

Herausgeber: Prof. Dr. Martin Böse, Prof. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Beate Gsell, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, RiBVerfG Prof. Dr. Johannes Masing, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Prof. Dr. Bettina Weißer

Geschäftsführende Herausgeber: Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann

Schriftleitung: Prof. Dr. Thomas Rotsch, Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner

Redaktion Zivilrecht: Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Tim W. Dornis, 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

Redaktion Strafrecht: Prof. Dr. Martin Böse, Prof. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner, Prof. Dr. Bettina Weißer

Webmaster: Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung: Frederike Emme

Internetauftritt: René Grellert

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Rezeption 2.0 – Wegbereiter für ein Ius privatum Europaeum

Von RA Prof. Dr. Markus Reitz, Mainz 342

Öffentliches Recht

Reform des Asylprozessrechts

Von Lotterien, Lösungswegen und dem Grundgesetz

Von Ass. iur. Sabrina Müller, Ref. iur. Tessa Hillermann, Stud. iur. Georg Kuhs, Stud. iur. Daniel Renner, Hamburg/Trier 355

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Strafrecht

Einführung in das Medizinwirtschaftsstrafrecht

Von RA Dr. Maximilian Warntjen, Berlin, Richter auf Probe Carlo Conze, Gelnhausen 368

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Examensklausur: Lust zu tauschen oder Lust zu täuschen?

Von Prof. Dr. Beate Gsell, Akad. Rat a.Z. Dr. Matthias Fervers, München 374

Fortgeschrittenenklausur: Der Schnee-Fall

Von Stud. iur. Philipp Weng, Heidelberg 384

Öffentliches Recht

Examensklausur: „Du darfst hier (erstmal) nicht weg!“ – Teil 2

Von Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff, Wiss. Mitarbeiterin Natalia Babiak, RA Dr. Robert Tietze, Bayreuth 389

ÜBUNGSFÄLLE

Öffentliches Recht

Examensübungsklausur: „Wer pöbelt, wird gesperrt“

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Sebastian Golla, Richter auf Probe Dr. Jens Milker, LL.M. (Trinity College Dublin), Mainz 396

Strafrecht

Fortgeschrittenenklausur: Aus dem Weg – ich bin LKW-Fahrer!

Von Wiss. Mitarbeiterin Ass. iur. Marie Louise Hohmann, Osnabrück 403

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Zivilrecht

BGH, Urt. v. 26.4.2018 – VII ZR 139/17 (OLG Nürnberg, LG Nürnberg-Fürth)

(Anforderungen an die Form von Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Handel – Behauptung der Formwirksamkeit aufgrund eines internationalen Handelsbrauchs)

(Ass. iur. Silke Schulz-Pabst, Bielefeld) 415

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Zivilrecht

EuGH, Urt. v. 23.5.2019 – C-52/18

(Gesucht und gefunden? – Der EuGH auf der Suche nach dem richtigen Nacherfüllungsort beim Verbrauchsgüterkauf)

(Stud. iur. Lennart Deutschmann, Bochum) 421

Öffentliches Recht

EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – C-591/17

(Primärrechtswidrigkeit der PKW-Maut)

(Ref. iur. Robert Pracht, Heidelberg) 425

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 5.6.2019 – 5 StR 181/19

(Täterschaft und Teilnahme durch passives Verhalten)

(Prof. Dr. Janique Brüning, Wiss. Mitarbeiterin Marie Hädrich, Kiel) 429

LG München I, Urt. v. 19.1.2018 – 12 KLS 111 Js 239798/16

(Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung und fahrlässiger Körperverletzung durch illegalen Verkauf von Waffen [Münchener Amoklauf])

(Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner, Gießen) 436

REZENSIONEN*Zivilrecht***Fleischer, Holger/Thiessen, Jan (Hrsg.), Gesellschaftsrechts-Geschichten, 2018**

(RiLG Dr. Thorsten Gerdes, Bielefeld)

443

*Strafrecht***Fahl, Christian/Winkler, Klaus, Meinungsstreite Strafrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 2018; Bd. 2, 4. Aufl. 2017; Bd. 3, 2. Aufl. 2015**

(Diplom-Jurist Christian Peter, Münster)

445

Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2017

(Jannik Funnemann, Hamburg)

446

VARIA*Allgemeines***Erfahrungsbericht zum SEE-Projekt**

Von Stud. iur. Vanessa Hofmann, Erlangen

448

Geistige Nahrung für alle**Die Akademische Mittagspause der Universität Heidelberg im Sommersemester 2019**

Von Dr. Daniel Johannes Kaiser, Heidelberg

449

Rezeption 2.0 – Wegbereiter für ein *Ius privatum Europaeum*

Von RA Prof. Dr. Markus Reitz, Mainz*

I. Einleitung

Der Fall der Berliner Mauer am 9.11.1989 gilt als Meilenstein der deutschen Wiedervereinigung: *ut omnes unum sint*.¹ Die neu gesteckten europäischen Grenzen durch den Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland nach Art. 23 GG beschrieb der Altkanzler *Willy Brandt* mit den berühmt gewordenen Worten: „Es wächst zusammen, was zusammen gehört“.² Doch in diesem denkwürdigen Jahr sollten nicht nur politische Gräben überwunden werden. Monate vor den aufwühlenden, geschichtsträchtigen Ereignissen in Berlin, Prag und Budapest³ waren bereits am Ort des Europäischen Parlaments in Straßburg Bestrebungen im vollen Gange, europäische Zivilrechtsgrenzen fallen zu lassen. Von der Öffentlichkeit weitgehend unbeachtet legte man in der „Hauptstadt Europas“ den Grundstein für die Kodifikation eines „code civil européen“. Erstmals in seiner Geschichte verlangte das Europäische Parlament von den Mitgliedsstaaten in Form einer Entschließung,

„[...] daß mit den erforderlichen Vorbereitungsarbeiten zur Ausarbeitung eines einheitlichen Europäischen Gesetzbuches für das Privatrecht begonnen wird, wobei alle Mitgliedsstaaten ersucht werden, nach angemessenen Beratungen zu erklären, ob sie sich an der geplanten Vereinheitlichung beteiligen möchten [...].“⁴

Das Parlament erwartete ferner

„[...] die Unterstützung der in der Gemeinschaft bestehenden Institute für die Ausarbeitung rechtsvergleichender Studien sowie generell die Bemühungen um eine Kodifizierung [...].“⁴

Diese vom direkt gewählten Legislativorgan der Europäischen Union verfasste parlamentarische Handlungsform gleicht einem Brandbrief an alle Mitgliedsstaaten, nun endlich eine gemeinsame europäische Privatrechtskodifikation voranzutreiben. Damit war der Startschuss für ein *Ius privatum Europaeum* gefallen.

* Der *Verf.* ist als Rechtsanwalt beim LG und OLG Koblenz zugelassen, Fachanwalt für Medizinrecht und Professor für Nationales und Europäisches Wirtschaftsrecht an der Hochschule in Mainz.

¹ Johannes–Evangelium, Joh 17, 21.

² Die Worte werden dem interviewten Altkanzler *Willy Brandt* zugeschrieben. *Brandt* wird im SFB–Mittagsecho (Hörfunk) v. 10.11.1989 mit den Worten zitiert „Jetzt sind wir in einer Situation, in der wieder zusammenwächst, was zusammengehört“; die Berliner Morgenpost v. 11.11.1989, S. 1 gibt *Brandts* Worte aus einem Interview mit dem Satz wieder: Man befindet sich jetzt in einer Situation, in der „wieder zusammenwächst, was zusammengehört.“

³ *Herbert*, Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, 2. Aufl. 2018, S. 1137.

⁴ Entschließung v. 26.5.1989; vgl. ABl. EG 1989 Nr. C 158, S. 400. Eine wiederholende Empfehlung des Europäischen Parlaments folgte fünf Jahre später, vgl. ABl. EG 1994 Nr. C 205, S. 518.

Doch auch 30 Jahre nach dieser Forderung des EU–Parlaments besteht der Flickenteppich nationaler Zivilrechtsordnungen in Europa fort. Die Uneinigkeit innerhalb der Europäischen Union beherrscht die Schlagzeilen der Gazetten. Der durch eine Volksbefragung am 23.6.2016 angestoßene Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union illustriert, wie sehr Europa schmerzliche, inner-europäische Rückschläge verarbeiten muss. Solche klimatischen Verhältnisse erschweren die Suche nach einem Konsens und lassen die Frage aufkommen, ob die Forderung nach einer supranationalen Kodifikation des Privatrechts überhaupt noch realistisch ist.

Allerdings lehrt die Deutsche Rechtsgeschichte, dass eine Schaffensphase von drei Jahrzehnten während politisch unruhigen Zeit für ein fundamentales Gesetzeswerk wie das BGB nicht ungewöhnlich ist. Denn zum einen vollzog sich die Geburt des deutschen Zivilgesetzbuches in einer von forciertem Veränderungsdynamik, Fortschrittsbegeisterung und manifester Orientierungskrise geprägten Phase.⁵ Und zum anderen benötigte der nationale Gesetzgeber von der *Lex Miquel–Lasker* (1873) an gerechnet bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches am 1.1.1900 ganze 27 Jahre.

Der Beitrag wirft einen Blick darauf, warum angesichts der gemeinsamen europäischen Rechtskultur ein einheitliches europäisches Zivilrecht keine Fiktion bleiben muss.

II. Kulturelles Erbe

Damit Europa auch im aktuellen Zivilrechtsdenken näher zusammenrücken kann, sollten sich die Mitgliedsstaaten fragen, ob ein gemeinsames, gewachsenes europäisches Zivilrechtsdenken existiert, das einem *Ius Privatum Europaeum* als Fundament dienen könnte. Die Antwort weist zurück in die Antike. In der Aufbruchsstimmung nach dem Zweiten Weltkrieg hat *Koschacker* in seinem Werk „Europa und das römische Recht“⁶ die Bedeutung des römischen Rechts als gemeinsames kulturelles Erbe der europäischen Nationen hervorgehoben. *Zweigert/Kötz*⁷ betonen, dass alle europäischen Völker im Mittelalter die Einwirkung des römischen Rechts als einem Teilbereich der antiken Kultur an sich selbst erfahren haben. Diese Völker verband die (subsidiäre) Anwendung einer gemeinsamen, römischen Rechtsquelle, die der Grund dafür ist, warum auch heute noch in allen anderen europäischen Zivilgesetzbüchern römische Rechtsregeln und Rechtsfiguren fortleben. Auch wenn sie in der Rezeptionsphase in manchen Einzelheiten modifiziert wurden, ist doch ihre Verwandtschaftsbeziehung zu antiken Rechtssätzen unverkennbar.⁸ Europäisch verbindend ist demnach der gemeinsame rechtshistorische Hintergrund: Zivilrechtliche Gemeinsamkeiten

⁵ *Herbert* (Fn. 3), S. 42.

⁶ *Koschacker*, Europa und das römische Recht, 3. Aufl. 1953.

⁷ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. 1, 1984, S. 156.

⁸ *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte, 14. Aufl. 2005, S. 241 f.

ten in Europa basieren auf dem Gemeinen Recht, dem *Ius commune*, oder auf Prinzipien des römischen Rechts. Ein supranationales, gemeinsames Zivilrechtsdenken sollte sich daher seiner rechtshistorischen Wurzeln des gemeinsam erfahrenen Rechts bewusst sein, und seine Rechtsfundamente freilegen.

Ein Instrument zur Entdeckung der Gemeinsamkeiten zwischen altem und aktuellem Recht ist die geschichtliche Betrachtung des nationalen Rechts und die historische Rechtsvergleichung. Sie sind die Methoden, um antike, rezipierte Rechtsquellen als das ursprüngliche, gemeinsame Recht zu erkennen. Die europäische Rechtsvergleichung, verstanden als ein „Miteinander Vergleichen von verschiedenen Rechtsordnungen“,⁹ befasst sich demnach mit der Suche nach gemeineuropäischen Grundsätzen und Instituten des Privatrechts; sie hat nicht zuletzt durch die Appelle der Europäischen Union seit 1989 wieder an Fahrt gewonnen.¹⁰

Historische Rechtsvergleichung ist aber nicht nur ein geeignetes Mittel zum Auffinden verbindender Rechtsideen; ihre Resultate vermögen auch (scheinbar) unüberbrückbare institutionelle Gegensätze zu überwinden. Durch ihre Forschungsergebnisse können sogar inkohärente Rechtsprinzipien eigener und fremder Kodifikationen abgeschwächt bis aufgelöst werden. So gelten etwa das Verhältnis von Kauf und Eigentumserwerb nach dem Konsensualprinzip des französischen *Code civil*¹¹ einerseits und das Abstraktionsprinzip des deutschen BGB¹² andererseits als ein bekanntes Kathederbeispiel für unterschiedliche Denkweisen und nationale Eigenarten. Die rechtsgeschichtliche, rechtsvergleichende Forschung hat diese scheinbar unversöhnlichen Dogmen ins Wanken gebracht und die Unterschiede relativiert. Jene Theorien, die sich gegenseitig ausschließen, werden von der Forschung als

„gar nicht mehr so weit voneinander entfernt“ bewertet.¹³ Die historische Rechtsvergleichung kann somit gleichsam „mediatorisch“ eingesetzt werden, Gegensätze überwinden und der europäischen Idee eines „code civil européen“ neuen Auftrieb geben.

III. Harmonisierungsbestrebungen

Zu den Kernaufgaben der EU gehört es, Rechtsunterschiede zwischen Mitgliedsstaaten zu beseitigen, die das Funktionieren des gemeinsamen Marktes behindern (Art. 113, 114 AEUV). Führen entsprechende Beratungen mit den Mitgliedsstaaten zu keinem einvernehmlichen Ergebnis, sieht Art. 116 Abs. 2 AEUV vor, dass das Europäische Parlament und der Rat entsprechende Richtlinien erlassen, um „zivilrechtliche Verzerrungen“ zu beseitigen. Grundsätzlich beschreitet die Europäisierung des Rechts,¹⁴ die Rechtsangleichung, diesen Weg, um die Unterschiede in den Mitgliedsstaaten zurückzudrängen.

Tatsächlich kommt die eingangs zitierte Entschließung des Europäischen Parlaments von 1989 zwölf Jahre später auf die Agenda der europäischen Kommission. Als alleinigem Kompetenzzorgan zur Einleitung einer Gesetzgebungsinitiative stellt sie 2001 die Frage nach einem europäischen Vertragsrecht neu und skizziert mehrere Möglichkeiten für zukünftige EG-Initiativen im Vertragsrecht.¹⁵ Immerhin kann die Gemeinschaft schon auf signifikante Erfolge im Bereich des Gesellschaftsrechts verweisen, nachdem sie eine Reihe von europäischen Gesellschaftsformen entwickelte.¹⁶ Weitere „europäisierte Regelungsbereiche“ betreffen z.B. Haustürgeschäfte, Verbraucherkredite, Verbrauchsgüterkäufe, Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ferner den Fernabsatz, den E-Commerce, die Timesharingverträge, die Zahlungsdienste oder Pauschalreisen.

Mit einem Aktionsplan¹⁷ für ein kohärentes europäisches Vertragsrecht werden auch alio loco Versuche zur Rechtsvereinheitlichung des europäischen Vertragsrechts sichtbar: Für das allgemeine und besondere Vertragsrecht sowie das Delikts- und Bereicherungsrecht eröffnete z.B. die Study

⁹ *Zweigert/Kötz* (Fn. 7), S. 156.

¹⁰ Vgl. für das Sachenrecht v. *Bar*, *Gemeineuropäisches Sachenrecht*, Bd. 1, 2015 sowie Bd. 2, 2019; für das Privatrecht allgemein grundlegend vgl. *Kötz*, in: *Bernstein/Drobnig/Kötz* (Hrsg.), *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, 1981, S. 481 (490 ff.); *ders.*, in: *Müller-Graff* (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 1993, S. 95 ff.; *Coing*, *Europäisches Privatrecht*, 1985, S. 2 ff., 249 ff.; *ders.*, in: v. *Caemmerer/Nikisch/Zweigert* (Hrsg.), *Festschrift für Hans Döller*, Bd. 1, 1963, S. 25; *Ranieri*, in: *Schulze* (Hrsg.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, 1991, S. 3 (8 ff.); *Ulmer*, *JZ* 1992, 1 ff., *Remien*, *JZ* 1992, 277 ff.; *Großfeld/Bilda*, *ZfRV* 1992, 421 (426 f.); *Schulze*, *ZEuP* 1993, 445 f.; *Zimmermann*, *JZ* 2000, 853.

¹¹ *Murad Ferid/Sonnenberger*, *Das Französische Zivilrecht*, Bd. 2, 2. Aufl. 1986, 2 G 131 ff., 2 G 201 ff., 2 G 306 ff.

¹² Zur früheren Diskussion dieser Problemstellung *Prinz*, *Der Kampf gegen die abstrakte Übereignung*, 1919; *Heck*, *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, 1937, S. 1 ff.; v. *Caemmerer*, *RabelsZ* 12 (1938/1939), 675 (675 ff.); *Nolte*, *Zur Reform der Eigentumsübertragung*, 1941; *May*, *Die Möglichkeit der Beseitigung des Abstraktionsprinzips bei den Verfügungsgeschäften des Fahrnisrechts*, 1952; *Gottheiner*, *RabelsZ* 18 (1953), 356 ff.

¹³ *Ferrari*, *ZEuP* 1993, 52 ff.; *Schulze*, *ZEuP* 1993, 442 (469 Fn. 153).

¹⁴ *Koch/Magnus/v. Mohrenfels*, *IPR und Rechtsvergleichung*, 4. Aufl. 2010, S. 281 f.

¹⁵ *ABl. EG* 2001 Nr. C 255, S. 1; zu den dadurch eröffneten Perspektiven siehe die Sammelbände *Schulte-Nölke/Schulze* (Hrsg.), *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, 2002; *Grundmann/Stuyck* (Hrsg.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, 2002. Zu den vier von der Kommission vorgeschlagenen Optionen vgl. *Basedow*, *JuS* 2004, 89 (95 unter IX.).

¹⁶ So die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIF), die Europäische Aktiengesellschaft (*Societas Europaea*) sowie die Europäische Genossenschaft (*Societas Cooperativa Europaea*).

¹⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Ein kohärentes Vertragsrecht, KOM 2003, 68.

Group on an European Civil Code¹⁸ im Jahre 2009 als Harmonisierungsgrundlage ein komplettes Regelwerk (DFCR). Ihm folgte das Grünbuch der Kommission zu den Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen.¹⁹ Diese Anstrengungen zur Rechtsvereinheitlichung wurden notwendig; denn Schätzungen zufolge beruhen im Jahre 2009 bereits 80 % der in Deutschland geltenden Rechtsnormen auf dem Recht der Europäischen Union.²⁰ Kürzlich brachte auch v. Bar²¹ den zweiten Band seines breit angelegten rechtsvergleichenden Werkes „Gemeineuropäisches Sachenrecht“ auf den Markt, ohne hinter dem Berg zu lassen, dass er das Sachenrecht als „eine aus der Sicht des europäischen Privatrechts ungewöhnlich sperrige Materie“²² bewertet.

Trotz dieser zukunftsweisenden Entwicklungen gibt es aber auch mahnende Stimmen. Prozesse mit den Namen „Reeuropäisierung“²³ und Harmonisierung²⁴ klängen – nach Ansicht prominenter Stimmen in der Literatur – zwar europafreundlich; sie dürften indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich der derzeitige legislatorische Einigungsprozess bei der aktuellen Fortbildung des nationalen Rechts „gefühl“ darauf beschränke, Verordnungen und umgesetzte Richtlinien „möglichst fugenlos in bestehende Regelungen einzupassen“²⁵. Angesichts der schon drei Jahrzehnte alten Forderung der Europäischen Union, ein privatrechtliches Gesamtwerk zu schaffen, offenbarten die Ergebnisse bislang keinen großen

Wurf, sondern vielmehr ein fehlendes historisches Bewusstsein und den Mangel an einem zukunftsweisenden, rechtspolitischen Kurs.²⁶ Für das vom Europäischen Parlament vorgegebene Ziel, ein einheitliches europäisches Privatrecht zu schaffen, sei das noch zu wenig. Um den (kleinsten) gemeinsamen Nenner europäischen Rechtsdenkens aus den Quellen des antiken Rechts überhaupt schöpfen zu können, müsse auf diesem Sektor die Forschung intensiviert werden. Denn die Kenntnis des klassischen römischen Rechts könne der nachfolgenden Juristengeneration die Grundlagen einer europäischen Rechtskultur vermitteln und sie so „für andere Ausprägungen des römischen Rechts sensibilisieren“.²⁷

Dem ist – wie noch zu zeigen ist – beizupflichten. Historische Rechtsvergleichung kann bei der Verwirklichung einer supranationalen Kodifikation des europäischen Privatrechts eine entscheidende Rolle spielen und methodisch als ein ideales Krisenmittel verstanden werden. *Knüttel*²⁸ schlägt sogar vor, ursprüngliche Grundsätze des römischen Rechts als „Lückenfüller“ für das geltende Recht zu betrachten und anzuwenden. Jedenfalls sollte dem römischen Recht bei den Kodifikationsbemühungen ein eminenter Einfluss zugesprochen und seiner Bedeutung für die Entwicklung des europäischen Rechts ein neues Kapitel hinzugefügt werden.²⁹

IV. Ausbildungsdefizite

1. Stärkung der Grundlagenfächer

Die Europäische Kommission hält es in Ihrer Entschließung vom 26.5.1989³⁰ auch für unerlässlich, über den Rat (= EU-Gipfel) die Mitgliedsstaaten dazu zu veranlassen, „das Studium des Gemeinschaftsrechts für all diejenigen, die einen Beruf im Bereich des Rechts ausüben wollen, verbindlich vorzuschreiben.“ Das ist zu begrüßen. Denn der Anwender des europäischen Rechts bedarf der Kenntnisse über die Grundlagen der europäischen Rechtskultur, die in der derzeitigen Rechtsausbildung zu kurz kommen. *Hufen* beklagt sich, dass in der juristischen Ausbildung in sogenannten Grundlagenfächer nur Randkenntnisse über rechtshistorisch gewachsene Fundamente europäischen Rechts vermittelt, ja sogar zurückgedrängt würden. Man begreife sie nicht selten als „lästige Orchideen“³¹; Studierende wählten sie nur deswegen, um den sogenannten „Grundlagenschein“ zu erwerben. Damit verspielten sie ohne ein nachhaltiges geschichtliches³² und rechtsphilosophisches Basiswissen die Chance, sich in der Fülle des Stoffs zurechtzufinden und seien nicht hinreichend

¹⁸ Study Group on a European Civil Code/research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Law, Draft Common Frame of Reference (DFCR), Outline Edition (2009); zum DFCR als Harmonisierungsgrundlage vgl. *Martinek*, in: Staudinger, *Eckpfeiler des Zivilrechts*, 2014/2015, S. 195 ff.

¹⁹ Abrufbar unter

<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2010/DE/1-2010-348-DE-F1-1.Pdf> (23.9.2019); zu den sieben erörterten Optionen über die Auswahl der am besten geeigneten Rechtsform für ein europäisches Vertragsrechtsinstrument sowie zur Reaktion in der Wissenschaft auf Option 4, die die Verordnung über ein Gemeinsames (fakultatives) Europäische Kaufrecht betrifft, vgl. *Martinek* (Fn. 18), S. 146 ff., Rz. 202 ff.

²⁰ Vgl. *Martinek* (Fn. 18), S. 130.

²¹ Vgl. v. Bar (Fn. 10 – Bd. 2): „Besitz, Erwerb und Schutz subjektiver Sachenrechte“.

²² Vgl. die Projektbeschreibung zum Gemeineuropäischen Sachenrecht, Bd. II/2, abrufbar unter <http://gepris.dfg.de/gepris/projekt/315338686> (23.9.2019).

²³ *Heiderhoff*, *Europäisches Privatrecht*, 3. Aufl. 2012, S. 58.

²⁴ Zur „Annäherung“ vgl. *Kötz*, *RabesZ* 56 (1992), 215 ff.; *Basedow*, *Von der deutschen zur Europäischen Wirtschaftsverfassung*, 1992, S. 53 ff.; zur „Angleichung“ vgl. *Hallstein*, *RabesZ* 28, (1964), 211 ff.; *Ulmer*, *JZ* 1992, 1 ff.; *Remien*, *JZ* 1992, 277 ff., zur „Vereinheitlichung“ *Tilmann*, *Ansätze und Leitlinien für ein europäisches Zivilrecht*, 1979; *ders.*, in: *Jagenburg/Maier-Reimer/Verhoeven* (Hrsg.), *Festschrift für Walter Oppenhoff zum 80. Geburtstag*, 1985, S. 495 (506); *Hommelhoff*, *AcP* 192 (1992), 71 ff.

²⁵ *Kunkel/Schermaier* (Fn. 8), S. 242.

²⁶ *Kunkel/Schermaier* (Fn. 8), S. 243 (diese Einschätzung datiert aus dem Jahre 2005). *Martinek* (Fn. 18), S. 146 f., zum Grünbuch der Kommission aus 2010 „[...] muss als ein bedeutsamer Schritt auf dem Weg hin zu einem einheitlichen Europäischen Vertragsrecht angesehen werden.“

²⁷ *Kunkel/Schermaier* (Fn. 8), S. 243.

²⁸ *Knüttel*, *JuS* 1996, 768 ff.

²⁹ *Kunkel/Schermaier* (Fn. 8), S. 244: „Kein Allheilmittel“.

³⁰ *ABl. EG* 1989 Nr. C 158, S. 388.

³¹ Vgl. *Hufen*, *JuS* 2017, 1 ff.

³² *Stolleis*, *Der geschichtsblinde Jurist ist gefährlich*, *FAZ* v. 23.1.1996, S. 29.

dafür gewappnet, sich mit ihrem Rechtswissen „neuen Anforderungen“ zu stellen. Die Schaffung einer europäischen Zivilrechtskodifikation darf zweifellos als eine solche Zukunftsaufgabe betrachtet werden.

Wenn Römisches Recht zu einem Grundlagenfach³³ zählt, mag man sich an einem Vergleich vergegenwärtigen, welche Bedeutung Grundlagenfächern in anderen Disziplinen beigemessen werden. Grundlagenfächer findet man beispielsweise auch in der Humanmedizin. Hierzu zählen etwa die Anatomie oder die Anästhesiologie. Würde nicht jeder behandlungsbedürftige Patient um denjenigen Implantologen (Zahnarzt) einen großen Bogen machen, der ohne Kenntnisse über die anatomische Lage der Gesichtsnerven³⁴ und somit ohne präimplantologische Diagnostik losoperierte?³⁵ Muss dann nicht auch – um im Bild zu bleiben – eine europäische Zivilrechtskodifikation scheitern, bei der Juristen beteiligt wären, die keine oder nur noch vage Kenntnisse in den Grundlagenfächern Rechtsgeschichte, Römisches Recht oder der juristischen Methodenlehre hätten?

In der Reformdebatte zur Praxisausbildung spielen daher zu Recht sogenannte „Schlüsselqualifikationen“³⁶ eine besondere Rolle. Für ein wissenschaftliches Studium verbergen sich hinter diesem Begriff die Befähigung zum selbstständigen Denken und kritischen Hinterfragen, die Fähigkeit, über den Tellerrand des eigenen Fachs zu schauen und die Neugier auf erarbeitete, neue Erkenntnisse³⁷ wach zu halten. Mit tautologischer Rhetorik verlangt der Wissenschaftsrat nach „fundiertem Wissen über die Fundamente des Rechts“³⁸; in einer Herbstkonferenz der Justizministerinnen und Justizminister zur Koordinierung der Juristenausbildung³⁹ wird, worauf *Hufen*⁴⁰ hinweist, die Stärkung der Grundlagenfächer innerhalb des Pflichtfachstoffs und eine entschlossene Umsetzung der Befähigung zum wissenschaftlichen Arbeiten gefordert. In der Realität wird das römische Recht im Universitätsunterricht aber vielfach (nur) als Teilgebiet der Rechtsgeschichte vorge-

tragen, obwohl es bis 1900 in großen Teilen Deutschlands geltendes Recht war.

Vor dem Hintergrund des geforderten Europäisierungsprozesses und der Rechtsharmonisierung muss das römische Recht in der Juristenausbildung aus seinem bislang gelebten Schattendasein herausgeholt werden und ins Rampenlicht treten. Das *Corpus Iuris Civilis* zählt zu den einflussreichsten Büchern der Weltliteratur⁴¹ und war eine Meisterleistung. Es geht daher kein Weg daran vorbei, dass das Studium des Gemeinschaftsrechts Kenntnisse über Grundzüge des mehr als tausend Jahre lang geltenden römischen Rechts und seiner Geschichte mit einschließt, dies an juristischen Ausbildungsstätten nachhaltiger gelehrt und wieder in den Fokus gerückt werden muss.

2. Exegese

*Schäfer*⁴² fragt zu Recht, wie Studenten Rückschlüsse aus der Entstehungsgeschichte einer normativen Einheit ziehen sollen, wenn sie mit deren historischer Entwicklung noch nicht vertraut seien? Gleiches gelte für ausgebildete Juristen. Wären sie entsprechend geschult, könnten bestehende römisch-rechtliche Grundsätze bei stetig steigender Bekanntheit Geltung erlangen, von den Gerichten bei der Auslegung und Rechtsfortbildung berücksichtigt und so wieder „der Bestand gemeinsamer Regeln und Prinzipien auf diesem Gebiet ins Bewusstsein“ gehoben werden.⁴³ Dies alles bedarf der exegetischen Schulung.⁴⁴ Die Exegese – die Auslegung eines Textes – sollte deshalb fester Bestandteil jeder wissenschaftlichen juristischen Tätigkeit sein. Umso fataler für das europäische Rechtsdenken ist es, dass die Exegese an den Universitäten als eigene Lehrveranstaltung im ausgehenden 20. Jahrhundert immer mehr in den Hintergrund gerückt wurde.⁴⁵

V. Aktualität des römischen Rechts im europäischen Zivilrecht

1. Beispiele

Die römisch-rechtlichen Wurzeln des deutschen Zivilrechts sind nicht zu leugnen. Es gibt zahlreiche Gesetze im BGB, die sich wie Übersetzungen eines *Digesten*-fragments lesen. Eine kleine Auswahl soll dies belegen:

a) § 133 BGB

So haben sich bereits antike Rechtsgelehrte mit Auslegungsfragen beschäftigt. Einen Beleg hierfür liefert die berühmte *sens-clair*-Regel⁴⁶ aus dem *Paulus*-Fragment D. 32, 25 1: *cum*

³³ *Krüper*, Grundlagen des Rechts, 3. Aufl. 2017, unterscheidet 14 rechtsbezogene Grundlagenfächer.

³⁴ Z.B. des *nervus labialis* oder des *nervus trigeminus*.

³⁵ AG Nürnberg, Urt. v. 3.12.1996 – 36 C 3181/94: „Die unzureichende präimplantologische Diagnostik (mit Seitenschichtaufnahmen) kann zu einer Schädigung des Trigeminusnerves führen, wenn die Implantate ohne hinreichenden Sicherheitsabstand von 2 bis 3 Millimetern zum Nervenkanal gesetzt werden. [...] Im konkreten Fall hätte der Beklagte entweder gleich auf risikoärmere Disc-Implantate ausweichen müssen oder er hätte eine genauere Diagnostik mit Seitenschichtaufnahmen durchführen müssen. Dieses Unterlassen muß als schuldhafter Behandlungsfehler bezeichnet werden“.

³⁶ *Hommelhoff/Teichmann*, JuS 2001, 841 (842); *Römermann/Paulus*, Schlüsselqualifikationen für Jurastudium, Examen und Beruf, 2003, S. 1 ff.

³⁷ *Hufen*, JuS 2017, 1 (1 ff.).

³⁸ Vgl. *Hommelhoff/Teichmann*, JuS 2001, 841 (842).

³⁹ Herbstkonferenz 2016, Teilbericht Harmonisierung und Begrenzung des Pflichtstoffs, S. 29 und 58, Teilbericht Schwerpunktberichtsprüfung, S. 24 ff.

⁴⁰ *Hufen*, JuS 2017, 1 ff.

⁴¹ *Meincke*, Römisches Privatrecht, 1. Aufl. 2016, S. 20.

⁴² *Schäfers*, JuS 2015, 875 ff.

⁴³ *Müller-Graff/Kötz*, Gemeinsames Privatrecht, S. 155; *Kötz*, JZ 2002, 257 (260).

⁴⁴ Z.B. in Gestalt einer *Digesten*-exegese oder einer *Sachsen*-spiegel-exegese.

⁴⁵ *Köbler*, Lexikon der europäischen Rechtsgeschichte, 1997, S. 142.

⁴⁶ „Wenn in den Worten keine Doppeldeutigkeit liegt, dann wird die Frage nach dem Willen nicht zugelassen“.

in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.⁴⁷

Hält man ihr heute § 133 BGB oder § 914 ABGB⁴⁸ entgegen, wonach der Rechtsanwender bei der Auslegung gerade keine Buchstabenauslegung betreiben, sondern auf den Willen achten soll, findet man die Urfassung dieser Normen bei Pap. D. 50, 16, 219: in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit.⁴⁹

b) § 162 Abs. 1 BGB

Auch der fingierte Bedingungseintritt greift auf antike Vor-denker zurück. Ulpian⁵⁰ stand § 162 Abs. 1 BGB Pate, dessen bedeutende Sentenz einer Reihe europäischer Zivilgesetzbücher als „Blaupause“ diene.

c) §§ 955, 2089, 2090 BGB

Ferner dürfen eine Reihe sachenrechtlicher Normen – z.B. der Fruchterwerb des gutgläubigen Eigenbesitzers gem. § 955 BGB⁵¹ – oder erbrechtliche Rechtsfragen – etwa die in §§ 2089, 2090 BGB geregelte Erhöhung oder Minderung der Bruchteile – zweifellos als eine Ablichtung regelten römischen Rechts verstanden werden.⁵²

2. Begriffsbildungen

Viele abstrakte Normen und Begriffe im BGB haben deutsche Juristen im 19. Jahrhundert aus römischen Rechtsquellen entwickelt. Beispielsfälle⁵³ aus antiker römischer Zeit sind bis in die heutige Zeit tradiert worden und dienen auch aktuell noch dem Verständnis des eigenen nationalen Rechts. So ist die konkludente, stillschweigende Willenserklärung⁵⁴ ge-

nauso römisch-rechtlichen Ursprungs wie die deliktischen Haftungsfolgen bei Verletzung von Körper oder Persönlichkeit⁵⁵. Lehrreich und gleichzeitig amüsant findet man im römischen Recht an dieser Stelle die Quelle von *Gellius* 20,1,13 unter Berufung auf *Labeo*, wonach der unverschämte Ritter *Lucius Veratius* zu seinem Vergnügen allen ihm entgegenkommenden Personen Ohrfeigen verpasste, um jedem Geohrfeigten sodann die nach dem Zwölfafelgesetz fällig gewordene Buße von 25 As auszus zahlen.

3. Nationale Rechtsprechung

Selbst die moderne nationale Rechtsprechung stützt sich mitunter noch auf das Gemeine Recht. So etwa bei der Frage, ob der Eigentümer eines Hanggrundstücks den durch die natürlichen Gelände verhältnisse bedingten Wasserzufluss des Oberliegigers unbedingt hinnehmen müsse oder verlangen könne, dass der Oberlieger auf seinem Grundstück Vorkehrungen zur Zurückhaltung des Wassers treffe. Der BGH⁵⁶ hebt hier darauf ab, dass schon das Gemeine Recht vom sogenannten „besseren Recht des Oberliegigers“ ausgegangen sei:

„[...] Schon das Gemeine Recht ging vom sog. besseren Recht des Oberliegigers aus. Nach den Grundsätzen der römisch-rechtlichen *actio aquae pluviae arcendae* mußte der Eigentümer eines Grundstücks den durch die natürlichen Gelände verhältnisse bedingten Wasserzufluss unbedingt hinnehmen; er konnte nicht verlangen, dass der Oberlieger auf seinem Grundstück Vorkehrungen zur Zurückhaltung des Wassers traf, und durfte es auch nicht abwehren. [...] Das in dem hier fraglichen linksrheinischen Teil des Bezirks des Berufungsgerichts anwendbare rheinisch-französische Recht [...] ist dem Gemeinen Recht gefolgt (Art. 640 Code civil [...]).“

4. Europäische Rechtsprechung

Auch der Europäische Gerichtshof greift nicht selten auf bewährte Prinzipien und Regeln aus der Zeit des vorkodifikatorischen *ius commune* und des römischen Rechts zurück. Die in antiker Zeit entwickelten Maximen werden als „allgemeine Rechtsgrundsätze, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind“ angewendet (Art. 340 Abs. 2 AEUV; Art. 188 Abs. 2 EuratomV) und geben das gemeinsame Rechtsbewusstsein der in verschiedenen nationalen Rechtsordnungen ausgebildeten Richter und Generalanwälte wider. Sie werden als eine Art „Allgemeiner Teil“ des Gemeinschaftsrechts begriffen.⁵⁷

⁴⁷ Mit der Sentenz „dass einer im Testament enthaltenen, nach dem allgemeinen Sprachgebrauch völlig klaren und unzweideutigen Erklärung durch die Auslegung kein anderer Sinn beigelegt werden darf“ folgt ihr letztlich auch der Bundesgerichtshof BGH LM Nr. 7 zu § 2084 BGB.

⁴⁸ „Bei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdruckes zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht“, vergleichbar hierzu auch den schweizerischen Art. 18 OR und den italienischen Art. 1362 itCC.

⁴⁹ „Bei den Vereinbarungen der Parteien ist mehr auf den Willen zu achten als auf die Worte“.

⁵⁰ D. 50, 17, 161 (*Ulpian*, in: 77. Buch zum Edikt). Die Regel findet sich auch in Art. 156 OR, Art. 1178 franzCc, Art. 1119 spanCc, Art. 207 griechZGB, Art. 1359 itCc.

⁵¹ Iul. D. 22,1,25, 1 u. 2; Iull.-Paul. D. 7,4,13.; *Paul*, D. 41,1,48 pr. Sowie die heutigen Regeln, z.B. § 955 BGB; § 330 atABGB; Art. 938 chZGB; Art. 549 franzCc; Art. 451 spanCc; Art. 1066 griechZGB; Art. 1148 itCc; Art. 189 japZGB; Art. 486 LouisianaCc; Art. 907 chilCc; Art. 2324 argCc; Art. 1214 brasCc 2002.

⁵² Vgl. Inst. 2,14,7.

⁵³ Instrukтив hierzu *Knütel*, JuS 2001, 209 ff.

⁵⁴ D. 2, 14, 57 pr. (Florentinus im 8. Buch seiner Institutionen): Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus vi-

detur, ne intra id tempus sortem petat“ (Wer vom Schuldner Zinsens für die Zukunft entgegengenommen hat, wird so angesehen, als habe er stillschweigend vereinbart, dass er das Kapital innerhalb der entsprechenden Zeit nicht einklagen wird (Zur Übersetzung vgl. *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, *Corpus Iuris Civilis*, Bd. 2, 1995, S. 251).

⁵⁵ Inst. 4,4,1-3.

⁵⁶ BGHZ 114, 183 ff.; vgl. auch bereits RGZ 24, 212 (214).

⁵⁷ *Knütel*, JuS 1996, 768 (768).

