Einrichtungen nicht verweigern. Das liegt auf der Linie der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung und überzeugt auch in der Sache.

c) Vereinbarkeit der Widmungsbeschränkung mit höherrangigem Recht im Übrigen

In den Vorinstanzen war auch die Vereinbarkeit der themenbezogenen Widmungsbeschränkung mit der Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG) und dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) thematisiert worden.⁶⁷ Das BVerwG greift diese Aspekte aus Konkurrenzgesichtspunkten nicht mehr auf. Der Stadtratsbeschluss unterbinde die Nutzung öffentlicher Einrichtungen nicht für die Veranstaltungsform der Versammlung, sondern nur für solche Veranstaltungen, bei denen Meinungsäußerungen zum Thema der BDS-Kampagne zu erwarten seien. Damit richte sich der Eingriff zuvörderst gegen das Grundrecht der Meinungsfreiheit, hinter die Art. 8 Abs. 1 GG in dieser Konstellation zurücktrete.⁶⁸ Ähnlich lag die Bewertung in Bezug auf Art. 3 Abs. 1 GG: Da sich die unterschiedliche Behandlung von Veranstaltungen, die sich mit den Inhalten, Themen und Zielen der BDS-Kampagne befassen, und sonstigen Veranstaltungen zu kommunalpolitischen Themen in der Differenzierung wegen zu erwartender Meinungsäußerungen erschöpfe, trete eine etwaige Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes hinter die Meinungsfreiheit zurück.⁶⁹

IV. Ergebnis

Das BVerwG hat in seiner Entscheidung die Grenzen themenspezifischer Widmungsbeschränkungen für den Zugang zu kommunalen Einrichtungen konkretisiert. Es kommt – vor dem Hintergrund seiner bereits etablierten Rechtsprechung zur möglichen Grundrechtsrelevanz von Widmungsbeschränkungen erwartungsgemäß – zu der Feststellung, dass diesbezüglichen Widmungsregelungen Eingriffscharakter zukommt und sie deshalb den grundrechtsspezifischen Rechtfertigungsanforderungen genügen müssen. Entsprechende Regelungsmöglichkeiten der Kommunen sind damit deutlich begrenzter als vielfach angenommen, was dem Grundrechtsschutz – auch wenn es im Angesicht der konkret in Rede stehenden inhaltli-

⁶⁵ VGH München BeckRS 2020, 32734 Rn. 59.

⁶⁶ BVerwG BeckRS 2022, 8388 Rn. 21.

⁶⁷ Vgl. etwa VGH München BeckRS 2020, 32734 Rn. 60 f.; VG München BeckRS 2018, 36638 Rn. 31 ff. und Rn. 41 ff.

⁶⁸ BVerwG BeckRS 2022, 8388 Rn. 22.

⁶⁹ BVerwG BeckRS 2022, 8388 Rn. 23; für das Vorliegen einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung in vergleichbaren Konstellationen etwa VG Köln BeckRS 2019, 22246 Rn. 12 ff.; *Schulz*, KommJur 2020, 245 (248).

chen Positionierungen zum Teil schwer erträglich erscheinen mag – letztlich zuträglich ist. Hervorzuheben ist dabei insbesondere, dass im Einzelfall weiterhin Nutzungen – auch ohne entsprechende Widmungsbeschränkung – ausgeschlossen werden können, wenn sie gegen höherrangiges Recht verstoßen, etwa wenn im Rahmen der beabsichtigten Veranstaltung aufgrund konkreter Anhaltspunkte Verstöße gegen die Äußerungsdelikte des § 130 StGB oder des § 185 StGB zu erwarten sind.⁷⁰ Für die Praxis wird damit in einigen streitigen Fragen Klarheit geschaffen. Zugleich wird in Anbetracht der vielgestaltigen Widmungsbeschränkungen in den Kommunen, die nicht selten auch auf die konkrete inhaltliche Ausrichtung der Nutzung Bezug nehmen,⁷¹ weiterer gerichtlicher Klärungsbedarf bestehen. Für Prüfungsarbeiten ist damit ein höchst relevantes Feld eröffnet.

Akad. Rat a.Z. Sascha D. Peters, Düsseldorf

⁷⁰ Zur Frage, ob eine Ablehnung der Zulassung auch dann in Betracht kommt, wenn im Rahmen der begehrten Nutzung Äußerungen zu befürchten sind, die verfassungsfeindlichen Charakter haben, sich gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung richten oder eine Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG zur Folge hätten, vgl. *Schulz*, KommJur 2020, 245 (246 f.); zur Beweislast in diesen Fällen OVG Lüneburg BeckRS 2019, 4710.

⁷¹ Vgl. zu Fallgestaltungen, in denen Gemeinden rassistische, sexistische und andere vergleichbare problematische (aber nicht unbedingt rechtswidrige) Veranstaltungen von der Benutzung ihrer öffentlichen Versammlungsräume ausschließen etwa *Glaser*, KommJur 2021, 164 (168).

Entscheidungsbesprechung

Zeitpunkt der Pflichtverteidigerbestellung

1. Ein Fall der notwendigen Verteidigung im Sinne des § 140 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 StPO gebietet für sich genommen nicht eine Pflichtverteidigerbestellung nach § 141 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 StPO.

2. Für die Frage, ob die sofortige Bestellung eines Verteidigers erforderlich ist, weil ersichtlich ist, dass der Beschuldigte sich selbst nicht verteidigen kann, ist maßgeblich auf dessen individuelle Schutzbedürftigkeit abzustellen.

3. Eine zu Unrecht unterbliebene Bestellung hat nicht grundsätzlich eine Unverwertbarkeit der Beschuldigtenvernehmung zur Folge.

(Amtliche Leitsätze)

StPO § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3

BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22 (OLG Düsseldorf)¹

I. Einführung

Das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung vom 10. Dezember 2019² hat zahlreiche Regelungen der Pflichtverteidigung reformiert, u.a. zum Bestellungszeitpunkt. Während § 141 Abs. 1 StPO a.F. als normativen Regelfall die Bestellung eines Pflichtverteidigers nach Anklageerhebung vorsah und eine vorherige Bestellung im Ermittlungsverfahren nach § 141 Abs. 3 StPO a.F. von einem entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft abhing, ist nunmehr die Bestellung im Ermittlungsverfahren vorzunehmen, sobald der Beschuldigte dies beantragt (§ 141 Abs. 1 StPO n.F.) – natürlich immer unter der Voraussetzung, dass ein Fall der notwendigen Verteidigung nach § 140 StPO vorliegt. Stellt der entsprechend belehrte Beschuldigte den Beiordnungsantrag hingegen nicht, so nennt § 141 Abs. 2 StPO vier weitere Konstellationen, in welchen es dennoch zur Bestellung zu kommen hat, spätestens jedoch zu dem bekannten Zeitpunkt nach Anklageerhebung (§ 140 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StPO). Die übrigen Fälle vorheriger Bestellung sind zum einen solche des zu inhaftierenden, des bereits in anderer Sache untergebrachten oder des in anderer Sache inhaftierten Beschuldigten³ (§ 141 Abs. 1 S. 1. Nrn. 1 und 2 StPO). Zum anderen ist die sofortige Bestellung notwendig, sobald ersichtlich ist, „dass sich der Beschuldigte, insbesondere bei einer Vernehmung [...], nicht selbst verteidigen kann“ (§ 141 Abs. 1 S. 1

Nr. 3 StPO). Zu diesem zuletzt genannten Fall liegt mit der Entscheidung des 3. Strafsenats jetzt erstmals eine höchstgerichtliche Entscheidung vor, die zudem noch auf Fragen eines möglichen Beweisverwertungsverbotes eingeht, sofern eine vor der Vernehmung notwendige Verteidigerbestellung fehlerhaft unterblieben war und der Beschuldigte daraufhin Angaben zur Sache gemacht hat.

II. Der Sachverhalt

Dem Verfahren liegt ein in Syrien begangenes Kriegsverbrechen zu Grunde, zu dem der Angeklagte Beihilfe geleistet hatte. Im Juli 2012 erschossen Mitglieder zweier zur Jabhat al-Nusra gehörender Kampfgruppen einen gefangenen genommenen Offizier der syrischen Armee. Der Angeklagte hatte als örtlicher Medienaktivist ein Propagandavideo der Exekution aufgenommen. Durch die Aufnahme sowie seine zeitgleichen, verherrlichenden Kommentare hatte er die Kämpfer in ihrem Tatentschluss bestärkt. Im September 2014 kam der Angeklagte nach Deutschland und im Oktober 2019 wurde bei der Durchsuchung seiner Wohnung eine Festplatte sichergestellt, auf der das Video sowie eine weitere Filmaufnahme von der Hinrichtung gefunden wurden.⁴

Der Angeklagte wurde daraufhin am 17.10.2019, 20.2.2020 und 6.3.2020 als Beschuldigter polizeilich vernommen. Vor allen drei Vernehmungen wurde er jeweils belehrt, im Fall der notwendigen Verteidigung die Bestellung eines Pflichtverteidigers „beanspruchen“ zu können. Sodann äußerte er sich bei den beiden letzten Vernehmungen – unter Einbeziehung eines Dolmetschers –, ohne dass ihm zuvor ein Verteidiger bestellt worden oder er dies beantragt hätte. Nachdem einer der an den Vernehmungen beteiligten Polizeibeamten in der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten vor dem nach § 120 Abs. 1 Nrn. 6 und 8 GVG erstinstanzlich zuständigen Strafsenat des OLG über Inhalte der Vernehmungen vom 20.2. und 6.3.2020 als Zeuge gehört worden war, hatte die Verteidigung der Verwertung der entsprechenden Aussagen widersprochen.⁵ Gleichwohl stützte sich das OLG auf diese Angaben und verurteilte den Angeklagten wegen Beihilfe zum Kriegsverbrechen gegen eine Person durch Tötung (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB) in Tateinheit mit Beihilfe zum Mord und mit Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Ausland zu einer Freiheitsstrafe von neun Jahren.⁶

III. Die Entscheidung des Senats

Die gegen das Urteil des OLG gerichtete Revision des Angeklagten blieb im Wesentlichen erfolglos,⁷ wobei der Senat die

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=caa0e6dd21a5c0415ab36b3793bab06e&nr=129671&pos=0&anz=2> (14.7.2022).

² BGBl. I 2019, S. 2128; einen Überblick über die Neuregelungen geben *Kraft/Girkens*, NStZ 2021, 454; *Spitzer*, StV 2020, 418.

³ *Jahn*, in: Becker u.a. (Hrsg.), Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 4/2, 27. Aufl. 2021, § 141 Rn. 25.

⁴ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 2.

⁵ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 5.

⁶ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 1, 5.

⁷ Der Senat hob lediglich die vom OLG ausgesprochene Einziehung der Festplatte auf, weil nicht festgestellt war, ob diese unmittelbar auf die Beihilfehandlung zurückging, und es sich daher nicht ausschließen ließ, dass auf sie erst später eine Kopie der Aufnahmen gespeichert wurde, vgl. BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 29 ff. Dieser Aspekt der Entscheidung soll aber an dieser Stelle nicht näher behandelt werden.

ebenfalls erhobene Sachrüge hinsichtlich der Schuld- und Straffrage anscheinend als offensichtlich unbegründet ansah⁸ und nur auf die Verfahrensrüge einer Verletzung von § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO näher einging. In diesem Kontext erörtert der *Senat* zunächst, ob schon der Umstand einer notwendigen Verteidigung die sofortige Bestellung auch ohne Antrag gebietet, weil § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO entsprechend extensiv auszulegen wäre (1.), ob im Übrigen eine Situation der Verteidigungsunfähigkeit nach dieser Bestimmung vorlag (2.) und schließlich, ob die im Wortlaut nicht korrekte Belehrung des Angeklagten zu einem Beweisverwertungsverbot führen kann (3.).