5. Empirisch erprobt und erforscht

Das europäische Abendland hat mit keiner anderen zivilrechtlichen Rechtsquelle eine ähnliche tausendjährige Erfahrung gemacht wie mit dem römischen Recht. Es birgt eine breite, strukturierte, juristische Aufarbeitung von Konflikten, die aus dem menschlichen Zusammenleben entstanden sind. Weil die römischen Juristen praktisch ohne gesetzgeberische Bevormundung das Recht aus der Sachproblematik heraus gewonnen haben, bietet es über Jahrhunderte hinweg durchdachte, juristische Antworten auf mannigfaltige zivilrechtliche Fragen.⁵⁸ Daher bezweckt die weitere Erforschung und Wiederbelebung gemeineuropäischer Maximen aus dem römischen Recht auch ihre nachhaltige Anwendung in der gegenwärtigen Rechtspraxis.⁵⁹ Die Renaissance des römischen Rechts im Mittelalter, seine Anreicherung durch die Arbeiten der Glossatoren, Kommentatoren bis hin zur Historischen Rechtsschule und der Pandektistik bezeugen, wie intensiv europäische Rechtsgelehrte seit dem 13. Jahrhundert ihre Erkenntnisse aus den antiken Quellenstellen geschöpft haben. Schließlich führte nur die mit größtem Wissensdurst betriebene Arbeit am römischen Recht – namentlich der Versuch, die systematischen und begrifflichen Erkenntnisse der Pandektendoktrin in die Gesetzespraxis umzusetzen – dazu, dass die deutschsprachige Rechtswissenschaft des 19. Jahrhundert ihre herausragende Position in der Welt erlangte. Erst dadurch war sie in der Lage, eine auf höchstem Rang stehende Gesetzgebung aus der Taufe zu heben, „deren größte Leistung das BGB geworden ist“⁶⁰.

Für den Entstehungsprozess eines *Ius Privatum Europaeum* darf man schon vor diesem Hintergrund ein intensives römisch-rechtliches Quellenstudium als eine *conditio sine qua non* betrachten.

VI. (Historische) Rechtsvergleichung am Beispiel des Verarbeitungserwerbs

1. Vertikale Rechtsvergleichung

Welchen Stellenwert das römische Recht im Entstehungsprozess eines *Ius privatum Europaeum* haben sollte, mag am Fall des Verarbeitungserwerbs (§ 950 BGB) gezeigt werden. Um eine Vorstellung davon zu bekommen, unter welchen Voraussetzungen der Tatbestand der Verarbeitung im *Ius privatum Europaeum* die Eigentumsfrage neu regeln soll, werden Ergebnisse aus der rechtsgeschichtlichen Betrachtung mit aktuellem europäischem Zivilrechtsdenken verglichen. Von den verschiedenen juristischen Auslegungsmethoden⁶¹ soll für die

hiesige Betrachtung die (historische = vertikale) Rechtsvergleichung im Vordergrund stehen. Auf die horizontale Rechtsvergleichung⁶² aktuellen Rechts soll an dieser Stelle nur im Ergebnis eingegangen werden. Denn diese Rechtsvergleichung hat bei der Suche nach Gemeinsamkeiten im Rechtsdenken den Nachteil, dass sie nicht das „gewachsene Recht“ aus seiner rechtsgeschichtlichen Entwicklung heraus beleuchtet und somit keine Rechtsquellen entdeckt, die mit dem eigenen nationalen Recht oft eng verbunden sind.

Ausgehend von einer bestimmten Problemstellung untersucht die vertikale Rechtsvergleichung Lösungsvorschläge, die in den einzelnen (vergangenen) Rechtsordnungen gefunden werden.⁶³ Der Gewinn aus einer solchen komparativen Perspektive ist darin zu sehen, dass ein Vergleich zunächst das Besondere der nationalen Lösung hervorhebt und das Verständnis ihrer inländischen Anwendung erleichtert. Zum anderen können bei einem „Blick über den Tellerrand der eigenen Rechtsordnung“ hinaus auch andere diskutabile Ergebnisse gefunden werden. Ihre Anwendung in der Rechtspraxis bewirkt schließlich eine durch die Rechtsprechung in Gang gesetzte, allmähliche Rechtsangleichung⁶⁴. Letztlich sind die aus der vertikalen Rechtsvergleichung gewonnenen Forschungsergebnisse wertvolle Stützen für die Entwicklung supranationaler Kodifikationen. Methodisch bietet sich die vertikale Rechtsvergleichung als ein geeignetes Instrument an, das *Ius Privatum Europaeum* im Entstehungsprozess zu begleiten.

Welche Erfolge eine derartige Herangehensweise bei der Suche nach einem „gemeinsamen europäischen Zivilrecht“ haben kann, mag – wie eingangs erwähnt – der Blick auf § 950 BGB geben, der tiefe römisch-rechtliche Wurzeln hat. Mittlerweile werden Stimmen laut, die ihre im BGB gefundene Regelung als derart kompliziert bewertet, dass von einer Transparenz der sachenrechtlichen Verhältnisse keine Rede sein könne.⁶⁵ Hier wird untersucht, ob die Tatbestandskonzeption des § 950 BGB modellhaft den Verarbeitungserwerb für ein *Ius Privatum Europaeum* regeln könnte oder nicht. Bei der nachfolgenden Tatbestandsbetrachtung soll wegen der Komplexität der Norm allein die Frage erörtert werden, ob die Verarbeitung eigenen Rohstoffes von § 950 BGB erfasst wird⁶⁶ oder nicht.

methodik; vgl. *Honsell*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2018, Einl. Rn. 154 ff.

⁶² Mit der horizontalen Rechtsvergleichung werden geltende, fremde Rechte (mit dem eigenen) verglichen, für die es in der älteren Geschichte noch keine Vorbilder gab (z.B. Verbraucherrecht, IT-Recht, Wettbewerbsrecht etc.).

⁶³ Vgl. *Kramer*, Konvergenz und Internationalisierung der juristischen Methode, 2001, S. 82f.

⁶⁴ *Honsell* (Fn. 61), Rn. 162.

⁶⁵ *Wiegand*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 950 Rn. 6; so auch *Füller*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 950 Rn. 1.

⁶⁶ So ausdrücklich *Herrler*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 78. Aufl. 2019, § 950 Rn. 4 und RG Warn 29 Nr. 161; ausführlich zum Ganzen *Reitz*, Der Tatbestand der Verarbeitung im § 950 BGB in rechtshistorischer und rechtsdogmatischer Sicht, 1996, S. 35 ff.

⁵⁸ Nach *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 21. Aufl. 2017, S. 15 ff., konserviertes „die optimalen Lösungsansätze zu nahezu allen zeitlosen Problemen des Privatrechts“.

⁵⁹ *Heiderhoff* (Fn. 23), S. 59; *Knütel*, JuS 1996, 768 (770); sowie *Schulze*, ZEuP 1993, 442 (460 ff.).

⁶⁰ *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 58), S. 15 ff.

⁶¹ Zu den traditionellen juristischen Auslegungsmethoden zählen die sprachlich-grammatikalische, die logisch-systematische, die teleologische sowie die rechtshistorische und die rechtsvergleichende Methode. Auch die sogenannten „juristischen Schlussformen“ zählen zur juristischen Auslegungs-

2. Die „specificatio“

Der Eigentumserwerb durch Verarbeitung wird im römischen Recht durch den Begriff „specificatio“ umschrieben, etymologisch abgeleitet aus den Worten *novam speciem facere*.⁶⁷ Nach praktisch einhelliger Auffassung⁶⁸ stellt diese nachantike Bezeichnung die Umgestaltung eines Stoffes dar, bei der dieser eine Form erhält, die Anlass dazu gibt, von einer neuen Sache zu reden⁶⁹. Die Terminologie *specificatio* findet sich erstmals nachgewiesen im *Brachylogus Iuris Civilis*⁷⁰ im Titel II 5⁷¹, also im 12. oder 13. Jahrhundert⁷². Auch die sehr wahrscheinlich aus dem 12. Jahrhundert stammende *Codicis Chisiani Collectio*⁷³ verwendet den Begriffsstamm *specificatio*

⁶⁷ *Gaius* verwendet die Bezeichnung der „nova species“ in D. 41,1,7,7 (a.E.); vgl. auch *Kaser*, Römisches Privatrecht, Bd. 1, 1971, S. 431, der auf die *nova species* hinweist, nicht aber auf das *Verbum facere* als Tätigkeitsmoment innerhalb von *specificatio*. Quellen, die eine Spezifikation im Sinn haben, benutzen Verben wie zum Beispiel *facere* (*Res cott* D. 41,1,7,7; *Gai Epitome* 2,1,5; *Gai. Inst.* 2,79; *Inst.*: 2,1,25); *Pomponius/Labeo*, D. 24,1,29,1; D. 24,1,31 pr. und 1 *Pomp. lib.* 14 ad Sab.).

⁶⁸ Vgl. hierzu *Thielmann*, in: *Harder/Thielmann* (Hrsg.), *De iustitia et iure*, Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag, 1980, S. 189 ff.; *Kaser* (Fn. 67), S. 431 Anm. 53; ebenso *Mayer-Maly*, *SZ* 73 (1956), 120 (128); *Balzarini*, Art. „Specificazione“, *Novissimo Digesto Italiano*, 1970, S. 1085 Anm. 2. Ungeachtet dieser Frage bezeichnet die einschlägige romanistische Literatur alle Verarbeitungsvorgänge seit der vorklassischen Periode mit einer gewissen Indifferenz – aber wohl aus praktischen Gründen – mit *specificatio*.

⁶⁹ *Kunkel*, in: *Jörs* (Hrsg.), *Geschichte und System des römischen Privatrechts*, 1919; fortgeführt von *Kunkel u.a.*, *Römisches Recht*, 4. Aufl. 1987, S. 170 ff.

⁷⁰ Quelle dieses Rechtsbuches sind eine Reihe von Handschriften, die sich inhaltlich und im Aufbau eng an die *Iustinianische Kodifikation* halten. *Conrat/Cohn*, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*, 1891, S. 553, bezeichnet den *Brachylogus* daher als „Auszug der Institutionen *Iustinians*“. Die Benennung der Schrift als *Brachylogus* geht auf die Edition vom Jahre 1553 zurück, entbehrt indes der Authentizität. Als Entstehungsgebiet wird Frankreich vermutet, *Conrat/Cohn* (Fn. 70), S. 550. Starke Bezüge weist der *Brachylogus* auch mit einer zwischen 1170 und 1190 abgefassten Schrift der *Glossatorenschule*, der *Summa Legum*, auf, die wahrscheinlich in Paris beheimatet war; *Conrat/Cohn* (Fn. 70), S. 571.

⁷¹ Vgl. die Ausgabe von *Böcking*, *Brachylogus Iuris Civilis*, 1839, S. 36 mit der Abschnittsbezeichnung *De specificatione*.

⁷² Vgl. ebenso *Placentinus*, *Summa Institutionum*, S. 48. Die Begriffe *specificatio* und *specificans* wurden von den *Glossatoren* und den späteren *Juristen* in ihrer technischen Bedeutung benutzt, d.h. um den Vorgang der Verarbeitung und den Verarbeiter zu bezeichnen.

⁷³ Im Vorwort der Ausgabe von *Haenel*, *Dissensiones dominorum/sive Controversia veterum iuris Romani interpretum qui Glossatores vocantur*, 1834 (Neudruck 1964), heißt es auf S. XV: „[...] Quae omnia fidem faciunt, Collectionem Chisia-

und bezeichnet den Hersteller als „specificans“. Aus der römischen *Kasuistik* zur *specificatio* sollen exemplarisch drei dem *Schuljuristen Gaius*⁷⁴ zugeschriebene Verarbeitungsfälle und ein Quellenfragment von *Iustinian* zitiert werden:

In *Gai. Inst.* 2,79 schildert er die *Weinherstellung* mit den Worten „[...] si ex uvis [...] meis vinum faceris[...]“ und ergänzt die Textstelle mit Beispielen aus der *Schmiedekunst*, *Holzschreinerei*, *Weberei* und *Arzneimittelherstellung*.⁷⁵ Anders als der *Worlaut* von § 950 *BGB* vermuten lässt muss das zu verarbeitende Material für den *specificans* fremd sein:

Gai. Inst. 2,79: „In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur. Proinde si ex uvis aut olivis aut spicis meis vinum aut oleum aut frumentum feceris, quaeritur, utrum meum sit id vinum aut oleum aut frumentum, an tuum. Item si ex auro aut

nam exeunte saeculo XII. scriptam esse. Neque multo post appendix videtur adiecta esse.“ Offensichtlich bestanden schon im *Mittelalter* des 12. Jahrhunderts *Meinungsverschiedenheiten* über die *Herkunft* und die *Echtheit* dieser *Gesetzessammlung*.

⁷⁴ Der im 2. Jahrhundert lebende römische *Jurist Gaius* – sein vollständiger Name ist unbekannt – war *Rechtslehrer* zur Zeit der *Kaiser Hadrian, Antoninus Pius, Mark Aurel* und *Commodus*. *Gaius* schien ein *Außenseiter* der *klassischen Jurisprudenz* zu sein, weil er weder das *Ius respondendi*, noch die daran geknüpfte *literarische Autorität* besaß (*Gaius* I 7). Er galt deshalb bei *Kollegen* und *Nachfolgern* als nicht *zitierfähig*. Seine *Werke* (etwa 200 *Schriften* zwischen 150 und 180 n. Chr.) dienen vorrangig *didaktischen Zwecken* (leicht fassliche *Mitteilung des Stoffes*), lassen auch *rechtshistorische Interessen* erkennen (z.B. ein *Zwölftafelkommentar*), verzichten aber in der Regel auf *kasuistische Problemdiskussionen*. Seine besondere *Leistung* liegt auf dem Gebiet *abstrakter Dogmatik* und *Systembildung*. Die *institutiones des Gaius* (*Anfängerlehrbuch* in vier *libri*) haben durch *Vermittlung Iustinians* bis in die *Neuzeit* *Rechtsunterricht* und *Kodifikationen* entscheidend beeinflusst. Er gilt als der *einzigste Jurist*, der dem *Provinzialedik*, d.h. dem in den *Provinzen üblichen Rechtsschutzregister des Privatrechts*, einen *Kommentar* gewidmet hat. *Gaius* bekannte sich als *Zögling der sabinianischen Schule* und hat vermutlich in *Rom* gelernt, vgl. *Behrends*, in: *Stolleis*, *Juristen: ein biographisches Lexikon; von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, 1995, S. 221 ff. Seine *Institutionen* bringen einen offenbar für den *Unterricht von Anfängern* bestimmten *außerordentlich klaren Überblick* über das *römische Privat- und Zivilprozessrecht*. Insgesamt waren die *Schriften des Gaius* die in der *Antike* am meisten *verbreiteten*; für die *Spätantike*, das *Mittelalter* und die *Neuzeit* bildeten sie die *weitaus einflussreichste, elementar-systematische Darstellung* des *römischen Privatrechts*, vgl. *Kunkel* (Fn. 69), S. 170 (186 ff.).

⁷⁵ *H.-J. Wolff*, *Zur Geschichte des Gaiustextes*, 1953, S. 180, bewertet abfällig die *einleitenden Beispielsätze* als „*Plattheiten*“, mit denen *Gaius* „die *Geduld seiner Schüler* [...] auf die *Probe* gestellt habe“. Dagegen zu *Recht Mayer-Maly*, *SZ* 73 (1956), 120 (133 ff.), der die *Sinnhaftigkeit* und *Klassizität* des *Fallkataloges* in *Gai. Inst.* 2,79 betont; in diese *Richtung* auch *Schermaier*, *SZ* 105 (1988), 436 (481 f.).

argento meo vas aliquod feceris, vel ex tabulis meis navem aut armarium aut subsellium fabricaveris, item si ex lana mea vestimentum feceris, vel si ex vino et melle meo mulsum feceris, sive ex medicamentis meis emplastrum vel collyrium feceris, quaeritur, utrum tuum sit id quod ex meo effeceris, an meum. quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est ut cuius materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse, idque maxime placuit Sabino et Cassio [...].⁷⁶

Die Epitome Gai⁷⁷ fasst in 2,1,5 die bei Gai. Inst. 2,79 erläuterten Verarbeitungsfälle annähernd wortgetreu zusammen. Auch hier muss entgegen § 950 BGB der zu verarbeitende Rohstoff für den spezifischen fremd sein. Gai Epitome 2,1,5:

„Quod si quis ex uvis meis vinum aut ex spicis frumentum aut ex olivis oleum fecerit, eius vinum, triticum vel oleum est, cuius spicae aut uvae aut olivae fuerint. Si quis etiam ex tabulis alienis navem aut armarium aut quodcumque ad usum pertinens fecerit, simili ratione eius erunt, quae facta fuerint, de cuius ligno facta probantur. Similiter etiam si ex lana vel lino alieno vestimenta fecerit, eius erunt vestimenta, cuius lana vel lineum fuisse probabitur.“⁷⁸

⁷⁶ Auch bei veränderter äußerer Beschaffenheit wird das natürliche Rechtsprinzip erforscht. Wenn du also aus meinen Trauben oder Oliven oder meinen Kornähren Wein oder Öl oder Korn gemacht hast, erhebt sich die Frage, ob dieser Wein, dieses Öl oder dieses Korn mir oder dir gehört. Ebenso, wenn du aus meinem Gold oder Silber irgend ein Gefäß hergestellt oder aus meinen Brettern ein Schiff oder einen Schrank oder eine Bank gezimmert hast, ebenso, wenn du aus meiner Wolle ein Kleidungsstück oder aus meinem Wein und Honig Met oder aus meinen Arzneimitteln ein Wundpflaster oder eine Augensalbe hergestellt hast, erhebt sich die Frage, ob das, was du hergestellt hast, dir gehört oder mir. Einige Rechtsgelehrte glauben, man müsse auf die materielle Substanz sehen, d.h., dass offenbar demjenigen, dem das Material gehört, auch die Sache, die hergestellt ist, gehöre, und diese Ansicht haben vor allem Sabinus und Cassius vertreten [...] (Zur Übersetzung vgl. Reitz, [Fn. 66], S. 40).

⁷⁷ Die Epitome Gai stellt mit vulgarisierenden Zügen eine in Kurzfassung gehaltene Übernahme des westgotischen Kodifikationsversuchs, dem *Breviarium Alaricianum*, dar. Der Entstehungszeitpunkt ist umstritten. Im Gegensatz zu *Conrat*, *Der westgotische Paulus*, 1907, S. 511, ist heute die Ansicht herrschend, wonach die Epitome Gai nachklassisch und im Westen im 5. Jahrhundert n. Chr. entstanden sein sollen, vgl. *Bruck*, *Über römisches Recht im Rahmen der Kulturgeschichte*, 1954, S. 161 f.; *Archi*, *L'Epitome Gai*, *Studio sul tardo diritto romano in Occidente*, 1937, S. 35 ff.; *Conrat/Cohn* (Fn. 70), S. 46, schätzen ihren Gebrauch als gering ein.

⁷⁸ Wenn jemand aus meinen Trauben Wein, aus Ähren Weizen und aus Oliven Öl hergestellt hat, ist der Wein, der Weizen und das Öl demjenigen, dem die Ähren, Trauben oder Oliven gehört haben. Wenn jemand aus fremden Brettern ein Schiff, einen Schrank oder so viele Sachen, die zum Gebrauch dienen können, hergestellt hat, gehören diejenigen, die hergestellt würden, nach gleicher Ansicht dem, aus dessen Holz sie erweislich hergestellt worden sind. Gleiches gilt, wenn aus Wolle oder fremdem Leinen Kleidungsstücke hergestellt wer-

Die ebenfalls unter dem Namen des *Gaius*⁷⁹ verbreiteten *Res cottidianae* sive aurea bilden in D. 41,1,7,7 einleitend den nachstehenden abstrakten „Verarbeitungstatbestand“ wie folgt ab:

„Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit; quia quod factum est, antea nullius fuerat [...]“⁸⁰

Vergleichbare Passagen – insbesondere die Forderung nach der Fremdheit der „Materie“ – mit der pseudo-gaianischen Textstelle D. 41,1,7,7 präsentiert *Iustinian* in seinen Institutionen unter Inst. Iust. 2,1,25:

„Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, utrum si quis fecerit, an ille potius qui materiae dominus fuerit.“⁸¹

Das pseudo-gaianische Textfragment D. 41,1,7,7 und die Quelle *Iustinian* Inst. 2,1,25 heben bereits zu Beginn ihrer Fallbeschreibungen, denen jeweils bildlich Beispiele aus dem Handwerk folgen, hervor, dass der Verarbeitungserwerb nur an fremden Sachen (*aliena materia*) möglich sein soll.⁸² Die Textstelle D. 41,1,7,7 erwähnt als mögliche Anspruchsprätendenten den dominus materiae und jene Person, qui fecerit. Der Hersteller verarbeitet mithin *aliena materia*. Das Spannungsverhältnis zwischen Hersteller und Rohstoffeigentümer

den, denn die Kleidungsstücke gehören demjenigen, der beweisen kann, dass sie aus dessen Wolle oder Leinen gemacht worden sind (Zur Übersetzung vgl. Reitz, [Fn. 66], S. 41).

⁷⁹ *Kaser* (Fn. 67), S. 189. Ob sie von *Gaius* stammen, wird nicht mit Sicherheit behauptet werden können. Zweifelnd auch *Harder*, in: Lutter (Hrsg.), *Festschrift für Johannes Bärman* zum 70. Geburtstag, 1975, S. 17 (27 Anm. 61); *Liebs/Gaius/Pomponius*, in: *Gaio nel suo tempo*, 1966, S. 63 f.; ähnlich vorsichtig äußert sich *Mayer-Maly*, *Römisches Privatrecht*, 1991, S. 82; ferner *Kunkel/Selb*, *Römisches Recht*, 4. Aufl. 1987, S. 33 ff. Die *Res cottidianae* stammen eher aus frühnachklassischer Zeit; D. 41,1,7,7 wird deswegen im Folgenden als „pseudo-gaianisch“ und der Jurist *Gaius*, wenn er im Zusammenhang mit den *Res cottidianae* erwähnt wird, mit „Pseudo-Gaius“ beschrieben; *Dolezalek*, *AcP* 195 (1995), 392 (406 Fn. 29); Man wird die *Res cottidianae* heute als ein juristisches Lehrbuch oder als ein „Supplement“ zu einem „Vorlesungsheft“ ansehen dürfen, so *Nelson*, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai. institutiones*, 1981, S. 331 Anm. 43; dazu auch *Schermaier*, *Revue internationale des droits de l'antiquité* (RIDA), 39 (1992), 241 ff.

⁸⁰ Wenn jemand aus fremdem Stoff für sich eine neue Gestalt geformt hat, meinen *Nerva* und *Proculus*, dass derjenige Eigentümer werde, der es gemacht hat, weil das, was gemacht worden ist, vorher nicht existiert hat (Zur Übersetzung vgl. Reitz, [Fn. 66], S. 42).

⁸¹ Wenn jemand aus fremdem Material irgendeine Sache hergestellt hat, wird regelmäßig gefragt, wer von beiden kraft natürlicher Vernunft Eigentümer ist, der Hersteller oder eher derjenige, der Eigentümer des Materials gewesen ist (Zur Übersetzung vgl. Reitz, [Fn. 66], S. 44).

⁸² Vgl. *Behrends*, *SZ* 112 (1995), 197 ff.

kann auch Gai. Inst. 2,79 und Gai Epitome 2,1,5 entnommen werden.⁸³

3. Im gemeinen Recht

Im Gemeinen Recht findet sich das Tatbestandsmerkmale der aliena res an vielen Stellen, so z.B. in der Codicis Chisiani Collectio aus dem 12. Jahrhundert:⁸⁴

„De actione domino materiae adversus specificantem competente Differunt. Quum quis faciet speciem aliquam bona fide et nomine suo, et res non possit redire ad priorem materiam, ita ut cedat specificanti, dicunt Quidam [...]“⁸⁵.

Das Brauen von Bier aus fremder Gerste ist im Pandektenkommentar von *Wesenbeck*⁸⁶ ein Fall des Verarbeitungserwerbs:

„si ex alieno hordeo coquat cerevisiam [...]“⁸⁷

Althusius definiert den Verarbeitungserwerb in seiner 1617 herausgegebenen Schrift „Dicaeologica libri tres, totum et universum ius, quo utimur, methodice complectentes“ wie folgt:

„Specificatio est immutabilis ex aliena materia rei conformatio & effectio; ut cum ex aliena materia nova species sine materiae domini voluntate & consensu facta est, quae

⁸³ Bei Gai. Inst. 2,79 ist zu lesen: „[...] si ex uvis aut olivis aut spicis meis vinum aut oleum aut frumentum feceris, quaeritur, utrum meum sit id vinum aut oleum aut frumentum an tuum [...], zur Übersetzung siehe oben in Fn. 76. In Gai Epitome 2,1,5 heißt es: „[...] si quis ex uvis meis vinum aut ex spicis frumentum aut ex olivis oleum fecerit [...]“ zur Übersetzung siehe oben in Fn. 78.

⁸⁴ Vgl. § 87 Cod. Chis.

⁸⁵ „[...] quod quondam dominus rei omni destituitur auxilio et actione et nullo modo poterit rem petere, aut etiam eius pretium, et secundum hoc semper carebit re sua vel pretio, quemadmodum si res esset scripta vel usucapta“. Von der Klage, die dem Materialeigentümer gegen den Verarbeiter zusteht. Es bestehen unterschiedliche Ansichten. Wenn jemand in gutem Glauben und für sich eine Sache herstellt und die Sache nicht in das frühere Material rückgeführt werden kann, sagen manche, dass sie dem Verarbeiter zufällt (Zur Übersetzung vgl. *Reitz*, [Fn. 66], S. 140).

⁸⁶ Der Niederländer *Matthaeus Wesenbeck*, (geb. 1531 in Antwerpen, gest. 1586 in Wittenberg) begann mit 14 Jahren in Löwen das Studium der Rechte; ab 1550 erhielt er ein Licentiat und wechselte für zwei Jahre nach Frankreich. 1552 konvertierte er zum Protestantismus und wurde 1558 erster Doktor und Professor der Rechte. 1569 nahm er einen Ruf nach Wittenberg, an, wo er als „Professor Codicis“ galt. Er blieb bis an sein Lebensende Rechtslehrer an der Universität Jena, vgl. *Günther*, Lebensskizzen der Professoren an der Universität Jena: seit 1558 bis 1858, 1858, S. 32 ff. Zu seinem einflussreichsten Werken zählen die Werke *Paratitla in Pandectarum iuris civilis libros quinquaginta* von 1575, *In Pandectas Juris Civilis et Codicis Justiniani Lib. IIX, Commentarii* von 1593 und *Rudimenta Wesenbeciana Digestorum et Codicis* (Ed. Wolfgangi Sigismundi a Vorburg) von 1630.

⁸⁷ *Wesenbeck*, *In Pandectas Juris Civilis et Codicis Justiniani Lib. IIX, Commentarii*, n. 8 zu D. 41,1,7,7: „Wenn jemand aus fremder Gerste Bier braut [...]“.

quia ad priorem rudem materiam reduci non potest, fit specificantis.“⁸⁸

Auch der Niederländer *Westenberg*⁸⁹ verfasst in seiner Schrift „Principia Juris“⁹⁰ einen Verarbeitungstatbestand, der das Tatbestandsmerkmal der „Fremdheit der Materialien“ beinhaltet:⁹¹

„Specificatio est modus acquirendi Juris Gentium, cum quis ex aliena materia, suo nomine et bona fide novam speciem facit.“⁹²

4. Die Kodifikation der aliena res im Gesetz

Beim Codex Theresianus⁹³ heißt es unter dem Titel „Von dem Zugang durch alleinige menschliche That“⁹⁴:

„Damit aber die Gestaltung die besondere Wirkung einer Erwerbungsart des Eigenthums habe, wird darzu erfordert: Erstens, daß der Zeug, welcher gestaltet wird, ganz fremd seie, dann, wo derselbe ganz oder zum Theil eigen wäre, höret ersteren Falls die Frage von dem Zugang auf, weil der Zeug schon ehedeme in dem Eigenthum des Gestalters ist, der letztere Fall aber begreift eine zweifache Art des Zugangs als eine Beifügung und Gestaltung zugleich [...]“.

Der Entwurf Horten⁹⁵ zum Codex Theresianus äußert sich zur specificatio wie folgt:

„Wenn Jemand aus einer fremden Sache durch seine Arbeit eine neue Sache gestaltet, so solle die neu erzeugte Sache für vornehmer gehalten werden, als die Sache, woraus sie erzeugt worden, und die neue Sache wird Demjenigen eigen, der sie gestaltet hat.“⁹⁶

Das Bürgerliche Gesetzbuch von Sachsen betont in § 246 Abs. 3 „Verarbeitung oder Umbildung“:

„Wenn jemand aus einer oder aus mehreren Sachen, mögen sie sämtlich fremde oder zum Teil eigene sein, durch

⁸⁸ Cap. 39. De conjunctione rerum, 16. „Die Spezifikation ist die unwandelbare Gestaltung und Herausbildung einer Sache aus fremdem Material; immer, wenn aus fremdem Material eine neue Gestalt ohne Willen und Zustimmung des Rohstoffeigentümers gefertigt worden ist, gehört sie dem Hersteller, weil sie in das ursprüngliche Rohmaterial nicht mehr zurückgeführt werden kann.“.

⁸⁹ *Johannes Ortwin Westenberg*, gestorben 1737, holländischer Rechtsgelehrter und Nachfolger *Schultinghs* in Harderwijk, gehört zu den bedeutendsten Vertretern der kritischen und antiquarischen Richtung der niederländischen Schule; sein bekanntestes Werk ist der zweibändige Digestenkommentar „Principia iuris“ von 1719; vgl. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, § 8 IV 4 b.

⁹⁰ *Westenbergs* „Principia Juris“ erschien 1719.

⁹¹ *Westenberg*, *Principia Juris*, § 121 Lib. XLI. Tit. I.

⁹² Die Verarbeitung ist eine Eigentumserwerbsart nach Jus Gentium und liegt vor, wenn jemand aus einer fremden Sache für sich und im guten Glauben eine neue Sache herstellt (Zur Übersetzung vgl. *Reitz*, [Fn. 66], S. 154).

⁹³ Vgl. hierzu *Harrasowsky*, Die Umarbeitungen des Codex Theresianus, 1886, 2. Theil Cap. V 3. Artikel § IX n. 69/70.

⁹⁴ Codex Theresianus, 2. Theil Cap. V 3. Artikel § IX n. 69.

⁹⁵ Vgl. *Harrasowsky* (Fn. 93), 2. Theil 4. Cap. § 20.

⁹⁶ Codex Theresianus, 2. Theil 4. Cap. § 17.

Umarbeitung oder Umbildung für sich eine neue schafft, so erwirbt er das Eigentum der letzteren[...].“

Im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für Bayern aus dem Jahre 1864 lautet Art. 113:

„Das Eigentum einer aus fremden Stoffe verfertigten neuen Sache gehört dem Verfertiger, bezw. dem, für welchen er die Umgestaltung vorgenommen hat [...].“

Im Württembergischen Recht kann bei *Reyscher*⁹⁷ gelesen werden:

„Da jede Sache durch ihre Form erkennbar ist, so wird demjenigen, welcher einen fremden Stoff für sich verarbeitet, Eigentum an der verarbeiteten Sache zugeschrieben [...].“

Der von der ersten Kommission⁹⁸ ernannte Redaktor für das Sachenrecht, *Johow*,⁹⁹ entwarf nach Sammlung und Sichtung des damals geltenden Rechts einen in § 149 der Vorlage gefassten Verarbeitungstatbestand der wie folgt lautete:

„Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines Stoffes oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache für sich herstellt oder herstellen läßt, erwirbt das Eigentum derselben, auch wenn der Stoff ganz oder theilweise einem Anderen gehörte.“¹⁰⁰

Johows lehnt somit einen Spezifikationsfall ab, sofern ausschließlich eigene Sachen verarbeitet werden. Erklärend verweist er in der Begründung seiner Vorlage noch auf eine Schrift *Gruchots* und macht sich dessen dort vorgetragene Ausführungen zu eigen.¹⁰¹ Bei *Gruchot* liest man:

„Die Spezifikation kommt als juristische Handlung immer nur insofern in Betracht, als sie eine Eigentumsveränderung zu bewirken geeignet ist, also nicht, wenn sie vom Stoffeigentümer selbst oder Namens seiner von einem Dritten vorgenommen wird. Sie erscheint dann als bloße Gewerbs-handlung.“¹⁰²

In § 950 BGB wurde die *aliena res* als Tatbestandsmerkmal nicht übernommen.

VII. Verarbeitungserwerb in europäischen Nachbarstaaten

Das Tatbestandsmerkmal der Fremdheit der Sache beim Verarbeitungserwerb hat sich auch in vielen europäischen Nachbarstaaten durchgesetzt. So findet man die Forderung

⁹⁷ *Reyscher*, Württembergisches Privatrecht, Bd. 2, 1837, S. 23 f.; siehe ferner zum Quellennachweis *Paret*, Die Lehre vom Eigentumserwerb durch Spezifikation, 1892, S. 51.

⁹⁸ Die erste Kommission zur Schaffung des BGB wurde am 22.6.1874 berufen. Sie bestand überwiegend aus Praktikern, Richtern und Ministerialbeamten. Die Wissenschaft wurde durch die Gelehrten *Windscheid* in Pandektenrecht und *Roth* in Deutsches Privatrecht vertreten, vgl. auch *Coing*, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1995, Einleitung Rn. 77 ff.

⁹⁹ *Johow*, „vertrat“ innerhalb der ersten Kommission als preußischer Obertribunalsrat den „Zweig“ der Justiz.

¹⁰⁰ Gleichgestellt mit § 149 wurde der Fall der Bearbeitung (§ 150) vgl. *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Sachenrecht mit Begründung, 1880, S. 24.

¹⁰¹ Vgl. *Johow* (Fn. 100), S. 816 unter III. 4.

¹⁰² *Gruchot*, Gruch. Beitr. 7 (1863), 259 (271).

der (auch) *aliena res* etwa im französischen Code civil¹⁰³, dem italienischen Codice civile¹⁰⁴, dem spanischen Código Civil¹⁰⁵ oder dem österreichischen ABGB¹⁰⁶. Ferner in den Zivilgesetzbüchern Griechenlands¹⁰⁷, Polens¹⁰⁸, Estlands¹⁰⁹, Litauens¹¹⁰, Lettlands¹¹¹ und auch Schwedens¹¹². Die Tatsache, dass diese ausländischen Kodifikationen der Norm des § 950 Abs. 1 BGB zum Teil auf der Rechtsfolgenseite widersprechen, ist ein Zeichen dafür, dass es letztlich für die Frage der Eigentumszuweisung kraft Verarbeitung keine „an sich richtige Lösung gibt“¹¹³. So billigen etwa der Code civil und der Codice civile das Eigentum am Verarbeitungsprodukt dem früheren Stoffeigentümer zu, wogegen § 415 ABGB das Eigentum an die Beteiligten des Verarbeitungsvorganges gemeinsam oder nach Wahlgesichtspunkten verteilt. Demnach ist die im BGB getroffene Konfliktlösung zugunsten des

¹⁰³ Nach Art. 570 franzCC gilt: „Si un artisan ou une personne quelconque a employé une matière qui ne lui appartenait pas, à former une chose de nouvelle espèce, soit que la matière puisse ou non reprendre sa première forme, celui qui en était le propriétaire a le droit de réclamer la chose qui en a été formée, en remboursant le prix de la main d'œuvres estimée à la date du remboursement.“ (Wenn ein Künstler oder irgendeine Person eine Sache benutzt hat, die ihm nicht gehört, um daraus eine neue Sache herzustellen, sei es, dass sie in ihre frühere Form zurückgeführt werden kann oder nicht, hat der Eigentümer des Stoffes das Recht, die Sache gegen Zahlung des geschätzten Zeitwerts herauszuverlangen. Zur Übersetzung vgl. *Reitz*, [Fn. 66], S. 16). Ebenso Art. 5:16(1) nld. BW, vgl. N.V.W., Parl. Geschiedenis V. S. 110; *Nieuwenhuis/Stolker/Valk (-Stolker)*, BW, Art. 5:16 Nr. 2.

¹⁰⁴ Er liest sich als getreues Spiegelbild des französischen Code civil wie folgt: lib. II, tit. II, 463: „Se un artefice o altra persona abbia adoperata una materia che non gli apparteneva, per formare una cosa di nuova specie...“ Zum Einfluß des französischen Code civil in Italien: *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd. 1, Grundlagen, 2. Aufl. 1984, § 8 IV a.

¹⁰⁵ Art. 383 span.Cc: „El que de buena fe empleó materia ajena en todo o en parte para formar una obra de nueva especie, hará suya la obra, indemnizando el valor de la materia al dueño de ésta [...].“

¹⁰⁶ § 415 atABGB bestimmt: „Können dergleichen (i.e. aus fremdem Stoff) verarbeitete Sachen in ihren vorigen Stand zurückgebracht, vereinigte, vermengte oder vermischte Sachen wieder abgesondert werden, so wird einem jeden Eigentümer das seinige zurückgestellt und demjenigen Schadloshaltung geleistet, dem sie gebührt [...].“

¹⁰⁷ Art. 1061 S 1 gr.ZGB: Wer durch Verarbeitung fremder Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt [...].

¹⁰⁸ Art. 192 § 1 poln.ZGB: Wer aus fremden Material eine neue bewegliche Sache herstellt [...].

¹⁰⁹ § 106 (1^o) estn.LPA.

¹¹⁰ Art. 4:55 (1) lit.ZGB.

¹¹¹ Art. 383 lett.ZGB.

¹¹² Zur gleichen Regelung in Schweden vgl. *Håstad*, Sakrätt, 1996, S. 47 sowie v. *Bar* (Fn. 21), S. 436.

¹¹³ *Flume*, NJW 1950, 841 (841 f.).

Verarbeiters keine von der Rechtsordnung geforderte Notwendigkeit.¹¹⁴ Aber in den Regelungen, die die Fremdheit des Rohstoffs als Tatbestandsmerkmal der Verarbeitung verstehen, sieht man deutliche Spuren römisch-rechtlichen Spezifikationsdenkens,¹¹⁵ die von der Vorstellung getragen wird, dass nicht schon bei Verarbeitung *eigener*, sondern erst bei Verarbeitung *fremder* Materialien die Notwendigkeit für eine gesetzliche Eigentumszuweisung besteht. Im Einklang mit dieser Forderung steht die Regelung im DCFR.¹¹⁶

VIII. Folgen für die Auslegung des § 950 BGB

Wenn der Nutzen einer komparativen Perspektive darin liegen soll, auch die Lösung der eigenen Rechtsordnung kritisch zu betrachten, führt das bei der Frage, ob § 950 BGB die Verarbeitung eigenen Materials erfasse, zu folgender Konsequenz:

1. Grammatikalische Auslegung

Die Meinung, § 950 BGB erfasse auch die Verarbeitung eigenen Materials, hat zweifellos den Gesetzeswortlaut auf ihrer Seite.

2. Historisch-rechtsvergleichende Auslegung

Die historisch-rechtsvergleichende Auslegung gelangt zu dem Ergebnis, dass § 950 BGB die Verarbeitung eigener Sachen gerade nicht erfasst.

3. Systematische Auslegung

Die *aliena res* als Tatbestandsmerkmal der Verarbeitung fordert auch § 951 Abs. 1 BGB. Denn diese Vorschrift gewährt dem Rohstoffeigentümer einen Schadensersatzanspruch gegen den Hersteller, „zu dessen Gunsten die Rechtsänderung“ eingetreten ist. Ein gegen sich selbst gerichteter Schadens-

ersatzanspruch ist aber genauso sinnentleert¹¹⁷ wie ein erneuter Eigentumserwerb an eigenen Sachen kraft *Spezifikation*. Die einzelnen Rechtssätze des BGB sind aber so auszulegen, dass sich zwischen Normtext und der dazugehörigen *ratio legis* keine Widersprüche ergeben.¹¹⁸ Dann kann auch aus diesem Gesichtspunkt § 950 Abs. 1 BGB nur greifen, wenn der Hersteller eine *aliena res* verarbeitet.

4. Teleologische Auslegung

§ 950 Abs. 1 BGB verfolgt die Lösung eines Zuordnungs- oder Interessenkonflikts zwischen dem Rohstoffeigentümer und dem Hersteller der neuen Sache,¹¹⁹ § 950 Abs. 1 S. 1 BGB setzt deswegen einen solchen Konflikt zwischen wenigstens zwei Anspruchsprätendenten voraus.¹²⁰ Die Verarbeitung ei-

¹¹⁷ Dem Zweck einer Rechtsregel liegt aber der Satz zugrunde, dass das Gesetz etwas Vernünftiges und Sinnvolles regeln wollte, vgl. RGZ 74, 69, (72).