1. Zur Auslegung der Verteidigungsunfähigkeit i.S.v. § 140 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO

a) Wortlaut und Systematik

Der *Senat* gelangt über systematische Überlegungen zunächst zu dem Ergebnis, die Annahme eines Falles notwendiger Verteidigung gebiete ohne Weiteres keine sofortige Verteidigerbestellung ohne entsprechenden Antrag des Beschuldigten. Ein Fall notwendiger Verteidigung bestand hier, und zwar gem. § 140 Abs. 1 Nr. 1 (Anklage zum OLG zu erwarten) und Nr. 2 StPO (Verbrechen als Verfahrensgegenstand). Nach den insoweit eindeutigen Regelungen in § 141 Abs. 1 und 2 StPO genüge dies, so der *Senat*, noch nicht zur sofortigen Bestellung noch im Ermittlungsverfahren; vielmehr bedürfe es zusätzlich entweder eines Antrages des Beschuldigten (§ 141 Abs. 1 StPO) oder alternativ einer der Fallgruppen des § 141 Abs. 2 StPO, in welchen weitere hinzutretende Umstände die unverzügliche Verteidigerbestellung erfordern.⁹

Diese Annahme wird im Schrifttum z.T. in Zweifel gezogen.¹⁰ Argument ist in diesem Zusammenhang zunächst, auch in § 140 Abs. 2 StPO, der generalklauselartig sämtliche Fälle notwendiger Verteidigung nach § 140 Abs. 1 StPO umfasse, finde sich dieselbe Formulierung fehlender Verteidigungsunfähigkeit wie in § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO. Das Gesetz gehe deshalb davon aus, jeder der in § 140 Abs. 1 StPO genannten Fälle sei ein Unterfall fehlender Selbstverteidigungsunfähigkeit. Wenn § 141 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 StPO dieselbe Wendung beinhalte, so sei auf seiner Basis die Bestellung selbst ohne Antrag immer schon dann erforderlich, wenn sich prospektiv für die Hauptverhandlung ein Fall notwendiger Verteidigung ergebe. Das sei auch schon deshalb richtig, weil der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren besonders vulnerabel sei.¹¹ Während letzteres zweifellos zutrifft, ist der systematischen Argumentation freilich entgegenzuhalten, dass die Unfähigkeit, sich selbst zu verteidigen, ihrerseits nur einen Unter-

fall von § 140 Abs. 2 StPO bildet und auch längst nicht allen Konstellationen des § 140 Abs. 1 StPO zu Grunde liegt. Vielmehr handelt es sich um einen Fall der Verteidigungsbedürftigkeit aus besonderen subjektiven Gründen, der durchaus auch unterhalb der Fall- oder Sanktionsschwere eintreten kann, die § 140 StPO ansonsten häufig zum Maßstab erhebt. Eine solche Verteidigungsunfähigkeit nach § 140 Abs. 2 StPO, die sich nicht unter § 140 Abs. 1 StPO subsumieren ließe, wäre etwa im Falle eines psychisch gestörten Beschuldigten eines Bagatellvergehens anzunehmen. Einen generelleren, z.T. objektiven Maßstab legt dagegen die ebenfalls in § 140 Abs. 2 StPO zu findende Alternative der gebotenen Mitwirkung eines Verteidigers zu Grunde, die regelmäßig unabhängig von der individuellen Verteidigungsbefähigung zur Annahme eines Falles notwendiger Verteidigung führt. Insofern meint § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO aus systematischem Blickwinkel tatsächlich allein den Fall besonderer individueller, vor allem in der Vernehmungssituation plötzlich aufscheinender Verteidigungsunfähigkeit, während der subjektiv an sich Verteidigungsfähige darauf verwiesen ist, selbst aktiv zu werden, um sofort einen Verteidiger zu erhalten. Es kommt hinzu, dass die Verteidigungsunfähigkeit im Ermittlungsverfahren andere Kompetenzen erfordert als im Hauptverfahren, wo komplizierte verfahrensrechtliche Situationen hinzutreten können (man denke an Beweis- oder Ablehnungsanträge, Verlesungs- oder Verwertungsfragen), die im Ermittlungsverfahren noch keine Rolle spielen. Dem *Senat* ist deshalb darin beizupflichten, dass entsprechend seinem ersten Leitsatz der Umstand eines Falles notwendiger Verteidigung nach § 140 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 StPO für sich genommen zu keiner Annahme der Voraussetzungen von § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO zwingt. Man mag wegen der besonderen Bedeutung des Ermittlungsverfahrens und der oft angespannten psychischen Situation von Beschuldigten den Beistand durch einen Verteidiger über diese klare gesetzliche Lage hinaus für generell sinnvoll halten; das nationale Recht bietet für eine regelmäßige sofortige Verteidigerbestellung hingegen keine Handhabe.

b) Vereinbarkeit mit europäischem Recht?

Auf einer anderen Ebene liegt die Frage, mit welcher sich der *Senat* im Anschluss befasst, nämlich ob nicht die sog. PKH-Richtlinie (PKH-RL)¹² eine andere, extensive Auslegung von § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO gebietet. Hierzu wird vertreten, eine Antragspflicht, wie faktisch in § 141 Abs. 1 StPO eingeführt, bleibe hinter dem Schutzniveau PKH-RL zurück und sei daher mit dieser unvereinbar.¹³ Dabei ist freilich zu sehen, dass die PKH-RL anders konzipiert und nur bedingt auf das

⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 28.

⁹ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 8 f., unter Bezugnahme auf den Bericht des Rechtsausschusses v. 13.11.2019 zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung, BT-Drs. 19/15151, S. 6.

¹⁰ *Jahn* (Fn. 3), § 141 Rn. 31 ff., *Krawczyk*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO, Stand: 1.4.2022, § 141 Rn. 5 f.

¹¹ *Jahn* (Fn. 3), § 141 Rn. 31, 33.

¹² Richtlinie (EU) 2016/1919 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls (ABl. EU 2016 Nr. L 297, S. 1), gelegentlich auch als Legal-Aid-Richtlinie bezeichnet.

¹³ *Krawczyk* (Fn. 10), § 141 Rn. 5; *Spitzer*, StV 2020, 418 (421); *Wolf*, StraFo 2022, 185 (186); ähnlich *Jahn* (Fn. 3), § 141 Rn. 31 f.; a.A. *Böß*, NStZ 2020, 185 (186).

deutsche Modell der Pflichtverteidigung abzubilden ist.¹⁴ Wie Art. 3 PKH-RL verdeutlicht, geht es dieser Richtlinie um die Gewährleistung der Finanzierung eines Rechtsbeistandes, nicht um die Gestellung eines solchen. Die Gewährleistung einer wirksamen Verteidigung ist vielmehr Gegenstand der Richtlinie 2013/48/EU,¹⁵ die in Art. 3 Abs. 4 S. 2 allerdings nur für Inhaftierte eine staatliche Verpflichtung zur Sicherstellung enthält, die Verteidigung auch wirksam ausüben zu können, was als Auftrag zur Gestellung eines Verteidigers interpretiert werden kann.¹⁶ Im Übrigen geht die RL 2013/48/EU zwar von einem Verteidigungszugangsrecht aus, überlässt es aber dem Beschuldigten, einen Verteidiger zu rekrutieren. Damit entsteht eine missliche Lage, wenn dem Beschuldigten die Mittel hierzu fehlen.

Die PKH-RL springt nun in diese Schutzlücke. Sie hat folgerichtig im Grunde einen vom Beschuldigten gewählten Verteidiger vor Augen, dessen Bezahlung aus staatlichen Mitteln zu sichern wäre, wenn der Beschuldigte dazu nicht imstande ist. Sie besitzt damit eine ähnliche Zielrichtung wie Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK,¹⁷ der ebenfalls die Gewährleistung von unentgeltlichem anwaltlichem Beistand verlangt, allerdings mit der Beschränkung auf diejenigen Fälle, in denen „dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist;“ eine Bestimmung, die durchaus Ausgestaltungen des nationalen Rechts erlaubt, in denen es keines kostenfreien anwaltlichen Beistands bedarf, wie in den nicht unter § 140 StPO fallenden Konstellationen des deutschen Strafverfahrensrechts. Die PKH-RL enthält demgegenüber deutlich präzisere Kriterien, wann dem Beschuldigten eine finanzielle Unterstützung seiner Verteidigung zu gewähren ist.

Das Recht der notwendigen Verteidigung der StPO ist im Unterschied zur PKH-RL weniger auf finanzielle Unterstützung ausgerichtet, sondern beinhaltet die unmittelbare Bereitstellung eines (kostenfreien) Rechtsbeistandes. Dem Beschuldigten wird somit der Zwischenschritt erspart, sich selbst einen Anwalt zu besorgen und diesen sodann staatlich bezahlen zu lassen, wie es dem Modell der PKH-RL entspräche. Diese bildet daher primär eine – praktisch freilich ebenfalls recht häufig auftretende – Situation ab, nämlich diejenige nachträglicher Beordnung eines zunächst als Wahlverteidiger mandatierten Rechtsanwalts, welchen der Beschuldigte aus eigenen Mitteln nicht dauerhaft zu bezahlen vermag. Das entspricht indessen nicht dem normativen Regelfall der notwendigen Verteidigung nach § 140 Abs. 1 und 2 StPO.

Diese offenkundige Diskrepanz macht die deutsche Rege-

lung nicht von vornherein richtlinienwidrig, da sie konzeptuell mit der unmittelbaren Gestellung eines staatlich bezahlten Verteidigers sogar mehr leistet. Soweit es freilich um den Aspekt der Bezahlung geht, mag es gleichwohl zu Defiziten gegenüber der PKH-RL kommen. Soweit nämlich die PKH-RL eine finanzielle Unterstützung in Fällen verlangt, die nicht (oder jedenfalls noch nicht in einem frühen Verfahrensstadium wie im Fall des *Senats*) zur Beordnung eines Pflichtverteidigers führen, bliebe das nationale Recht unzulänglich. Um dies zu klären, muss allerdings – etwas mühsam – jede Einzelregelung der Richtlinie daraufhin untersucht werden, ob sich für sie in den §§ 140 ff. StPO eine ausreichende Entsprechung finden lässt. Wäre dies nicht der Fall und das nationale Recht insoweit lückenhaft, wäre dem durch eine richtlinienfreundliche Auslegung oder gar durch eine Ergänzung *de lege ferenda* Rechnung zu tragen.

Der *Senat* erörtert diese europarechtliche Dimension vor allem im Hinblick auf das Antragserfordernis in § 141 Abs. 1 S. 1 StPO.¹⁸ Dazu verhält sich die PKH-RL nämlich ambivalent. Sie erwähnt einen Antrag in ihrem Art. 6 Abs. 2 („damit sichergestellt ist, dass Verdächtige [...] informiert werden, wenn ihr Antrag auf Prozesskostenhilfe [...] abgewiesen wird.“). Im Übrigen spricht hingegen nur noch der Erwägungsgrund 18 von einem Antragserfordernis („Die Mitgliedstaaten sollten praktische Regelungen für die Bereitstellung der Prozesskostenhilfe einführen. In diesen Regelungen könnte festgelegt werden, dass Prozesskostenhilfe auf Antrag eines Verdächtigen [...] bewilligt wird. Insbesondere angesichts der Bedürfnisse schutzbedürftiger Personen sollte ein solcher Antrag jedoch keine *materiellrechtliche* Voraussetzung für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe sein.“¹⁹). Angesichts dieser etwas kryptischen Formulierung, die auf den ersten Blick nicht zur deutschen Regelung zu passen scheint, weist der *Senat* zunächst auf die fehlende Bindungswirkung der Erwägungsgründe hin. Zudem lasse Erwägungsgrund 18 die Möglichkeit eines Antrags als *verfahrensrechtlicher* Voraussetzung offen. Besonders schutzbedürftigen Personen trage zudem § 141 Abs. 2 S. 1 StPO Rechnung.²⁰ Man wird dem *Senat* im Ergebnis beipflichten können: Das Antragserfordernis in § 141 Abs. 1 S. 1 StPO stellt keine Grundvoraussetzung einer Beordnung dar, sondern nur der Beordnung in dem frühen Stadium der Vernehmung. Insofern ist es lediglich für den Entscheidungszeitpunkt relevant, bildet aber keine Grundvoraussetzung einer Beordnung, weil – wie in unserem Fall – dem Beschuldigten der Verteidiger später auch ohne Antrag beigeordnet werden müsste (vgl. § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 StPO). Der Antrag ist ferner in allen Fällen des § 141 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1–3 StPO entbehrlich und kann daher nicht als materielle Voraussetzung einer notwendigen Verteidigung gelten. Er verlegt lediglich den Beordnungszeitpunkt zeitlich nach vorne.