¹¹⁸ Hierzu *Honsell* (Fn. 61), Einl. Rn. 144; zur Vermeidung von Gesetzeswidersprüchen durch teleologische Reduktion; vgl. *Brandenburg*, Die teleologische Reduktion, 1983, S. 5 ff. und 76 mit rechtshistorischem Verweis auf die Parömie „Cessante ratione legis cessat lex ipsa“ aus dem 12. und 13. Jahrhundert. Sie ist erstmals in einem Dekret *Gratians* (gest. vor 1160) zu finden. Das *Decretum Gratiani* enthält etwa 3800 Kapitel kirchenrechtlicher Quellen, die mit einem die Widersprüche der Texte auflösendem Kommentar versehen sind; vgl. hierzu *Stolleis/Landau*, Juristen: ein biographisches Lexikon, von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, 1995, S. 249 ff.

¹¹⁹ *Rothkegel*, Der Eigentumserwerb bei Verarbeitung, S. 1; *Heck*, Grundriss des Sachenrechts, 1960, § 62, Anm. 4 Fall b; *Flume*, NJW 1950, 841 ff.; *Bauer/Stürner*, Lehrbuch des Sachenrechts, 18. Aufl. 2009, § 53 b I.; *Wiegand* (Fn. 65), § 950 Rn. 1; *Wadle*, JuS 1982, 477 (479); *Westermann*, Sachenrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 1990, § 5 3 I; *Wilhelm*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 541 („inter-partes-Konflikt“); *Wellenhofer/Wolf*, Sachenrecht, 24. Aufl. 2019, § 24; *Gottwald*, Prüfe Dein Wissen, 16. Aufl. 2014, Fall 191; *Hefermehl*, in: Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 9. Aufl. 1993, § 950 Rn. 1; *Mühl*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1990, § 950 Rn. 1; *Pikart*, in: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, II./III. Teil, 12. Aufl. 1974, § 950 BGB Rn. 1; *Paulus*, JR 1990, 407 ff.; *Quack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 950 Rn. 1 („Zuordnungskonflikt“); *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Bd. 4, 1976, § 4 II 6 a; *Zeuner*, JZ 1955, 196 ff. („Zuordnungsproblem“); *Herrler* (Fn. 66), § 950 Rn. 1; *Uhle*, Verarbeitung durch und für andere, 1956, S. 12; einschränkend *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 26. Aufl. 2017, Rn. 519: § 950 BGB bezwecke „klare Eigentumsverhältnisse“; vgl. auch BGH NJW 1991, 1481 ff.; entscheidend sei die „konkrete Interessenlage“ des Stoffeigentümers und des Herstellers.

¹²⁰ So auch *Flume*, NJW 1950, 843 ff.; *Westermann* (Fn. 119), § 53 I sieht den Interessenkonflikt sogar zwischen zwei Unternehmern. § 950 BGB entscheide den „Interessengegensatz

¹¹⁴ *Flume*, NJW 1950, 841 (841).

¹¹⁵ Gleiches gilt im anglo-amerikanischen Rechtskreis. Unter *specificatio* versteht man „[the] mode of acquiring property through which a person, by transforming a thing *belonging to another*, especially by working up his materials into a new species, becomes proprietor of the same“, vgl. *Black*, Black’s Law Dictionary, 6. Aufl. 1990, S. 1398 f. (*Hervorhebung* nicht im Original); *Bozeman Mortuary Association v. Fairchild et al.* (Decided Feb. 20, 1934): „[...] Right by ‘specification’, can only be acquired when, without the accession of any other material, *that of another person*, which has been used by the operator innocently, has been converted by him into something specifically different in the inherent and characteristic qualities, which identify it.“, Kentucky reports, Vol. 253, S. 74 ff. (*Hervorhebungen* nicht im Original).

¹¹⁶ Section 2: Default rules and supplementary provisions VIII. – 5:201: Production (1): „Where one person, by contributing labour, produces new goods out of material *owned by another person*, the producer becomes owner of the new goods [...].“ (*Hervorhebung* nicht im Original).

gener Sachen kann keinen Zuordnungskonflikt auslösen und ist damit nicht regelungsbedürftig.¹²¹ Das logisch-systematische Argument, wonach aufgrund des § 950 Abs. 2 BGB der Untergang der Drittrechte auch bei Verarbeitung eigener Sache gesichert sein müsse, verfängt ebenfalls nicht. Diese Interpretation ordnet ohne Not die teleologische Auslegung, der logisch-systematischen Norminterpretation unter.¹²² Gängige Auslegungspraxis ist es indes, der teleologischen Auslegung regelmäßig größeres Gewicht gegenüber der logisch-systematischen Interpretation beizumessen.¹²³

5. § 903 BGB

Auch ein Vergleich mit § 903 BGB spricht für eine restriktive Auslegung von § 950 BGB. § 903 BGB widerlegt ein gesetzgeberisches Bedürfnis, bei Verarbeitung eigener Sachen die Eigentumszuordnung gesetzlich neu regeln zu müssen. Nach dieser Vorschrift kann der Eigentümer mit seinen Sachen „nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen“. Die Einwirkung auf die Sache selbst umfasst auch eine Verarbeitung des Eigentums, kurz: über die Sachsubstanz zu verfügen.¹²⁴ Eine gesetzgeberische Notwendigkeit, hier regelnd eingreifen zu müssen, besteht nicht. Wer eigene Sachen verarbeitet, wird vielmehr nach der Lebensanschauung als Eigentümer der neuen Sache angesehen.¹²⁵

6. Konsequenz für die Auslegung von § 950 BGB

Die überzeugenden Argumente sprechen für eine restriktive Auslegung von § 950 BGB. Die Norm ist nicht anwendbar bei Verarbeitung eigenen Materials. Durch eine Restriktion wird jedoch in den Tatbestand einer Norm eine Lücke gerissen. Angesichts der hier vertretenen Ansicht, dass die Verarbeitung eine *aliena res* voraussetzt, muss die Gegenfrage

zwischen Rohstoff- und Veredelungsindustrie zugunsten der Veredelungsindustrie“ oder „gegen den Rohstofflieferanten und für die Gläubiger des Verarbeiters“; ebenso *Heck* (Fn. 119), § 62, 4.

¹²¹ Vgl. *Pikart* (Fn. 119), § 950 Rn. 62.

¹²² Vgl. zur Rangfolge und dem Verhältnis der Auslegungsmethoden untereinander *Honsell* (Fn. 61), Einl. Rn. 145 ff. und *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991. Kapitel 4, 2 f.

¹²³ *Honsell* (Fn. 61), Einl. Rn. 145 ff.; nach *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 22 f., ist der „Wortlaut keine feste Größe“, sondern weist „erhebliche Schwankungsbreite auf“; bereits bei RGZ 142, 36 (40) heißt es: „Höher als der Wortlaut des Gesetzes steht sein Zweck und Sinn.“

¹²⁴ *Georgiades*, Eigentumsbegriff und Eigentumsverhältnis, 1977, S. 151; *Pawłowski*, Substanz- oder Funktionseigentum, AcP 165 (1965), 395 ff.; so auch schon *Randa*, Das Eigentumsrecht, S. 9: „Eigentum [...] ist das Befugnis, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten und jeden Andern davon auszuschließen.“

¹²⁵ *Mühl* (Fn. 119), § 950 Rn. 25; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 73 III.

erlaubt sein, ob dieses Ergebnis grundsätzlich so hingenommen werden kann. Doch wenn ich aus meinen Oliven Öl herstelle oder aus meinen Zutaten einen Kuchen backe, ist es nicht mehr als selbstverständlich, dass auch die Produkte mir gehören. Wem denn sonst? Mit Blick auf den Wortlaut von § 950 Abs. 1 BGB ist es zudem legitim, Selbstverständlichkeiten nicht gesetzlich geregelt zu verlangen. Der Untergang einer Forderung durch *contrarius consensus* oder durch Konfusion ist schließlich auch nicht gesetzlich geregelt. Damit sich zwischen Normtext und der dazugehörigen *ratio legis* keine Widersprüche ergeben,¹²⁶ ist es daher nur konsequent, § 950 Abs. 1 BGB bei Verarbeitung eigener Stoffe als nicht einschlägig zu betrachten.¹²⁷ Die „Fremdheit“ der Stoffe ist demnach ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 950 Abs. 1 BGB.

7. Folgerung für ein *Ius privatum Europaeum*

Die Betrachtung führt zu dem Schluss, dass nach europäischem Zivilrechtsverständnis ein Verarbeitungserwerb an eigenen Sachen nicht möglich und damit auch nicht regelungsbedürftig ist. § 950 BGB hat nach alledem für den Tatbestand der Verarbeitung im *Ius privatum Europaeae* keinen Modellcharakter. Der europäische Verarbeitungserwerb bedarf des einschränkenden Tatbestandsmerkmals einer *aliena res*.

Dieses Ergebnis steht letzten Endes auch im Einklang mit dem Lösungsvorschlag im DCFR,¹²⁸ der mit seinem systematisch strukturierten Regelwerk der europäischen Diskussion

¹²⁶ Hierzu *Honsell* (Fn. 61), Einl. Rn. 144.

¹²⁷ Ebenso schon *Gierke*, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, 1889, § 32 III 2; *Schnorr v. Carolsfeld*, Geschichte der Juristischen Person, Bd. 1, 1933, S. 38: Bei Verarbeitung eigenen Materials handele „es sich nicht um einen besonderen Eigentumserwerb, sondern um eine Umgestaltung des Gegenstandes des alten Eigentums, das sich fortsetzt, aber die entsprechende Anwendung wird wichtig, wenn beschränkte dingliche Rechte an dem Stoff bestehen. Diese erlöschen in demselben Grade, wie bei einer richtigen Spezifikation.“; Bereits *Gruchot*, Gruch. Beitr. 7 (1863), 259 (271), bezeichnete diese „unechte Spezifikation“ als bloße „Gewerbshandlung“; vgl. auch *Wieling*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, § 11 II 4, der allerdings bei Verarbeitung eigenen Materials die Norm des § 950 BGB ohne nähere dogmatische Erklärung direkt anwendet: „Hat der Verarbeiter eigene Stoffe verarbeitet, so ändert sich am Eigentum zwar nichts, aber die Belastungen erlöschen nach § 950 II BGB“; vgl. auch *Wolff/Raiser* (Fn. 125), § 73 II.; *Wolf*, Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Aufl. 1979, § 4 G. I. c. begreift zu Recht „Stoffe, die dem Hersteller nicht oder nicht sämtlich gehören“ als Tatbestandsmerkmal des § 950 Abs. 1 BGB.

¹²⁸ Section 2: Default rules and supplementary provisions VIII. – 5:201: Production (1): „Where one person, by contributing labour, produces new goods out of material owned by another person, the producer becomes owner of the new goods [...]“. (*Hervorhebung* nicht im Original).

einen Referenzpunkt bieten will, die Rechtsvergleichung und Rechtsangleichung zu fördern und voranzutreiben.¹²⁹

Für das nationale Zivilrechtsdenken möge das hiesige Resultat bewirken, von der Vorstellung eines Verarbeitungserwerbs bei Verarbeitung eigenen Materials gänzlich abzurücken und den Untergang bestehender Drittrechte über § 950 Abs. 2 BGB analog abzuwickeln.

IX. Schlussbemerkung

Für die großartige Idee, ein supranationales *Ius privatum Europaeum* zu schaffen, dürfen weder Wege zu weit sein, noch „gedankliche Katalysatoren“ ausgebremst werden. Zur Entwicklung eines *Ius privatum Europaeum* kann das geborgene, antike *iuris civilis* dem heutigen Zivilrechtsdenken als Fundament dienen. Der Einheit Europas wegen bedarf es der Renaissance des römischen Rechts. Die bis in die Mitte des 3. Jahrhunderts von klassischen römischen Juristen entwickelte römische Privatrechtsordnung galt schließlich allen kontinentaleuropäischen Privatrechtskodifikationen als musterhaft. Das römische Zivilrecht ist weltanschaulich neutral und zeitlos. Es entstand frei von sozialen Zwängen.¹³⁰ Als Produkt weitgehend isolierter tätiger Wissenschaftler war es allen ideologischen, religiösen oder philosophischen Strömungen abhold und konnte damit in jedem beliebigen soziologischen Kontext universal eingesetzt werden.¹³¹

Die Wirkungsgeschichte des römischen Rechts belegt, dass man seine Aktualität für das proklamierte europäische Zivilrechtsprojekt nicht verkennen sollte: Konserviert wurde das klassische oströmische Recht zunächst durch Iustinian, der es Mitte des 6. Jahrhunderts in seinem groß angelegten Gesetzgebungswerk für das oströmische Reich zusammenfasste. Wiederentdeckt und wissenschaftlich bearbeitet wurde es ab 12. Jahrhundert an den Universitäten Italiens sowie Südfrankreichs und hernach im europäischen Westen. Schließlich bildet es als rezipiertes „Gemeines Recht“ ab dem 18. Jahrhundert die Basis moderner Kodifikationen. Seiner Universalität ist es zu verdanken, dass die heute in der Welt geltenden Zivilgesetzbücher zum großen Teil auf römischem Recht basieren.¹³²

Es entspricht einer inneren Logik, wenn der Forderung des Europäischen Parlaments, eine gemeinsame europäische Privatrechtskodifikation hervorzubringen, der Ruf nach mehr praktizierter historischer (vertikaler) Rechtsvergleichung auf dem Fuße folgt. Die derzeitige juristische Ausbildung wird der Bedeutung des römischen Rechts aber nicht gerecht. Im Universitätsunterricht wird es als Grundlagenfach und Teilgebiet der Rechtsgeschichte¹³³ vorgetragen. Es wird verkannt, dass das römische Recht ein Meilenstein für die Genese eines gemeinsamen europäischen Privatrechtsdenkens und seine zukünftigen Entwicklung ist. Eine nachhaltige, zukunftsorientierte Ausbildung im Fach Jura darf die kulturellen Wurzeln des *homo europaeus* nicht verkennen, der flächendeckend

einer „Rezeption 2.0“ des römischen Rechts bedarf. Die Schöpfung eines gemeinsamen europäischen Zivilrechts profitiert von der Renaissance antiken römischen Rechts. Aus ihm können fundamentale privatrechtliche Gemeinsamkeiten gefördert und für die verfolgte Harmonisierung des europäischen Zivilrechtsdenkens gewinnbringend verwendet werden.

Auf den Beispielsfall – den Eigentumserwerb kraft Spezifikation – bezogen wird deutlich, dass die europäischen Gemeinsamkeiten beim Verarbeitungserwerb größer sind, wenn man den Verarbeitungserwerb von einer *aliena res* abhängig macht. Der Wortlaut des § 950 BGB ist als Vorlage für das *Ius privatum Europaeum* nicht geeignet.

§ 950 BGB ist bei Verarbeitung eigenen Materials nicht einschlägig.

Für ein „*Europa locuta, causa finita*“ benötigen die Europäer und ihre Institutionen noch einen langen Atem. Juristische Gesamtkunstwerke brauchen ihre Zeit und sollten nach der Parömie „*nihil tamen difficile est, quin querendo investigari possit*“¹³⁴ keine Unmöglichkeit darstellen. Europa handelte klug, sich bei der Schaffung eines europäischen Zivilrechts auf sein reichhaltiges juristisches Kulturgut zu besinnen, es zu würdigen und für diesen schöpferischen Akt auch sichtbar zu nutzen. Denn: „Was du ererbst von deinen Vätern hast, erwirb es, um es zu besitzen!“¹³⁵

¹²⁹ Schulte-Nölke, NJW 2009, 2161 (2162).

¹³⁰ Harke, Römisches Recht, 2. Aufl. 2016, S. 3.

¹³¹ Harke (Fn. 130), S. 3.

¹³² Harke (Fn. 130), S. 3.

¹³³ Meincke (Fn. 41), S. 20.

¹³⁴ Nichts ist so schwierig, dass es nicht erforscht werden könnte. Das Zitat stammt von *Publius Terentius Afer Terenz* (Komödiendichter, Italien, 190–159 v. Chr.).

¹³⁵ *Johann Wolfgang v. Goethe*, Faust, Der Tragödie erster Teil, 1808 (Nacht, Faust mit sich allein).

Reform des Asylprozessrechts

Von Lotterien, Lösungswegen und dem Grundgesetz

Von Ass. iur. **Sabrina Müller**, Ref. iur. **Tessa Hillermann**, Stud. iur. **Georg Kuhs**, Stud. iur. **Daniel Renner**, Hamburg/Trier*

Am 6.12.1992 beschließt der Deutsche Bundestag unter dem Eindruck der Migrationsbewegungen aus Osteuropa den sog. Asylkompromiss¹, durch den das bis dahin geltende Asylrecht stark restriktiv umgestaltet wird. Ziele sind die Straffung der Verfahren und die Entlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit.² Seitdem haben sich die Wirklichkeiten der Migration verändert, die rechtlichen Herausforderungen sind dagegen die gleichen geblieben. Der Asylkompromiss von 1992 und die im Anschluss ergangenen Regelungen wirken sich heute auf geflüchtete Menschen aus Syrien, dem Irak, Afghanistan und vielen anderen Herkunftsländern aus.

Der folgende Beitrag hat zum Ziel, die prozessualen und tatsächlichen Besonderheiten des dadurch entstandenen Asylsonderrechts (I.) und seine grundrechtlichen Implikationen (II.) darzustellen sowie entsprechende Reformvorschläge (III.) aufzuzeigen und zu evaluieren.

I. Asylprozessrechtlicher Status quo

Das deutsche Asylprozessrecht ist komplex.³ In seinem Status quo weist es normative Besonderheiten auf, die angesichts des allgemeinen Verwaltungsprozessrechts, in welches es nach wie vor eingebettet ist, dessen Prinzipien und der grundgesetzlichen Implikationen⁴ ein ständiges Legitimationsbedürfnis indizieren. Sowohl bei ihrer Einführung als auch anlässlich der fortwährenden Reformbestrebungen war treibende Funktion dieser Sonderregelungen stets die Arbeitsökonomie. Dies liegt zum einen daran, dass das Asylrecht turnusmäßig im Fokus politischer Diskussion und medialer Berichterstattung steht, wodurch sich Parteien, die auf die effektivere und effizientere Gestaltung des behördlichen und gerichtlichen Asylverfahrens drängen, Sympathiepunkte er-

hoffen. Es sind indes nicht allein opportunistische Gründe, die die rechtliche Abspaltung des Asylprozesses bewirken. Das Credo der Verfahrenserleichterung und -beschleunigung ist angesichts der seit 2015 anhaltenden Zuwanderungssituation und der damit einhergehenden hohen Fallzahlen, deren Bewältigung in den zuständigen Stellen eine deutliche Effektivitätssteigerung bei gleichzeitigem Personalmangel unabdingbar machen, nach wie vor überaus relevant.⁵ Die diesem Ziel verpflichteten prozessualen Besonderheiten führen zu rechtlichen Herausforderungen, derer es sich im Interesse der Allgemeinheit und der betroffenen asylbegehrenden Menschen⁶ zu stellen gilt.

Der folgende Abschnitt betrachtet die aktuelle asylprozessuale Gesetzeslage in Folge ihrer schrittweisen gesetzgeberischen Entwicklung. Hierzu werden erst die prozessrechtlichen Spezifika als allgemeine Hintergrundproblematik mit einem korrespondierenden Handlungsbedarf aufgezeigt (1.) und in deren Rahmen anschließend konkrete rechtsstaatlich besonders bedenkliche Erscheinungen (2.) samt ihren praktischen Auswirkungen (3.) erläutert.

1. Allgemeiner Gesetzesrahmen

Der im Fokus stehende gesetzliche Rahmen ist als Prozessrecht zu qualifizieren. Die maßgebliche Funktion eines jeden Prozessrechts besteht darin, das Pendant zum jeweils einschlägigen materiellen Recht zu sein und die Voraussetzungen zur gerichtlichen Geltendmachung dieser materiellen Rechte festzulegen.⁷ Daraus folgt naturgemäß, dass es durch diejenige Rechtsmaterie, in die es hineingestellt ist, vorbestimmt und in gewisse Bahnen geleitet wird.

a) Untersuchungsgrundsatz und Tatsachen im Asylprozessrecht

Das für das Asylprozessrecht maßgebliche Regelwerk findet sich einerseits in der VwGO als Festschreibung des allgemeinen Verwaltungsprozessrechts und andererseits in dem AsylG, das den erwähnten Besonderheiten der betroffenen Rechtsmaterie Rechnung tragen soll. Aus beiden bezieht es auch seine rechtlichen Maximen. Ein Grundsatz, der sich in diesen

* Sabrina Müller ist Promotionsstudentin an der Universität Trier, Tessa Hillermann ist Lehrbeauftragte an der Universität Hamburg (Wintersemester 2019/2020), Georg Kuhs ist Stud. Hilfskraft am Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union, Daniel Renner ist Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Thomas Riefner für Bürgerliches Recht, Römisches Recht, Neuere Privatrechtsgeschichte sowie Deutsches und Internationales Zivilverfahrensrecht und am Institut für Recht und Digitalisierung Trier. Die Autorinnen und Autoren sind Mitglieder der Refugee Law Clinic Trier e.V.

¹ Gesetz zur Änderung asylverfahrens-, ausländer- und staatsangehörigkeitsrechtlicher Vorschriften v. 30.6.1993, BGBl. I Nr. 33, S. 1062.

² Gesetzesentwurf zu obigem Gesetz (Fn. 1), BT-Drs. 12/4450.

³ Marx, VerfBlog v. 6.9.2018, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/zur-reform-der-asylprozessualen-rechtsmittel/> (11.9.2019).

⁴ Das BVerfG beruft sich in seiner st. Rspr. insoweit primär auf die Verfahrenabhängigkeit des Asylgrundrechts aus Art. 16a GG, vgl. nur BVerfGE 52, 391 (407); 56, 216 (236); zur alten Rechtslage vgl. Rothkegel, NVwZ 1990, 717 ff.

⁵ Berlitz, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019).

⁶ Sämtliche personenbezogenen Angaben erfassen alle Geschlechter.

⁷ Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 3; Gärditz, in: Baumeister u.a. (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz, Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, 2011, S. 689 ff. bezeichnet das Prozessrecht als „Scharnierelement, das sowohl den Umgang mit den relevanten Tatsachen als auch die Rolle der rechtsprechenden Gewalt im gestuften Prozess der Rechtserzeugung entscheidend determiniert.“ In dem Beitrag zeigt der Autor auf, inwiefern das Asylprozessrecht als Prozessrecht „BT“ den „AT“, also die VwGO und ihre Dogmatik bereichern kann.

Regelwerken ausdrücklich normativ wiederfindet, ist der Amtsermittlungs- oder Untersuchungsgrundsatz.⁸ Sein Hauptanliegen ist der Begriff der Tatsache, deren möglichst umfassender Aufklärung⁹ er dient. Im Vergleich mit dem gesamteuropäischen und sonstigen internationalen Rechtsraum stellt dieser Grundsatz eine Besonderheit dar.¹⁰ Hinsichtlich seiner Reichweite muss zwischen eigener Sachaufklärungskompetenz und reiner Tatsachenbewertungskompetenz der zuständigen Stelle unterschieden werden.¹¹ Die Gerichte, die sich dieser Aufgabe verschrieben haben, sind in erster Instanz die Verwaltungsgerichte sowie in zweiter und letzter Instanz die Obergerwaltungsgerichte bzw. Verwaltungsgerichtshöfe der Bundesländer (Obergerichte).¹²

Rechtsgebietsübergreifend versteht man unter Tatsachen alle konkreten Vorgänge und Zustände in der Vergangenheit oder Gegenwart, die objektiv dem Beweis zugänglich sind.¹³ Die im Asylrecht relevanten Tatsachen bestehen vor allem in den allgemeinen Gefahrenlagen in einem Herkunftsland, verbunden mit der individuellen Verfolgungssituation eines Betroffenen und der rechtlichen Auswirkung seiner Einstufung als Flüchtling gemäß § 3 AsylG oder subsidiär Schutzberechtigter nach § 4 AsylG.¹⁴ Aktuell ist die faktische Einschätzung von Sanktionen des syrischen Staates gegen Deserteure von besonderer Bedeutung. Die Aufklärung von Auslands-sachverhalten und der sachgerechte Umgang mit Tatsachen im Asylprozess gehen wegen fremder politischer und sozialer Bedingungen naturgemäß mit großen Schwierigkeiten einher. Dabei ist insbesondere problematisch, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse in den jeweiligen Ländern vor Ort regel-

mäßig schnell ändern und die mehrere Monate oder sogar Jahre alten Lageberichte unter anderem des Auswärtigen Amtes nicht einmal ansatzweise der durch das BVerfG wegen Art. 19 Abs. 4 GG postulierten „tagesaktuellen“ Tatsachengrundlage¹⁵ gerecht zu werden vermögen. Einen Gegenentwurf zum und dadurch gleichzeitig eine Erleichterung vom Untersuchungsgrundsatz stellt das auf Art. 16a Abs. 3 GG gestützte Konzept der sicheren Herkunftsstaaten dar.¹⁶ Die Arbeit mit diesem Konzept indes ist nicht allein dazu in der Lage, die erforderliche Tatsachenaufklärung hinreichend, geschweige denn erschöpfend zu erreichen, weswegen neue Lösungsansätze einer rechtlichen Überprüfung bedürfen.

b) Beweiswürdigung im Asylprozessrecht

Im Zusammenhang mit der grundsätzlichen gerichtlichen Pflicht zur zutreffenden Tatsachenermittlung und -bewertung steht über § 86 Abs. 2 VwGO ein weiteres wichtiges Prinzip sowohl des allgemeinen Verwaltungs- als auch des Asylprozesses: Gem. § 108 Abs. 1 S. 1 VwGO entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung. Dieser Grundsatz prägt Art. 97 Abs. 1 GG, wonach der Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen ist, einfachgesetzlich aus. Er sieht sich im Asylprozess der besonderen rechtlichen Herausforderung ausgesetzt, dass dort gem. § 76 Abs. 1 AsylG Einzelrichter als grundsätzlich zuständiger Spruchkörper im Sinne von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG fungieren – anders als im regulären Verwaltungsprozess, wo standardmäßig eine Kammerentscheidung vorgesehen ist und eine Entscheidung durch den Einzelrichter nur bei tatsächlich und rechtlich einfach gelegenen Fällen (v.a. § 6 VwGO, ferner § 87 VwGO) erfolgen darf.¹⁷ Dies ist besonders problematisch, weil von der Entscheidung nur eines einzelnen Richters die Überzeugung darüber abhängt, ob eine Gefahrenlage gegeben ist oder nicht.¹⁸ Um dieses Problems Herr zu werden, wurde der gesonderte Beweisgrad der „beachtlichen Wahrscheinlichkeit“¹⁹

⁸ Der Amtsermittlungs-/Untersuchungsgrundsatz besagt, dass das Gericht von Amts wegen (also ohne darauf gerichteten Antrag oder Vortrag eines Beteiligten) die für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblichen Tatsachen selbst ermittelt, in den Prozess einführt und ihre Wahrheit überprüft sowie feststellt, § 86 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 VwGO; § 24 Abs. 1 S. 1 AsylG für das behördliche Verfahren vor dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge. Die erstgenannte Norm gilt mangels einer asylprozessrechtlichen Vorschrift auch für das Gerichtsverfahren.

⁹ Vgl. *Mitsch/Reiling*, VerfBlog v. 16.2.2018, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/das-wissensproblem-im-asylprozess-und-wie-es-behobenwerden-kann/> (11.9.2019), wonach § 86 Abs. 1 VwGO im Grundsatz von der möglichst umfassenden Rekonstruktion des Einzelfalls ausgeht.

¹⁰ *Berlit*, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019), der den Amtsermittlungsgrundsatz im Asylprozess für unionsrechtlich nicht zwingend befindet.

¹¹ *Dawin*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 86 Rn. 23.

¹² Dahingegen nimmt das BVerfG stets nur eine rechtliche Prüfung vor, § 127 Abs. 2 VwGO.

¹³ BGH, Urt. v. 25.11.1997 – VI ZR 306/96; BGH, Urt. v. 30.1.1996 – VI ZR 386/94; BGH, Urt. v. 25.3.1997 – VI ZR 102/96.

¹⁴ *Mitsch/Reiling*, VerfBlog v. 16.2.2018, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/das-wissensproblem-im-asylprozess-und-wie-es-behobenwerden-kann/> (11.9.2019).

¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 25.4.2018 – 2 BvR 2435/17 (zum subsidiären Schutz).

¹⁶ *Maaßen*, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 41. Lfg., Stand: 15.11.2018, Art. 16a Rn. 83. Hierzu v.a. im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Art. 3 GG vgl. *Werdermann*, ZAR 2018, 11 ff.

¹⁷ Zu den Möglichkeiten einer anderweitigen Spruchkörperbesetzung vgl. *Dietsch*, NVwZ Extra 15/2018, 2 ff. sowie ferner zu gesonderten Beweisregeln im Asylprozess *Gärditz* (Fn. 7), S. 689 (698).

¹⁸ *Berlit*, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019), schreibt der Spruchkörpereinbindung allgemein, insbesondere aber in der konkreten Konstellation des Asylrechts eine qualitätssichernde Funktion zu und schlussfolgert aus der jetzigen Gesetzeslage „kontraproduktive Qualitätsverluste“. Das BVerfG nimmt Nachteile hieraus hin, „soweit und solange es im Asylrecht keine speziellen gesetzlichen Beweisregeln [...] gibt“, BVerfG, Urt. v. 20.3.1990 – 9 C 91/89.

¹⁹ Dieser Wahrscheinlichkeitsmaßstab bezieht sich vorrangig auf die Verfolgungsprognose und bedingt, dass bei einer zu-

entwickelt, der in seiner Konzeption der überwiegenden Wahrscheinlichkeit bzw. Glaubhaftmachung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren ähnelt. Auch er begegnet rechtsstaatlichen Bedenken.²⁰ Zudem führt die infolge der Soll-Vorschrift aus § 76 Abs. 1 AsylG reguläre Einzelrichterzuständigkeit zu der nicht minder fragwürdigen Folge, dass nur ausnahmsweise – bei besonders wichtigen Leitentscheidungen zur Gefahrenlage in einem bestimmten Herkunftsland – eine Kammerentscheidung getroffen wird, die den Einzelrichtern in nachfolgenden Verfahren als Orientierung an damit gerichtsbekannten Tatsachen und gleichzeitig der Realisierung von Verfahrensökonomie dienen kann.²¹

c) Konkret vs. generell – Spannungsgefüge im Asylprozessrecht

In der Zusammenschau begründen die zeitgleiche Verflechtung und Abweichung zwischen Asylrecht und verwaltungsprozessualen Prinzipien ein äußerst konfliktgeladenes Spannungsfeld zwischen den Gerichtspflichten einerseits zur Entscheidung im Einzelfall und andererseits zur Generierung von generellem Wissen über Tatsachen – hier über die Gefahrenlagen in den Herkunftsländern – als Grundlage für eine zutreffende rechtliche Bewertung und Entscheidung über mehrere Instanzen hinweg. Bei der Generierung von Wissen im Allgemeinen sowie im Gerichtsverfahren geht es weniger um die Beweiserhebung und -würdigung von Tatsachen im engeren Sinne, als vielmehr um eine angemessene Lückenschließung im Normprogramm.²² Ob eine derartige Lücke wirklich besteht, ist fraglich. Oder anders ausgedrückt: Begründet der asylprozessuale Status quo den viel beschworenen prozessualen Missstand?²³ Als solcher lässt sich die geltende Rechtslage nur dann zurecht bezeichnen, wenn eine Überprüfung der

sammenfassenden Würdigung des zur Prüfung gestellten Lebenssachverhalts die für z.B. eine Verfolgung sprechenden Umstände ein größeres Gewicht besitzen als die dagegensprechenden und deshalb gegenüber ihnen überwiegen. Danach ist z.B. eine Verfolgung beachtlich wahrscheinlich, wenn einem besonnen und vernünftig denkenden Menschen in der Lage des Betroffenen nach Abwägung aller bekannten Umstände eine Rückkehr in den Heimatstaat als unzumutbar erscheint. Dabei stellt der Beweisgrad insbesondere nicht auf eine mathematisch-quantitative Wahrscheinlichkeit nach Prozentwerten ab, sondern auf den zwar theoretisch nur denkbaren, im Fall seines tatsächlichen Eintritts jedoch in qualitativer Hinsicht besonders schwerwiegenden und tiefgreifenden Eingriff (z.B. Bevorstehen einer „nur“ einmonatigen Gefängnisstrafe oder einer Todesstrafe), st. Rspr. zum „real risk“, vgl. BVerwG, Beschl. v. 7.2.2008 – 10 C 33.07; BVerwG, Ur. v. 20.2.2013 – 10 C 23.12, 32; BVerwG, Beschl. v. 15.8.2017 – 1 B 120.17.

²⁰ Vgl. dazu die Untersuchung durch *Reiling/Mitsch*, Die Verwaltung 50 (2017), 537 (553).

²¹ *Bühs*, ZAR 2018, 424 (425); *Gärditz* (Fn. 7), S. 689 (700).

²² *Reiling/Mitsch*, Die Verwaltung 50 (2017), 537 (564).

²³ So z.B. *Marx*, VerfBlog v. 6.9.2018, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/zur-reform-der-asylprozessualen-rechtsmittel/> (11.9.2019).

Erwägungen, die zur Schaffung dieser Rechtslage geführt haben (als Status quo ante), ergibt, dass ein legislativer Handlungsbedarf besteht.

Mit dem AsylVfG aus dem Jahr 1982 erging die erstmalige bewusste gesetzgeberische Entscheidung zur Einführung solch prozessualer Regelungen, die vom allgemeinen Verwaltungsprozessrecht abweichen.²⁴ Diese sind weitgehend bis heute in Geltung. Sowohl die Gründe für die Entscheidung als auch die Reichweite der Abweichung waren vornehmlich durch das erwähnte Credo der Arbeitsökonomie bestimmt. Es begann ein langwieriges Gesetzesvorhaben zur Änderung des Kerns des Sonderverwaltungsprozessrechts aus §§ 74 ff. AsylG. Seit 1992 besteht die alleinige Kompetenz der Obergerichte zur Zulassung der Berufung, worin eine bewusste Entscheidung gegen jene der Verwaltungsgerichte zu sehen ist. 1996 erfolgte die zusätzliche Einführung des weitgehend faktisch obligatorischen Einzelrichters und der eingeschränkten Berufungsmöglichkeit. Das BVerfG hat sämtliche Änderungen als verfassungsgemäß angesehen.²⁵ Hintergrund ist, dass es den Fachgerichten bei der Sachverhaltsfeststellung einen Wertungsrahmen zubilligt, in dem sich die betreffenden Regelungen abspielen.²⁶ Fernab dieses Wertungsrahmens könnte dem legislativen Handlungsbedarf grundsätzlich entgegenstehen, dass verschiedene Einzelschicksale als logische Folge verschiedener Zuständigkeiten immer hinzunehmen sind – anders ist dies höchstens in nicht durch föderale Strukturen geprägten Ländern wie dem Vereinigten Königreich.²⁷ Damit geht die Frage einher, ob obergerichtliche Rechtsprechung überhaupt und speziell im Asylprozessrecht eine koordinierende und rechtsvereinheitlichende Funktion innehaben soll.²⁸ Es stellt eine Besonderheit im behördlichen Verwaltungsverfahren und anschließenden Verwaltungsprozess vor Gericht dar, wenn sich wie hier die Beteiligten über Tatsachenfragen streiten – der Regelfall besteht in einem Streit ausschließlich über rechtliche Wertungen hinsichtlich weitestgehend feststehender Tatsachen.²⁹ Allerdings ist das BVerwG in seiner Funktion als Revisionsinstanz in verwaltungsgericht-

²⁴ *Marx*, VerfBlog v. 6.9.2018, online abrufbar unter:

<https://verfassungsblog.de/zur-reform-der-asylprozessualen-rechtsmittel/> (11.9.2019); *Ritter*, NVwZ 1983, 202 ff.

²⁵ Flughafenverfahren: BVerfG, Ur. v. 14.5.1996 – 2 BvR 1516/93.

²⁶ BVerfG, Beschl. v. 1.7.1987 – 2 BvR 478/86.

²⁷ Anders sieht dies *Berlit*, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019), für den die durch die Kombination von Rechtsmittelbeschränkung und Einzelrichterentscheidung bedingte „Zersplitterung“ deutlich über das allgemein hinzunehmende Maß an „konstitutioneller Uneinheitlichkeit“ der Rspr. hinausgeht und ihre eigentliche Aufgabe der Schaffung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gefährdet.

²⁸ So vertritt es *Berlit*, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, unter:

<http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019).

²⁹ Hierzu auch *Gärditz* (Fn. 7), S. 689 (695 ff.), der von der „weitgehend tatsachenblinden“ Verwaltungsrechtswissenschaft spricht sowie davon, dass im deutschen Recht ein unsensibler Umgang mit Tatsachenfragen vorherrsche.

lichen Verfahren de lege lata an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen gebunden.³⁰ Vor diesem Hintergrund müssen die verwaltungsrechtlichen Obergerichte aller Bundesländer von weitgehend übereinstimmenden Tatsachen ausgehen, um eine einheitliche Rechtsprechung in Asylsachen gewährleisten zu können.

Als die entscheidende Gewissensfrage³¹, der sich der Gesetzgeber gegenüber sieht, stellt sich demnach heraus, wie groß die Eigenständigkeit des Asylprozessrechts bzw. wie eng seine Verzahnung mit dem allgemeinen Verwaltungsprozessrecht und seinen Prinzipien in Zukunft ausgestaltet sein soll. Diese Gewissensfrage tritt zu Tage, wenn man sich das Spannungsverhältnis zwischen den infrastrukturellen Bemühungen um das bestmögliche Erreichen von Prozessökonomie insbesondere in Gestalt des Beschleunigungsgrundsatzes einerseits und andererseits den menschenrechtlichen Anforderungen aufgrund der hier einschlägigen Materie und ihrer Regelungsgegenstände in Erscheinung von Individuen und ihren Schicksalen vor Augen führt.

Mit dem sukzessiven legislativen Maßnahmenpaket wurden eine Verkürzung und Vereinfachung des Asylverfahrens sowie eine Entlastung der Rechtsmittelinstanzen erreicht. Damit ging aber auch ein Mangel an obergerichtlicher Rechtsprechung als Orientierung und Leitentscheidungsquelle für die erstinstanzlich zuständigen Verwaltungsgerichte einher, der sich für die betroffenen schutzsuchenden Personen wiederum als Rechtszersplitterung³² und Lotterie³³ darstellt. Darin ist ein allgemeiner Gesetzesrahmen zu sehen, der rechtsstaatlich mindestens stark bedenklich, wenn nicht gar untragbar sein dürfte. Diese generelle Analyse wird im Folgenden an konkreten Rechtsphänomenen verdeutlicht.