Nach Art. 4 Abs. 5 PKH-RL ist jedoch weiterhin sicherzustellen, „dass Prozesskostenhilfe unverzüglich und spätestens vor einer Befragung durch die Polizei [...] bewilligt

¹⁴ *Spitzer*, StV 2020, 418 (421).

¹⁵ Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.10.2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs (ABl. EU 2013 Nr. L 294, S. 1).

¹⁶ Vgl. auch Erwägungsgrund 28 der RL 2013/48/EU.

¹⁷ Diese Bestimmung wird im Übrigen in Erwägungsgrund 17 der PKH-RL ausdrücklich zitiert.

¹⁸ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 10 ff.

¹⁹ *Hervorhebung* nicht im Original.

²⁰ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 12.

wird.“ Der *Senat* sieht auch in dieser Formulierung kein Hindernis, weil damit nicht festgelegt werde, „ob diese Bewilligung von Amts wegen oder auf Antrag zu geschehen hat.“²¹ Wörtlich genommen verlangt Art. 4 Abs. 5 PKH-RL tatsächlich nur eine unverzügliche Bewilligungsentscheidung. Wenn man ihn zudem im Zusammenhang mit der Möglichkeit liest, eine vorherige Prüfung der Berechtigung vorzusehen (Art. 4 Abs. 2 PKH-RL), und wenn man ferner die Deutung des Antrags als verfahrensrechtliche Voraussetzung zu Grunde legt, so enthält Art. 4 Abs. 5 PKH-RL tatsächlich nur das Gebot, das Bewilligungsverfahren so auszugestalten, dass eine (z.B. auf Antrag oder aus anderen Gründen heraus) fällige Entscheidung noch vor der Vernehmung getroffen wird. Die Bestimmung besagt aber nicht, eine solche Bewilligung sei stets und auch ohne Tätigwerden des Beschuldigten vor jeder Vernehmung veranlasst.

Im Schrifttum wird dies z.T. anders gesehen: Das Antragsersfordernis widerspreche Sinn und Zweck der PKH-RL²² und falle zudem sogar hinter den bisherigen Regelungsstand zurück.²³ Letzteres stimmt freilich nicht. Zwar lautete § 141 Abs. 3 S. 1 StPO a.F. „Der Verteidiger kann auch schon während des Vorverfahrens bestellt werden“, was keinen Antrag voraussetzte und daher scheinbar eine großzügigere Lösung darstellte. Faktisch stand dieser Bestellung jedoch der Umstand entgegen, dass nach § 141 Abs. 4 StPO a.F. allein das Gericht die Beiordnung vornehmen durfte; eine Eilzuständigkeit der Staatsanwaltschaft, wie jetzt in § 142 Abs. 4 StPO verankert, existierte nicht. Das Gericht allerdings konnte faktisch nur entscheiden, wenn ihm dazu die Akten seitens der Staatsanwaltschaft vorgelegt wurden; andernfalls hätte dem Richter jede Kenntnis von dem Fall und der Notwendigkeit der Veranlassung einer Pflichtverteidigung gefehlt.²⁴ Zwar war die Staatsanwaltschaft nach § 141 Abs. 3 S. 2 StPO a.F. verpflichtet, einen Beiordnungsantrag zu stellen, sobald „nach ihrer Auffassung in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 notwendig sein wird.“ Tatsächlich agierten die Staatsanwaltschaften insoweit zurückhaltend, und das mit Billigung des BGH.²⁵ Die Kann-Regelung in § 141 Abs. 3 S. 1 StPO a.F. lief daher faktisch weitgehend ins Leere und die heutige Regelung wird der Interessenlage des Beschuldigten besser gerecht: Er wird stets belehrt über sein Antragsrecht und kann sodann den Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers stellen, über den unverzüglich zu entscheiden ist. Damit dürfte es tatsächlich in deutlich mehr Fällen als zuvor zur Verteidigerbeiordnung bereits in der Vernehmungssituation kommen.

Einen faktischen Rückschritt stellt das neue Recht nur in einem Fall dar, nämlich jenem der – seltenen – richterlichen

Beschuldigtenvernehmung, die auch jenseits der Vorführungsfälle bei Freiheitsentzug einen Fall notwendiger Verteidigung nach § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO bildet. Während hier nämlich die Kann-Regelung in § 141 Abs. 3 S. 1 StPO a.F. dazu führte, dass der Richter stets über die Bestellung nachdenken und diese vornehmen konnte, unterfällt diese Konstellation jetzt § 141 Abs. 1 S. 1 StPO; eine Bestellung ohne Antrag, die ihm nach altem Recht möglich war, wäre dem Richter nunmehr verwehrt.

Im Ergebnis wird man daher konstatieren dürfen, dass die Neuregelung zwar nicht in jeder Hinsicht regelungstechnisch gelungen ist, hinsichtlich der hier in Rede stehenden Konstellation einer polizeilichen Vernehmung in einem Fall notwendiger Verteidigung nach § 140 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 StPO jedoch hinsichtlich des Antragserfordernisses in § 141 Abs. 1 S. 1 StPO den europarechtlichen Vorgaben entspricht.

2. Verteidigungsunfähigkeit nach § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO?

Mangels Antrags des Beschuldigten war nunmehr zu überlegen, ob nicht § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO die sofortige Bestellung eines Verteidigers geboten hätte. Zu der Frage, ob „sich der Beschuldigte [...] nicht selbst verteidigen kann“, erörtert der *Senat* zunächst, ob neben individuellen Dispositionen der Person weitere objektive Faktoren, etwa der Tatschwere, zu berücksichtigen seien, verneint dies aber.²⁶ Das mag zunächst irritieren, denn die Diagnose ausreichender Verteidigungsfähigkeit setzt je nach Tatvorwurf manchmal mehr und manchmal weniger individuelle intellektuelle Kompetenz und psychische Stabilität voraus.²⁷ Gegen den Vorwurf des Diebstahls verteidigt es sich regelmäßig leichter als gegen den hier einschlägigen des im Ausland begangenen Kriegsverbrechens. So meint es der *Senat* offenbar aber auch nicht, denn bei der von ihm sodann geforderten Gesamtwürdigung²⁸ seien ebenso sonstige Umstände zu berücksichtigen, jedenfalls sobald sich Einschränkungen bereits aus der Persönlichkeit ergäben.²⁹ Mit der Maßgabe, dass bei erheblichen oder komplizierten Tatvorwürfen schon kleinere derartige Einschränkungen – z.B. auch eine nur leicht unterdurchschnittliche Intelligenz oder Bildung – genügen müssen, um im Ergebnis Verteidigungsunfähigkeit anzunehmen, wird man das so akzeptieren können.

Vom Aufbau her etwas ungewöhnlich erörtert der *Senat* erst nach allgemeinen Ausführungen zu möglichen Beweisverwertungsverboten (dazu unter 3.), ob der Angeklagte die so beschriebenen Defizite aufgewiesen hat. Kognitive oder sonstige Einschränkungen seien nicht ersichtlich und auch Sprachdefizite hätten nicht vorgelegen.³⁰ Letzteres wird man mit Fragezeichen versehen dürfen, ohne dies in Ermangelung

²¹ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 11.

²² *Jahn* (Fn. 3), § 141 Rn. 6; *Krawczyk* (Fn. 10), § 141 Rn. 5; *Wolf*, *StraFo* 2022, 185 (186).

²³ *Jahn* (Fn. 3), § 141 Rn. 32; anders dagegen *Wolf*, *StraFo* 2022, 185 (186).

²⁴ Anders natürlich in Konstellationen richterlicher Vernehmungen oder Inhaftierungen, jedoch nicht in einem Fall wie dem des *Senats*.

²⁵ BGHSt 47, 233 (237); BGH *NStZ* 2004, 390.

²⁶ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 16 f.

²⁷ Vgl. zur verwandten Beurteilung i.R.v. § 140 Abs. 2 StPO *Heghmanns*, in: *Heghmanns/Scheffler* (Hrsg.), *Handbuch zum Strafverfahren*, 2008, Kap. VI Rn. 35, 38 ff.; *Stern*, in: *Wassermann* (Hrsg.), *Alternativkommentar zur Strafprozeßordnung*, Bd. 2/1, 1992, § 140 Rn. 52 ff.; *Jahn* (Fn. 3), § 140 Rn. 69.

²⁸ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 18, 24.

²⁹ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 19.

³⁰ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 25.

näherer Kenntnis der Umstände abschließend beurteilen zu können. Der Angeklagte ist Syrer und 2014 nach Deutschland gekommen. Die deutsche Sprache hat er erst in Deutschland erlernt und sie somit zum Zeitpunkt der Vernehmungen (ab Oktober 2019) seit ca. fünf Jahren gesprochen. Eine absolvierte Weiterbildung zum IT-Netzwerktechniker stellt in diesem Kontext ohne Weiteres sicherlich kein Argument für Sprachkompetenz dar, sondern allenfalls für allgemeine intellektuelle Fähigkeiten. Ob vor diesem Hintergrund fünf Jahre genügen, eine völlig fremde Sprache so ausreichend zu beherrschen, um sich gegen Vorwürfe wie den hier in Rede stehenden zu verteidigen, sei einmal dahingestellt. Berücksichtigt man freilich, dass offenbar bei den Vernehmungen ein Dolmetscher zugegen war,³¹ so ist tatsächlich kein Grund einer sofortigen Verteidigerbeordnung gem. § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO zu ersehen.

3. Beweisverwertungsverbot?

Vor allem im Hinblick auf eine unzulängliche Belehrung des Angeklagten nach § 141 Abs. 1 S. 1 StPO nimmt der *Senat* ausführlich zu den Voraussetzungen eines Beweisverwertungsverbotes im Kontext unterbliebener Verteidigerbeordnung Stellung. Nach der genannten Vorschrift ist eine Belehrung über das Antragsrecht vonnöten; tatsächlich belehrt wurde der Angeklagte aber darüber, im Falle notwendiger Verteidigung die Bestellung eines Pflichtverteidigers „beanspruchen“ zu können;³² offenbar hatte die Polizei hier ein Formular verwendet, das noch dem vor 2019 geltenden § 136 Abs. 1 S. 5 StPO Rechnung trug. Der *Senat* bezieht diesen Belehrungsmangel zunächst auf die Frage der Verteidigungsunfähigkeit und sieht diese hierdurch zu Recht nicht berührt.³³