2. Konkrete Rechtsphänomene

Die Darstellung konzentriert sich auf drei prägende asylprozessrechtliche Merkmale in der Beziehung zwischen allgemeinem Verwaltungs- und Asylprozessrecht: die Einschränkung der Berufung im Hauptsacheverfahren (a), den Ausschluss der Beschwerde im vorläufigen Rechtsschutz (b) und die fehlende grundsätzliche Klärung von Tatsachenfragen (c).

a) Einschränkung der Berufung im Hauptsacheverfahren

Die weitreichendste und daher verfassungsrechtlich problematischste Abweichung ist die Einschränkung der Berufung im Hauptsacheverfahren. Dabei ist zwischen den Aspekten, ob überhaupt eine Berufung zugelassen (a) und wie diese bejahendenfalls durchgeführt wird (b), zu differenzieren.

aa) „Ob“ der Berufung

Wenn die Klage vom zuständigen Hauptsachegericht als offensichtlich unzulässig oder unbegründet abgewiesen wird, besteht anders als im regulären Verwaltungsprozess ein kompletter Rechtsmittelausschluss, § 78 Abs. 1 S. 1 AsylG. Auch erweist sich wie bei der Beweiswürdigung im Asylprozess das besondere Problem, dass es infolge der Einzelrichterzuständigkeit aus § 76 Abs. 1 AsylG der alleinigen subjektiven Entscheidung eines Richters unterliegt, für die gesamte gerichtliche Entscheidung aufgrund der von ihm bejahten Offensichtlichkeit weitere Überprüfungen auch und gerade in tatsächlicher Hinsicht auszuschließen.³⁴

Weiterhin ist das Verwaltungsgericht anders als im allgemeinen Verwaltungsprozess gemäß §§ 124, 124a VwGO nicht dazu befugt, die Berufung als Rechtsmittel zur nächsthöheren Instanz zuzulassen. Die Möglichkeit der Berufungszulassung besteht nach § 78 Abs. 4 AsylG nur auf Antrag beim Verwaltungsgericht, über den das Oberverwaltungsgericht entscheidet. Diese Sonderregelung ist vor allem im Hinblick auf die frühere positive Regelung nach § 32 Abs. 1 AsylVfG von 1982 fraglich. Der 2017 gestartete Versuch, als Beweis des Vertrauens in die „Rechtsmittelweisheit“ der Verwaltungsgerichte die Sprungrevision einzuführen,³⁵ kann allein die rechtsstaatlichen Bedenken nicht ausräumen, da diese eben keine erneute Tatsachenprüfung und Beweiswürdigung beinhaltet.

bb) „Wie“ der Berufung

Relativ gesehen besteht im Asylprozess gemäß § 78 Abs. 3 AsylG ein stark verkürzter Katalog an Berufungszulassungsgründen, die neben der Frage über das Ob der Berufung auch über den Prüfungsmaßstab der zweitinstanzlichen Gerichte entscheiden: Quantitativ sind statt der sonst üblichen fünf Gründe³⁶ im Asylprozess nur drei möglich, die darüber hinaus auch qualitativ stark eingeschränkt sind: So können nur Grundsatzrüge, Divergenzrüge und Gehörsrüge erhoben werden. Insbesondere ist ein Vorgehen wie nach § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO nicht vorgesehen. Dieser Ausschluss erstreckt sich auf die sonst mögliche Rüge der fehlerhaften Rechtsanwendung und Beweiswürdigung mit der Darlegung ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils. Während der Ausschluss tatsachenbezogener Zulassungsgründe wegen der dargelegten Schwierigkeiten bei der Ermittlung von Auslandssachverhalten zumindest folgerichtig

³⁰ Berlit/Dörig, NVwZ 2017, 1481 (1482).

³¹ Rothkegel, NVwZ 1990, 717 (725), spricht dazu sehr passend vom „Kategorischen Imperativ“ u.a. der Beweiswürdigung.

³² Berlit/Dörig, NVwZ 2017, 1481 (1481).

³³ Berlit/Dörig, NVwZ 2017, 1481 (1481); Münch, ZRP 2018, 193 ff. m.w.N.; Baade, VerfBlog v. 1.10.2018, unter: <https://verfassungsblog.de/asylrecht-auf-dem-juristentag-mehr-rechtseinheit-aber-auch-mehr-transparenz/> (11.9.2019).

³⁴ Gärditz (Fn. 7), S. 689 (701).

³⁵ Berlit/Dörig, NVwZ 2017, 1481 (1483).

³⁶ Diese sind nach § 124 Abs. 2 VwGO: ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils (Nr. 1), Rechtssache von besonderer tatsächlicher oder rechtlicher Schwierigkeit (Nr. 2), Rechtssache mit grundsätzlicher Bedeutung (Nr. 3), Diskrepanz zu einer Entscheidung des OVG, BVerwG, BVerfG oder des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes (Nr. 4), Verfahrensmangel durch Beurteilung des Berufungsgerichts (Nr. 5).

ist, erscheint es zweifelhaft, rechtliche Fehler ebenfalls auszunehmen.³⁷

Zu der Beschränkung der einfachgesetzlichen Rechtsmittel kommt das Problem hinzu, dass auch der oft beschworene Weg über die Verfassungsbeschwerde³⁸ keine Abhilfe schafft. Denn Subsumtionsfehler und Beweisfragen sind grundsätzlich Fragen einfachen Rechts und damit gerade kein verfassungsbeschwerdefähiges spezifisches Verfassungsrecht.³⁹

b) Ausschluss der Beschwerde im vorläufigen Rechtsschutz

Während im regulären Verwaltungsprozessrecht mit § 146 VwGO eine Vorschrift existiert, die auch im vorläufigen Rechtsschutzverfahren einen Devolutiveffekt mit erneuter Tatsachenprüfung in der Beschwerdeinstanz bedingt, ist dieser nach § 80 AsylG komplett ausgeschlossen. Die hierdurch begründete asylprozessuale Besonderheit ist insbesondere deswegen rechtsstaatlich bedenklich⁴⁰, weil nach der gesetzlichen Grundlage die Beschränkung nicht explizit auf Entscheidungen im vorläufigen Rechtsschutz zugeschnitten ist und ausschließlich diese erfasst. Daraus entwickelte sich mit der Zeit die gerichtliche Praxis, die Beschwerdemöglichkeit auch für diverse Nebenentscheidungen (Prozesskostenhilfverfahren, Kostenanfechtung) auszuschließen. Dies tun allerdings nicht sämtliche Obergerichte⁴¹, woraus überdies ein zusätzlicher problematischer Aspekt im Hinblick auf die Rechtseinheit und -sicherheit erwächst.

c) Keine grundsätzliche Klärung von Tatsachenfragen

Ist die zutreffende Tatsachenfeststellung in jedem gerichtlichen Verfahren von herausragender Bedeutung, hängt im Asylprozess von ihr ab, ob eine asylbegehrende Person überhaupt einen rechtlichen Schutzstatus⁴² erhält und wie dieser

bejahendenfalls konkret ausgestaltet ist.⁴³ Wie gezeigt fungieren de lege lata die Obergerichte der Bundesländer als letzte Tatsacheninstanz.⁴⁴ Das BVerwG überprüft als Revisionsgericht allein die rechtliche Bewertung der Tatsachen und ist damit außerstande, die grundsätzliche – im Sinne einer bundesweit einheitlichen – Klärung von Tatsachenfragen herbeizuführen. Dies ist auch bei solchen Prozessen der Fall, bei denen es fernab der jeweils einschlägigen konkreten Einzelkonstellation und ihrer Besonderheiten um übergreifende allgemeine Fragen geht. Das Asylrecht ist zwar systematisch nicht darauf angelegt – besonders nicht im vorläufigen Rechtsschutz –, grundsätzliche Tatsachen- und Rechtsfragen abschließend zu klären und Leitentscheidungen herbeizuführen.⁴⁵ Jedoch wecken teleologische Erwägungen ein dringendes Bedürfnis, diese Divergenzen auszuräumen oder zumindest abzumildern.

3. Praktische Auswirkungen

Die praktischen Auswirkungen dieser divergierenden Rechtsprechung lassen sich an ausgewählten Fallbeispielen darstellen.

a) Syrische Wehrdienstverweigerer

Eine Fallgruppe, die die verwaltungsrechtlichen Obergerichte der Bundesländer unterschiedlich bewerten, ist der Flüchtlingsstatus bei wehrpflichtigen syrischen Staatsangehörigen.⁴⁶ Konkret geht es bei diesen Sachverhalten um syrische Männer, welche entweder vor der Einberufung zum Wehrdienst oder als Reservisten geflohen sind und bei ihrer Rückkehr eine Verfolgung befürchten. Diese haben zwar oftmals im Asylverfahren den subsidiären Schutz nach § 4 AsylG erhalten.⁴⁷ Mit diesem ist jedoch – auch im Hinblick auf die am 1.8.2018 in Kraft getretene Neuregelung zum Familiennachzug⁴⁸ – ein hinsichtlich der rechtlichen Stellung deutlich hinter dem Flüchtlingsstatus zurückbleibendes Ergebnis erreicht. Für die Erlangung des Flüchtlingsstatus muss gemäß § 3 AsylG eine begründete Furcht vor politischer Verfolgung im Herkunftsstaats gegeben sein. Nach der sog. Zumutbarkeitsformel, die das BVerwG 1991 für die Asylberechtigung aufgestellt hat, kommt es für die Erfüllung dieser Voraussetzung unter anderem darauf an, ob es dem Geflüchteten „bei verständiger Würdigung der gesamten Umstände seines Falles nicht zuzumuten ist, in seinem Heimatstaat zu bleiben oder dorthin zurückzukehren“⁴⁹. Bezüglich des Wehrdienst-

³⁷ Gärditz (Fn. 7), S. 689 (702), der an dieser Stelle dem AsylG weiterhin das Attribut als „Verfahrensbegrenzungsgesetz“ zuspielt.

³⁸ So Marx, VerfBlog v. 6.9.2018, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/zur-reform-der-asylprozessualen-rechtsmittel/> (11.9.2019).

³⁹ Und: Das BVerfG ist keine Superrevisionsinstanz. Vgl. auch Gärditz (Fn. 7), S. 689 (694), der davon spricht, dass die Besonderheit des Asylgrundrechts aus Art. 16a GG darin besteht, „dass die Schwierigkeiten des Grundrechtsschutzes weniger in der Bestimmung der materiellen Maßstäbe als [...] in der prozeduralen Sachverhaltsfeststellung liegen“.

⁴⁰ So sieht z.B. Marx, VerfBlog v. 6.9.2018, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/zur-reform-der-asylprozessualen-rechtsmittel/> (11.9.2019) darin eine Rechtsschutzverkürzung.

⁴¹ BayVG, Beschl. v. 9.3.2016 – 10 C 16.324. Einige Obergerichte, so etwa der Hessische VG (Beschl. v. 23.8.2018 – 7 D 1498/18.A), wenden den Beschwerdeausschluss sogar auch auf das dem Asylverfahren nachfolgende ausländerrechtliche Eilverfahren an.

⁴² Der subsidiäre Schutz (§ 4 AsylG) greift ein, wenn weder der Flüchtlingsschutz (§ 3 AsylG) noch die Asylberechtigung (Art. 16a GG) gewährt werden können und im Herkunftsland ernsthafter Schaden (z.B. Todesstrafe, Folter) droht.

⁴³ Baade, VerfBlog v. 1.10.2018, abrufbar unter:

<https://verfassungsblog.de/asylrecht-auf-dem-juristentag-mehr-rechtseinheit-aber-auch-mehr-transparenz/> (11.9.2019) bezeichnet die Entscheidungen als für den Einzelnen lebensentscheidend und für die Gesellschaft hoch brisant.

⁴⁴ Berlit/Dörig, NVwZ 2017, 1481 (1481).

⁴⁵ Reiling/Mitsch, Die Verwaltung 50 (2017), 537 (538).

⁴⁶ Baade, DÖV 2018, 806 (816).

⁴⁷ Siehe etwa VG Minden, Urt. v. 22.12.2016 – 1 K 5137/16.A; VG Berlin, Urt. v. 9.3.2017 – VG 4 K 572.16 A.

⁴⁸ BT-Drs. 19/2438.

⁴⁹ BVerwG, Urt. v. 23.7.1991 – 9 C 154/90; BVerwG, Urt. v. 5.11.1991 – 9 C 118/90.

entzugs stellt das BVerwG klar, dass mögliche Sanktionen im Herkunftsland, die an den Wehrdienstentzug anknüpfen, nur dann eine flüchtlingsrechtlich relevante Verfolgung darstellen, wenn sie als Ausdruck einer politischen Verfolgung oder anderer asylrechtlich relevanter Merkmale und nicht als Bestrafung wegen Verstoßes gegen allgemeine staatsbürgerliche Pflichten angesehen werden müssen.⁵⁰

aa) Ablehnung der Flüchtlingseigenschaft

So hält etwa das OVG Nordrhein-Westfalen eine Verfolgung zurückkehrender Wehrdienstverweigerer für unwahrscheinlich. Es wirft der Vorinstanz⁵¹ vor, dem Assad-Regime Realitätsblindheit zu unterstellen, wenn sie annimmt, die Wehrdienstverweigerung, die in Kriegszeiten ein kulturübergreifendes Phänomen sei, würde in den Augen des Regimes die Verweigerer zur Oppositionellen anstatt einfacher Kriegsflüchtlinge machen. Denn für diese Ansicht gebe es keine tatsächlichen Anhaltspunkte, sie sei „derart unplausibel“, dass die erforderliche Wahrscheinlichkeit einer politischen Verfolgung daraus nicht zu folgern sei.⁵² Auch der 2. Senat des OVG Saarland⁵³ entschied sich gegen die Annahme einer politischen Verfolgung wegen Wehrdienstentzugs eines Klägers, der vor der Einberufung das Land verließ. Ebenfalls wird hier dem syrischen Staat unterstellt, zu erkennen, dass die Flucht nicht auf politischer Opposition, sondern auf Furcht vor dem Krieg gründet.⁵⁴ Das OVG Berlin-Brandenburg⁵⁵ sieht auch im Hinblick auf eine bestimmte Herkunftsregion, die von Rebellen kontrolliert wird, die Unterstellung der oppositionellen Gesinnung und die damit verbundene politische Verfolgung durch den syrischen Staat nicht als generell gegeben.

bb) Bejahung der Flüchtlingseigenschaft

Anders verhält es sich im Lager der Obergerichte, die eine begründete Verfolgung im Sinne von § 3 AsylG bei syrischen Wehrdienstverweigerern bejahen. So führt der VGH Hessen aus, dass bei einem syrischen Staatsangehörigen, welcher sich durch den Auslandsaufenthalt dem Wehrdienst entzogen hat und ferner aus einer vermeintlich regierungsfeindlichen Zone Syriens stammt, eine beachtliche Wahrscheinlichkeit bestehe, bei einer Einreise menschenrechtswidrige Maßnahmen zu erfahren.⁵⁶ Auch der VGH Bayern geht in seiner Entscheidung⁵⁷ davon aus, dass der syrische Staat in seinem Einflussgebiet ohne Rücksicht auf Menschenrechte gegen tatsächliche oder vermeintliche Oppositionelle vorgeht und somit bei einer (hypothetischen) Einreise im Rahmen von Sicherheitskontrollen aufgrund einer möglicherweise unterstellten op-

positionellen Gesinnung die beachtliche Wahrscheinlichkeit menschenrechtswidriger Behandlung droht.⁵⁸

cc) Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich aus den divergierenden obergerichtlichen Bewertungen der Sicherheitslage und der Verfolgungsgefahr bei Wehrdienstentzug eine für den Rechtssuchenden missliche Lage erkennen: Ohne einen maßgeblichen Einfluss auf den Ort, an dem die Klage behandelt wird – im Süden Deutschlands wäre die Klageerhebung strategisch meist günstiger –, ist er der „Rechtsprechungslotterie“⁵⁹ ausgeliefert. Während in den Bundesländern die Obergerichte Leitlinien zeichnen, fehlt mangels oberster Tatsacheninstanz bundesweit eine entsprechende Praxis.

b) Auswirkungen im Übrigen

Diese Lager-Rechtsprechung zu syrischen Wehrdienstverweigerern zeigt, dass sich anhand des (dem Asylrecht nicht eigentümlichen) Mangels einer Tatsacheninstanz auf Bundesebene die „Rechtsprechungslotterie“ trennscharf nachzeichnen lässt. Die Besonderheiten des AsylG führen im Übrigen zu weniger greifbaren Divergenzen, da sich diese auf der ersten Instanz abspielen, zum Teil sogar innerhalb desselben Gerichts in unterschiedlichen Kammern. Die fehlende Möglichkeit der Verwaltungsgerichte, die Berufung zuzulassen, führt dazu, dass, solange das jeweilige Obergericht die grundsätzliche Bedeutung, die Abweichung von einer höherinstanzlichen Entscheidung oder den Verfahrensmangel nach § 138 VwGO nicht bejaht, der Fall, und damit die ggf. noch klärungsbedürftige Frage in der ersten Instanz verharret und sich eine einheitliche Rechtsprechung der verschiedenen Verwaltungsgerichte und ihrer Kammern nicht bilden kann.

Auch im Eilrechtsschutz darf der Kläger, der zum Beispiel die aufschiebende Wirkung der Klage gegen eine Rückführungsanordnung in den zuständigen Dublin-Staat erreichen will, keine Rechtssicherheit erwarten. Mangels Devolutiveffekts kann er keine obergerichtliche Klärung seines Begehrens, von der auch ähnliche Fälle profitieren könnten, herbeiführen.

Jedoch ist besonders die fehlende Möglichkeit einer Klärung durch obere Gerichte in zweifacher Hinsicht nachteilig: Nicht nur dem Asylsuchendem werden Steine in den Weg gelegt. Auch die Gerichte, zu deren Entlastung die Besonderheiten dereinst eingeführt wurden, haben durch weniger Rechtssicherheit mehr Arbeit.

4. Zwischenergebnis

Der asylprozessrechtliche Status quo begründet ein vom allgemeinen Verwaltungsprozessrecht abweichendes Asylsonderprozessrecht.⁶⁰ Die Beschränkung bzw. der gänzliche Aus-

⁵⁰ BVerwG, Beschl. v. 2.6.2017 – 1 B 108.17.

⁵¹ VG Düsseldorf, Urt. v. 29.8.2016 – 13 K 9495/16.A.

⁵² OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 4.5.2017 – 14 A 2023/16.A.

⁵³ OVG Saarland, Urt. v. 22.8.2017 – 2 A 228/17.

⁵⁴ OVG Saarland, Urt. v. 22.8.2017 – 2 A 228/17.

⁵⁵ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 21.3.2018 – OVG 3 B 28.17.

⁵⁶ VGH Hessen, Urt. v. 6.6.2017 – 3 A 3040/16.A.

⁵⁷ BayVGH, Urt. v. 12.12.2016 – 21 B 16.30372.

⁵⁸ BayVGH, Urt. v. 12.12.2016 – 21 B 16.30372.

⁵⁹ *Berlit/Dörig*, NVwZ 2017, 1481 (1482).

⁶⁰ Den Begriff des „Sonderrechts“ verwenden u.a. auch *Marx*, VerfBlog v. 6.9.2018, online abrufbar unter:

schluss einer die Tatsachenüberprüfung einschließenden zweiten Gerichtsinstanz führen im Zusammenspiel mit der fehlenden grundsätzlichen Klärung tatsächlicher Fragen zu einer stark divergierenden Rechtsprechung in Asylsachen, die sich an praktischen Fallbeispielen widerspiegelt.

II. Grundrechtliche Implikationen

Die Hürden, denen diese Divergenz im Hinblick auf verfassungsrechtliche Vorgaben begegnet, folgen insbesondere⁶¹ aus dem Gebot effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG und dem allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG. Im Folgenden werden die verwaltungsprozessualen Regelungen, die im Ergebnis die Anerkennung eines Schutzstatus in erheblichem Maße vom Ort des Gerichtsstandes abhängig machen, auf den verfassungsrechtlichen Prüfstand gestellt.

1. Einschränkung der Berufung im Hauptsacheverfahren

Grundrechtliche Implikationen ergeben sich zunächst im Hinblick auf die fehlende Berufungszulassungskompetenz der Verwaltungsgerichte („Ob“ der Berufung) sowie der beschränkten Berufungszulassungsgründe („Wie“ der Berufung) im Rahmen von § 78 Abs. 2 und 3 AsylG.⁶²

a) Art. 19 Abs. 4 GG

Die Einschränkungen der Berufung scheinen im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG problematisch.

aa) Verfassungsmäßigkeit im Hinblick auf das „Ob“ der Berufung

Insbesondere die gänzlich fehlende Berufungszulassungskompetenz der Verwaltungsgerichte aus § 78 Abs. 2 AsylG könnte verfassungswidrig sein. Art. 19 Abs. 4 GG garantiert ganz grundsätzlich den Zugang zu einem Gericht. Rechtssuchenden muss die Möglichkeit einer vollständigen richterlichen Nachprüfung gewährt werden.⁶³ Zudem enthält Art. 19 Abs. 4 GG das Gebot effektiven Rechtsschutzes,⁶⁴ das eine hinreichende Prüfungsbefugnis des Gerichts auf rechtlicher und *tatsächlicher* Ebene garantiert.⁶⁵ Art. 19 Abs. 4 GG ge-

währt dem Gesetzgeber zwar einen weiten Spielraum bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzsystems⁶⁶, stellt aber gleichzeitig den grundgesetzlichen Rahmen dar, in dem sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Prozessrechts zu bewegen hat.⁶⁷ Die Norm fordert keinen Instanzenzug.⁶⁸ Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, das Rechtsschutzsystem näher auszuformen und die prozessualen Voraussetzungen für Rechtsmittel festzulegen. Dabei muss er das Gebot effektiven Rechtsschutzes mit der Rechtssicherheit ausbalancieren.⁶⁹ Nach der Rechtsprechung des BVerfG reicht es aus, wenn den Beteiligten eine Tatsacheninstanz zur Verfügung steht.⁷⁰ Doch geht aus der Rechtsprechung auch hervor: Stellt das Prozessrecht einen Instanzenzug zur Verfügung, so muss im Rahmen aller in der Prozessordnung vorgesehenen Instanzen nach Art. 19 Abs. 4 GG eine wirksame gerichtliche Kontrolle gewährleistet sein, der Schutz darf nicht „leerlaufen“.⁷¹ Insbesondere darf der Gesetzgeber den Zugang zur jeweils nächsten Instanz nicht in unzumutbarer, sachlich nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren.⁷² Das BVerfG hat in der Vergangenheit mit dem Argument, die Belastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Asylverfahren beeinträchtigt die justizielle Funktionsfähigkeit, einen Ausschluss der Berufungszulassungskompetenz im Asylprozessrecht gegen die Abweisung offensichtlich aussichtsloser Klagen für verfassungsrechtlich unbedenklich gehalten.⁷³ Die damals streitgegenständliche Regelung⁷⁴ ist nunmehr in § 78 Abs. 1 AsylG verankert. Letztlich kommt es nach der skizzierten bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung also darauf an, ob § 78 Abs. 2 AsylG eine unzumutbare Erschwerung des Zugangs zu den Instanzen zur Folge hat.⁷⁵ Für eine solche Unzumutbarkeit spricht zwar, dass ausgerechnet den sachnähe-

⁶⁶ BVerfG, Beschl. v. 27.10.1999 – 1 BvR 385/90.

⁶⁷ BVerfG, Beschl. v. 27.10.1999 – 1 BvR 385/90; BVerfG, Beschl. v. 13.06.2007 – 1 BvR 1550/03.

⁶⁸ *Sodan*, in: Sodan, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 19 Rn. 27; BVerfG, Beschl. v. 21.10.1954 – 1 BvL 9/51; BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978 – 2 BvR 1055/76; BVerfG, Beschl. v. 12.7.1983 – 1 BvR 1470/82; *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2017, Art. 19 Abs. 4 Rn. 30.

⁶⁹ BVerfG, Beschl. v. 2.3.1993 – 1 BvR 249/92.

⁷⁰ BVerfG, Beschl. v. 12.07.1983 – 1 BvR 1470/82.

⁷¹ BVerfG, Beschl. v. 16.07.2015 – 1 BvR 625/15; BVerfG, Beschl. v. 29.10.1975 – 2 BvR 630/73; BVerfG, Beschl. v. 31.5.2011 – 1 BvR 857/07; *Jachmann*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 87. Lfg., Stand: März 2019, Art. 95 Rn. 103; *Hofmann* (Fn. 68), Art. 19 Abs. 4 Rn. 32.

⁷² BVerfG, Beschl. v. 16.7.2015 – 1 BvR 625/15; BVerfG NVwZ 2010, 1482 (1483); BVerfG, Beschl. v. 29.10.1975 – 2 BvR 630/73; BVerfG, Beschl. v. 31.5.2011 – 1 BvR 857/07; *Jachmann* (Fn. 71), Art. 95 Rn. 103; *Hofmann* (Fn. 68), Art. 19 Abs. 4 Rn. 32.

⁷³ BVerfG, Beschl. v. 12.07.1983 – 1 BvR 1470/82; *Ritter*, NVwZ 1983, 202 (202); *Müller*, in: Hofmann, AuslR, 2. Aufl. 2016, § 78 AsylVfG Rn. 4.

⁷⁴ § 32 Abs. 6 S. 1, Abs. 8 AsylVfG v. 16.7.1982 (BGBl. I, S. 946).

⁷⁵ Vgl. *Hofmann* (Fn. 68), Art. 19 Abs. 4 Rn. 32.

<https://verfassungsblog.de/zur-reform-der-asylprozessualen-rechtsmittel/> (11.9.2019); *Berlit*, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019); *Gärditz* (Fn. 7), S. 689 (698) meint dasselbe und schlussfolgert hieraus „Dysfunktionalitäten des geltenden Rechts“.

⁶¹ Weitere Vorgaben könnten sich aus Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 16a Abs. 1 GG ergeben.

⁶² Der ebenfalls problematische vollständige Berufungsausschluss nach § 78 Abs. 1 AsylG bei als offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründeten abgewiesenen Klagen bleibt außer Betracht.

⁶³ BVerfG, Beschl. v. 21.4.1982 – 2 BvR 810/81.

⁶⁴ *Dietz*, NVwZ Extra 15/2018, 2 (3).

⁶⁵ BVerfG, Beschl. v. 21.4.1982 – 2 BvR 810/81; *Berlit*, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter:

<http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019).

ren Verwaltungsgerichten die Berufungszulassungskompetenz verwehrt wird, während sachfernere Obergerichte über die Zulassung der Berufung entscheiden dürfen. Dabei legt die Sachnähe der Verwaltungsgerichte nahe, gerade ihnen die Entscheidung über das „Ob“ der Berufung zukommen zu lassen. § 78 Abs. 2 AsylG schließt ein Berufungsverfahren jedoch nicht *per se* aus. Die gesetzgeberische Beschränkung auf bestimmte Berufungsgründe ist auch in anderen Rechtsbereichen – beispielsweise § 144 SGG; § 511 ZPO – vor dem Hintergrund der Funktionsfähigkeit der Gerichte⁷⁶ anerkannt. Mit Blick auf den gesetzgeberischen Ausgestaltungsspielraum stellt sich der Ausschluss in § 78 Abs. 2 AsylG also nicht als Verfassungsverstoß dar.⁷⁷

bb) Verfassungsmäßigkeit im Hinblick auf das „Wie“ der Berufung

Jedoch könnte die Beschränkung der Berufungszulassungsgründe in Widerspruch zu Art. 19 Abs. 4 GG stehen. Wie bereits dargelegt, muss innerhalb der vorgesehenen Instanzen eine wirksame gerichtliche Kontrolle gewährleistet sein.⁷⁸ Die Rechtsschutzgarantie erfasst gerade auch qualitativen Rechtsschutz und eine rechtsfehlerfreie Entscheidungsfindung.⁷⁹ Dies folgt schon aus der Befriedungsfunktion der Norm: Personen, die in einem Prozess unterliegen, werden eine Entscheidung nur akzeptieren, wenn sie einem gewissen Qualitätsminimum entspricht.⁸⁰ Auch im Falle der Beschränkung von Berufungsgründen stellt sich also die Frage nach der Zumutbarkeit der Beschränkung.⁸¹ § 78 Abs. 3 AsylG eröffnet einen Instanzenzug. Das Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG greift dann im Rahmen dieser eröffneten Berufungsinstanz.⁸² Folglich muss eine Überprüfbarkeit hinsichtlich *tatsächlicher* und rechtlicher Gesichtspunkte möglich sein.⁸³ Dieser qualitätssichernde Befund ist gerade bei Asylrechtsstreitigkeiten von zentraler Bedeutung, denn der Ausgang eines solchen hängt meist von der Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse im Heimatland der Kläger ab.⁸⁴ Ein Berufungsausschluss bei Fragen rein tatsächlicher Natur verhindert gerade die Überprüfung der tatsächlichen Feststellungen der Verwaltungsgerichte. Der Schutz-

bereich von Art. 19 Abs. 4 GG ist also im Hinblick auf § 78 Abs. 3 AsylG eröffnet. Der Ausschluss der Berufung bei tatsächlichen Schwierigkeiten verschließt zwar nicht den Gerichtszugang *per se*, steht aber einer umfassenden tatsächlichen und rechtlichen Überprüfung, wie sie Art. 19 Abs. 4 GG innerhalb des Instanzenzugs fordert, entgegen und ist somit als Eingriff in Art. 19 Abs. 4 GG zu qualifizieren. Bei der Frage einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung kommt es dann auf eine Abwägung zwischen Verfahrensbeschleunigung, d.h. letztlich der Funktionsfähigkeit der Justiz (Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG) einerseits und Rechtsschutz der Schutzsuchenden (Art. 19 Abs. 4 GG) andererseits, an. Im Lichte der Entwicklung hin zu divergierender Rechtsprechung in gleichgelagerten Asylstreitigkeiten trägt das Argument der Funktionsfähigkeit der Justiz allerdings nicht mehr ohne Weiteres.⁸⁵ Denn für die Belastung der Justiz durch divergierende Rechtsprechung ist gerade auch der Ausschluss der Überprüfbarkeit von Tatsachenfragen im Rahmen der Berufung mit verantwortlich, da die „Fallbreite“⁸⁶ der in die Berufung gelangenden Verfahren schlichtweg zu eng ist.⁸⁷ Dieser hat zu einer wachsenden Abhängigkeit der Gerichte von im konkreten Verfahren vorliegendem Informationsmaterial geführt. Mit Blick auf das Erfordernis einer „tagesaktuellen“⁸⁸ Entscheidung ist daher fraglich, ob ein Obergericht diesem Rechnung tragen kann, wenn es nachträglich über einen Sachverhalt entscheidet, dem bereits erstinstanzlich eine ungeklärte Tatsachenlage zugrunde liegt. Nicht zu unterschätzen ist auch „der fatale Eindruck“⁸⁹, der durch örtlich-regionale justizielle Unterschiede bei Bürgern besteht und dem Ansehen des deutschen Rechtsstaates abträglich sein muss.⁹⁰ Die Beschränkung der Berufungsgründe macht mithin eine Schaffung von Einheitlichkeit durch obergerichtliche Rechtsprechung in tatsächlicher Hinsicht gerade unmöglich.⁹¹ Zwar könnte man auf § 78 Abs. 3 Nr. 1 AsylG, der den Berufungszulassungsgrund der „grundsätzlichen Bedeutung“ normiert, verweisen. Jedoch setzt dieser voraus, dass der Tatsachenfrage eine über den Einzelfall hinausgreifende Bedeutung zukommt, d.h. dass die tatsächliche Frage auch für andere Fälle eine Leitfunktion darstellen könnte. Die klagende Person wird hierdurch zum „Sachwalter objektiver Klärungsbedürfnisse“⁹², was den am Individualrechtsschutz ausgelegten Grundrechten nicht entspricht.⁹³ Des Weiteren kann bemängelt werden, dass die von den Obergerichten geforderte Darlegungsdichte für die Geltendmachung der Zulassungs-

⁷⁶ BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02.

⁷⁷ BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02.

⁷⁸ BVerfG, Beschl. v. 16.7.2015 – 1 BvR 625/15; BVerfG, Beschl. v. 29.10.1975 – 2 BvR 630/73; BVerfG, Beschl. v. 31.5.2011 – 1 BvR 857/07; Jachmann (Fn. 71), Art. 95 Rn. 103; Hofmann (Fn. 68), Art. 19 Abs. 4 Rn. 32.

⁷⁹ Hofmann (Fn. 68), Art. 19 Abs. 4 Rn. 30; Krugmann, ZRP 2001, 306 (307).

⁸⁰ Krugmann, ZRP 2001, 306 (308).

⁸¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 29.7.2014 – IV ZB 37/13; BGH, Beschl. v. 30.4.2003 – V ZB 71/02; BVerfG, Beschl. v. 5.8.2002 – 2 BvR 1108/02; vgl. Hofmann (Fn. 68), Art. 19 Rn. 32.

⁸² Schulze-Fielitz, in: Dreier, Kommentar zum GG, 3. Aufl. 2013, Art. 19 Abs. 4 Rn. 95.

⁸³ Hofmann (Fn. 68), Art. 19 Abs. 4 Rn. 43.

⁸⁴ Ritter, NVwZ 1983, 202 (203); Groß/Kaiser, DVBl. 1997, 1315 (1315); Bühs, ZAR 2018, 424 (430).

⁸⁵ BR-Drs. 51/18, S. 1.

⁸⁶ Berlitz, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019).

⁸⁷ BR-Drs. 51/18, S. 1.

⁸⁸ BVerfG, Beschl. v. 25.4.2018 – 2 BvR 2435/17.

⁸⁹ Berlitz, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019).

⁹⁰ Berlitz, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019).

⁹¹ Ritter, NVwZ 1983, 202 (203); Vgl. Rennert, DVBl. 2018, 401 (402).

⁹² Gärditz (Fn. 7), S. 689 ff.

⁹³ Vgl. Gärditz (Fn. 7), S. 689 (702).

gründe die Berufung derart erschwert, dass sie von einem „durchschnittlichen, nicht auf das gerade einschlägige Rechtsgebiet spezialisierten RA mit zumutbarem Aufwand nicht mehr erfüllt werden können“.⁹⁴ Sieht man dies im Zusammenhang mit dem ohnehin eingeschränkten Rechtsmittelzugang, gelangt man zu der Diagnose, dass der Ausschluss von Berufungsgründen in § 78 Abs. 3 AsylG den Zugang zur nächsten Instanz unzumutbar erschwert und somit im Widerspruch zum Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG steht.

b) Art. 3 Abs. 1 GG

In Betracht kommt daneben wegen der Differenzierung nach Staatsangehörigkeit⁹⁵ eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG: § 78 Abs. 3 AsylG steht im Konflikt mit dem allgemeinen Gleichheitssatz. Dieser ergibt sich aus der verschiedenen verwaltungsprozessualen Ausgestaltung des allgemeinen Verwaltungsprozessrechts im Vergleich zum Asylprozessrecht (Rechtssetzungsgleichheit). Dem Asylprozessrecht unterfallen ausschließlich rechtssuchende Personen nicht-deutscher Staatsangehörigkeit. Das hat zur Folge, dass die Beschränkungen des Rechtsschutzes faktisch nur diese Rechtssuchenden benachteiligen. Auch Nicht-Deutschen muss aber ein Schutz vor mittelbaren Diskriminierungen zugesprochen werden.⁹⁶ Zum anderen führt die Beschränkung der Berufungsgründe zu divergierender Rechtsprechung innerhalb der Gruppe der Rechtssuchenden im Rahmen des Asylprozessrechts (judikative Rechtsanwendungsgleichheit).

§ 78 Abs. 3 AsylG könnte Art. 3 Abs. 1 GG also in Form der Rechtssetzungsgleichheit widersprechen. Zwar hat das BVerfG seinerzeit den Berufungsausschluss, der mittlerweile in § 78 Abs. 1 AsylG geregelt ist, auf eine Vereinbarkeit mit dem Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit hin untersucht und sie vor dem Hintergrund der hohen Zahl an Asylklagen als verfassungsgemäß eingestuft.⁹⁷ Das Gebot der *Rechtsanwendungsgleichheit* verpflichtet jedoch nur die mit der Anwendung von Recht betrauten Staatsgewalten der Exekutive und der Judikative, das geltende Recht gleichförmig anzuwenden, während die Legislative in Gestalt der *Rechtssetzungsgleichheit* gebunden ist.⁹⁸ Die gesetzgeberische Freiheit umfasst es grundsätzlich, den Zugang zum Rechtsmittelgericht, wie den Verfahrensgang, nach Zweckmäßigkeitsvorstellungen zu regeln und aus sachlichen Gründen Rechts-

mittel für einzelne Fallgruppen oder Sachgebiete unterschiedlich zu normieren.⁹⁹ Erst, wenn für eine gesetzlich geregelte Differenzierung „sachlich einleuchtende Gründe schlechterdings nicht mehr erkennbar sind, sodass ihre Aufrechterhaltung einen Verstoß gegen das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden darstellen würde“, liegt ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vor.¹⁰⁰ Die in Bezug auf den heutigen § 78 Abs. 1 AsylG vom BVerfG angeführte Überlastung der Verwaltungsgerichte überzeugt aufgrund der jüngsten Entwicklungen bei der Überprüfung des § 78 Abs. 3 AsylG nicht mehr.¹⁰¹ Die Erschwerung und Verkürzung des Rechtswegs verhindern eine rasche und zeitnahe obergerichtliche Klärung asylrechtlicher Fragestellungen.¹⁰² Gerade in dem aktuellen „Verfahrensberg“ an Asylklagen, den die Verwaltungsgerichte zu bewältigen haben,¹⁰³ zeigt sich, dass sie ihr Hauptziel der Verfahrensbeschleunigung¹⁰⁴ nicht erreichen.¹⁰⁵ Vielmehr fördern sie sogar die Zersplitterung der Asylrechtsprechung durch mangelnde grundsätzliche obergerichtliche Klärungsmöglichkeiten.¹⁰⁶

Die Beschränkung der Berufungszulassungsgründe in § 78 Abs. 3 AsylG könnte zudem dem Gebot der *Rechtsanwendungsgleichheit* widersprechen. Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet Gerichte allgemein, die Gesetze gleich auszulegen und anzuwenden. Judikative Rechtsanwendungsgleichheit dient dazu, der Gefahr einer divergierenden Auslegung des bundeseinheitlichen Rechts durch verschiedene Landesgerichte zu begegnen und auf diesem Wege eine Rechtszersplitterung zu verhindern.¹⁰⁷ Durch Präjudizien soll die richterliche Meinungsbildung erleichtert werden und eine zügige Entscheidung in einer Vielzahl von Fällen gewährt werden.¹⁰⁸ Für Rechtssuchende, aber auch für die Verwaltung (insbesondere für das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge) dienen sie

⁹⁴ Müller (Fn. 73), § 78 AsylVfG Rn. 18; Vgl. Dietz, NVwZ Extra 15/2018, 2 (2).

⁹⁵ Vgl. Das BVerfG knüpft bei Ungleichbehandlung von Deutschen und Ausländern an die Staatsangehörigkeit an, vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.2.2012 – 1 BvL 14/07; BVerfG, Beschl. v. 20.3.1979 – 1 BvR 111/74; „Heimat“ ist als Abgrenzungskriterium ungeeignet, Kischel, in: Beck'scher-Online Kommentar, GG, 41. Lfg., Stand: 15.5.2019, Art. 3 GG, Rn. 224 ff.

⁹⁶ Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2019, Art. 3 Rn. 119.

⁹⁷ BVerfG, Beschl. v. 12.7.1983 – 1 BvR 1470/82.

⁹⁸ Schladebach, NVwZ 2018, 1241 (1241); Jarass (Fn. 96), Art. 3 Rn. 3.

⁹⁹ BVerfG, Beschl. v. 12.7.1983 – 1 BvR 1470/82.

¹⁰⁰ BVerfG, Beschl. v. 10.6.1958 – 2 BvF 1/56.

¹⁰¹ Gärditz (Fn. 7), S. 689 (699); Vgl. Münch, ZRP 2018, 193 (194).

¹⁰² BR-Drs. 51/28, S. 1; Rennert, DVBl 2018, 401 (402).

¹⁰³ Berlitz, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019) spricht von Zahlen zwischen 300.000 und 400.000 aktuell bei den Verwaltungsgerichten anhängigen gerichtlichen Asylverfahren, die die Verwaltungsgerichtsbarkeit auch ohne jeden Neueingang bei gleichbleibend hoher Erledigungszahl rechnerisch drei bis vier Jahre beschäftigen werden.

¹⁰⁴ Vgl. Gärditz, (Fn. 7), S. 689 (700); Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Asylverfahrens, BT-Drs. 12/2062, S. 1; Rennert, DVBl 2018, 401 (402).

¹⁰⁵ Vgl. Gärditz (Fn. 7), S. 689 (700); Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Asylverfahrens, BT-Drs. 12/2062, S. 1; Rennert, DVBl 2018, 401 (402); Vgl. Münch, ZRP 2018, 193 (194).

¹⁰⁶ Münch, ZRP 2018, 193 (193).

¹⁰⁷ Jachmann (Fn. 71), Art. 95 Rn. 17.