Vielmehr steht die Frage im Vordergrund, ob der Belehrungsmangel als selbstständiger Verfahrensfehler zu einem Verwertungsverbot führen kann. Das tut der *Senat* unter Hinweis auf frühere Rechtsprechung sehr kurz ab.³⁴ Ausgangspunkt ist eine Entscheidung des 1. Strafsenats aus dem Jahr 2002, als es noch gar keine gesetzliche Pflicht zur Belehrung über die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung gab. Im damaligen Fall war im Laufe einer Vernehmung die Mittellosigkeit des Vernommenen offenbar geworden, was nach Auffassung des *Senats* zwar Anlass zu einem Hinweis geboten hätte. Dessen Unterbleiben führe aber zu keinem Verwertungsverbot, weil dieser Mangel deutlich weniger schwer wiege als das Unterlassen eines Hinweises auf das Recht zur Verteidigerkonsultation schlechthin, zumal die Beamten kein Vorwurf gezielter Irreführung traf, der Sachverhalt bereits weitgehend aufgeklärt und der Tatvorwurf gravierend war.³⁵ Nach gesetzlicher Regelung der Belehrung über eine Pflichtverteidigung in § 136 Abs. 1 S. 5 StPO a.F. bestätigte der 2. Strafsenat Anfang 2018 diese Linie, und zwar erneut mit Hinweis auf einen gravierenden Tatvorwurf und die Unkenntnis der Be-

amten über die Neuregelung.³⁶ Ganz so eindeutig, wie es der *Senat* nunmehr hinstellt, ist die Lage damit aber wohl dennoch nicht, denn die Ausführungen in beiden Vorentscheidungen legen nahe, dass es im Einzelfall eben doch einmal zu einem Verwertungsverbot kommen kann, wenn die Fallgestaltung eine andere ist, also ein nicht so gravierender Tatvorwurf, eine vorsätzliche Falschbelehrung oder andere für das Gewicht des Verfahrensverstößes bedeutsame Umstände zusammentreffen. Im konkreten Fall allerdings bleibt die Abweichung vom richtigen Belehrungstext überschaubar, die Beamten hatten ganz offensichtlich versehentlich falsch belehrt und erneut handelt es sich um einen gravierenden Tatvorwurf mit demzufolge erheblichem Strafverfolgungsinteresse. Unter Anwendung der von der Rechtsprechung hierzu stets vertretenen Abwägungslösung³⁷ war daher zu keinem Verwertungsverbot zu gelangen.

Interessanterweise sah der *Senat* immerhin Anlass, die Frage eines Verwertungsverbotes im Falle fehlerhaft unterbliebener Pflichtverteidigerbestellung noch einmal gründlicher zu erörtern.³⁸ Da ein solcher Fehler nach den bisherigen Überlegungen gar nicht vorlag, handelt es sich bei den Ausführungen freilich um ein die Entscheidung nicht tragendes obiter dictum. Der *Senat* offenbar dabei eingangs wenig Neues. Nach der Betonung, Verwertungsverbote dürften nur ausnahmsweise den Grundsatz der Wahrheitsermittlung einschränken, nennt er im Kern die bekannten Abwägungsfaktoren: das Gewicht des Verfahrensverstößes, das Schutzbedürfnis des Betroffenen, das von der Tatschwere abhängige Aufklärungsinteresse sowie die Relevanz des fraglichen Beweismittels vor dem Hintergrund des bereits bestehenden Tatverdachts.³⁹ Interessant ist allerdings, dass der Aspekt des hypothetischen Ersatzeingriffs, also die Frage, ob der Beweis – hier also die Aussage des Angeklagten vor der Polizei – auch ohne den Fehler erlangt worden wäre, entgegen sonstiger Übung hier nicht ausdrücklich auftaucht. Im Gegenteil führt der *Senat* aus, verfassungsrechtlich sei eine Verwertbarkeit von Informationen ausgeschlossen, die unter Verstoß gegen Rechtsvorschriften gewonnen wurden, wenn dies zu einer Begünstigung rechtswidriger Beweiserhebungen führen würde.⁴⁰ Diese Bemerkung zielt ersichtlich auf die Missachtung eines Richtervorbehalts, bei dem ja der Gedanke des hypothetischen Ersatzeingriffs sonst stets zur Verwertbarkeit führen müsste, was den Richtervorbehalt gleichsam zur belanglosen Ordnungsvorschrift degradierte. Bei einer fehlerhaft unterbliebenen Verteidigerbestellung würde der Gedanke des hypothetischen Ersatzeingriffs dagegen regelmäßig für eine Unverwertbarkeit sprechen, denn selbstredend wird jeder – später beauftragte oder bestellte – Verteidiger plausibel machen

³⁶ BGHR StPO § 136 Belehrung 19.

³⁷ BGHSt 19, 325 (332 f.); 24, 125 (130); 37, 30 (32); 54, 69 (87); BGH NStZ 2016, 551 (552); zu einer eingehenderen Darstellung vgl. Heghmanns, ZIS 2016, 404 (406 f.).

³⁸ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 21 ff.

³⁹ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 21; zur Abwägungslösung vgl. im Übrigen Heghmanns, ZIS 2016, 404 (407) m.w.N. aus der Rspr.

⁴⁰ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 21.

³¹ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 5.

³² BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 5, 26.

³³ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 26.

³⁴ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 27.

³⁵ BGH NStZ 2006, 236 f.

können, mit ihm an der Seite hätte der Beschuldigte zweifelsfrei von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht. Ob der *Senat* diese Gefahr gesehen hat und deshalb die Abwägungsfaktoren etwas anders bestimmen und den hypothetischen Ersatzeingriff gänzlich aus dem Abwägungsvorgang eliminieren wollte, muss vorläufig offenbleiben. In der Sache jedenfalls wäre es zweifellos geboten, diesen Aspekt weiterhin jedenfalls zu Gunsten eines Verwertungsverbotes im Rahmen der Abwägung heranzuziehen, und zwar schon deshalb, weil es natürlich für die Schutzbedürftigkeit des Beschuldigten und für das Gewicht des Verfahrensverstößes Auswirkungen haben muss, wenn sich das Verteidigungsverhalten bei korrekter Aufklärung gänzlich anders gestaltet hätte.⁴¹

IV. Bewertung

Den in den Leitsätzen der Entscheidung wiedergegebenen Aussagen kann nach alldem beigeplichtet werden und auch die Verwerfung der Revision des Angeklagten erscheint sachgerecht. Zu Recht geht der *Senat* davon aus, die Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung verstoße nicht gegen die europäischen Vorgaben, wenngleich sicherlich Raum für weitere Optimierungen bleibt.⁴² Ob die Ausführungen zu den Abwägungskriterien bei der Erörterung eines Beweisverwertungsverbotes tatsächlich eine Neujustierung bedeuten oder eine unbeabsichtigte Nuancierung, bleibt abzuwarten. Die gänzliche Ausblendung des hypothetischen Ersatzeingriffs im Rahmen von Beweisverwertungsfragen wäre allerdings wohl keine glückliche Lösung.