¹⁰⁸ Jachmann (Fn. 71), Art. 95 Rn. 18; Vgl. auch Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 262.

der Orientierung und schaffen damit Rechtssicherheit.¹⁰⁹ Seine Grenze findet das Gebot judikativer Rechtsanwendungsgleichheit in der richterlichen Unabhängigkeit nach Art. 97 Abs. 1 GG.¹¹⁰ Rechtsprechung ist „konstitutionell uneinheitlich“¹¹¹. Ein Präjudiz ist zwar widerlegbar und auch widerlegungsbedürftig, wenn das Gericht von ihm abweichen will.¹¹² Es ist jedoch Aufgabe gerade der obersten Instanzen, diesen Verfassungsauftrag aus Art. 20 Abs. 1 GG innerhalb des ihnen jeweils zugewiesenen Gerichtszweigs zu erfüllen (Art. 95 Abs. 3 GG).¹¹³ Vor diesem Hintergrund soll das Rechtsmittelrecht eine Balance zwischen Einzelfallgerechtigkeit und gleichmäßiger richterlicher Rechtsanwendung schaffen.¹¹⁴ Die Beschränkungen der Berufungszulassung in § 78 Abs. 3 AsylG machen diese Aufgabe faktisch unmöglich, da Tatsachenfragen von vornherein der obergerichtlichen Rechtsprechung entzogen werden. Zwar hat das BVerfG in der Vergangenheit in Bezug auf Art. 3 Abs. 1 GG betont, dass dieser nicht verletzt sei, wenn er aus sachlichen Gesichtspunkten Rechtsmittel für einzelne Fallgruppen oder Sachgebiete unterschiedlich regelt.¹¹⁵ Da die Beschränkungen des § 78 Abs. 3 AsylG die Belastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Asylverfahren sogar gesteigert haben, sind sie nicht sachdienlich.¹¹⁶ Schwerlich wird man daher vom Vorliegen eines sachlichen Grundes ausgehen können. Die Beschränkungen des Berufungsverfahrens sind daher mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar.¹¹⁷

2. Ausschluss der Beschwerde im vorläufigen Rechtsschutz

Verfassungsrechtlichen Bedenken könnte auch der Ausschluss der Beschwerde im einstweiligen Rechtsschutz in § 80 AsylG begegnen. Diese Distanzierung vom allgemeinen Verwaltungsprozessrecht wirft hinsichtlich Art. 3 Abs. 1 GG in Ausprägung der Rechtssetzungsgleichheit verfassungsrechtliche Fragen auf.¹¹⁸ Auch hier muss sich die Restriktion am Vorliegen eines sachlichen Grundes messen lassen. Die zugleich erst- und letztinstanzliche Entscheidung des Verwaltungsgerichts über die Vollziehbarkeit einer Abschiebungsanordnung hat zu einer erhöhten Belastung des BVerfG geführt, welches in Asylrechtsstreitigkeiten vermehrt angerufen wird, jedoch keine verwaltungsgerichtliche Leitentscheidungen treffen kann.¹¹⁹ Erschwerend kommt hinzu, dass das BVerfG sich

mangels vorgelagerten Rechtsweges nicht auf die Feststellungen eines Fachgerichts stützen kann.¹²⁰ Folge ist auch hier divergierende Asylrechtsprechung und damit ineffiziente Asylgerichtsbarkeit.¹²¹ Besonders im Zusammenspiel mit der Beschränkung der aufschiebenden Wirkung gem. § 75 Abs. 1 AsylG ergeben sich durch den Beschwerdeausschluss für Klagende unzumutbare Härten im Rechtsschutz. Gerade in Dublin-Verfahren findet der Sache nach die wesentliche Prüfung im Verfahren des Eilrechtsschutzes statt.¹²² Durch den Wegfall des Suspensiveffekts aus § 75 Abs. 1 AsylG kommt dem Eilrechtsschutz für Betroffene besondere Bedeutung zu. Dieser hohen Bedeutung wird das Asylprozessrecht jedoch an der Stelle nicht gerecht: Das gerichtliche Prüfprogramm im einstweiligen Rechtsschutz ist eingeschränkt und bei aller Sorgfalt, die Gerichte auch im Eilverfahren walten lassen, ist eine Aufarbeitung des Sach- und Streitstoffes wie im Hauptsacheverfahren kaum möglich.¹²³ Auch hier lässt sich am Vorliegen eines sachlichen Grundes zweifeln. Der durch den Rechtsmittelausschluss verfolgte Beschleunigungseffekt wird durch die justizielle Zersplitterung und deren Folgen bei einer verfahrensübergreifenden Betrachtung wieder aufgehoben. Der Beschwerdeausschluss ist daher bei aller Beachtung des gesetzgeberischen Ausgestaltungsspielraums völlig unzumutbar. Ein sachlicher Grund kann hierauf nicht gestützt werden.¹²⁴ Auch der Beschwerdeausschluss steht damit in Widerspruch zu Art. 3 Abs. 1 GG.¹²⁵

Ein Verstoß gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG liegt indessen nicht vor.¹²⁶ Zum einen steht § 80 AsylG der Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes nicht im Weg. Zum anderen schließt sie eine gerichtliche Überprüfung im nachfolgenden Hauptsacheverfahren nicht aus.¹²⁷ Den Anforderungen, die Art. 19 Abs. 4 GG aufstellt¹²⁸, ist mit der Möglichkeit einer Überprüfung im nachfolgenden Hauptsacheverfahren Rechnung getragen.¹²⁹

¹²⁰ Gärditz (Fn. 7), S. 689 (704).

¹²¹ Münch, ZRP 2018, 193 (193); Sachverständigen-Stellungnahme von Pro-Asyl für die öffentliche Anhörung am 27.3.2017 vor dem Innenausschuss des Deutschen Bundestages zum GE der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht“, BR-Drs. 179/17.

¹²² Berlit, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019).

¹²³ Seeger, in: Beck'scher Online-Kommentar zum AuslR, 22. Lfg., Stand: 1.5.2019, § 75 AsylG Rn. 1.

¹²⁴ Berlit, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019).

¹²⁵ Vgl. Marx, VerfBlog v. 6.9.2018, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/zur-reform-der-asylprozessualen-rechtsmittel/> (11.9.2019).

¹²⁶ BVerfG, Urt. v. 14.5.96 – 2 BvR 1516/93; Bergmann (Fn. 119), § 80 AsylG Rn. 5; Hörich, InfAuslR, 2012, 292 (293).

¹²⁷ Hörich, InfAuslR, 2012, 292 (293).

¹²⁸ Der Gesetzgeber darf den Zugang zur jeweils nächsten Instanz nicht in unzumutbarer, sachlich nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren.

¹²⁹ Bergmann (Fn. 118), § 80 AsylG Rn. 5.

¹⁰⁹ Jachmann (Fn. 71), Art. 95 Rn. 18; Berlit/Dörig, NVwZ 2017, 1481 (1481).

¹¹⁰ Jachmann (Fn. 71), Art. 95 Rn. 18.

¹¹¹ BVerfG, Beschl. v. 26.4.1988 – 1 BvR 669/87.

¹¹² Brocker/Knops, Jura 1993, 300 (301).

¹¹³ Dietz, NVwZ Extra 15/2018, 2 (3).

¹¹⁴ Schmidt, in: ErfK, GG, 19. Aufl. 2019, Art. 3 Rn. 18.

¹¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 12.7.1983 – 1 BvR 1470/82.

¹¹⁶ Münch, ZRP 2018, 193 (193).

¹¹⁷ Vgl. Münch, ZRP 2018, 193 (193), der von einer Gleichheitswidrigkeit ausgeht.

¹¹⁸ Vgl. Bergmann, in: Bergmann/Dienelt, AuslR, 12. Aufl. 2018, § 80 AsylG Rn. 5.

¹¹⁹ BR-Drs. 51/18, S. 11; Marx, VerfBlog v. 6.9.2018, unter: <https://verfassungsblog.de/zur-reform-der-asylprozessualen-rechtsmittel/> (11.9.2019).

3. Keine grundsätzliche Klärung von Tatsachenfragen

Dem BVerwG kommt die Aufgabe zu, eine divergierende Auslegung des Bundesrechts im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu verhindern.¹³⁰ Aus Art. 95 Abs. 1 GG folgt, dass keine gesetzliche Beschränkung dazu führen darf, dass die obersten Gerichtshöfe ihrem Auftrag nicht mehr gerecht werden können.¹³¹ Die Beschränkung der Berufungszulassungsgründe macht es dem BVerwG jedoch faktisch unmöglich, diese Aufgabe bei Asylklagen zu erfüllen, da Tatsachenfragen von vornherein seiner Kontrolle entzogen sind, d.h. die „Fallbreite“¹³² der in die Berufung gelangenden Verfahren ist schlichtweg zu eng.¹³³ Indessen wäre die Schaffung einer grundsätzlichen Tatsachenbeurteilungskompetenz verfassungsrechtlich nicht unproblematisch. Hier könnte ein Konflikt mit dem Erfordernis einer tagesaktuellen Entscheidung (Art. 103 Abs. 1 GG)¹³⁴ sowie der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 GG) entstehen. Zudem ist der Judikative eine Uneinheitlichkeit schlichtweg immanent. Jedoch darf das Rechtsmittelrecht nicht seiner koordinierenden und vereinheitlichenden Funktion beraubt werden. Nur eine bundesweite Rechtsprechung mit einem „Mindestmaß der Rechtsvereinheitlichung“¹³⁵ in vielen Fällen vermag Rechtssicherheit herzustellen. Aus dieser Erkenntnis erwuchs Art. 95 Abs. 1 GG seinerzeit.¹³⁶ Nicht zuletzt aus dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG folgt, dass Effektivität und Effizienz nicht gleichgesetzt und verwechselt werden dürfen.¹³⁷

4. Zwischenergebnis

Die asylprozessualen Restriktionen halten einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Eine Reform, die die mahnenden Worte „Schnelligkeit darf Gründlichkeit nicht verdrängen.“¹³⁸ verinnerlicht, erscheint vor diesem Hintergrund zwingend.

III. Reformvorschläge

Die jüngsten Reformdiskussionen haben diverse Änderungsvorschläge hervorgebracht. Tendenziell zielen diese darauf ab, das Asylprozessrecht wieder dem allgemeinen Verwal-

tungsprozessrecht anzunähern, gehen zum Teil jedoch darüber hinaus.

1. Einrichtung eines unabhängigen Instituts zur Klärung von Tatsachenfragen

Entscheidungen im Asylprozess erfolgen in der Regel anhand unterschiedlicher Quellen, denen zum Teil eine politische Motivation¹³⁹ vorgeworfen wird. Ein Vorschlag, welcher zur Lösung dieses Problems vorgestellt wurde¹⁴⁰ lautet, eine unabhängige Facheinrichtung, welche von hinsichtlich der Bewertung von Gefahrenlagen ausgebildeten Experten besetzt ist, einzurichten („Robert-Koch-Institut für Asylfragen“). Die in einer solchen Einrichtung gewonnen Erkenntnisse sollen dann von den entscheidenden Richtern berücksichtigt werden müssen, es sei denn, es läge im konkreten Fall eine bessere Erkenntnisquelle vor. An diesem Vorschlag wurde u.a. kritisiert, dass unter der verbindlichen Einbeziehung solcher Einrichtungen die richterliche Unabhängigkeit gemäß Art. 97 Abs. 1 GG leiden würde.¹⁴¹ Ein weiterer Kritikpunkt ist der hohe personelle und finanzielle Aufwand, welcher mit der Einrichtung eines solchen unabhängigen Instituts einherginge¹⁴² und die Unsicherheit, ob eine solche Einrichtung dem vom BVerfG aufgestellten Erfordernis der Tagesaktualität der Erkenntnisquelle bei der Bewertung von Sicherheitslagen gerecht werden könnte.¹⁴³ Hinsichtlich des Arguments, die Einrichtung eines Instituts würde übermäßig Ressourcen in Anspruch nehmen, ist anzumerken, dass das Kosten-Nutzen-Verhältnis durch einen effektiveren Prozess letztendlich sogar positiv ausfallen könnte. Der Kritikpunkt, der eine Einschränkung der richterlichen Unabhängigkeit anspricht, ist dagegen nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen, da eine Erkenntnisquelle, die die Rspr. vereinheitlichen soll, in den meisten Fällen verpflichtend sein muss. Indes erreicht der Sinn dieser Verfassungsnorm dort seine Grenzen, wo der Richter diese Unabhängigkeit nicht mehr sinnvoll einsetzen kann, weil die Bewertung von ausländischen Sachverhalten in tagesaktueller Form nicht problemlos vom einzelnen Richter oder der Kammer geleistet werden kann. Dieses Problem ist auch aus anderen Rechtsgebieten bekannt, in denen z. B. durch Technische Anleitungen (etwa TA Luft, TA Lärm) darauf reagiert wurde. Das gedachte Institut könnte dafür sorgen, dass der mitunter sehr fehleranfällige Spagat zwischen den derzeit verfügbaren Quellen (z.B. Lageberichte des Auswärtigen Amtes oder von NGO's) bald der Vergangenheit angehört. Wenig durchschlagend ist bei genauerer Betrachtung auch das Erfordernis der Tagesaktualität. Ein mit Experten besetztes Institut, das sich ausschließlich um die Bewer-

¹³⁰ Heusch, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 95, Rn. 1, 2; Das BVerwG hat sich in der Vergangenheit als wirksam bei der Herstellung und Erhaltung der Einheitlichkeit des Verwaltungsrechts erwiesen, Hufen (Fn. 7), Rn. 12.

¹³¹ Heusch (Fn. 130), Art. 95 Rn. 6.

¹³² Berlit, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019).

¹³³ Rennert, DVBl 2018, 401 (402); BR-Drs. 51/18, S. 2.

¹³⁴ BVerfG, Beschl. v. 27.3.2017 – 2 BvR 681/17 (Ablehnung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung).

¹³⁵ Heusch (Fn. 130), Art. 95 Rn. 1.

¹³⁶ Heusch (Fn. 130), Art. 95 Rn. 1.

¹³⁷ Krugmann, ZRP 2001, 306 (307).

¹³⁸ Berlit, RLCDE-Blog v. 18.7.2018, abrufbar unter: <http://rlc-deutschland.de/sonderasylprozessrecht/> (11.9.2019).

¹³⁹ Zum Lagebericht des Auswärtigen Amtes, Baade, VerfBlog v. 1.10.2018, abrufbar unter:

<https://verfassungsblog.de/asylrecht-auf-dem-juristentag-mehr-rechtseinheit-aber-auch-mehr-transparenz/> (11.9.2019).

¹⁴⁰ Kluth, ZAR 2018, 331 (336); ebenso aufgegriffen in ders./Giesen, Gutachten D/E zum 72. Deutschen Juristentag, D 62 Nr. 3 26.

¹⁴¹ Münch, ZRP 2018, 193 (196).

¹⁴² Münch, ZRP 2018, 193 (196).

¹⁴³ Münch, ZRP 2018, 193 (196).

tung von länderspezifischen Tatsachen z.B. der Sicherheitslage auseinandersetzt, kommt einer Lösung, die das Erfordernis der Tagesaktualität erfüllt, am nächsten.

2. Einführung einer Tatsachenbewertungskompetenz des BVerwG im Rahmen länderbezogener Entscheidungen

Eine weiter diskutierte Möglichkeit ist, das BVerwG asylrechtliche Fragen tatsächlicher Art und fallübergreifend behandeln zu lassen. Hierzu werden drei Modelle vorgeschlagen.¹⁴⁴ Die Modelle orientieren sich an der Praxis der country guidance determinations der Upper Tribunal Immigration and Asylum Chamber des Vereinigten Königreichs,¹⁴⁵ bei der geeignete Berufungsverfahren als Leitentscheidungen zu bestimmten Tatsachenfragen erklärt werden können.¹⁴⁶ Die Modelle setzen bei den Regelungen über das Berufungsverfahren und über die Revision an oder schaffen originär ein Vorlageverfahren.

Hinsichtlich der Vorschläge lässt sich kritisieren, dass stets alle Umstände des individuellen Einzelfalls beachtet werden müssen; eine pauschalisierte Festlegung im Tatsachenbereich, welche nicht alle individuellen Umstände beachten kann, hätte eine Verkürzung des Rechtsschutzes zur Folge.¹⁴⁷ Ferner ist anzuführen, dass Leitentscheidungen dem Erfordernis einer schnellen und flexiblen Änderung bei der Beurteilung sich rasch ändernder (Sicherheits-)Lagen entgegenstünden.¹⁴⁸ Auch muss rechtsvergleichend die Frage gestellt werden, ob die Praxis eines Rechtskreises, der sich dem Case Law verschrieben hat, übernommen werden kann. Vor allem im Hinblick auf das Erfordernis der Tagesaktualität, das generell Zweifel an Leitentscheidungen jeder Form im Asylrecht aufkommen lässt, könnte sich eine solche Vorgehensweise als problematisch erweisen. Zwar ist eine gewisse Kasuistik auch den Rechtskreisen des Code Law immanent; diese bildet sich jedoch meist hinsichtlich solcher Fallgruppen, bezüglich derer auf der Tatsachenebene mit der Zeit keine wesentlichen Änderungen stattfinden, wie man an den Fallgruppen zur Sittenwidrigkeit einer Bürgerschaftserklärung erkennen kann. Würde man die Möglichkeit länderbezogener Leitentscheidungen dem BVerwG unter dieser Maßgabe zusprechen, ist ebenso zu beachten, dass untere Gerichte bei veränderter Lage abweichen könnten und damit die Gefahr bestünde, dass die Leitentscheidungen binnen weniger Monate obsolet würden. Dies ist vor dem Hintergrund bedenklich, dass eine andere Gestaltung schwerlich mit den Erfordernissen des BVerfG vereinbar wäre. Verglichen mit der Instituts-Lösung ist dieser Ansatz deutlich ineffektiver und behäbiger und daher abzulehnen.

¹⁴⁴ *Berlit/Dörig*, NVwZ 2017, 1481 (1482).

¹⁴⁵ Detaillierter hierzu *Mitsch/Reiling*, VerfBlog v. 16.2.2018, abrufbar unter:

<https://verfassungsblog.de/das-wissensproblem-im-asylprozess-und-wie-es-behoben-werden-kann/> (11.9.2019).

¹⁴⁶ *Berlit/Dörig*, NVwZ 2017, 1481 (1482).

¹⁴⁷ *Münch*, ZRP 2018, 193 (195).

¹⁴⁸ *Münch*, ZRP 2018, 193 (195).

3. Rückkehr zum „normalen“ Verwaltungsprozess

Andere Vorschläge zur Lösung der etwaigen Divergenz setzen nicht auf der Tatsachenebene an, sondern auf der Rechtsmittelebene. Verschiedentlich wurde in der Politik vorgeschlagen, hinsichtlich der Rechtsmittelzulassung nach §§ 78 ff. AsylG das Asylprozessrecht wieder an das normale Verwaltungsprozessrecht anzunähern oder sogar darüber hinaus zu gehen.¹⁴⁹ Im Fokus steht hierbei die Wiedereinräumung der Möglichkeit der Verwaltungsgerichte, die Berufung im Hauptsacheverfahren bzw. die Beschwerde im Eilrechtsverfahren, zuzulassen. Die jeweiligen Vorschläge führen dazu, dass das Verwaltungsgericht den Fällen grundsätzliche Bedeutung attestieren oder in ihrem Urteil von obergerichtlicher Rechtsprechung abweichen kann. Eine Möglichkeit der Zulassung auch durch die Verwaltungsgerichte im Hauptsache- und Eilverfahren soll eine Entwicklung der gefestigten und einheitlichen Rechtsprechung fördern. Die Straffung der Fallbearbeitung als vorrangiges Ziel des Asylsonderprozessrechts sehen die Gesetzesentwürfe nicht erreicht.¹⁵⁰ Daher wollen sie von diesem Sonderweg wieder abkehren. Im Hauptsacheverfahren brächte dies den Kläger in die Position, dass er nicht nur von der Ansicht des Obergerichts abhängig wäre, sondern unter Umständen vom Verwaltungsgericht, welchem der Gesetzesentwurf implizit eine gesteigerte Sachnähe zuspricht, eine das Obergericht bindende Berufungszulassung erlangt. Hinsichtlich des Eilverfahrens würde dem Kläger eine Beschwerdemöglichkeit durch die Gesetzesentwürfe erstmalig gegeben, da § 80 AsylG die Beschwerdemöglichkeit vorbehaltlich der Erfordernisse der Nichtzulassungsbeschwerde aus § 133 VwGO gar nicht erst eröffnet.

Gegen den Reformvorschlag ist anzuführen, dass im Berufungszulassungsverfahren im Rahmen der VwGO die Zahl erfolgreicher Zulassungsanträge primär von der Strenge der Obergerichte hinsichtlich der Darlegungserfordernisse abhängt.¹⁵¹ Alternativ ließe sich eine Zulassungsmöglichkeit der Obergerichte vorschlagen, bei der im öffentlichen Interesse die Darlegungshürden gesenkt wären, wobei durch Ausschluss eines hierauf bezogenen Rechtsmittels die Ausweitung der Rechtsbehelfe verhindert wäre.¹⁵² Fraglich ist hierbei jedoch, ob auf die sachnäheren Verwaltungsgerichte verzichtet werden kann.

Zusammenfassend lässt sich ein Trend zur Rückkehr zum allgemeinen Verwaltungsprozessrecht ausmachen, bisweilen sind die Vorschläge sogar überschießend (Tatsacheninstanz beim BVerwG). Die Erkenntnis, dass das Asylsonderrecht als Mittel zur Effizienzsteigerung endgültig gescheitert ist, drängt sich vor diesem Hintergrund auf.

IV. Fazit

Nach der in diesem Beitrag vorgenommenen Gesamtbetrachtung kann keinem der vorgestellten Reformansätze der Anspruch beigemessen werden, das vor über 20 Jahren wie heute gleichermaßen aufgeworfene Problem der Bewältigung

¹⁴⁹ BT-Drs. 19/1319, S. 3.

¹⁵⁰ BT-Drs. 19/1319, S. 3.

¹⁵¹ *Dietz*, NVwZ Extra 15/2018, 2 (4).

¹⁵² *Dietz*, NVwZ Extra 15/2018, 2 (4).

der hohen Zahl an Asylrechtsstreitigkeiten abschließend zu lösen.

Die Einführung einer bundesverwaltungsgerichtlichen Tatsachenbewertungskompetenz im Rahmen länderbezogener Leitentscheidungen stößt auf praktisch-kapazitäre Schwierigkeiten, die vorrangig in der fehlenden Expertise der erkennenden Bundesrichter über fremde Sachverhalte, insbesondere wegen der Gefahrenlagen in Krisengebieten, bestehen. Eine Rückkehr zum regulären Verwaltungsprozessrecht, namentlich zur Erleichterung des Zugangs zur Berufung, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht wünschenswert, zum Teil sogar geboten. Jedoch wären neben erheblichen Investitionen in Ausstattung und Personal des Justizapparats auch umfassende Gesetzesänderungen erforderlich. In naher Zukunft scheint dieser Lösungsansatz daher nicht umsetzbar, ist aber langfristig sinnvoll. Unter den in diesem Beitrag erörterten Vorschlägen stellt die Einführung einer Art „Robert-Koch-Institut“ für asylrechtsrelevante Tatsachenfragen den erstrebenswertesten dar.¹⁵³ Er sollte indes freilich nur als Anlass- und Ansatzpunkt für eine gezielte Reformierung des deutschen Asylrechts genutzt werden. Denn sei er auch nicht ausgereift, ist mit ihm die Erkenntnis verbunden, dass der Status quo den Anforderungen des Grundgesetzes nur teilweise bis gar nicht gerecht wird. Stimmen, die sämtliche Reformmaßnahmen wegen ihrer vermeintlich fehlenden Finanzierbarkeit oder deswegen abtun, weil nicht hinreichend feststehe, ob sie wirklich zielführend sind, seien mit Nachdruck daran erinnert, dass Untätigkeit noch weitaus weniger zielführender sein dürfte.

¹⁵³ Dafür plädiert in ebenfalls vorsichtigem Ton auch *Bühs*, ZAR 2018, 424 (430).

Einführung in das Medizinwirtschaftsstrafrecht

Von RA Dr. Maximilian Warntjen, Berlin, Richter auf Probe Carlo Conze, Gelnhausen

Der Begriff Medizinstrafrecht lässt häufig zunächst an Körperverletzungs- und Tötungsdelikte infolge fehlerhafter ärztlicher Behandlung und weniger an das Wirtschaftsstrafrecht denken. Nicht zuletzt durch den sog. Vertragsarztbeschluss des Großen Senats für Strafsachen des BGH¹ sowie das 2016 in Kraft getretene Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen² haben wirtschaftsstrafrechtliche Delikte wie der Abrechnungsbetrug (§ 263 StGB), die Untreue (§ 266 StGB) und Korruption (§§ 299, 299a ff., 331 ff. StGB) viel Aufmerksamkeit erfahren und an Bedeutung im Gesundheitswesen gewonnen. Sie sind damit auch für Studierende entsprechender Schwerpunktgebiete zunehmend relevant, zumal medizinwirtschaftsstrafrechtliche Fragestellungen auch schon Gegenstand von Klausuren in der zweiten juristischen Staatsprüfung waren.³ Der Beitrag vermittelt einen Überblick über die wichtigsten Straftatbestände des Medizinwirtschaftsstrafrechts.

I. Abrechnungsbetrug (§ 263 StGB)

Der sog. Abrechnungsbetrug ist das dominierende Delikt im Bereich des Medizinwirtschaftsstrafrechts. Es handelt sich um mehrere tausend Fälle jährlich, die Schadenssummen bewegen sich im zweistelligen Millionenbereich.⁴ Betroffen sind nicht nur niedergelassene Ärzte, sondern auch Krankenhäuser, Chefärzte, Apotheker, Psychotherapeuten, Pflegedienstbetreiber usw. Wenngleich § 263 StGB zu den „Examensklassikern“ gehört und Studierenden und Referendaren deshalb in seinen Einzelheiten geläufig sein dürfte, sind Klausurkonstellationen, in denen zu prüfen ist, ob sich ein Arzt bei der Honorarabrechnung strafbar gemacht haben könnte, als zugleich „exotisch“ und anspruchsvoll einzustufen. Im Folgenden wird der objektive Tatbestand des Abrechnungsbetrugs im vertrags- und privatärztlichen Bereich dargestellt. Im Hinblick auf den subjektiven Tatbestand ergeben sich grundsätzlich keine Besonderheiten, wenngleich insbesondere in der Praxis stets beachtet werden muss, dass aufgrund der Komplexität des Gebührenrechts Abrechnungsunrichtigkeiten in vielen Fällen Folge eines bloßen Versehens

oder von Fahrlässigkeit sind und es an Vorsatz bzw. rechtswidriger Bereicherungsabsicht fehlt.

1. Täuschung

Täuschen bedeutet, auf das Vorstellungsbild eines anderen mit dem Ziel einzuwirken, bei diesem eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen.⁵ Tatsachen sind solche Zustände der Gegenwart oder Vergangenheit, die dem Beweis zugänglich sind.⁶ Welche Handlung des Arztes als Täuschung im Sinne des § 263 StGB in Betracht kommt, unterscheidet sich je nachdem, ob es um privat- oder vertragsärztliche Leistungen geht, die abgerechnet werden.

Im privatärztlichen Bereich ist Anknüpfungspunkt der Täuschungshandlung die Rechnungsstellung: Wer ärztliche Leistungen gegenüber dem Privatpatienten abrechnet, erklärt nach Auffassung der Rechtsprechung nicht nur konkludent, die jeweiligen Leistungen tatsächlich erbracht zu haben, sondern auch, dass die einschlägigen gebührenrechtlichen Vorgaben, insbesondere also die Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), beachtet wurden.⁷ Diese stillschweigende Inbezugnahme des ärztlichen Gebührenrechts ist in der anwaltlichen Praxis das Einfallstor für zahlreiche anspruchsvolle gebührenrechtliche Fragen, die in Abrechnungsbetrugskonstellationen zu prüfen sind. Die Grenzen der Annahme einer konkludenten Täuschung sind dann erreicht, wenn eine Abrechnung gegenüber einem Privatpatienten auf einer vertretbaren Auslegung der Bestimmungen der GOÄ beruht.⁸ Große Bedeutung hat dabei z.B. die Bestimmung des § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ, wonach der Arzt ärztliche Leistungen nur dann als eigene Leistungen abrechnen darf, wenn er sie selbst erbracht hat oder sie unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden. Welche Anforderungen etwa an die „Aufsicht“ des Arztes, z.B. bei der Erbringung von sog. Speziallaboruntersuchungen⁹, zu stellen sind, ist heillos umstritten und höchstrichterlich noch nicht geklärt.¹⁰

* Der Autor Warntjen ist Fachanwalt für Strafrecht und Fachanwalt für Medizinrecht und Partner einer auf das Medizinrecht spezialisierten Kanzlei in Berlin. Der Autor Conze ist Richter auf Probe am Amtsgericht Gelnhausen und war Stationsreferendar in dieser Kanzlei.

¹ BGH NJW 2012, 2530 m. Bespr. Hecker, JuS 2012, 852.

² BGBl. I 2016, S. 1254; ausführlich Tsambikakis, medstra 2016, 131; Graalman-Scheerer, MedR 2017, 601; Dann/Scholz, NJW 2016, 2077.

³ Referendare der Berliner Examenskampagne August 2011 mussten sich mit der Frage der Strafbarkeit eines Arztes auseinandersetzen, der sich gegenüber einer Pharmafirma für einen Betrag von 11.475,- € verpflichtet hatte, ausschließlich Präparate dieser Firma zu verordnen.

⁴ Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 5. Aufl. 2015, Rn. 1075 m.w.N.

⁵ Beukelmann, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 41. Ed., Stand: 1.2.2019, § 263 Rn. 9; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 263 Rn. 6.

⁶ Tiedemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 9.

⁷ BGH NJW 2012, 1377; zustimmend Dann, NJW 2012, 2001 (2002); kritisch Geiger/Schneider, GesR 2013, 7.

⁸ Dann, NJW 2012, 2001 (2002); zu den Voraussetzungen und Grenzen einer konkludenten Täuschungshandlung in Fällen des Abrechnungsbetrugs vgl. ferner Braun, NZS 2016, 897 sowie Kaltenhäuser, MedR 2015, 881.

⁹ Gercke/Leimenstoll, MedR 2010, 695; Peikert, MedR 2000, 352; Taupitz/Neikes, MedR 2008, 121, Warntjen, medstra 2017, 28.

¹⁰ Vgl. Spickhoff, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 4 GOÄ Rn. 2 ff. m.w.N.

Der gesetzlich versicherte Patient erhält dagegen von seinem Arzt bekanntermaßen keine Rechnung über die erbrachten ärztlichen Leistungen. Dies hängt mit den Besonderheiten des sog. Vertragsarztrechts (früher: Kassenarztrecht) zusammen. Nur Ärzte, die zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen sind, dürfen GKV-Versicherte zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung behandeln. Mit der Zulassung wird der Vertragsarzt dann automatisch Mitglied der Kassenärztlichen Vereinigung (KV). Die KV wiederum erhält von den Krankenkassen die zuvor ausgehandelte sog. Gesamtvergütung¹¹ und verpflichtet sich im Gegenzug, die Versorgung der gesetzlich versicherten Patienten sicherzustellen. Die Gesamtvergütung wird dann von der KV quartalsweise unter den Ärzten verteilt. Grundlage dieser sozusagen internen Verteilung ist die quartalsweise eingereichte Honorarabrechnung des Vertragsärzte. Abrechnungsgrundlage ist die Gebührenordnung des sog. Einheitlichen Bewertungsmaßstabs (EBM). Nach diesem wird beispielsweise ein Hausbesuch derzeit mit 22,59 € vergütet (Ziffer 01410 EBM).

Im Zuge der quartalsweisen Abrechnung seiner Leistungen unterschreibt der Vertragsarzt die sog. Sammelerklärung. In dieser versichert er ausdrücklich, dass die Abrechnung sachlich richtig, vollständig und korrekt ist. Die KV erlässt anschließend einen Honorarbescheid und zahlt das Honorar an den Vertragsarzt aus.

Aus diesem Ablauf folgt, dass Anknüpfungspunkt für eine Täuschungshandlung im Sinne des § 263 StGB die Abgabe einer unrichtigen Sammelerklärung durch den Vertragsarzt ist.¹² Beinhaltet die Quartalsabrechnung nämlich entgegen der ausdrücklichen Zusicherung in der Sammelerklärung ärztliche Leistungen, die in Wirklichkeit gar nicht oder jedenfalls nicht vollständig oder gebührenrechtskonform erbracht wurden, liegt eine Täuschungshandlung vor.¹³

2. Irrtum

Ein *Irrtum* liegt vor bei einem Widerspruch zwischen einer subjektiven Vorstellung und der Wirklichkeit.¹⁴ Was die privatärztliche Abrechnung betrifft, ist der Patient als Rechnungsempfänger die potentiell irrende Person.¹⁵ Dies wird in der Literatur allerdings bezweifelt: Da dem Patienten zumeist der gebührenrechtliche Sachverstand fehle, die ärztliche Abrechnung zu beurteilen und er diese ohnehin in aller Regel zwecks Kostenerstattung (§ 192 VVG) an seine Krankenkasse weiterreiche, mache er sich schlicht überhaupt keine

¹¹ Hierzu *Freudenberg*, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), juris Praxiskommentar zum SGB V, 3. Aufl. 2016, § 85 Rn. 32 ff. (44 ff.).

¹² BGH StV 2018, 286.

¹³ BGH NStZ 1993, 388; auch hier nimmt die Rechtsprechung eine konkludente Täuschung an, da der Arzt mit seiner Abrechnung stillschweigend erkläre, dass seine Leistungen nach dem EBM abrechenbar seien.

¹⁴ *Beukelmann* (Fn. 5), § 263 Rn. 23.

¹⁵ BGH NJW 2012, 1377 m. Bespr. *Dann*, NJW 2012, 2001; in den Fällen von Wahlarztvereinbarungen unterliegt der Privatpatient in der Regel keinem Irrtum, vgl. *Ulsenheimer* (Fn. 4), Rn. 1142 ff.

Gedanken über die Richtigkeit der Rechnung. Nach den Grundsätzen der *ignorantia facti* sei deshalb nicht von einem Irrtum auszugehen.¹⁶

Beim *vertragsärztlichen* Abrechnungsbetrug ist auf den Sachbearbeiter der KV abzustellen, der die Abrechnungsunterlagen des Vertragsarztes prüft.¹⁷ Aufgrund der massenhaft zu erledigenden Abrechnungsprüfungen ist dabei anerkannt, dass der KV-Mitarbeiter sich keine konkreten Vorstellungen zur Abrechenbarkeit der einzelnen Abrechnungspositionen machen muss. Es genügt ein sog. sachgedankliches Mitbewusstsein dahingehend, dass die Abrechnung des Vertragsarztes „in Ordnung“ sei.¹⁸ Selbst in Konstellationen, in denen der Sachbearbeiter trotz eines Verdachts einer Falschabrechnung eine Auszahlung vornimmt, liegt nach Ansicht des BGH gleichwohl eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung vor.¹⁹ Es genüge, dass der Sachbearbeiter die Wahrheit der durch den abrechnenden Arzt behaupteten Tatsache zumindest für möglich halte.²⁰

3. Vermögensverfügung

Unter einer Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen zu verstehen, das unmittelbar zu einer Vermögensminderung im wirtschaftlichen Sinn führt.²¹ Verfügender ist im Falle der privatärztlichen Abrechnung der Patient, der die Rechnung ausgleicht. In vertragsärztlichen Betrugskonstellationen verfügt der für die Quartalsabrechnung zuständige Sachbearbeiter der KV, indem er die Honorarauszahlung an den Vertragsarzt freigibt.

4. Vermögensschaden

Ob ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB eingetreten ist, wird nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung ermittelt.²² Voraussetzung eines Vermögensschadens ist, dass bei einem Vergleich der Vermögenslage vor und nach der Verfügung ein negativer Saldo vorliegt, die Vermögensminderung also nicht durch den Zufluss eines Äquivalents kompensiert wurde.²³

¹⁶ *Stirner*, Der privatärztliche Abrechnungsbetrug, 2015, S. 129 m.w.N.

¹⁷ *Ulsenheimer* (Fn. 4), Rn. 1104; eine Irrtumserregung durch den unwirtschaftlich verordnenden Arzt gegenüber dem Heilmittel ausgebenden Apotheker lässt sich hingegen nicht begründen, da der Apotheker nicht der „medizinische Obergutachter“ des Vertragsarztes hinsichtlich der Einhaltung dessen vertragsärztlicher Pflichten sei und nicht prüfe, ob die verordneten Leistungen auch notwendig seien, vgl. BGH NJW 2004, 454.

¹⁸ BGH NStZ 2007, 213; gleiches gilt insoweit für die Prüfung einer Abrechnung eines Apothekers, vgl. BGH NStZ 2015, 341.

¹⁹ BGH NJW 2003, 1198 (2000) m. Bespr. *Idler*, JuS 2004, 1037.

²⁰ BGH NJW 2003, 1198 (2000).

²¹ *Beukelmann* (Fn. 5), § 263 Rn. 31.

²² BGH NStZ 2016, 280.

²³ *Fischer* (Fn. 5), § 263 Rn. 111.

Rechnet der Arzt Leistungen ab, die er tatsächlich gar nicht erbracht hat („Luftleistungen“), so bereitet die Annahme eines Vermögensschadens keine Schwierigkeiten. Dem Honorar steht kein Äquivalent gegenüber, was in der Saldierung Berücksichtigung finden könnte.

Schon schwieriger sind Konstellationen zu beurteilen, in denen der Arzt durchaus tätig wird, er seine Leistung aber z.B. bewusst einer höherwertigen Gebührenordnungsziffer zuordnet. Hier könnte man daran denken, lediglich die Differenz zwischen niedrigwertiger Ziffer, deren Abrechnungsvoraussetzungen erfüllt sind, und der tatsächlich abgerechneten „teureren“ Ziffer als Vermögensschaden zu begreifen. Vergleichbar stellt sich der Fall dar, dass der Arzt Leistungen abrechnet, die er – trotz entsprechender Verpflichtung – nicht persönlich erbringt, sondern z.B. von einer Sprechstundenhilfe oder einem anderem Arzt durchführen lässt.²⁴ Gerade wenn es sich um eine in medizinischer Hinsicht einwandfrei erbrachte Leistung handelt, liegt auf dem Boden der Gesamtsaldierungslehre nahe, ihr einen wirtschaftlichen Wert zuzusprechen und sie als Vermögenszufluss bei der Schadensermittlung zu berücksichtigen.

Die Rechtsprechung sieht dies anders. Das Bundessozialgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass unter Verstoß gegen sozialrechtliche Vorgaben erbrachte ärztliche Leistung keinerlei wirtschaftlichen Wert haben und völlig wertlos sind (sog. streng formale Betrachtungsweise des Sozialrechts).²⁵ Strafrechtlich führt diese von der Literatur²⁶ heftig kritisierte Auffassung zur Annahme eines Vermögensschadens.²⁷

Der BGH überträgt die streng formale Betrachtungsweise des Sozialrechts auch auf die privatärztliche Abrechnung.²⁸ Unter Verstoß gegen die Vorgaben der GOÄ erbrachte ärztliche Leistungen sind wirtschaftlich wertlos und nicht schadensmindernd in die Saldierung einzustellen, unabhängig davon, ob sie medizinisch korrekt durchgeführt wurden. In der Literatur stößt diese Rechtsprechung vor dem Hintergrund jüngerer Entscheidungen des BVerfG²⁹, nach denen eine normative Betrachtungsweise im Hinblick auf die Bestimmtheit des Tatbestands (Art. 103 Abs. 2 GG) die wirtschaftliche nicht überlagern oder gar verdrängen dürfe, auf breite Kritik.³⁰ Im Kern wird beanstandet, dass der BGH der Schadensermittlung

ausschließlich normative Gesichtspunkte zugrunde lege.³¹ Die durch das BVerfG geforderte wirtschaftlich bezifferbare Schadensbestimmung bleibe hingegen gänzlich außer Betracht. Auf der Grundlage der Rechtsprechung des BGH kommt es – durch die Anwendung der streng formalen Betrachtungsweise – zu einer Deckungsgleichheit zwischen Täuschung und Vermögensschaden.³² Dem Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens fehlt es damit an einer eigenständigen Bedeutung, was wiederum dazu führt, dass es seine wesentliche verfassungsrechtliche Funktion, als Tatbestandsmerkmal den Betrugstatbestand zu begrenzen,³³ nicht mehr erfüllen kann.

Der BGH versucht, diesen Konflikt mit der Rechtsprechung des BVerfG in nicht überzeugender Weise damit zu umgehen, indem er feststellt, dass die materiell-rechtlichen Normen zur Abrechenbarkeit einer Leistung zugleich deren wirtschaftlichen Wert bestimmen.³⁴ Normative Gesichtspunkte allein sind jedoch im Kontext der Rechtsprechung des BVerfG³⁵ nicht geeignet, den wirtschaftlichen Wert einer Leistung zu bestimmen. Vielmehr sind normative und wirtschaftliche Zusammenhänge bei der Bestimmung des Vermögensschadens differenziert zu betrachten. Es ist daher folgerichtig, wenn *Dann* diese Argumentation als „verfassungswidrigen Kunstgriff“³⁶ bezeichnet. Den Erfordernissen der Rechtsprechung des BVerfG wäre nur dann hinreichend Rechnung getragen, wenn durch das Strafgericht untersucht würde, ob die abgerechnete Leistung tatsächlich einen wirtschaftlichen Gehalt aufweist.³⁷

II. Untreue (§ 266 StGB)

Eine Strafbarkeit wegen Untreue nach § 266 StGB kommt in Betracht, wenn der Vertragsarzt bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln das in § 12 SGB V normierte Wirtschaftlichkeitsgebot verletzt. Das Wirtschaftlichkeitsgebot verlangt, dass die Leistungen des Vertragsarztes ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sind und das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Es sichert damit die Stabilität und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems ab.³⁸

Voraussetzung für sowohl die Missbrauchs- als auch die Treuebruchvariante der Untreue ist nach h.M. das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht.³⁹ Eine solche liegt dann vor, wenn den Täter eine besonders herausgehobene Pflicht trifft, Vermögensinteressen eines Dritten zu betreuen und

²⁴ Vgl. *Braun*, ZJS 2014, 35 (36 f.).

²⁵ Vgl. nur BSGE 106, 110.

²⁶ *Mahler*, wistra 2013, 44; *Schneider*, in: *Wienke/Janke/Kramer* (Hrsg.), *Der Arzt im Wirtschaftsstrafrecht*, 2011, S. 57; *Stein*, MedR 2001, 124 (131); *Weidhaas*, in: *Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltverein* (Hrsg.), *Festschrift der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht*, 2018, S. 371.

²⁷ Ständige Rechtsprechung, vgl. BGH NStZ 1995, 85; OLG Koblenz MedR 2001, 144 (145).

²⁸ BGH NJW 2012, 1377 m. Bespr. *Dann*, NJW 2012, 2001.

²⁹ BVerfG NJW 2010, 3209; BVerfG NJW 2013, 365.

³⁰ *Dann*, NJW 2012, 2001; *Saliger/Tsambikakis*, MedR 2013, 284 (286); *Schuhr*, in: *Spickhoff* (Fn. 10), StGB § 263 Rn. 44; *Tiedemann*, JZ 2012, 525; *Ulsenheimer* (Fn. 4), Rn. 1121.

³¹ Dabei betont der BGH unter Hinweis auf das BVerfG selbst, dass normative Gesichtspunkte die wirtschaftliche Betrachtung bei der Bestimmung des Vermögensschadens nicht verdrängen dürfen, BGH NJW 2012, 1377 (1382).

³² *Schneider* (Fn. 26), S. 65.

³³ BVerfG NJW 2012, 907 (916).

³⁴ BGH NJW 2012, 1377 (1383).

³⁵ BVerfG NJW 2012, 907 (916).

³⁶ *Dann*, NJW 2012, 2001 (2002).

³⁷ *Braun*, ZJS 2014, 35 (40); *Schneider* (Fn. 26), S. 65.

³⁸ BSG NZS 2006, 249.

³⁹ BGH NJW 2006, 522 m. Bespr. *Jahn*, JuS 2006, 379.

drohende Vermögensnachteile von diesem abzuwenden.⁴⁰ Diese Pflicht muss als Hauptpflicht und nicht nur beiläufig bestehen.⁴¹

Der 4. Strafsenat des BGH bejaht eine solche Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes.⁴² Sie folgt aus seiner Befugnis, den gesetzlichen Leistungsanspruch des Versicherten gegenüber seiner Krankenkasse zu konkretisieren und seiner Verpflichtung, das Wirtschaftlichkeitsgebot zu beachten. Die Befolgung des Wirtschaftlichkeitsgebots, der „Zentralvorschrift des Rechts der GKV“, ist nämlich eine der Hauptpflichten des Vertragsarztes gegenüber der Krankenkasse, da sie die Wahrung der Vermögensinteressen der Krankenkassen bezweckt. Der Vertragsarzt ist daher als „Sachwalter der Kassenfinanzen insgesamt“ anzusehen.⁴³

Praktisch kommt eine Untreue-Strafbarkeit des Vertragsarztes etwa in Betracht, wenn Heilmittel ohne jegliche medizinische Indikation in der Kenntnis verordnet werden, dass die verordneten Leistungen nicht erbracht, aber gegenüber den Krankenkassen abgerechnet werden sollen⁴⁴ oder umsatzbezogene Rückvergütungen („kick-backs“) für die Verordnung von Medikamenten von dem jeweiligen Lieferanten entgegengenommen werden.⁴⁵

III. Korruptionsdelikte

Seit dem 4.6.2016 sind mit den §§ 299a ff. StGB speziell auf die Korruption im Gesundheitswesen zugeschnittene Straftatbestände in Kraft.⁴⁶ Hintergrund war der sog. Vertragsarztbeschluss des *Großen Senats*,⁴⁷ wonach weder die Amtsdelikte (§§ 331 ff. StGB), noch die „Beauftragtenbestechung“ (§ 299 StGB) auf den niedergelassenen Vertragsarzt anzuwenden ist. Der niedergelassene Vertragsarzt war damit kein tauglicher Täter eines Korruptionsdelikts. Der Gesetzgeber sah sich daraufhin gehalten, diese Strafbarkeitslücke durch das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen zu schließen. Ärzte, die – z.B. als Beschäftigte in Krankenhäusern, die sich in öffentlicher Trägerschaft befinden⁴⁸ – als Amtsträger zu qualifizieren sind, können sich darüber hinaus auch nach den §§ 331 ff. StGB strafbar machen.

⁴⁰ Fischer (Fn. 5), § 266 Rn. 35; *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 266 Rn. 33.

⁴¹ BGH NJW 2017, 578.

⁴² BGH NJW 2016, 3253; kritisch *Hinderer*, *StraFo* 2016, 481 (482); *Kusnik/Mandera*, *medstra* 2017, 43; *Schneider*, *HRRS* 2017, 231 (233).

⁴³ BGH NJW 2016, 3253.

⁴⁴ BGH NJW 2016, 3253.

⁴⁵ BGH NStZ 2004, 568.

⁴⁶ Ausführlich *Warntjen*, in: *Rieger/Dahm/Katzenmeier/Stellpflug/Ziegler* (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar zum Arzneimittel-, Krankenhaus- und Medizinrecht*, 69. Akt., Stand: Juli 2017, Stichwort „Korruption“ Rn. 46 ff.

⁴⁷ BGH NJW 2012, 2530 m. Bespr. *Hecker*, *JuS* 2012, 852.

⁴⁸ *Ulsenheimer* (Fn. 4), Rn. 990.

1. Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen (§§ 299a, 299b StGB)

Die §§ 299a, 299b StGB sind, wie alle Korruptionsdelikte des StGB, spiegelbildlich aufgebaut: § 299a StGB normiert mit der Bestechlichkeit im Gesundheitswesen die Strafbarkeit der Nehmerseite. Danach macht sich ein Heilberufsangehöriger strafbar, der im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten (Nr. 1), bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind (Nr. 2) oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial (Nr. 3) einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge. § 299b StGB (Bestechung im Gesundheitswesen) richtet sich an die Geberseite.

Die Straftatbestände verfolgen nach dem Willen des Gesetzgebers einen doppelten Rechtsgüterschutz: Zum einen soll der lautere Wettbewerb im Gesundheitswesen geschützt werden, zum anderen das Vertrauen der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen.⁴⁹

a) Täter

Die Bestechung im Gesundheitswesen kann von jedermann verübt werden kann. Die Bestechlichkeit nach § 299a StGB ist dagegen ein Sonderdelikt: Strafbar machen können sich nur Angehörige eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert. Hierzu gehören neben Ärzten auch Apotheker, Zahnärzte, Psychotherapeuten, Tierärzte auch die Angehörigen der sog. Gesundheitsfachberufe, also z.B. Logopäden, Hebammen, medizinisch-technische Assistenten und Krankenpfleger.⁵⁰

b) Vorteil

Unter einem Vorteil ist jede Verbesserung der wirtschaftlichen, rechtlichen oder persönlichen Lage zu verstehen, auf die der Täter keinen Rechtsanspruch hat.⁵¹ Der Vorteilsbegriff entspricht dem der §§ 299, 331 ff. StGB. Eine Bagatellgrenze existiert nicht, allenfalls sozialadäquate Zuwendungen sind nicht als tatbestandsmäßiger Vorteil zu begreifen.⁵² Mit Blick auf das von vielfältigen Formen der Zusammenarbeit zwischen verschiedenen Leistungserbringern und Akteuren geprägte Gesundheitswesen ist von Bedeutung, dass bereits der Abschluss eines Vertrags einen Vorteil darstellt – unabhängig davon, ob dieser für die eine oder andere Vertragspartei be-

⁴⁹ BT-Drs. 18/8106, S. 18.

⁵⁰ Zudem werden die sog. Gesundheitsfachberufe wie Hebammen, Physiotherapeuten oder medizinisch-technische Assistenten von der Norm erfasst, vgl. BT-Drs. 18/6446, S. 17; *Warntjen* (Fn. 46), Stichwort „Korruption“ Rn. 46.

⁵¹ BGH NStZ-RR 2015, 178; BT-Drs. 18/6446, S. 17.

⁵² BT-Drs. 18/6446, S. 17; *Fischer* (Fn. 5), § 331 Rn. 11c.

sonders günstig (z.B. aufgrund einer unverhältnismäßig hohen Vergütung) ist.⁵³ Wenn somit auch innerhalb grundsätzlich zulässiger Kooperationen eine Vorteilszuwendung im Sinne der §§ 299a ff. StGB erfolgt, so bedeutet dies ein abstrakt erhöhtes Strafbarkeitsrisiko.⁵⁴

c) Tathandlung

Auf der Nehmerseite ist ein Fordern, Annehmen oder Sich-Versprechen-Lassen des Vorteils die Tathandlung, der Geber muss den Vorteil anbieten, versprechen oder gewähren. Fordern bedeutet das ausdrückliche oder konkludente Begehren eines Vorteils,⁵⁵ Annehmen dessen tatsächlichen Empfang.⁵⁶ Ein Sich-Versprechen-Lassen bzw. Versprechen setzt die Übereinkunft beider Parteien im Sinne einer Unrechtsvereinbarung voraus.⁵⁷ Anbieten ist jede Erklärung, mit der dem Heilberufsangehörigen oder einem Dritten ein Vorteil in Aussicht gestellt wird.⁵⁸ Versprechen bedeutet die Zusage und das Gewähren die tatsächliche Zuwendung eines Vorteils.⁵⁹

d) Unrechtsvereinbarung

Für eine Strafbarkeit ist allein die Annahme oder Zuwendung eines Vorteils nicht ausreichend, sie muss vielmehr die Gegenleistung für eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb in Gestalt einer der in der in den Nrn. 1 bis 3 genannten Handlungen darstellen. Anders als i.R.d. §§ 331 ff. StGB genügt es also nicht, dass mit der Vorteilszuwendung lediglich das allgemeine Wohlwollen des Vorteilsnehmers erkaufte werden soll (sog. gelockerte Unrechtsvereinbarung).⁶⁰

Verordnen (Nr. 1) ist die Verschreibung von Arzneimitteln, Heil- und Hilfsmitteln und Medizinprodukten zugunsten von Patienten, wobei es nicht darauf ankommt, ob eine Verschreibungspflicht existiert.⁶¹

Bezug (Nr. 2) meint jede Form des Sich-Verschaffens, ohne Rücksicht darauf, ob dies auf eigene oder fremde Rechnung erfolgt.⁶² Erforderlich ist weiterhin, dass die bezogenen Arznei-, Heil-, Hilfsmittel oder Medizinprodukte zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind. Exemplarisch nennt die Gesetzesbegründung hier Prothesen oder Implantate.⁶³ Die unmittelbare Anwendung muss dabei nicht durch

den Heilberufsangehörigen erfolgen, ausreichend ist, dass einer seiner Berufshelfer für ihn handelt.⁶⁴

Unter Zuführung (Nr. 3) ist jede Einwirkung auf den Patienten mit der Absicht zu verstehen, dessen Auswahl eines Arztes oder eines anderen Leistungserbringers zu beeinflussen.⁶⁵ Erfasst werden Zuweisungen, Überweisungen, Verweisungen und Empfehlungen.⁶⁶

Schließlich erfordert der Tatbestand, dass sich die Unrechtsvereinbarung auf eine unlautere Bevorzugung eines anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb beziehen muss. Eine Bevorzugung ist unlauter, wenn sie geeignet ist, Mitbewerber durch Umgehung der Regeln des Wettbewerbs und durch Ausschaltung der Konkurrenz zu schädigen.⁶⁷ Dies ist immer dann der Fall, wenn die Entscheidung zwischen den Wettbewerbern auf sachfremden Erwägungen beruht. Eine Unlauterkeit liegt dagegen nicht vor, wenn die Bevorzugung nach berufsrechtlichen Vorschriften zulässig ist.⁶⁸ Die Gesetzesbegründung verweist an dieser Stelle beispielhaft auf die Durchführung von vor- und nachstationären Behandlungen gem. § 115a SGB V, die ambulanten Behandlungen nach § 115b SGB V, die ambulante spezialfachärztliche Versorgung gem. § 116 SGB V, die integrierte Versorgung gem. §§ 140a ff. SGB V und die durch einen Vertragsarzt vorgenommenen Operationen.⁶⁹ Allerdings kann allein die Einkleidung einer Zusammenarbeit in das rechtliche Gewand einer der vorgenannten Kooperationsformen nicht dazu führen, dass eine Unlauterkeit von vornherein ausscheidet.⁷⁰ Wird etwa festgestellt, so der Gesetzgeber, dass das im Zuge einer Kooperation gezahlte Entgelt nicht entsprechend dem Wert der erbrachten heilberuflichen Leistung in wirtschaftlich angemessener Höhe nachvollziehbar festgelegt wird und eine verdeckte Zuweisungsprämie enthält, so handelt es sich um eine unlautere Zuwendung im Sinne des §§ 299a ff. StGB.⁷¹

Die Unlauterkeit kann auch dann entfallen, wenn es aufgrund einer Monopolstellung eines Unternehmens schon gar keinen Wettbewerb gibt. Der Gesetzgeber geht aber davon aus, dass auch die Vorteilsgewährung zwecks Absicherung einer Monopolstellung wettbewerbsrelevant ist.⁷²

2. Amtsdelikte (§§ 331 ff. StGB)

Nachdem die meisten Akteure des Gesundheitswesens dem Anwendungsbereich der §§ 299a ff. StGB unterfallen, ist die Bedeutung insbesondere der Amtsdelikte für das Medizinwirtschaftsstrafrecht geringer geworden. Auf Vertragsärzte sind diese ohnehin nicht anwendbar,⁷³ erfasst sind somit im

⁵³ BT-Drs. 18/6446, S. 17.

⁵⁴ Teubner/Rübenstahl, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 2017, § 299a StGB Rn. 30.

⁵⁵ BGH NJW 1957, 1078.

⁵⁶ Fischer (Fn. 5), § 299 Rn. 30.

⁵⁷ Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 40), § 299 Rn. 33.

⁵⁸ Fischer (Fn. 5), § 299 Rn. 32.

⁵⁹ Tsambikakis, medstra 2016, 131.

⁶⁰ BT-Drs. 18/6446, S. 18.

⁶¹ BT-Drs. 18/6446, S. 20.

⁶² BT-Drs. 18/6446, S. 22.

⁶³ BT-Drs. 18/8106, S. 14.

⁶⁴ BT-Drs. 18/8106, S. 15.

⁶⁵ BT-Drs. 18/6446, S. 20.

⁶⁶ BT-Drs. 18/6446, S. 20.

⁶⁷ BT-Drs. 18/6446, S. 18.

⁶⁸ BT-Drs. 18/6446, S. 21.

⁶⁹ BT-Drs. 18/6446, S. 18; siehe hierzu auch Halbe, MedR 2018, 168.

⁷⁰ Vgl. Teubner/Rübenstahl (Fn. 54), § 299a StGB Rn. 45.

⁷¹ BT-Drs. 18/6446, S. 18.

⁷² Teubner/Rübenstahl (Fn. 54), § 299a StGB Rn. 43 m.w.N.

⁷³ BGH NJW 2012, 2530 m. Bespr. Hecker, JuS 2012, 852.

Wesentlichen nur Ärzte in Krankenhäusern, die sich in öffentlicher Trägerschaft befinden, oder die einen formellen Beamtenstatus haben.⁷⁴

IV. Fazit

Charakteristisch für das Medizinwirtschaftsstrafrecht in Ausbildung und Praxis ist die Verbindung von einerseits Fragestellungen aus dem bekannten Kernstrafrecht (z.B. § 263 oder § 266 StGB) und andererseits speziellen Vorschriften, die häufig auch ein gewisses Grundverständnis von Aufbau und Funktionsweise des deutschen Gesundheitssystems erfordern. In der (Verteidigungs-)praxis tritt die Besonderheit hinzu, dass stets die außerstrafrechtlichen Begleit- und Folgeverfahren für den Beschuldigten zu beachten sind. Im Zusammenhang mit strafrechtlichen Ermittlungen kommt es nämlich regelmäßig nicht nur zu zivil- oder sozialrechtlichen Regressverfahren, sondern auch berufs-, disziplinar- und approbationsrechtliche Konsequenzen drohen und müssen bei der Festlegung der Verteidigungsstrategie bedacht werden. Diese Komplexität macht die Schwierigkeit, aber auch den besonderen Reiz des Medizinwirtschaftsstrafrechts aus.

⁷⁴ Ausführlich *Ulsenheimer* (Fn. 4), Rn. 990 ff.; *Wartjen* (Fn. 46), Stichwort „Korruption“ Rn. 74 ff.

Examensklausur: Lust zu tauschen oder Lust zu täuschen?*

Von Prof. Dr. Beate Gsell, Akad. Rat a.Z. Dr. Matthias Fervers, München**

Sachverhalt

Viktoria (V) und Katharina (K) sind beide Fans der längst aufgelösten legendären B-Band und sammeln deren Schallplatten. Viktoria, die gerne Aufnahmen aus den 50er Jahren hört, bietet Katharina den in ihrer, Viktorias, Sammlung befindlichen zwölf Schallplatten umfassenden Satz sämtlicher Aufnahmen der B-Band aus den 70er Jahren (nachfolgend: „70er Satz“) zum Tausch gegen den ebenfalls zwölf Schallplatten zählenden, Katharina gehörenden Satz der gesamten Aufnahmen aus den 50er Jahren (nachfolgend: „50er Satz“) an. Beide Sätze werden zu diesem Zeitpunkt am Markt etwa zum gleichen Preis gehandelt. Katharina akzeptiert das Tauschangebot. Einen Tag, nachdem das Geschäft vollzogen wurde, sieht Katharina sich den 70er Satz genauer an. Zu ihrem Entsetzen stellt sie fest, dass eine der Schallplattenhüllen leer ist. Ihrer Mutter (M), die gerade zu Besuch ist und ohnehin auf eine Idee für ein Geburtstagsgeschenk für Katharina gewartet hat, gelingt es, die fehlende Schallplatte zu besorgen und Katharina damit am nächsten Tag, ihrem Geburtstag, zu überraschen.

Einige Monate später meldet sich Daniel (D) bei Katharina und teilt ihr wahrheitsgemäß mit, der 70er Satz, den Viktoria an Katharina geliefert habe, habe in Wirklichkeit ihm gehört. Er habe diese Sammlung auf dem Flohmarkt erworben und an die mit ihm befreundete Viktoria verliehen. Daniel erklärt, er werde sein Eigentum unter keinen Umständen Viktoria oder Katharina zur Verfügung stellen. Katharina ist schockiert und verlangt von Viktoria unter Verweis darauf, dass Viktoria ihr möglicherweise gar kein Eigentum an dem 70er Satz habe verschaffen können, Rückgewähr des 50er Satzes und erklärt sich im Gegenzug zur Rückgewähr des (unvollständigen) 70er Satzes bereit. Davon abgesehen sei sie auch deshalb zur Rückabwicklung berechtigt, weil in dem ihr überlassenen 70er Satz eine Schallplatte gefehlt habe.

Viktoria weist das gesamte Ansinnen zurück. Daniel habe für sie in der Vergangenheit mehrfach Schallplatten auf dem Flohmarkt gekauft, manchmal habe er ihr auch Platten geliehen, offenbar habe sie hier etwas durcheinandergebracht. Dass Katharina nun nachträglich erfahren habe, dass tatsächlich Daniel Eigentümer der Aufnahmen war, sei für sie doch egal. Im Übrigen macht Viktoria geltend, sie habe nicht gewusst, dass der 70er Satz unvollständig gewesen sei, sie wisse auch nicht, wo die fehlende Schallplatte hingekommen sei. Hätte Katharina ihr dies aber früher gesagt, so hätte sie selbst Ersatz für die fehlende Scheibe organisiert und geliefert. Dass Katharinas Mutter bereits Ersatz beschafft habe, könne nicht

zu ihren Lasten gehen, zumal sie, Viktoria, mit der Erfüllung ihrer Verpflichtungen durch Katharinas Mutter nie einverstanden gewesen sei.

Abwandlung

Aufgrund des vorstehend geschilderten Sachverhalts hat Katharina gegen Viktoria Klage auf Rückgewähr des 50er Satzes erhoben. Die Klage wurde rechtskräftig abgewiesen. Einige Zeit später lernt Katharina Wolfgang (W) kennen, der mit Viktoria in einer Wohngemeinschaft lebt und Katharina wahrheitsgemäß berichtet, dass er und Viktoria am Abend vor dem Geschäftsschluss zwischen Viktoria und Katharina gemeinsam die Scheiben der 70er-Jahre-Sammlung angehört und dabei das Fehlen der Schallplatte bemerkt hätten. Viktoria habe Katharina das Fehlen der Schallplatte wissentlich verschwiegen.

Katharina ruft daraufhin sofort bei Viktoria an und teilt ihr mit, dass sie aufgrund dieser neuen Erkenntnisse erst recht nichts mehr von dem Geschäft mit ihr wissen wolle. Sie erklärt sich wiederum zur Rückgewähr des (unvollständigen) 70er Satzes bereit. Nachdem Viktoria weiterhin nicht zur Rückgewähr des 50er Satzes bereit ist, möchte Katharina erneut Klage gegen Viktoria auf Rückgewähr des 50er Satzes erheben.

Aufgabenstellung

In einem Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, sind in der vorgegebenen Reihenfolge folgende Fragen zu beantworten:

Zum Ausgangsfall

1. Hat Katharina einen Anspruch gegen Viktoria auf Rückgewähr des 50er Satzes?
2. Angenommen, Daniel erhebt Klage gegen Katharina auf Herausgabe des 70er Satzes: Erläutern Sie, wie und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen sich Katharina, die eine Klage ihrerseits gegen Viktoria auf Rückgewähr des 50er Satzes vom Ausgang des Prozesses mit Daniel abhängig machen möchte, dagegen schützen kann, dass die Frage des Eigentums des Daniel am 70er Satz im aktuellen Prozess mit Daniel anders beurteilt wird als im Rahmen einer etwaigen späteren Klage der Katharina gegen Viktoria. Wie würde sich ein solches Vorgehen der Katharina in einem etwaigen späteren Prozess der Katharina gegen Viktoria auswirken?

Zur Abwandlung

1. Hat Katharina in dieser Fallkonstellation einen Anspruch gegen Viktoria auf Rückgewähr des 50er Satzes?
2. Wäre eine erneute Klage der Katharina gegen Viktoria auf Rückgewähr des 50er Satzes zulässig?

Bearbeitervermerk

Schadensersatz- und Nutzungsersatzansprüche sowie deliktische Ansprüche sind nicht zu prüfen und bleiben bei der Be-

* Bei der Aufgabenstellung handelt es sich um eine Prüfungsaufgabe der Ersten Juristischen Staatsprüfung aus dem Prüfungstermin 2016/2 in Bayern.

** Prof. Dr. Beate Gsell ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Dr. Matthias Fervers ist Akad. Rat a.Z. an diesem Lehrstuhl.

arbeitung der Aufgaben außer Betracht. Auch die §§ 578 ff. ZPO bleiben für die Bearbeitung außer Betracht.

Lösungsvorschlag zu Frage 1 zum Ausgangsfall

I. Anspruch der K gegen V auf Rückgabe und Rücküber- eignung des 50er Satzes nach §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4, Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB aufgrund Wegfalls der Gegen- leistungspflicht wegen fehlender Eigentumsverschaffung an dem 70er Satz

Hinweis: Die Prüfung muss nicht zwingend mit Anspruchsgrundlagen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts begonnen werden. Es ist nicht negativ zu bewerten, wenn die Anspruchsgrundlagen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts (vgl. Lösungsvorschlag zu Frage 1 zum Ausgangsfall, I. und II.) von Bearbeitern, die eine fehlende Eigentumsverschaffung als Rechtsmangel gem. § 435 S. 1 BGB einordnen (siehe hierzu ausführlich unten), nicht gesondert geprüft werden.

K könnte gegen V einen Anspruch auf Rückgabe und Rücküber-
eignung des 50er Satzes gem. §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4,
Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB haben. Das wäre der Fall, wenn ein
gegenseitiger Vertrag vorläge und wenn K von ihrer Pflicht
zur Gegenleistung nach § 326 Abs. 1 S. 1. Hs. 1 BGB befreit
wäre, weil V ihrerseits ihre Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1
BGB nicht zu erbringen braucht.¹

1. Gegenseitiger Vertrag

V und K haben sich über den Austausch der Plattensamm-
lungen geeinigt und somit einen Tauschvertrag geschlossen,
bei dem es sich um einen gegenseitigen Vertrag handelt.

2. Unmöglichkeit der Leistung und Wegfall der Gegenlei- stungspflicht

Nach §§ 480, 433 Abs. 1 S. 1 BGB war V ebenso wie eine
Verkäuferin verpflichtet, K Besitz und Eigentum an dem 70er
Satz zu verschaffen, wobei sich diese Pflicht nach dem Ver-
trag auf den individualisierten 70er Satz der V bezog. V hat
der K zwar den unmittelbaren Besitz (§ 854 Abs. 1 BGB) an
dem 70er Satz verschafft. Möglicherweise war und ist es V
jedoch aufgrund des ursprünglichen Eigentums des D nach

¹ Zum Teil wird in der Literatur die Ansicht vertreten, der Rückgewähranspruch nach § 326 Abs. 4 BGB i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB setze voraus, dass die Gegenleistung vor Erlöschen der Leistungspflicht erbracht worden sei, da sonst ein Fall der Leistung auf eine Nichtschuld vorliege, für welchen § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB gelte (*Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 326 Rn. 103). Angesichts des in § 326 Abs. 4 BGB zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Willens überzeugt diese Ansicht nicht (*H. Schmidt*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 51. Ed., Stand: 1.8.2019, § 326 Rn. 11). Ausführungen der Bearbeiter zu dieser Abgrenzungsfrage sind indes nicht zu erwarten.

§ 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB unmöglich, K das Eigentum an dem 70er Satz zu verschaffen.

a) Einordnung der Unmöglichkeit der Eigentumsverschaffung

Hinweis: Die nachfolgende Abgrenzung kann mit Blick darauf, dass vorliegend im Ergebnis ein gutgläubiger Eigentumserwerb der K anzunehmen ist, auch knapper gefasst werden.

aa) Teilweise vertretene Auffassung: Fehlende Eigentums- verschaffung als Rechtsmangel

Nach teilweise vertretener Ansicht soll es sich bei der fehlenden Eigentumsverschaffung nicht um einen Fall der Nichtleistung, sondern um einen Rechtsmangel im Sinne des § 435 BGB handeln.² Hierfür wird zunächst der Wortlaut des § 435 S. 1 BGB angeführt, der von Rechten Dritter spreche, worunter auch das Eigentum falle. Vor allem aber sei die Einordnung als Rechtsmangel im Hinblick auf die Verjährungsvorschriften erforderlich: Der Käufer könne nämlich vom wahren Eigentümer gem. § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB dreißig Jahre lang auf Herausgabe nach § 985 BGB in Anspruch genommen werden. Und nur dann, wenn man das fehlende Eigentum als Rechtsmangel einordne, könne der Käufer gem. § 438 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BGB ebenfalls dreißig Jahre lang beim Verkäufer Regress nehmen. Bei einer Einordnung als Nichterfüllung verjähre der Erfüllungsanspruch des Käufers nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB gem. §§ 195, 199 Abs. 1 BGB hingegen schon in drei Jahren.

Auf der Grundlage dieser Auffassung wäre zwar die Nacherfüllung möglicherweise nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich. Dies würde aber gem. § 326 Abs. 1 S. 2 BGB nicht ipso iure zu einem Wegfall der Gegenleistungspflicht führen.³

bb) Herrschende Auffassung: Fehlende Eigentumsverschaf- fung stellt eine Nichtleistung dar

Zu Recht geht die h.M. jedoch davon aus, dass die fehlende Eigentumsverschaffung grundsätzlich einen Fall der Nichtleistung darstellt.⁴ Die Pflicht zur Eigentumsverschaffung ist in § 433 Abs. 1 S. 1 BGB als gesonderte Hauptpflicht aufgeführt und diese Hauptpflicht wird bei fehlender Eigentumsübertragung eben nicht erfüllt. Eine Harmonisierung der Verjährungsregeln lässt sich auch über eine analoge Anwendung

² *Pahlow*, JuS 2006, 289 ff.; *Meier*, JR 2003, 353 ff.

³ K wäre lediglich ggf. nach §§ 437 Nr. 2, 435, 326 Abs. 5 BGB zum Rücktritt berechtigt und könnte dann nach § 346 Abs. 1 BGB Rückgewähr ihrer Gegenleistung verlangen.

⁴ BGH, Urt. v. 19.10.2007 – V ZR 211/06, Rn. 27 ff.; *Faust*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 51. Ed., Stand: 1.8.2019, § 435 Rn. 15; *Gutzeit*, in: Beck'scher Online-Großkommentar, Stand: 1.2.2019, § 435 Rn. 23 ff.; *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 435 Rn. 13; *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 435 Rn. 7.

des § 438 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BGB bewerkstelligen⁵ und zwingt nicht dazu, die fehlende Eigentumsverschaffung generell als Rechtsmangel zu qualifizieren.

Sollte es für V also nicht möglich (gewesen) sein, der K das Eigentum an dem 70er Satz zu verschaffen, so läge nach § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB Unmöglichkeit vor und die Gegenleistungspflicht entfiere nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB.

Hinweis: Bearbeiter, die eine fehlende Eigentumsverschaffung vertretbarerweise als Rechtsmangel gem. § 435 S. 1 BGB qualifizieren, haben den gutgläubigen Eigentumserwerb im Rahmen des Rücktritts gem. § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 435 S. 1, 323, 326 Abs. 5 BGB zu prüfen. Vertretbar erscheint es auch, den Streit unentschieden zu lassen, da beide Ansichten, wenn auch über unterschiedliche Konstruktionen, zu demselben Ergebnis gelangen. Ein Unterschied ergibt sich allenfalls hinsichtlich der Verjährung, die vorliegend aber nicht problematisch ist.

b) Erfüllung der Eigentumsverschaffungspflicht

aa) Keine Erfüllung durch Übereignung nach § 929 S. 1 BGB
Zwar haben sich V und K über den Eigentumsübergang am 70er Satz geeinigt und V hat K den Satz auch übergeben. V war jedoch nicht Eigentümerin des 70er Satzes. Da D bereits erklärt hat, er werde sein Eigentum an dem 70er Satz unter keinen Umständen V oder K zur Verfügung stellen, kommt auch eine ex-tunc-Wirksamkeit aufgrund einer Genehmigung des Berechtigten gem. §§ 184 Abs. 1, 185 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB nicht in Betracht. Eine Erfüllung durch Übereignung nach § 929 S. 1 BGB scheidet somit aus.

Hinweis: § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB gilt über die Inbezugnahme des § 275 Abs. 1 BGB sowohl für die anfängliche als auch für die nachträgliche Unmöglichkeit. Eine genaue Zuordnung ist hier daher entbehrlich. Wer auf das von Anfang an fehlende Eigentum der V abstellt, käme vorliegend zu einer – gegebenenfalls bestehenden – anfänglichen Unmöglichkeit. Vertretbar erscheint aber auch, eine erst nachträglich mit der Weigerung des D eingetretene Unmöglichkeit anzunehmen.

bb) Erfüllung durch Übereignung nach § 932 BGB

V hätte ihre Pflicht zur fehlenden Eigentumsverschaffung jedoch auch dann erfüllt, wenn K das Eigentum nach § 932 Abs. 1 BGB gutgläubig erworben hätte.⁶

K war im Sinne des § 932 Abs. 2 BGB gutgläubig. Sie hatte zum Zeitpunkt der Übereignung keine Kenntnis vom fehlenden Eigentum der V; D hatte ihr erst im Nachhinein mitgeteilt, dass er der wahre Eigentümer des 70er Satzes war. K hat das fehlende Eigentum der V auch nicht grob fahrlässig verkannt, da einen Käufer ohne das Vorliegen tatsächlicher

Anhaltspunkte – wie hier – keine Nachforschungsobliegenheiten bezüglich der Eigentümereigenschaft treffen.

Ein gutgläubiger Erwerb ist auch nicht gem. § 935 Abs. 1 BGB ausgeschlossen. Denn da D der V den 70er Satz geliehen und somit den unmittelbaren Besitz nicht unfreiwillig verloren hat, fehlt es an einem Abhandenkommen der Sache.

K hat damit von V als Nichtberechtigter im Wege des gutgläubigen Erwerbs das Eigentum an dem 70er Satz erworben, sodass V ihre Eigentumsverschaffungspflicht aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB gem. § 362 Abs. 1 BGB erfüllt hat.

3. Ergebnis

Eine (subjektive) Unmöglichkeit der Leistung gem. § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB liegt wegen des gutgläubigen Eigentumserwerbs durch K nicht vor. Folglich entfällt auch nicht nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB die Gegenleistungspflicht, sodass ein Anspruch der K gegen V auf Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes nach §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4, Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB ausscheidet.

II. Anspruch der K gegen V auf Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes aufgrund Rücktritts gem. §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 5 BGB wegen fehlender Eigentumsverschaffung an dem 70er Satz⁷

Da der V die Eigentumsverschaffung gerade nicht unmöglich war, sondern sie ihre entsprechende Pflicht gegenüber K erfüllt hat, scheidet auch ein Anspruch aus § 346 Abs. 1 BGB aufgrund Rücktritts nach § 326 Abs. 5 BGB aus.

III. Anspruch der K gegen V auf Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes aufgrund Rücktritts gem. §§ 480, 437 Nr. 2, 346 Abs. 1, 326 Abs. 5 wegen der fehlenden Schallplatte

K könnte gegen V jedoch einen Anspruch auf Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes gem. §§ 437 Nr. 2, 346 Abs. 1, 326 Abs. 5 BGB haben. Voraussetzung hierfür wären das Vorliegen eines Rücktrittsrechts und das Vorliegen einer Rücktrittserklärung.

1. Rücktrittsrecht aus §§ 480, 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB

Ein Rücktrittsrecht nach §§ 480, 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB bestünde, wenn K und V einen wirksamen Tauschvertrag geschlossen hätten, wenn ein Sachmangel bei Gefahrübergang

⁷ Wenn ein Fall des § 326 Abs. 4 BGB vorliegt, hat § 326 Abs. 5 BGB in der Regel keine eigenständige Bedeutung. Die Rückgewähransprüche aus § 326 Abs. 4 und § 326 Abs. 5 BGB bestehen dann nebeneinander. Ein selbstständiger Anwendungsbereich kommt § 326 Abs. 5 BGB allerdings in Fällen der qualitativen oder der Teilunmöglichkeit zu, da § 326 Abs. 4 i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB die Rückgewähr der Gegenleistung nur insoweit ermöglicht, als die Leistung unmöglich und der Anspruch auf die Gegenleistung damit entfallen ist. Dagegen kann sich der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 326 Abs. 5 BGB durch Rücktritt vom gesamten Vertrag lösen und dementsprechend auch die Rückgewähr der gesamten Gegenleistung verlangen.

⁵ Offen gelassen von BGH, Urt. v. 19.10.2007 – V ZR 211/06, Rn. 28.

⁶ Vgl. Berger, in Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 433 Rn. 18; Westermann (Fn. 4), § 433 Rn. 49.

vorgelegen hätte und wenn die Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich wäre.

a) Wirksamer Tauschvertrag gem. § 480 BGB

Ein wirksamer Tauschvertrag liegt vor.

b) Sachmangel bei Gefahrübergang

aa) Sachmangel gem. § 434 BGB

Ein Sachmangel im Sinne des § 434 BGB könnte in der fehlenden Schallplatte liegen. Zwar haben K und V keine ausdrückliche und wohl auch keine konkludente Vereinbarung über die Vollständigkeit der Plattensammlung getroffen, sodass kein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegt.

Hinweis: a.A. mit entsprechender Begründung vertretbar.

Bei der Plattensammlung handelt es sich allerdings um eine Sachgesamtheit, sodass im Hinblick auf die vom Käufer zu erwartende Vollständigkeit des Schallplattensatzes ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB anzunehmen sein könnte.

Fraglich ist allenfalls, ob es sich, da V elf einwandfreie Schallplatten geliefert hat und nur eine Scheibe fehlte, um eine rein quantitative Abweichung im Sinne einer Teilleistung handelt. In diesem Fall läge kein Sachmangel, sondern lediglich eine teilweise Nichterfüllung vor. Jedoch wird in § 434 Abs. 3 Alt. 2 BGB klargestellt, dass die Lieferung einer zu geringen Menge („Mankolieferung“) einem Sachmangel gleichgestellt ist. Eine solche Mankolieferung gem. § 434 Abs. 3 Alt. 2 BGB ist vorliegend anzunehmen, da V erstens eine zu geringe Menge gleichartiger Sachen geliefert hat und zweitens durch ihre (konkludente) Tilgungsbestimmung zum Ausdruck gebracht hat, dass sie ihre gesamte Schuld mit der Lieferung erfüllen will („verdeckte Mankolieferung“). Es kann deshalb sowohl offen bleiben, ob ein Sachmangel nach § 434 Abs. 3 BGB auch im Falle einer sog. „offenen Mankolieferung“ anzunehmen ist⁸ als auch, ob § 434 Abs. 3 BGB nur auf die Lieferung einer zu geringen Menge gleichartiger Sachen anzuwenden ist.⁹

Hinweis: Einer Entscheidung, ob ein Sachmangel gem. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB oder nach § 434 Abs. 3 Alt. 2 BGB anzunehmen ist, bedarf es wegen der Gleichstellung der Mankolieferung mit dem Sachmangel nicht. Mit entsprechender Begründung kann von den Bearbeitern im Ergebnis auch auf einen Sachmangel gem. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB abgestellt werden. Kaum vertretbar ist es aber, das Fehlen der Schallplatte weder als Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 1 bzw. S. 2 Nr. 2 BGB noch als eine dem Sachmangel gleichstehende Mankolieferung im Sinne des § 434 Abs. 3 Alt. 2 BGB, sondern als Teilleistung einzuordnen, mit der Konsequenz, dass K

hinsichtlich der fehlenden Schallplatte ihr ursprünglicher, nach den Regeln des allgemeinen Leistungsstörungsrechts zu behandelnder Erfüllungsanspruch aus §§ 480, 433 Abs. 1 S. 1 BGB zustünde.

bb) Bei Gefahrübergang

Der Sachmangel lag bereits bei der Übergabe und damit gem. § 446 S. 1 BGB auch bei Gefahrübergang vor.

cc) Keine Beseitigung des Sachmangels durch Nacherfüllung

Fraglich ist jedoch, ob der Sachmangel nicht dadurch beseitigt und mithin die Pflicht der V zur mangelfreien Lieferung nach §§ 480, 433 Abs. 1 S. 2, 437 Nr. 1, 439 BGB im Wege der Nacherfüllung dadurch erfüllt wurde, dass M Ersatz für die fehlende Schallplatte beschafft hat. Denn nach § 267 Abs. 1 BGB kann – außer bei persönlich durch den Schuldner zu erfüllender Leistungspflicht, wie sie hier nicht vorliegt – auch ein Dritter die Leistung bewirken, ohne dass die Einwilligung des Schuldners erforderlich ist.