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster

⁴¹ Eingehender zum hypothetischen Ersatzeingriff *Heghmanns*, ZJS 2017, 499 (502).

⁴² Deutlicher *Wolf*, StraFo 2022, 185 (191), die von einer misslungenen Umsetzung spricht.

B u c h r e z e n s i o n

Vieweg, Klaus/Lorz, Sigrid, Sachenrecht, 9. Aufl., Vahlen, München 2022, 673 S., 29,80 €.

I. Einleitung

Das Sachenrecht ist elementarer Bestandteil der juristischen Ausbildung im Zivilrecht. Beginnend mit der Vorlesung zum Sachenrecht bereits in den ersten Semestern des Studiums der Rechtswissenschaften bis hin zu den Klausuren im Assessor-examen begleitet das Sachenrecht einen jeden auf dem Weg zum Abschluss als Volljuristen. Unumgänglich ist deshalb die Wahl der richtigen Ausbildungsliteratur. Seit vielen Jahren Bestandteil der Pflichtliteratur im Sachenrecht ist das Lehrbuch von *Vieweg* und – seit dieser Auflage – *Lorz* zum gesamten Sachenrecht, welches nun in 9. Auflage erschienen ist.

II. Autorenschaft

Das bisher als *Vieweg/Werner* bekannte Lehrbuch heißt seit dieser Auflage *Vieweg/Lorz*. Dies ergibt sich daraus, dass die Mitautorin *Werner* aus der Autorenschaft ausgeschieden, dafür aber Prof. Dr. *Sigrid Lorz*, beruflich tätig als Professorin an der Universität Greifswald, hinzugekommen ist.

III. Zum Inhalt

Die Änderung in der Autorenschaft hat nicht zu einem anderen Konzept des Lehrbuchs geführt, was erfreulich ist. Vielmehr behalten die *Autoren* den gewohnten Aufbau und die bisherige Systematik bei.

So gehen die *Autoren* auf eine Vielzahl von Fragen des Mobilien- und Immobiliarsachenrechts ein. Beginnend mit den Grundlagen des Sachenrechts werden unter anderem der Besitz, das Eigentum, die verschiedenen Möglichkeiten des Eigentumserwerbs an Mobilien, der Vindikationsanspruch und das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis umfassend thematisiert. Aber auch Themen, die vielen Studierenden in der Fallbearbeitung häufig schwerfallen – zu denken ist hier an die Pfandrechte sowie Hypothek und Grundschuld – kommen nicht zu kurz, sondern werden ebenfalls ausführlich erläutert.

Im Einzelnen: Die *Verf.* gehen zunächst auf die absoluten Grundlagen des Sachenrechts ein und erläutern dessen Prinzipien und Systematik. Im Anschluss werden Probleme des Besitzes und Eigentums thematisiert, wobei auch für das Gesamtverständnis wichtige verfassungsrechtliche Aspekte nicht zu kurz kommen. Daran anschließend gehen die *Autoren* auf den rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Eigentumserwerb an beweglichen Sachen ein, der über 100 Seiten einnimmt. Dem nachfolgend werden die Themen Vindikationsanspruch, Eigentümer-Besitzer-Verhältnis sowie Abwehrensprüche und Duldungspflichten umfassend thematisiert. Fortgesetzt wird die Bearbeitung mit umfangreichen Kapiteln zu den Pfandrechten sowie den Sicherungsrechten des Eigentumsvorbehalts und der Sicherungsübereignung. In den letzten Kapiteln des Lehrbuchs werden schließlich die Grundlagen des Immobiliarsachenrechts dargestellt und die in diesem Zusammenhang klausurträchtigsten Themen, wie etwa die Vormerkung, die

Hypothek und die Grundschuld erläutert.

Ein besonderes Merkmal des gesamten Lehrbuchs ist, dass jeder Abschnitt hinsichtlich Schwierigkeit und Relevanz für das Studium in die Kategorien Grundlagen- (G), Vertiefungs- (V), Examens- (E) oder Zusatzinhalte (Z) eingeteilt wird. Dies ermöglicht jedem Lesenden eine zielgenaue Lektüre, je nachdem auf welche Prüfungssituation die Vorbereitung gerade erfolgt.

Bemängelt werden kann hier hinsichtlich der Änderungen im Vergleich zu den Voraufgaben allenfalls, dass der in den vorherigen Ausgaben noch abgedruckte Muster-Grundbuchauszug nun nicht mehr enthalten ist, sondern nur noch über die Verlagsseite abrufbar ist. Der Auszug hat gerade dem Lesenden, der sich erstmals mit dem Grundbuchrecht auseinandersetzt, einen visuellen Einstieg in das nicht immer leicht zugängliche Themengebiet ermöglicht. Inwiefern das Angebot auf der Website in Anspruch genommen wird, bleibt abzuwarten.

IV. Fazit

Das Lehrbuch geht auf sämtliche für Studium und Referendariat relevanten Themen des Sachenrechts ein und ist deshalb bereits frühzeitig als Begleiter eines jeden Studierenden für das Sachenrecht geeignet. Aber auch bei der Vorbereitung auf die juristischen Staatsexamina kann das Buch insbesondere aufgrund seiner Einteilung in verschiedene Schwierigkeitsstufen sinnvoll und zielgenau eingesetzt werden. Außerdem lässt es sich aufgrund des umfangreichen Fußnoten- und Nachweisapparates auch effektiv für umfassendere schriftliche Arbeiten, wie etwa Hausarbeiten, heranziehen. Überzeugend ist letztendlich auch der nach wie vor studentenfreundliche Preis von 29,80 €.

*Ref. iur. Tino Haupt, Ellwangen (Jagst)**

* Der *Autor* ist Doktorand an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg und Rechtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Stuttgart. Er absolviert derzeit die Wahlstation bei einer Rechtsanwaltskanzlei in London/Vereinigtes Königreich.