M könnte also die Nacherfüllungspflicht der V als Dritte nach §§ 267 Abs. 1, 362 Abs. 1 BGB erfüllt haben. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass M mit dem erkennbaren Willen gehandelt hätte, eine fremde Schuld zu tilgen.¹⁰ Und es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass M mit der Übergabe und Übereignung der Schallplatte an K andere Zwecke verfolgte als eine Schenkung gegenüber K zu bewirken (§ 516 BGB). Auch dafür, dass M nachträglich eine (auch) auf die Tilgung der Schuld der V bezogene Tilgungsbestimmung getroffen hätte, ist nichts ersichtlich, sodass offenbleiben kann, ob eine solche nachträgliche Tilgungsbestimmung zulässig ist.¹¹ M hat die Nacherfüllungsschuld der V nicht nach § 267 Abs. 1 S. 1 BGB getilgt.

Hinweis: Ein anderes Ergebnis erscheint angesichts des Sachverhalts nur schwer vertretbar. Jedenfalls müsste begründet werden, dass M in dem Bewusstsein handelte, dass sie einem Leistungsdefizit der V abhalf und dies auch für K erkennbar war.¹²

c) Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Fraglich ist, ob die Nacherfüllung bezüglich der fehlenden Schallplatte unmöglich war.

aa) Anfängliche Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Eine (anfängliche) Unmöglichkeit der Nacherfüllung könnte sich vorliegend bereits daraus ergeben, dass eine Stückschuld vorliegt und V die konkret geschuldete Schallplatte gerade nicht hat. Für den Fall der Stückschuld wird teilweise vertreten, dass eine Nacherfüllung in Form der Ersatzlieferung unmöglich sei, da sich die Leistungspflicht des Verkäufers

¹⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 5.11.2002 – XI ZR 381/01, Rn. 18 m.w.N.

¹¹ Dafür BGH NJW 1964, 1898 (1899); *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 78. Aufl. 2019, § 267 Rn. 3; dagegen etwa *Krüger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 267 Rn. 12.

¹² Vgl. *Grüneberg* (Fn. 11), § 267 Rn. 3.

⁸ Dagegen *Faust* (Fn. 4), § 434 Rn. 116 m.w.N. zum Streitstand.

⁹ Hierfür *Faust* (Fn. 4), § 434 Rn. 115 m.w.N. zum Streitstand.

hier auf die konkret geschuldete Sache beziehe und es somit keine andere erfüllungstaugliche Sache gebe.¹³

Hinweis: Die Ersatzbeschaffung der fehlenden Schallplatte wäre im vorliegenden Fall der Minderlieferung zwar als Nachbesserung und nicht als Nachlieferung zu qualifizieren (letztere bestünde in der Lieferung eines kompletten 70er Satzes). Da es sich jedoch in beiden Fällen um eine Ersatzlieferung handelt, stellt sich die Problematik hier bezüglich der Nachbesserung genauso wie bezüglich der Nachlieferung.

Die h.M. bejaht dagegen die Möglichkeit der Ersatzlieferung auch beim Stückkauf, wenn die Kaufsache nach dem Parteiwillen durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann.¹⁴ Dies erscheint nach dem Wortlaut des Gesetzes, der nicht zwischen Gattungs- und Stückschuld unterscheidet, sowie nach dem Normzweck vorzugswürdig. Insbesondere stellt es in diesen Fällen für Käufer und Verkäufer keine unzumutbare Belastung dar, eine gleichartige und gleichwertige Sache als Ersatz zu beschaffen beziehungsweise anzunehmen.¹⁵ Die fehlende Schallplatte war hier nach dem Willen der Parteien ohne weiteres austauschbar. Ebenso war die Nacherfüllung durch Ersatzbeschaffung der fehlenden Schallplatte tatsächlich möglich, was sich darin zeigt, dass M für K die fehlende Schallplatte besorgen konnte.

Hinweis: Wer dies – mit entsprechender Begründung noch vertretbar – anders sieht, muss konsequenterweise davon ausgehen, dass die Nacherfüllung vorliegend sowohl in Form der Nachbesserung als auch in Form der Nachlieferung unmöglich war. Dann entfällt das Fristsetzungserfordernis gem. §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB und es wäre im Anschluss zu untersuchen, ob die weiteren Voraussetzungen des Rücktritts, insbesondere nach § 323 Abs. 5 S. 1 oder S. 2 BGB (dazu näher unten unter Lösungsvorschlag zu Frage 1 zur Abwandlung, I. 2.), vorliegen. Aufgrund der Hinweise im Sachverhalt (V wäre mit der Erfüllung ihrer Pflichten durch M nicht einverstanden gewesen) sind die nachfolgenden Ausführungen dann aber zumindest hilfsgutachtlich zu erwarten.

bb) Nachträgliche qualitative Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Fraglich ist aber, ob sich aus dem Umstand, dass M eine Ersatzbeschaffung für die fehlende Schallplatte vorgenommen und diese Schallplatte der K geschenkt hat, eine nachträgliche qualitative (objektive) Unmöglichkeit im Sinne von § 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB der von V nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB geschuldeten Nacherfüllung ergeben hat.

Der BGH hat die verwandte Frage, ob durch die Selbstvornahme der Mängelbeseitigung eine Unmöglichkeit der Nacherfüllung eintritt, offen gelassen.¹⁶ Allerdings ist zu sehen, dass vorliegend trotz der von M vorgenommenen Ersatzbeschaffung der Leistungserfolg von V noch herbeigeführt werden kann, da es trotzdem weder tatsächlich noch rechtlich ausgeschlossen ist, dass V selbst für die fehlende Schallplatte erneut Ersatz beschafft (Mängelbeseitigung) oder gar einen gesamten 70er Satz neu besorgt (Ersatzlieferung).¹⁷ Vielmehr liegt lediglich eine der Erfüllung ähnliche Zweckerreichung vor, das heißt K hat nach der Intervention ihrer Mutter kein Interesse mehr an der Mängelbeseitigung durch V. Da es aber auch sonst in das Risiko des Käufers (hier gem. § 480 BGB: der Tauschpartnerin K) fällt, inwieweit er die versprochene einwandfreie Leistung wie gewünscht verwenden kann, erscheint es vorzugswürdig, eine qualitative Unmöglichkeit aufgrund bloßer Zweckerreichung zu verneinen. Danach scheidet ein Rücktrittsrecht nach §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 323 BGB aus.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist grundsätzlich vertretbar.¹⁸ Allerdings unterscheidet sich der vorliegende Fall von den in Rechtsprechung und Literatur diskutierten Fällen der Selbstvornahme insoweit, als es hier nicht um die Reparatur einer defekten Sache, sondern um die Lieferung eines fehlenden Gegenstands geht, der auch dann noch geliefert (und genutzt) werden kann, wenn sich der Käufer bereits selbst oder durch Dritte Ersatz beschafft hat. Wer gleichwohl vom Vorliegen einer qualitativen Unmöglichkeit ausgeht, müsste weiter entscheiden, ob der Rücktritt gem. §§ 326 Abs. 5, 323 Abs. 6 Alt. 1 BGB wegen weit überwiegender Verantwortlichkeit der K für den Eintritt dieser qualitativen Unmöglichkeit ausgeschlossen ist. Dagegen spricht, dass M die K überrascht hat, also nicht K die Ersatzbeschaffung veranlasst hat; eine andere Ansicht unter Verweis darauf, dass K das Geschenk nicht hätte annehmen müssen (vgl. § 518 Abs. 1 BGB) ist vertretbar.

2. Ergebnis

K konnte nicht gem. §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 323, 480, 434 BGB wirksam vom Tauschvertrag zurücktreten und ist auch insofern nicht berechtigt, nach § 346 Abs. 1 BGB Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes zu verlangen.

¹³ Faust (Fn. 4), § 439 Rn. 47 f. m.w.N.

¹⁴ BGH NJW 2006, 2839; Höpfner, in: Beck'scher Online-Großkommentar, Stand: 1.7.2019, § 439 Rn. 102; Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 439 Rn. 64 ff.

¹⁵ BGH NJW 2006, 2839; Höpfner (Fn. 14), § 439 Rn. 102; Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 439 Rn. 64 ff.

¹⁶ BGH, Urt. v. 23.2.2005 – VIII ZR 100/04, Rn. 19 m.w.N.; näher Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 439 Rn. 55 ff.

¹⁷ Vgl. gegen eine Unmöglichkeit der Nacherfüllung im Kontext der Selbstvornahme Gsell, ZIP 2005, 922 (923 m.w.N.); für Unmöglichkeit der Nacherfüllung allein bei Stückschulden über nicht ersetzbare Gegenstände Lorenz, NJW 2006, 1175 (1177).

¹⁸ Vgl. vor allem Lorenz, NJW 2003, 1417 f. für den Fall der Selbstvornahme.

IV. Anspruch der K gegen V auf Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes aufgrund Rücktritts gem. §§ 480, 437 Nr. 2, 346 Abs. 1 323 BGB wegen der fehlenden Schallplatte

Da K der V keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, bestünde ein Anspruch der K auf Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes nach §§ 480, 437 Nr. 2, 346 Abs. 1, 323 BGB nur dann, wenn K ausnahmsweise ohne Fristsetzung vom Tauschvertrag zurücktreten konnte. Es ist jedoch kein Grund für eine Entbehrlichkeit der Nachfrist nach § 323 Abs. 2 BGB oder §§ 480, 440 S. 1 BGB ersichtlich.

Insbesondere erscheint die Nacherfüllung nicht deshalb für K unzumutbar, weil ihre Mutter M ihr bereits die fehlende Schallplatte ersetzt hat. Vielmehr fällt es – wie schon ausgeführt – in das Verwendungsrisiko der K, ob sie mit der einwandfreien Leistung ihre beabsichtigten Zwecke verfolgen kann oder nicht. Ein Anspruch der K nach §§ 480, 437 Nr. 2, 346 Abs. 1, 323 BGB besteht deshalb nicht.

Hinweis: Mit entsprechender Argumentation erscheint eine andere Ansicht vertretbar. Eine Fristsetzung könnte gem. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB für entbehrlich gehalten werden, wenn auf den nicht vorhersehbaren Interessenwegfall abgestellt wird.¹⁹

V. Gesamtergebnis zu Frage 1 zum Ausgangsfall

K hat keinen Anspruch gegen V auf Rückgewähr des 50er Satzes.

Lösungsvorschlag zu Frage 2 zum Ausgangsfall

I. Problemstellung

Sofern D gegen K Klage auf Herausgabe des 70er Satzes nach § 985 BGB erhebt und das Gericht in diesem Prozess zu dem Schluss kommt, dass D die ganze Zeit über Eigentümer war und noch immer Eigentümer ist, muss K den 70er Satz an D herausgeben. Wenn K dann allerdings anschließend bei V Regress nehmen und Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes nach §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4, Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB und §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 5 BGB verlangen will, so könnte V gegenüber K ohne weiteres behaupten, dass D niemals Eigentümer gewesen sei oder dass K das Eigentum zumindest gutgläubig von ihr (V) erworben habe, sodass sie (V) deshalb ihre Eigentumsverschaffungspflicht in jedem Fall erfüllt habe. Dass das Gericht im Rechtsstreit zwischen D und K zu dem Ergebnis gekommen ist, dass D die ganze Zeit über Eigentümer war, ändert hieran nichts. Denn dieses Urteil erwächst gegenüber V gem. § 325 Abs. 1 ZPO nicht in Rechtskraft kann aufgrund von Art. 103 Abs. 1 GG auch

¹⁹ Dagegen kann eine Entbehrlichkeit der Fristsetzung gem. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB nicht deshalb angenommen werden, weil hier eine schuldnerfremde Sache verkauft wurde und K darüber „schockiert“ war. Dies muss jedenfalls – unabhängig von dem Bezug zum hier konkret vorliegenden Mangel – mit Blick auf die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs und der damit einhergehenden Wertung abgelehnt werden.

keine sonstige Bindungswirkung gegenüber der am Prozess nicht beteiligten V entfalten.

K ist also dem Risiko ausgesetzt, dass das erste Gericht ihr – für sie ungünstig – das Eigentum abspricht und sie den 70er Satz an D herausgeben muss, dann aber das zweite Gericht entscheidet, dass sie das Eigentum – wiederum für sie ungünstig – doch erhalten hat und deshalb keine Ansprüche gegen V geltend machen kann.

II. Lösungsmöglichkeit

K könnte V gem. § 72 Abs. 1 ZPO den Streit verkünden.

1. Zulässigkeit der Streitverkündung

Die Streitverkündung ist nach § 72 Abs. 1 Alt. 1 ZPO zulässig, wenn eine Prozesspartei glaubt, für den Fall des für sie ungünstigen Ausganges des Rechtsstreites einen Anspruch gegen einen Dritten erheben zu können.²⁰ Entgegen dem etwas zu engen Wortlaut des § 72 Abs. 1 Alt. 1 ZPO muss es sich nicht notwendig um einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung handeln.²¹ Dementsprechend kommt es vorliegend nicht darauf an, ob man den Anspruch auf Rückgewähr des 50er Satzes, den K gegen V zu haben glaubt, als Gewährleistungsanspruch einordnet oder nicht.²² Auch ist nicht Voraussetzung der Streitverkündung, dass der Anspruch wirklich besteht, entscheidend ist nach § 72 Abs. 1 Alt. 1 ZPO vielmehr, dass der Streitverkünder einen Anspruch erheben zu können glaubt.

Die Frage, ob V ihre Pflicht zur Eigentumsverschaffung gegenüber K aus §§ 480, 433 Abs. 1 S. 1 BGB erfüllt hat oder ob insoweit vielmehr eine subjektive Unmöglichkeit im Sinne von § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB vorliegt, die K gegenüber V zur Rückforderung des 50er Satzes berechtigen würde, hängt davon ab, ob K das Eigentum von V erhalten hat und damit auch von der Frage, ob D die ganze Zeit über Eigentümer des 70er Satzes gewesen ist.²³ Damit hat K subjektiv Grund zu der Annahme, im Fall ihres Unterliegens gegenüber D einen Anspruch gegen V (auf Rückgewähr des 50er Satzes) geltend machen zu können. Folglich ist die Streitverkündung

²⁰ Zwar ist nach ständiger Rspr. (siehe etwa BGH NJW 2011, 1078 ff.) die Zulässigkeit der Streitverkündung nicht im Erstprozess, in dem der Streit verkündet wird, sondern erst im Folgeverfahren zwischen dem Streitverkünder und dem Streitverkündungsempfänger zu prüfen. Gleichwohl ist die Zulässigkeit der Streitverkündung hier deshalb zu erörtern, weil nach einem effektiven Mittel zum Schutz der K gefragt ist und die Streitverkündung im Falle fehlender Zulässigkeit keine Interventionswirkung nach §§ 74 Abs. 3, 68 ZPO entfaltet (siehe *Schultes*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2016, § 74 Rn. 8 m.w.N.). Die Bearbeiterinnen und Bearbeiter müssen jedoch nicht gesondert erklären, warum sie die Zulässigkeit der Streitverkündung prüfen.

²¹ *Schultes* (Fn. 20), § 72 Rn. 5.

²² Dazu oben Lösungsvorschlag zu Frage 1 zum Ausgangsfall I. 2. a).

²³ Vgl. oben Lösungsvorschlag zu Frage 1 zum Ausgangsfall I. 2. b).

durch K gegenüber V zulässig. Die Streitverkündung erfolgt formal nach § 73 ZPO durch Einreichung eines Schriftsatzes bei Gericht, der an den Dritten zugestellt und dem Gegner mitgeteilt wird.

2. Wirkungen der Streitverkündung

Die Wirkungen der Streitverkündung ergeben sich aus § 74 i.V.m. § 68 ZPO. Hiernach wird V dann, wenn sie im Ausgangsstreit zwischen D und K der K wirksam als Nebenintervenientin beitrifft, durch die sog. Interventionswirkung gebunden. Die Interventionswirkung greift nach §§ 74 Abs. 3 68 ZPO aber auch dann ein, wenn der Dritte nicht als Nebenintervenient beitrifft, sofern ihm nur zulässigerweise der Streit verkündet wurde, was vorliegend, wie soeben festgestellt wurde, der Fall wäre.

Die Interventionswirkung besteht gem. § 68 ZPO in einer Bindung des Gerichts des Folgeprozesses an die Entscheidung des Vorprozesses mit der Folge, dass der Nebenintervenient beziehungsweise der Dritte, dem der Streit verkündet wurde, im Folgeprozess nicht geltend machen kann, der Erstprozess sei unrichtig entschieden. Die Interventionswirkung erfasst (anders als die materielle Rechtskraft) nicht nur die Entscheidung über den Streitgegenstand des Erstprozesses, sondern grundsätzlich auch die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen, auf denen die Entscheidung beruht.²⁴ Danach wäre das Gericht im Folgeprozess zwischen K und V zu Lasten der V nicht nur daran gebunden, dass D zum Zeitpunkt des zweiten Urteils einen Herausgabeanspruch gegen K hat, sondern auch daran, dass D die ganze Zeit über Eigentümer gewesen ist und K das Eigentum auch nicht gutgläubig von V erworben hat.²⁵

III. Ergebnis zu Frage 2 zum Ausgangsfall

K sollte der V im Falle einer Herausgabeklage durch D gem. § 72 Abs. 1 ZPO den Streit verkünden.

Lösungsvorschlag zu Frage 1 zur Abwandlung

I. Anspruch der K gegen V auf Rückgabe und Rücküberweisung des 50er Satzes aufgrund Rücktritts gem. §§ 480, 437 Nr. 2, 346, 323 BGB wegen der fehlenden Schallplatte

K könnte gegen V einen Anspruch auf Rückgabe und Rücküberweisung des 50er Satzes gem. §§ 480, 437 Nr. 2, 346, 323 BGB haben. Erforderlich hierfür sind das Vorliegen eines Rücktrittsrechts und das Vorliegen einer Rücktrittserklärung.

²⁴ BGH, Urt. v. 14.11.1991 – I ZR 236/89, Rn. 24 m.w.N.; Weth, in: Musielak/Voit, 16. Aufl. 2019, § 68 Rn. 4 m.w.N.

²⁵ Etwas anderes würde gem. §§ 68 Hs. 2, 74 Abs. 3 ZPO nur insoweit gelten, als V zeitlich durch die Lage des Rechtsstreits in dem Zeitpunkt, in dem sie als Streitverkündungsempfängerin beitreten könnte oder durch das Verhalten der K gehindert wäre, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen, die geeignet wären, einen günstigeren Prozessausgang zu bewirken (Einwand oder Einrede der mangelhaften Prozessführung; dazu näher Weth [Fn. 24], § 68 Rn. 6; Schultes [Fn. 20], § 68 Rn. 19, jeweils m.w.N.). Dafür gibt es jedoch keine Anhaltspunkte im Sachverhalt.

1. Rücktrittsrecht nach §§ 480, 437 Nr. 2, 323 BGB

a) Wirksamer Tauschvertrag

Zwischen V und K besteht ein wirksamer Tauschvertrag, § 480 BGB.

Hinweis: Bearbeiter, die davon ausgehen, dass die Erklärung der K als Anfechtungserklärung gem. § 143 Abs. 1 BGB auszulegen ist und die Auslegung der Erklärung nicht – wie in der Lösungsskizze nachfolgend vorgesehen – zunächst offen lassen, müssen bereits an dieser Stelle prüfen, ob der Tauschvertrag nicht mit Wirkung ex tunc gem. § 142 Abs. 1 BGB durch Anfechtung weggefallen ist oder zuerst den bereicherungsrechtlichen Anspruch prüfen.

b) Sachmangel bei Gefahrübergang

Ein Sachmangel bei Gefahrübergang in Gestalt der fehlenden Schallplatte liegt ebenfalls vor (siehe oben).

c) Entbehrlichkeit der Nachfrist

Zwar hat K der V keine Nachfrist gesetzt. Eine solche Fristsetzung war jedoch gem. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich. Denn da V wusste, dass eine Schallplatte fehlte, täuschte sie K vorsätzlich und mithin arglistig über die Vollständigkeit der Leistung und damit über das Vorliegen eines Sachmangels. Und im Falle des arglistigen Verschweigens eines Sachmangels geht die h.M. zu Recht davon aus, dass die für eine Nacherfüllung erforderliche Vertrauensgrundlage beschädigt und deshalb § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB erfüllt ist.²⁶ Weder muss es der Käufer die Nacherfüllung durch einen arglistig täuschenden Verkäufer hinnehmen, noch hat ein arglistig täuschender Verkäufer ein schutzwürdiges Interesse an einem Recht auf eine zweite Andienung.

d) Kein Ausschluss des Rücktritts nach § 323 Abs. 5 BGB

Der Rücktritt könnte vorliegend jedoch nach § 323 Abs. 5 BGB ausgeschlossen sein. Fraglich ist, ob hier § 323 Abs. 5 S. 1 oder S. 2 BGB anwendbar ist.

Bei Minderlieferungen ist umstritten, unter welchen Voraussetzungen eine Teilleistung im Sinne von S. 1 beziehungsweise wann eine nicht vertragsgemäße Leistung im Sinne von S. 2 anzunehmen ist. Würde man jede Minderlieferung unter S. 2 fassen, so hätte S. 1 kaum praktische Bedeutung. Dementsprechend wird insbesondere für die offene Minderlieferung abweichend von § 434 Abs. 3 BGB eine Einordnung als Teilleistung im Sinne von § 323 Abs. 5 S. 1 BGB befürwortet.²⁷ Liegt jedoch wie vorliegend eine sog. verdeckte Minderlieferung vor, die sich dadurch auszeichnet, dass die Leistung dem Käufer (hier: der Tauschpartnerin K) als vermeintlich vollständige angeboten wird, so bleibt es nach wohl h.M.

²⁶ Siehe BGH NJW 2007, 835 ff.; BGH NJW 2008, 1371 (1372 f.); gleichermaßen vertretbar erscheint es, aus demselben Grund eine Unzumutbarkeit der Nachfrist im Sinne von § 440 S. 1 Var. 3 BGB anzunehmen.

²⁷ Zum Meinungsstand ausführlich Ernst (Fn. 1), § 323 Rn. 215 ff. m.w.N.

auch im Rahmen von § 323 Abs. 5 BGB bei der durch § 434 Abs. 3 BGB vorgegebenen Einordnung als nicht vertragsgemäße Leistung, da andernfalls der gesetzgeberische Wille zur grundsätzlichen Gleichbehandlung von Minderlieferung und Sachmangel missachtet würde.

Unabhängig davon, ob man vorliegend einen Sachmangel bereits wegen § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB oder nur auf Grundlage des § 434 Abs. 3 BGB annimmt (siehe oben), kommt somit vorliegend S. 2 und nicht S. 1 zur Anwendung. Der Rücktritt wäre demnach nur ausgeschlossen, wenn der Mangel unerheblich wäre.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist mit entsprechender Begründung vertretbar. Im Rahmen von § 323 Abs. 5 S. 1 BGB müsste dann geprüft werden, ob K an dem unvollständigen 70er Satz ein Interesse hat. Dagegen spricht zwar einerseits, dass es der K darum ging, die Gesamtaufnahmen der B-Band aus den 70ern zu erhalten. Andererseits lässt sich aber argumentieren, dass K mit der unvollständigen Leistung ihr Leistungsinteresse sehr wohl partiell verwirklichen konnte, sich das fehlende Stück offenbar problemlos nachbeschaffen ließ und kein Interesse der K erkennbar ist, die Leistung insgesamt aus einer Hand zu erhalten.²⁸

Da es beim Verkauf einer Sammlung von Platten dem Käufer (hier: der Tauschpartnerin K) üblicherweise auf die Vollständigkeit der Sammlung ankommt, kann in dem Fehlen einer Schallplatte kein nur unerheblicher Mangel gesehen werden. Im Übrigen fällt die eine fehlende Schallplatte angesichts einer Gesamtzahl von nur zwölf Schallplatten auch rein quantitativ erheblich ins Gewicht.²⁹

2. Rücktrittserklärung gem. § 349 BGB

Durch ihre Forderung nach Rückabwicklung des Geschäfts hat K auch eine Erklärung gegenüber V abgegeben, die als Rücktrittserklärung im Sinne von § 349 BGB verstanden werden kann. Zwar kommt alternativ möglicherweise eine Anfechtung des Tauschvertrages in Betracht, da die von K als Nichtjuristin formulierte Erklärung sich auch dahin deuten ließe, dass eine Anfechtung gewollt ist. Dabei ist davon auszugehen, dass K das für sie günstigere Gestaltungsrecht ausüben wollte, §§ 133, 157 BGB. Dies lässt sich jedoch erst beurteilen, nachdem geprüft wurde, inwieweit das Begehren der K vom jeweiligen Rückabwicklungsregime erfasst wird.

3. Zwischenergebnis

K steht bei Auslegung ihres Rückforderungsverlangens als Rücktrittserklärung gem. §§ 480, 437 Nr. 2, 346, 323 BGB ein Anspruch auf Rückgewähr des 50er Satzes zu.

²⁸ Siehe zum Ganzen näher *Gsell*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 187.

²⁹ Vgl. BGH NJW 2014, 3229 ff., wonach die Erheblichkeitsschwelle des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB in der Regel bereits dann erreicht wird, wenn der Aufwand zur Mängelbeseitigung fünf Prozent des Kaufpreises übersteigt.

4. Durchsetzbarkeit des Anspruchs

Gem. §§ 348, 320, 322 BGB ist der Anspruch auf Rückgewähr des 50er Satzes Zug um Zug gegen Rückgewähr des (unvollständigen) 70er Satzes durch K zu erfüllen.

5. Ergebnis

Falls die Erklärung der K als Rücktrittserklärung auszulegen ist, kann K von V aus §§ 480, 437 Nr. 2, 346, 323 BGB Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des (unvollständigen) 70er Satzes verlangen.

II. Anspruch der K gegen V auf Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB aufgrund Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 S. 1 BGB wegen der fehlenden Schallplatte

K könnte gegen V einen Anspruch auf Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB haben.

1. Bereicherung der V durch Leistung der K

K hat bewusst und zweckgerichtet Eigentum und Besitz am 50er Satz auf V übertragen, mithin an V geleistet.

2. Ohne Rechtsgrund

Dies ist ohne Rechtsgrund geschehen, wenn K durch Anfechtung nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB eine rückwirkende Nichtigkeit des Tauschvertrages gem. § 142 Abs. 1 BGB bewirkt hat.

a) Anwendbarkeit der Regelungen über die Arglistanfechtung

Nach ganz h.M. wird § 123 Abs. 1 BGB mangels Schutzwürdigkeit des arglistig Täuschenden nicht durch die Mängelhaftung verdrängt.³⁰ Folglich kommt vorliegend eine Arglistanfechtung in Betracht, obwohl der im Raum stehende Anfechtungsgrund einen Sachmangel betrifft.

b) Anfechtungsgrund gem. § 123 Abs. 1 BGB

Indem V wissentlich verschwie, dass in dem 70er Satz eine Schallplatte fehlte, hat sie K vorsätzlich und damit auch im Sinne des § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB arglistig getäuscht (siehe oben). Es ist auch davon auszugehen, dass K nicht bereit gewesen wäre, ihren vollständigen 50er Satz gegen den unvollständigen 70er Satz einzutauschen, sodass die Täuschung auch für den Geschäftsschluss kausal geworden ist.

c) Anfechtungserklärung gem. § 143 Abs. 1 BGB

K hat auch gegenüber V gem. § 143 Abs. 1, Abs. 2 Alt. 1 BGB erklärt, dass sie aufgrund der neuen Erkenntnisse nichts mehr von dem Geschäft wissen wolle. Darin kann eine Anfechtungserklärung gesehen werden, §§ 133, 157 BGB (siehe oben). Für den Fall, dass sich eine Anfechtung für K ungünstig

³⁰ Siehe nur BGH NJW 2009, 1266 (1268 f. Rn. 39); w.N. bei *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 123 Rn. 101.

tiger erweisen würde als das Rücktrittsfolgenregime, hätte man die Erklärung allerdings als Rücktrittserklärung zu verstehen, was an dieser Stelle noch offen bleiben muss (siehe oben).

d) Anfechtungsfrist gem. § 124 BGB

K gab ihre Anfechtungserklärung unmittelbar, nachdem sie von der Täuschung erfahren hatte, ab. Da die Darlegungs- und Beweislast für die Überschreitung der Anfechtungsfrist beim Anfechtungsgegner liegt³¹ und keine Anhaltspunkte für eine Überschreitung der Anfechtungsfrist nach § 124 BGB vorliegen, ist somit von der Einhaltung der Anfechtungsfrist auszugehen.

e) Wirkungen der Anfechtung

Mit der Anfechtung entfällt die Wirksamkeit des Tauschvertrages gem. § 142 Abs. 1 BGB rückwirkend, sodass eine anfänglich rechtsgrundlose Leistung der K vorliegt.

Hinweis: Ebenfalls vertretbar ist es, den Anspruch auf § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB zu stützen, da ein Rechtsgrund für die Leistung zumindest rein tatsächlich zunächst bestanden hat.³²

3. Umfang des Bereicherungsanspruchs

Nach § 818 Abs. 1 BGB hat V das Erlangte herauszugeben. V muss also den 50er Satz an K übergeben und übereignen. Nach der in der ständigen Rechtsprechung befürworteten Saldotheorie ist zwar grundsätzlich bei der Bestimmung der herausgabepflichtigen Bereicherung zu berücksichtigen, dass K ihrerseits den (unvollständigen) 70er Satz erlangt hat; ihr Bereicherungsanspruch wäre deshalb prinzipiell von vornherein durch den Abzug der ihr von Seiten der V zugeflossenen Vorteile beschränkt,³³ wobei mangels Gleichartigkeit der ausgetauschten Leistungen K die Rückgewähr des 70er Satzes Zug um Zug anbieten müsste.³⁴ Jedoch folgt auch die Rechtsprechung³⁵ bei Vorliegen einer arglistigen Täuschung der in der Literatur vielfach befürworteten Zweikonditionen- theorie, sodass die empfangene Gegenleistung vorliegend auch nach der Rechtsprechung nur im Rahmen eines Zurückbehaltungsrechts nach § 273 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen ist.

4. Durchsetzbarkeit des Anspruchs

Da V der K gem. § 273 Abs. 1 BGB ihrerseits einen Anspruch auf Rückgabe und Rückübereignung des 70er Satzes nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB einredeweise entgegenhalten kann, kann K Rückgewähr des 50er Satzes nur Zug um

Zug gegen Rückgewähr des (unvollständigen) 70er Satzes verlangen.

5. Ergebnis

Sollte die Erklärung der K als Anfechtungserklärung auszu- legen sein, kann K von V aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB Rückgewähr des 50er Satzes verlangen, dies allerdings nur Zug um Zug gegen Rückgewähr des erlangten (unvollständigen) 70er Satzes.

III. Konkurrenzen/Ergebnis zu Frage 1 zur Abwandlung

Da K aus beiden Rückabwicklungsregimen gleichermaßen berechtigt ist, Rückgewähr des 50er Satzes Zug um Zug gegen Rückgewähr des erlangten (unvollständigen) 70er Satzes zu verlangen, bedarf es keiner Entscheidung, ob ihre Forde- rung nach Rückabwicklung als Rücktritts- oder als Anfech- tungserklärung auszulegen ist.³⁶

Lösungsvorschlag zu Frage 2 zur Abwandlung

Der Zulässigkeit einer erneuten Klage der K gegen V auf Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes könnte der Einwand der ne-bis-in-idem-Wirkung der materiellen Rechts- kraft nach § 322 Abs. 1 ZPO entgegenstehen.

Hinweis: Vertretbar ist es auch, den Einwand der materi- ellen Rechtskraft im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnis- ses zu prüfen. Denn soweit die materielle Rechtskraft- wirkung reicht, könnte das erneut befasste Gericht nur wieder eine inhaltlich identische Entscheidung erlassen, für die das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, da bereits eine Erst- entscheidung ergangen ist.³⁷

Der Einwand der materiellen Rechtskraft steht einer neuen Klage entgegen, wenn diese neue Klage denselben Streit- gegenstand hat wie die Erstklage. Nach der herrschenden zweigliedrigen Streitgegenstandslehre wird der Streitgegen- stand durch den Klageantrag und den Lebenssachverhalt be- stimmt.³⁸ Vorliegend ist der Klageantrag identisch, sodass allein ein abweichender Lebenssachverhalt als vorgetragener Klagegrund in Betracht kommt.

I. Täuschung kein neuer Lebenssachverhalt

Als neuen Lebenssachverhalt könnte man vorliegend zunächst die arglistige Täuschung (als äußere Tatsache) oder die Kennt- niserlangung der K von der Täuschung (als innere Tatsache) in Betracht ziehen, da diese Umstände im Erstprozess nicht berücksichtigt wurden. Jedoch wird der Streitgegenstand nach ständiger Rechtsprechung durch den gesamten historischen

³¹ BGH NJW 1992, 2346 (2347 f.); *Armbrüster* (Fn. 30), § 124 Rn. 16 m.w.N.

³² Zum Streitstand *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 417.

³³ Deutlich BGH NJW 1999, 1181 ff.

³⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 19.1.2001 – V ZR 437/99, Rn. 26.

³⁵ BGHZ 57, 137 ff.

³⁶ Insbesondere droht bei einer Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 BGB auch keine Schadensersatzpflicht nach § 122 Abs. 1 BGB.

³⁷ Siehe zum Meinungsstand etwa die Nachweise bei *Schilken*, Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2014, § 30 Rn. 1027.

³⁸ BGH NJW 2001, 157 (158); BGH NJW 2004, 1252 (1253); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 93 Rn. 8 ff., 27 m.w.N.

Lebensvorgang bestimmt, auf den sich das Klagebegehren bezieht, ohne Rücksicht darauf, ob einzelne Tatsachen von den Parteien im Vorprozess vorgetragen wurden oder etwa mangels Kenntnis gar nicht vorgetragen werden konnten.³⁹ Es kommt danach nicht darauf an, ob die arglistige Täuschung bzw. die Kenntnis der K davon bereits Gegenstand des Erstprozesses waren, sondern darauf, ob sie bei „natürlicher Anschauung zu dem im Vorprozess vorgetragenen Lebensvorgang“⁴⁰ zu rechnen sind. Dies ist vorliegend aufgrund des engen Zusammenhangs der Täuschung mit dem Tauschgeschäft insgesamt zu bejahen.⁴¹ Diese zeitlichen Grenzen der Rechtskraft lassen sich dem § 767 Abs. 2 ZPO entnehmen, der für die spiegelbildliche Situation eines Unterliegens des Beklagten im Erstprozess für die Vollstreckungsabwehrklage alle Einwendungen präkludiert, die auf Tatsachen beruhen, die bereits vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung der letzten Tatsacheninstanz entstanden sind.⁴² K stützte sich sowohl im Vorprozess als auch jetzt auf das Fehlen einer Schallplatte. Die arglistige Täuschung der V ist aber keine neue, erst nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung entstandene Tatsache, sondern war bereits bei Abschluss des Tauschvertrags begangen worden, auch wenn dies der K im ersten Prozess noch nicht bekannt war. Sie gehört daher bei natürlicher Anschauung zu dem im Vorprozess vorgetragenen Lebenssachverhalt.

II. Erklärung von Anfechtung bzw. Rücktritt als neuer Lebenssachverhalt

Fraglich ist aber, ob die nachträgliche Ausübung des Anfechtungsrechts (bzw. des Rücktrittsrechts) einen neuen Lebenssachverhalt und damit einen neuen Streitgegenstand begründen könnte.

1. Rechtsprechung des BGH

Auch dies wird vom BGH parallel zu seiner Rechtsprechung zu § 767 Abs. 2 ZPO verneint. Danach soll es bei Gestaltungsrechten für die zeitlichen Grenzen der Rechtskraft grundsätzlich nicht auf die Ausübung des Gestaltungsrechts ankommen, sondern auf dessen objektive Entstehung.⁴³ Die Ausübung des Anfechtungsrechts (bzw. des Rücktrittsrechts) führt nach der Rechtsprechung des BGH lediglich zu einer Änderung der materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlage für die begehrte Rückabwicklung des Kaufvertrags. Darin liege

jedoch keine Änderung des Streitgegenstandes, der alle materiell-rechtlichen Ansprüche, die sich im Rahmen des gestellten Antrags aus dem dem Gericht zur Entscheidung vorgetragenen Lebenssachverhalt herleiten lassen, umfasse. Danach wäre die Zweitklage vorliegend unzulässig, da K bereits im Erstprozess berechtigt gewesen wäre, den Tauschvertrag anzufechten bzw. den Rücktritt zu erklären.

2. Abweichende Literaturauffassung

Demgegenüber wird in der Literatur vielfach auf den Zeitpunkt der Ausübung des Gestaltungsrechts abgestellt.⁴⁴ Danach ist das Vorliegen einer neuen Tatsache und damit eine neuer Streitgegenstand zu bejahen, wenn die Anfechtung des Vertrags (bzw. die Erklärung des Rücktritts) erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung der letzten Tatsacheninstanz des ersten Gerichtsverfahrens erklärt wurde.

3. Stellungnahme

Für die Rechtsprechung spricht zwar, dass auf diese Weise eine Beschneidung der Rechtskraftwirkung verhindert und so erreicht wird, dass bereits das Ersturteil Rechtssicherheit zwischen den Parteien schafft. Dennoch ist der abweichenden Literaturansicht zu folgen. Denn indem die Rechtsprechung auf die objektive Gestaltungslage abstellt, ignoriert sie, dass materiell-rechtlich erst die fristgemäße Erklärung zur Umgestaltung der Rechtslage führt und es Teil der materiellen Berechtigung des Gestaltungsberechtigten ist, die ihm für die Ausübung seines Gestaltungsrechts eingeräumten Fristen auszuschöpfen. So gewährt § 124 BGB der getäuschten K vorliegend eine großzügige Ausübungsfrist. Das Abstellen auf die Gestaltungslage führt mithin zu einer unzulässigen Verkürzung der durch das materielle Recht eingeräumten Rechtsposition.

Hinweis: Beide Ansichten sind mit entsprechender Begründung gleichermaßen vertretbar.⁴⁵

III. Ergebnis zu Frage 2 zur Abwandlung

Eine erneute Klage der K wäre zulässig.

³⁹ BGH NJW 1993, 2684 (2685); BGH NJW 2004, 1252 (1253 m.w.N.); *Büscher*, in: *Wieczorek/Schütze*, 4. Aufl. 2018, Kommentar zur ZPO, § 322 Rn. 178.

⁴⁰ BGH NJW 2004, 1252 (1253).

⁴¹ So auch zur ähnlichen Situation des arglistigen Verschweigens eines Unfallschadens beim Kauf eines Kfz BGH NJW 2004, 1252 (1253).

⁴² Ausdrücklich auf die Parallele zu § 767 Abs. 2 ZPO abstellend BGH NJW 2004, 1252 (1253 f.).

⁴³ BGH NJW 2005, 2926 (2927); BGH NJW 2004, 1252 (1253 f. m.w.N.); im Grundsatz zustimmend *Schmidt/Brinkmann*, in: *Münchener Kommentar zur ZPO*, 5. Aufl. 2016, § 767 Rn. 82.

⁴⁴ Siehe zum Meinungsstand *Brox/Walker*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 11. Aufl. 2018, § 43 Rn. 1343 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

⁴⁵ Deliktische Ansprüche sind nach dem Bearbeitervermerk ausgeschlossen, so dass die Möglichkeit einer Rechtskraftdurchbrechung gem. § 826 BGB bei der Bearbeitung außen vor bleibt und nicht zu prüfen ist.

Fortgeschrittenenklausur: Der Schnee-Fall

Von Stud. iur. **Philipp Weng**, Heidelberg*

Die dreistündige Fortgeschrittenenklausur kombiniert Fragen des IPR, der vertraglichen und deliktischen Haftung und des AGB-Rechts und setzt ein systematisches Verständnis des Schuldrechts voraus.

Sachverhalt

Der zu Reichtum gelangte und auf der spanischen Insel Mallorca wohnhafte Rentner V ist Eigentümer eines Mehrfamilienhauses mit zehn vermieteten Wohnungen in der bayrischen Metropole P. Die Erdgeschosswohnung des Hauses ist an den berufstätigen Mieter M vermietet.

In der formularmäßigen Hausordnung, auf die im Mietvertrag zwischen V und M ausdrücklich hingewiesen und die M bei Vertragsschluss vorgelegt wurde, wird die Schneeräumpflicht für die gesamten Verkehrsflächen des Grundstücks allein auf M übertragen. M ist in der Vergangenheit seiner Schneeräumpflicht jedoch nicht nachgekommen, was V allerdings mangels Kontrolle nicht aufgefallen ist.

Als es während einer Urlaubsreise des M zu starkem Schneefall kommt, rutscht der 16-jährige K beim Einwurf eines Briefs auf dem schneebedeckten und dadurch eisglatten Zugangsweg aus und bricht sich einen Arm. Die Heilbehandlungskosten i.H.v. 5.000 € werden von den Eltern E übernommen.

K verlangt von V Ersatz der Behandlungskosten. V verweigert die Zahlung, schließlich sei M die Pflicht zur Schneeräumung übertragen worden. Von Mallorca aus könne er sich selbst hierum nicht kümmern. Jedenfalls müsse sich K anrechnen lassen, dass die Kosten von den Eltern des K getragen wurden und K – was zutreffend ist – Schuhe mit glatter Sohle trug.

Fallfrage 1

Welche Ansprüche hat K gegen M und V?

Sachverhaltsfortsetzung

Nachdem V die Behandlungskosten schließlich doch an K gezahlt hat, verlangt V deren Ersatz von M, da M nach der Hausordnung für die Schneeräumung verantwortlich gewesen sei. M entgegnet, die Verpflichtung sei unwirksam. Zum einen sei die Räumpflicht nur in der Hausordnung und nicht im Mietvertrag enthalten. Zum anderen könne es nicht sein, dass nur er alleine durch die Hausordnung zur Schneeräumung verpflichtet sei.

Fallfrage 2

Welche Ansprüche hat V gegen M?

* Der Autor ist Student an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und Stud. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht, Medizinrecht und Rechtsphilosophie (Prof. Dr. Jan C. Schuhr). Er dankt Herrn Dr. Florian Kienle und Frau Stefanie Nitsche für wertvolle Anmerkungen.

Lösungsvorschlag zu Frage 1

I. Ansprüche des K gegen M

1. § 823 Abs. 1 BGB

a) Rechtsgutverletzung

Der gebrochene Arm des K stellt einen Eingriff in dessen körperliche Integrität und damit eine Verletzung des Körpers und der Gesundheit dar. Eine Rechtsgutsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB ist damit gegeben.

b) Verletzungshandlung

Die Rechtsgutsverletzung muss auf einem Verhalten des Schädigers beruhen, das in einer Handlung oder Unterlassung bestehen kann.¹ Anzuknüpfen ist vorliegend an die unterbliebene Schneeräumung. Ein solches Unterlassen steht einem positiven Tun gleich, wenn eine Rechtspflicht zur Abwendung der Gefahr gegeben ist.² Hierbei ist fraglich, ob eine Pflicht zur Schneeräumung als Teil der Verkehrssicherungspflicht des M bestand.³

Eine Verkehrspflicht zur Schneeräumung auf allgemein zugänglichen Verkehrsflächen trifft grundsätzlich den Eigentümer V, da dieser den Verkehr auf dem Grundstück eröffnet hat.⁴ Diese Pflicht könnte jedoch wirksam auf den Mieter M delegiert worden sein.

Grundsätzlich können Verkehrssicherungspflichten mit der Folge der Entlastung des Verpflichteten delegiert werden.⁵ Hierbei ist entscheidend, dass die Pflicht einverständlich und faktisch übernommen wird. Es muss ein Mindestmaß an Einverständnis zwischen dem ursprünglich Verpflichteten und dem Übernehmenden vorliegen. Die Übertragung muss klar und eindeutig vereinbart werden,⁶ wobei es auf die rechtliche Wirksamkeit der Übernahme nicht ankommt.⁷ Der Eintretende muss darüber hinaus faktisch die Verkehrssicherung übernehmen und der primär Verkehrssicherungspflichtige infolge-

¹ Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 63.

² Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 78. Aufl. 2019, § 823 Rn. 2; Buck-Heeb, Examensrepetitorium Besonderes Schuldrecht 2, 6. Aufl. 2017, Rn. 169a.

³ Eine Rechtspflicht kann unter anderem auch aus einer Garantenstellung, aus einer Amtsstellung oder aus einem Vertrag folgen, vgl. Teichmann, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 823 Rn. 29 ff.

⁴ Wagner (Fn. 1), § 823 Rn. 405; Schaub, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2018, § 823 Rn. 106 f.

⁵ BGH NJW 2006, 3628 ff.; OLG Hamm NJW 2013, 1375 (1376); Schaub (Fn. 4), § 823 Rn. 125.

⁶ BGH NZM 2008, 242 (243).

⁷ BGH NJW 2008, 1440 ff.; Wagner (Fn. 1), § 823 Rn. 466; Heger, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 823 Rn. E64; Buck-Heeb (Fn. 2), Rn. 178.

dessen keine Schutzvorkehrungen vornehmen, weil er sich auf das Tätigwerden des Eintretenden verlässt.⁸

In Anbetracht dessen kann von der Übernahme der Räumpflicht durch Mieter M nicht ausgegangen werden. Zwar wurde M durch Hausordnung zur Schneeräumung verpflichtet, sodass von einem hinreichenden Einverständnis hinsichtlich der Übertragung der Räumpflicht ausgegangen werden kann. Allerdings ist M der Räumpflicht in der Vergangenheit tatsächlich nicht nachgekommen, sodass die Bestimmung faktisch nicht umgesetzt wurde. Ein berechtigtes Vertrauen auf die Übernahme der Räumpflicht durch M besteht damit nicht.

c) Ergebnis

Insofern wurde die Schneeräumpflicht nicht wirksam auf M delegiert. Mangels einer entsprechenden Rechtspflicht ist die unterlassene Schneeräumung einem aktiven Tun nicht gleichzustellen. Ein zurechenbares Verhalten des M ist damit nicht gegeben. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB besteht somit nicht.

2. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 229, 13 StGB

Es bedarf der Verletzung eines Schutzgesetzes. Als verletztes Gesetz im Sinne des Art. 2 EGBGB kommen §§ 229, 13 StGB in Betracht.

Der gebrochene Arm stellt eine körperliche Misshandlung und eine Gesundheitsschädigung dar, sodass der tatbestandliche Erfolg eingetreten ist. Die Verkehrspflicht zur Schneeräumung war jedoch nicht wirksam auf M delegiert worden, sodass eine Garantstellung gem. § 13 StGB nicht vorliegt. Damit ist der Tatbestand des §§ 229, 13 StGB nicht erfüllt.

Mangels Verletzung eines Schutzgesetzes besteht damit kein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 229, 13 StGB.

3. Zwischenergebnis

Es bestehen damit keine Ansprüche des K gegen M auf Ersatz der Behandlungskosten.

II. Ansprüche des K gegen V

1. § 823 Abs. 1 BGB

a) Anwendbarkeit des deutschen Rechts?

V ist in Spanien wohnhaft, sodass sich die Frage stellt, ob deutsches Recht Anwendung findet. Dies könnte sich nach der Rom-II-VO richten.

Die Verordnung findet zeitlich gem. Art. 31, 32 Rom-II-VO und räumlich gem. Art. 1 Abs. 4 Rom-II-VO i.V.m. den Erwägungsgründen 39, 40 ROM-II-VO Anwendung. Es liegt ein außervertragliches Schuldverhältnis in Gestalt einer unerlaubten Handlung vor, sodass der sachliche Anwendungsbereich gem. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 15 lit. a Rom-II-VO eröffnet ist.

Eine Rechtswahl nach Art. 14 Abs. 1 Rom-II-VO liegt nicht vor. Somit bestimmt sich das anzuwendende Recht nach Art. 4 Abs. 1 Rom-II-VO. Die Rechtsgutsverletzung ist in

Deutschland eingetreten, sodass hiernach deutsches Recht Anwendung findet. Darüber hinaus ist Art. 4 Abs. 2 Rom-II-VO nicht einschlägig. Ebenfalls bestehen für die Ausweisklausel des Art. 4 Abs. 3 Rom-II-VO keine Anhaltspunkte.

b) Rechtsgutsverletzung

Im Hinblick auf die Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB liegt eine Verletzung des Körpers und der Gesundheit des K vor, sodass eine Rechtsgutsverletzung gegeben ist.

c) Verletzungshandlung

Es bedarf eines haftungsrelevanten Verhaltens des V. Das Unterlassen der Schneeräumung durch V ist nur dann einem aktiven Tun gleichzusetzen, wenn eine Rechtspflicht des V zur Schneeräumung bestand.

Als Eigentümer hat V durch die Eröffnung der öffentlichen Grundstücksflächen für den Verkehr eine Gefahrenquelle geschaffen, wodurch V zur Verkehrssicherung und damit zur Entfernung des Schnees auf den Verkehrsflächen des Grundstücks verpflichtet war.⁹ V könnte seine Räumpflicht jedoch auf M delegiert haben, mit der Folge, dass sich seine Räumpflicht auf die Pflicht zur ordentlichen Auswahl und Überwachung verkürzten.¹⁰ Eine wirksame Übertragung der Räumpflicht liegt jedoch nicht vor.¹¹ Es bestand damit eine Verkehrspflicht des V, die öffentlichen Verkehrsflächen des Grundstücks von Schnee freizuhalten, sodass Dritte das Grundstück ohne Gefahr betreten können.

Sein Unterlassen ist daher einem haftungsrelevanten aktiven Tun gleichzustellen.

d) Kausalität und Zurechnung

Das Unterlassen der Schneeräumung war kausal für die Rechtspflichtverletzung. Ebenso lag die Verletzung durch einen Sturz auf einer verschneiten und vereisten Verkehrsfläche nicht außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit und war vom Schutzzweck der Norm umfasst.

e) Rechtswidrigkeit

V müsste rechtswidrig gehandelt haben. Während bei unmittelbaren Rechtsgutsverletzungen die Rechtswidrigkeit durch die Verletzung indiziert wird, bedarf dies bei Verletzungen durch Unterlassen der Feststellung eines Verstoßes gegen eine Verkehrssicherungspflicht.¹² V war als Eigentümer des Grundstücks zur Schneeräumung auf den öffentlich zugänglichen Verkehrsflächen verpflichtet, sodass diese ohne erhebliche Gefährdung betretbar sind.¹³ Indem V den Schnee nicht

⁸ BGH NZM 2008, 242 (243).

⁹ Wagner (Fn. 1), § 823 Rn. 405; Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV: Delikts- und Schadensrecht, 2. Aufl. 2017, Rn. 74.

¹⁰ Heger (Fn. 7), § 823 Rn. E60; OLG Hamm NJW 2013, 1375, (1376); Buck-Heeb (Fn. 2), Rn. 178.

¹¹ Bejaht man eine wirksame Delegation der Räumpflicht, so ist eine Verkehrspflicht im Hinblick auf die weiterhin bestehenden Überwachungspflichten anzunehmen.

¹² Sprau (Fn. 2), § 823 Rn. 26; Grigoleit/Riehm (Fn. 9), Rn. 117; Buck-Heeb (Fn. 2), Rn. 181.

¹³ Für Details vgl. Sprau (Fn. 2), § 823 Rn. 226 ff.

entfernt hat, hat er gegen seine Verkehrssicherungspflicht verstoßen und handelte damit rechtswidrig.

f) *Verschulden*

Im Hinblick auf das für § 823 Abs. 1 BGB erforderliche Verschulden könnte V hinsichtlich des Verstoßes gegen seine Räumspflicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen und damit fahrlässig gehandelt haben. Zwar ging V davon aus, die Räumspflicht wirksam auf M delegiert zu haben und somit selbst nicht zur Räumung verpflichtet zu sein. Im Hinblick auf die hierfür geltenden strengen Maßstäbe hätte V sich hinsichtlich der Befreiung von der Räumspflicht jedoch anwaltlich beraten lassen müssen. Er handelte damit hinsichtlich der unterlassenen Schneeräumung fahrlässig.

g) *Schaden*

Es bedarf eines ersatzfähigen Schadens. Die Heilbehandlungskosten i.H.v. 5.000 € beruhen auf der Verletzung einer Person und sind daher gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB ersatzfähig.

aa) *Grundsätze der Vorteilsausgleichung*

Die Zahlung der Heilbehandlungskosten durch die Eltern E könnte jedoch nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen sein. So sind unter bestimmten Voraussetzungen solche Vorteile anzurechnen, die dem Geschädigten in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen.¹⁴ Hierbei sind nur solche Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, deren Anrechnung mit Sinn und Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt. Entscheidend ist, ob die Anrechnung dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unbillig entlastet.¹⁵

Die Zahlung der Heilbehandlungskosten durch die Eltern E war kausal durch das schadensbegründende Ereignis bedingt. Die Anrechnung würde V jedoch unbillig entlasten. Dies geht aus dem Rechtsgedanken des § 843 Abs. 4 BGB hervor, wonach auch Leistungen der Eltern im Rahmen ihrer Unterhaltspflicht gem. § 1601 BGB nicht bei der Berechnung des Schadensersatzes zu berücksichtigen sind.¹⁶ Insofern ist die Zahlung der Behandlungskosten durch die Eltern nicht auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen.

bb) *Mitverschulden, § 254 Abs. 1 BGB*

Möglicherweise ist jedoch die Anspruchshöhe aufgrund eines Mitverschuldens des K gem. § 254 Abs. 1 BGB zu mindern. K trifft ein Mitverschulden, wenn er diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen hat, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden

pflegt.¹⁷ K müsste die ihm in eigenen Angelegenheiten obliegende Sorgfalt vorsätzlich oder fahrlässig verletzt haben.¹⁸

Fraglich ist, ob aufgrund des Alters von 16 Jahren die erforderliche Zurechnungsfähigkeit gegeben ist. Insofern ist § 828 Abs. 3 BGB analog anzuwenden.¹⁹ Da K über hinreichendes Vermögen zur Einsicht, sich selbst vor Schäden zu bewahren, verfügte, ist die Zurechnungsfähigkeit gegeben.

Das Tragen von Schuhen mit glatter Sohle bei starkem Schneefall war für den Sturz und die Verletzung seiner Gesundheit mitursächlich. Es ist anzunehmen, dass der Sturz bei Tragen von kräftigen Schuhen mit ausreichendem Profil vermieden worden wäre. Da die glatte Sohle insofern zu einer deutlich erhöhten Rutschgefahr führt, hat K die Rechtsgutsverletzung maßgeblich mitverursacht. Gleichwohl wiegt die Verletzung der Räumspflicht deutlich schwerer. Insofern ist K ein entsprechendes Mitverschulden i.H.v. 25 % anzurechnen.

h) *Zwischenergebnis*

Mithin besteht ein Anspruch des K gegen V auf Schadensersatz i.H.v. 3.750 € aus § 823 Abs. 1 BGB.

2. *§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB*

Da das Unterlassen der Schneeräumung eine fahrlässige Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 229, 13 StGB darstellt,²⁰ liegt die Verletzung eines Schutzgesetzes im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB vor. Es besteht damit ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB.

3. *Ergebnis*

K hat damit gegen V einen Anspruch auf Ersatz der Heilbehandlungskosten i.H.v. 3.750 € sowohl aus § 823 Abs. 1 BGB als auch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB.

III. Ergebnis zu Frage 1

Ein Anspruch des M gegen K auf Zahlung von Schadensersatz besteht nicht. M kann jedoch gegen V einen Anspruch auf Zahlung der Heilbehandlungskosten i.H.v. 3.750 € aus § 823 Abs. 1 BGB sowie aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB geltend machen.

Lösungsvorschlag zu Frage 2: Ansprüche des V gegen M

I. §§ 280 Abs. 1, 535 Abs. 1 BGB

1. *Anwendbarkeit deutschen Rechts?*

Im Hinblick auf den Wohnsitz des V in Spanien ist fraglich, ob deutsches Recht Anwendung findet. Der Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 535 Abs. 1 BGB stellt einen vertraglichen

¹⁴ BGH NJW 2012, 928 (933); *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 78. Aufl. 2019, Vor § 249 Rn. 68 f.

¹⁵ BGH NJW 2012, 928 (933); *Grigoleit/Riehm* (Fn. 9), Rn. 542.

¹⁶ *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 249 Rn. 265; *Flume*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 51. Ed., Stand: 1.8.2019, § 249 Rn. 350.

¹⁷ BGH NJW 2014, 2493; *Grigoleit/Riehm* (Fn. 9), Rn. 616. Weitere Beispiele für ein Mitverschulden bei Schnee- und Eisglätte finden sich bei *Grüneberg* (Fn. 14), § 254 Rn. 27.

¹⁸ *Grüneberg* (Fn. 14), § 254 Rn. 9.

¹⁹ *Grüneberg* (Fn. 14), § 254 Rn. 9.

²⁰ Für einen ähnlichen strafrechtlichen Fall siehe OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 2.12.2018 – 2 Ws 7/18.

Anspruch dar, sodass sich das anzuwendende Recht nach der Rom-I-VO richtet.

Die Rom-I-VO ist zeitlich gem. Art. 28 Rom-I-VO und räumlich gem. Art. 1 IV Rom-I-VO i.Vm. den Erwägungsgründen 44, 46 Rom-I-VO anwendbar.

Eine vorrangig zu berücksichtigende Rechtswahl im Sinne des Art. 3 Rom-I-VO haben V und M nicht getroffen. Da der Vertrag die Miete einer unbeweglichen Sache zum Gegenstand hat, ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem die unbewegliche Sache belegen ist, Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom-I-VO. Da sich das Mietobjekt in Deutschland befindet, findet deutsches Recht Anwendung.

2. Schuldverhältnis

Mit dem wirksamen Mietvertrag zwischen V und M besteht ein Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB.

3. Pflichtverletzung

Es bedarf der Verletzung einer vertraglichen Pflicht durch M. Eine solche könnte in der unterlassenen Schneeräumung bestehen. Dies setzt voraus, dass M durch die Hausordnung wirksam zur Schneeräumung verpflichtet war.

Die Hausordnung stellt aufgrund ihrer Verwendung gegenüber allen Mietparteien und der einseitigen Vorformulierung eine allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB dar.²¹ Insofern setzt die wirksame Übertragung der Schneeräumspflicht voraus, dass die Hausordnung wirksam in den Mietvertrag zwischen V und M einbezogen wurde (a) und die Klausel der Hausordnung mit den §§ 307 ff. BGB vereinbar ist (b).

a) Wirksamkeit nach § 305c Abs. 1 BGB

Auf die Geltung der Hausordnung wurde im Mietvertrag ausdrücklich hingewiesen. Sie wurde M vor Vertragsschluss ausgehändigt. M hat sich durch die Unterzeichnung des Mietvertrages mit dieser einverstanden erklärt. Die Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB sind damit gegeben.

Die Pflicht zur Durchführung der Schneeräumung wäre jedoch gem. § 305c Abs. 1 BGB nicht Bestandteil des Mietvertrages geworden, wenn die Klausel, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich ist, dass der Vertragspartner vernünftigerweise nicht mit ihr zu rechnen braucht.²²

Anhaltspunkte dafür, dass die Pflicht zur Schneeräumung bereits im Rahmen des Mietvertrages übertragen wurde, bestehen nicht. Die Klausel könnte damit objektiv ungewöhnlich sein, weil die Pflicht zur Schneeräumung als zusätzliche

Verpflichtung des Mieters diesem erst im Rahmen der Hausordnung übertragen wurde.

Grundsätzlich werden die Rechte und Pflichten des Mieters im Rahmen des Mietvertrags geregelt und diese in der Hausordnung lediglich konkretisiert. Insbesondere in dem Fall, in dem Mietvertrag und Hausordnung dem Mieter gemeinsam vorgelegt und unterzeichnet werden, handelt es sich jedoch um ein einheitliches Vertragswerk, das die Rechtsstellung der Vertragsparteien in ihrer Gesamtheit ausgestaltet, sodass die Übertragung von Pflichten durch die Hausordnung für sich genommen nicht derart ungewöhnlich ist, dass der Vertragspartner sie nicht erwarten könnte. Insofern liegt eine überraschende Klausel lediglich hinsichtlich solcher Pflichten vor, die üblicherweise im Mietvertrag und nicht in der Hausordnung geregelt werden.²³

Dies ist nicht anzunehmen, wenn durch die Hausordnung Pflichten hinsichtlich der Reinigung und Schneeräumung von Verkehrsflächen auf dem Grundstück geregelt werden. Da diese darauf gerichtet sind, die Pflichten der Mieter untereinander abzugrenzen und insofern eine einheitliche Regelung für alle Mieter erfordern, ist mit einer entsprechenden Verpflichtung im Rahmen der Hausordnung zu rechnen. Die Pflicht zur Schneeräumung ist damit keine überraschende Klausel.

Die Hausordnung und die Pflicht zur Schneeräumung wurde damit wirksam in den Mietvertrag einbezogen.

b) Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB

Fraglich ist, ob die Verpflichtung des M zur Schneeräumung einer Inhaltskontrolle gem. § 307 ff. BGB standhält. Ein Verstoß gegen §§ 308, 309 BGB ist nicht ersichtlich. Insofern kommt eine unangemessene Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1 BGB in Betracht. Eine solche ist anzunehmen, wenn die Pflicht mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren ist, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

aa) Übertragung der Schneeräumspflicht

Bereits die Übertragung der Schneeräumspflicht für sich genommen könnte gegen wesentliche gesetzliche Grundgedanken im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB verstoßen. Grundsätzlich obliegt die Erhaltung des zu dem vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustands und damit die Einhaltung der Räum- und Streupflicht nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB dem Vermieter. Allerdings nutzt M als Mieter anstelle des Vermieters das Grundstück. Die Nutzung der Verkehrsflächen geschieht hierbei maßgeblich in eigenem Interesse. Auch hat der Mieter regelmäßig den besseren Überblick darüber, wann eine Schneeräumung erforderlich ist. Insbesondere bei räumlicher Abwesenheit des Vermieters vermag dieser den Räumbedarf nur schwer zu überblicken. Insofern ist es nicht un-

²¹ Mayer/Eichel/Klinck, NZM 2018, 689 (691); Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 13. Aufl. 2017, § 535 BGB Rn. 378; Zehelein, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 51. Ed., Stand: 1.8.2019, § 535 Rn. 356.

²² LG Frankfurt NJW-RR 1988, 782 ff.; Berger, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2018, § 305c Rn. 5.

²³ Mayer/Eichel/Klinck, NZM 2018, 689 (692); LG Karlsruhe BeckRS 2011, 11041; a.A. Zehelein (Fn. 21), § 535 Rn. 356; LG Frankfurt NJW-RR 1988, 782 ff.

angemessen, dass M die Pflicht zur Schneeräumung bzgl. der vom Mieter regelmäßig genutzten Flächen übertragen wird.²⁴

bb) Ungleichbehandlung der Mieter

Problematisch ist jedoch, dass die gesamte Schneeräumspflicht auf lediglich einen Mieter übertragen wurde, obwohl tatsächlich zehn Mietparteien vorhanden sind, die die Verkehrsflächen nutzen. Zwar besteht im Mietrecht der Grundsatz der Gleichbehandlung lediglich im Rahmen des Willkürverbots des § 242 BGB.²⁵ Schon dieses reicht jedoch aus, um eine unangemessene Benachteiligung zu begründen. So werden dem Erdgeschossmieter M im Vergleich zu den anderen Mietern erhebliche Pflichten auferlegt.²⁶ Diese gewinnen auch dadurch an Gewicht, dass die Erfüllung der Schneeräumpflichten im Winter ein regelmäßiges und zeitgebundenes Tätigwerden erfordert, was gerade für Berufstätige zu einer erheblichen Verpflichtung führen kann. Anhaltspunkte für einen wirtschaftlichen und finanziellen Ausgleich bestehen nicht. Eine willkürfreie interne Lastenverteilung der Schneeräumpflichten findet durch die Übertragung der vollständigen Schneeräumspflicht auf M damit nicht statt. Zwar befindet sich M als Mieter im Erdgeschoss örtlich näher an den betroffenen Verkehrsflächen. Da er hieraus jedoch keine unmittelbaren Vorteile zieht, erscheint es nicht angemessen, ihm die Schneeräumpflichten vollständig zu übertragen.

cc) Zwischenergebnis

Die Klausel stellt damit eine unangemessene Benachteiligung des M gem. § 307 Abs. 1 BGB dar. Sie wurde somit nicht wirksamer Bestandteil des Mietvertrages, sodass eine Rechtspflicht des M zur Durchführung der Schneeräumung durch die in den Mietvertrag einbezogene Hausordnung nicht wirksam begründet wurde.

4. Ergebnis

M war damit vertraglich nicht zur Schneeräumung verpflichtet. Insofern stellt die unterlassene Schneeräumung keine Pflichtverletzung dar. Es besteht damit kein Anspruch des V auf Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 535 Abs. 1 BGB.

II. § 426 Abs. 1 BGB

1. Anwendbarkeit deutschen Rechts

Das anzuwendende Recht richtet sich nach Art. 16 Rom I-VO. Maßgeblich ist hiernach das Recht, das auf die Verpflichtung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger anzuwenden ist. Dies ist gem. Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom-I-VO deutsches Recht.

²⁴ Zehelein (Fn. 21), § 535 Rn. 476; AG München NZM 2000, 35 ff.

²⁵ LG Köln BeckRS 2014, 02641; Eisenschmid (Fn. 21), § 535 BGB Rn. 104.

²⁶ Hitpaß/Kappus, NJW 2013, 565 (569); Mayer/Eichel/Klinck, NZM 2018, 689 (692).

2. Gesamtschuldnerschaft

M und V müssten eine Leistung als Gesamtschuldner schulden. Mangels eines Anspruchs des K gegen M haften M und V jedoch nicht als Gesamtschuldner. Ein Anspruch aus § 426 Abs. 1 BGB gegen M besteht damit nicht.

III. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

1. Anwendbarkeit deutschen Rechts

Das anzuwendende Recht richtet sich nach Art. 11 Rom-II-VO.

Da ein Rechtsverhältnis zwischen V und K im Hinblick auf die Bezahlung der Behandlungskosten nicht besteht, ist Art. 11 Abs. 1 Rom-II-VO nicht einschlägig. Auch ist Art. 11 Abs. 2 Rom-II-VO nicht einschlägig.

Das anzuwendende Recht richtet sich damit gem. Art. 11 Abs. 3 Rom-II-VO nach dem Ort, an dem die Geschäftsführung erfolgt. Um Manipulationen vorzubeugen, ist dies der Ort, an dem der Erfolg der Geschäftsführung eintritt.²⁷ Der Erfolg der Zahlung der Behandlungskosten ist in Deutschland eingetreten, sodass hiernach deutsches Recht Anwendung findet. Die Ausweichklausel des Art. 11 Abs. 4 Rom-II-VO ist nicht einschlägig.

2. Vorliegen eines fremden Geschäfts

Es bedarf eines fremden Geschäfts. Fremd ist jedes Geschäft, das dem Rechtskreis einer anderen Person zugehörig ist.²⁸ Die Zahlung des V an K erfolgte auf seine eigene Verpflichtung hin, nicht hinsichtlich einer Verpflichtung des M. M selbst war zur Zahlung nicht verpflichtet. Ein fremdes Geschäft ist daher nicht gegeben, sodass ein Anspruch aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB nicht besteht.

IV. § 812 Abs. 1 Var. 2 BGB

1. Anwendbarkeit deutschen Rechts

Das anzuwendende Recht richtet sich nach Art. 10 Rom-II-VO. Einschlägig ist insofern Art. 10 Abs. 3 Rom-II-VO, wonach das Recht desjenigen Staates anzuwenden ist, in dem die ungerechtfertigte Bereicherung eingetreten ist. Die Bereicherung wäre bei dem in Deutschland wohnhaften M eingetreten, sodass deutsches Recht Anwendung findet.

2. Erlangung eines Vermögensvorteils

M müsste etwas erlangt haben. Hierunter fällt jeder Vermögensvorteil.²⁹ Da M mangels eines Anspruchs des K nicht zur Zahlung an K verpflichtet war, hat M durch die Zahlung der 5.000 € durch V keine Befreiung von einer Verbindlichkeit und damit keinen Vermögensvorteil erlangt. Ein Anspruch gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB besteht damit nicht.

V. Ergebnis zu Frage 2

V kann damit gegen M keine Ansprüche aufgrund der unterlassenen Schneeräumung geltend machen.

²⁷ Schaub (Fn. 4), Rom-II-VO Rn. 5.

²⁸ Sprau (Fn. 2), § 677 Rn. 4.

²⁹ Sprau (Fn. 2), § 812 Rn. 4; Buck-Heeb (Fn. 2), Rn. 346.

Examensklausur: „Du darfst hier (erstmal) nicht weg!“ – Teil 2*

Von Prof. Dr. **Heinrich Amadeus Wolff**, Wiss. Mitarbeiterin **Natalia Babiak**, RA Dr. **Robert Tietze**, Bayreuth**

c) Materielle Rechtmäßigkeit

aa) Tatbestandsmäßigkeit der Befugnisnorm

Der Tatbestand des Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. b PAG müsste erfüllt sein. Gem. diesen kann die Polizei zur Abwehr einer Gefahr bzw. einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut einer Person verbieten, ohne polizeiliche Erlaubnis, wenn die Begehung von Straftaten droht, ihren Wohn- oder Aufenthaltsort oder ein bestimmtes Gebiet zu verlassen.

(1) Gefahr oder drohende Gefahr

Es müsste eine Gefahr oder eine drohende Gefahr vorliegen.

(a) Gefahr

Als Gefahr im Sinne des Art. 16 Abs. 2 S. 1 PAG ist immer eine konkrete Gefahr zu verstehen. Dies ergibt sich aus der in Art. 11 Abs. 1 PAG vorhandenen Legaldefinition, wonach die Polizei die notwendigen Maßnahmen treffen kann, um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren.¹ Eine *konkrete Gefahr* liegt vor, wenn eine Sachlage vorliegt, die nach allgemeiner Lebenserfahrung bei ungehindertem Verlauf des objektiv zu erwartenden Geschehens im Einzelfall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung der Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung führt.²

(b) Drohende Gefahr

Alternativ genügt für ein Aufenthaltsgebot auch eine drohende Gefahr.

Hinweis: Zum Begriff der drohenden Gefahr siehe im ersten Teil unter III. 1. a) bb).

(c) Anwendung auf den A.

Vorliegend ist zwar die Person (A.) bekannt, unklar ist aber, was und wann etwas passieren könnte. Das Verhalten des A. (Kauf von pflanzlichen Produkten, die laut Sachverhalt geeignet sind, Sprengstoff herzustellen; die Verbindung zu ei-

ner terroristischen Gruppe in Berlin; sowie die getätigten Aussagen) lässt den Schluss darauf zu, dass es zu einem Anschlag kommen kann. Eine konkrete Gefahr ist hierin nicht zu sehen. Weder das „Wann“ noch das „Wo“ sind vorliegend klar, jedoch lässt das individuelle Vorverhalten des A. den Schluss zu, dass er eine Gefahrenhandlung vornehmen wird.

Eine drohende Gefahr im Sinne des Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 PAG ist mithin gegeben.

(2) Für ein bedeutendes Rechtsgut

Die Gefahr muss einem bedeutenden Rechtsgut drohen. Das sind gem. Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG u.a. Leben, Gesundheit oder Freiheit. Hier spricht die gesamte Situation (Atmosphäre des Terrorismus; verbale Aufrufe; gefestigte Organisation; ein Mitglied beging bereits einen Anschlag) für einen terroristischen Anschlag, bei dem Menschen ums Leben kommen sollen bzw. an der Gesundheit geschädigt werden sollen.

(3) Zur Abwehr

Die Anordnung dient auch der Abwehr (d.h. zielgerichteten Verhinderung) dieser drohenden Gefahr.

(4) Begehung einer Straftat droht

Mit einem Anschlag kämen bspw. Tötungs- (§§ 211 ff. StGB), Körperverletzungs- (§§ 223 ff. StGB) oder auch Sachbeschädigungsdelikte (§§ 303 ff. StGB) in Betracht.

(5) Wohn- oder Aufenthaltsort oder bestimmtes Gebiet

Das Aufenthaltsgebot enthält eine genaue Bezeichnung des Gebietes, welches A. nicht verlassen darf. Dies ist mit den Stadtgrenzen der Stadt Bayreuth eindeutig bestimmt.

(6) Dauer

Nach Art. 16 Abs. 2 S. 3 PAG dürfen die Anordnungen die Dauer von drei Monaten nicht überschreiten. Vorliegend wurde das Aufenthaltsgebot für rund eineinhalb Monate ausgesprochen und hält sich mithin an diese zeitliche Grenze.

bb) Richtiger Adressat

Nach Art. 16 Abs. 2 S. 1 PAG kann „einer Person“ ein Aufenthaltsgebot auferlegt werden. Nicht näher ausformuliert ist, um welche Person es sich handeln muss. Denkbar ist nach dem Wortlaut auch, dass einer Person, von der die Gefahr nicht ausgeht, ein Aufenthaltsgebot auferlegt werden kann. Die Norm ist daher nicht ganz eindeutig. Bei Art. 16 Abs. 1 S. 2 PAG ist bspw. der mögliche Adressat der Maßnahme abschließend bestimmt, indem ein Platzverweis gegen Personen angeordnet werden kann, die den Einsatz [...] behindern. Bei Art. 16 Abs. 2 PAG erfolgt eine dahingehende Eingrenzung nicht.³ Fraglich ist, ob insoweit auf die Art. 7, 8, 10

* Dies ist der zweite Teil einer Klausur, die im Sommersemester 2019 in dem Examensklausurenkurs als zweite Klausur im Öffentlichen Recht an der Universität Bayreuth gestellt worden ist.

** Der Autor Prof. Dr. Wolff ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Recht der Umwelt, Technik und Information an der Universität Bayreuth; die Autorin Ass. jur. Babiak ist Wiss. Mitarbeiterin und Doktorandin an diesem Lehrstuhl; der Autor Dr. Tietze ist ehemaliger Wiss. Mitarbeiter und Doktorand dieses Lehrstuhls und praktizierender Rechtsanwalt.

¹ Holzner, in: Möstl/Schwabenhauer, Beck'scher Online-Kommentar zum PolR Bayern, 9. Lfg., Stand: 1.2.2019, Art. 11 Rn. 19.

² BVerfGE 120, 274 (328 f.).

³ Siehe hierzu: Löffelmann, BayVBl. 2018, 145 (149).

PAG zurückgegriffen werden kann oder stattdessen Art. 16 Abs. 2 PAG so zu verstehen ist, dass er konkludent die Maßnahme nur gegen die Personen zulässt, die die drohende Gefahr verursachen.⁴ Überzeugender dürfte es sein, auf die Grundsätze von Art. 7 ff. PAG zurückzugreifen und insoweit die drohende Gefahr als Gefahr im Sinne des Art. 7 ff. PAG zu verstehen.

Da A. die drohende Gefahr durch sein eigenes Tun verursacht, ist er Verantwortlicher im Sinne von Art. 7 Abs. 1 PAG. Damit ist A. als richtiger Adressat anzusehen.

cc) Verhältnismäßigkeit

Die getroffene Maßnahme (Aufenthaltsgebot) müsste ferner verhältnismäßig sein, d.h. einen legitimen Zweck verfolgen, geeignet, erforderlich und angemessen sein (vgl. Art. 4 PAG).

Unzweifelhaft wird mit dem Aufenthaltsgebot das Ziel verfolgt, einen terroristischen Anschlag zu verhindern, indem der A. die Stadt Bayreuth nicht verlassen kann. So kann er keinen persönlichen Kontakt in Berlin zu seiner Terrorgruppe aufnehmen und auch nicht an einen anderen Ort reisen, um einen Anschlag zu verüben. Dies stellt einen legitimen Zweck dar. Das Aufenthaltsgebot fördert auch diesen Zweck. Jedenfalls wird die Begehung eines Anschlags erschwert, zwar nicht in Bayreuth, aber die Anschläge insgesamt werden deutlich erschwert. Mildere, gleich wirksame Mittel sind nicht ersichtlich. Insbesondere würde bspw. ein Aufenthaltsverbot für Berlin zwar die Möglichkeit der Kontaktaufnahme zu seiner Gruppe in Berlin erschweren, es würde jedoch die möglichen weiteren Angriffsorte nicht einschränken.

Das Aufenthaltsgebot dürfte ferner nicht außer Verhältnis zum angestrebten Zweck stehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Lebens- und Gesundheitsschutz anderer (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) überragend wichtige Gemeinschaftsgüter darstellen und dem Freizügigkeitsrecht des A. vorgehen. Gegen die Dauer von eineinhalb Monaten rund um Weihnachten und Neujahr oder die Festlegung des Gebietes sprechen keine Gesichtspunkte, die eine Unverhältnismäßigkeit begründen. Zudem besteht die Möglichkeit, eine polizeiliche Erlaubnis einzuholen, wenn der A. das Stadtgebiet verlassen möchte. Art. 16 Abs. 2 S. 1 PAG sieht insofern auch eine Ausnahmeregelung vor.

Es sprechen daher mehr Gründe für ein Aufenthaltsgebot, als dagegen. Die Abwägung könnte aber anders ausfallen, wenn man berücksichtigt, dass dem A. die Möglichkeit genommen wird, an den Gottesdiensten bzw. Abendgebeten in Berlin teilzunehmen. Darin könnte ein Verstoß gegen Art. 4 GG zu sehen sein. Die Teilnahme am Gottesdienst bzw. den Abendgebeten unterfällt der Freiheit der Religionsausübung, worunter sämtliche Erscheinungsformen der religiösen Betätigung zu zählen sind.⁵ Betroffen ist der Bereich des forum

externum, d.h. der Betätigung der religiösen Überzeugung nach außen. Dem A. wird jedoch nicht die Teilnahme an den Abendgebeten allgemein, sondern nur Teilnahme an den Abendgebeten außerhalb der Stadt Bayreuth, insbesondere in Berlin durch das Aufenthaltsgebot verwehrt. Das Recht, sich den entsprechenden Ort für seine Religionsausübung frei auswählen zu können, dürfte allerdings auch in den Schutzbereich des Art. 4 GG fallen. Dies wird dem A. durch das Aufenthaltsgebot in Bayreuth jedenfalls gezielt versagt, so dass ein Eingriff in den Schutzbereich gegeben ist. Dieser könnte gerechtfertigt sein. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG ist dem Wortlaut nach vorbehaltlos gewährleistet, steht aber unter dem Vorbehalt der verfassungsimmanenten Schranken, d.h. kollidierendem Verfassungsrecht.⁶ Hier ergeht das Aufenthaltsgebot vor dem Hintergrund der staatlichen Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, um überragend wichtige Rechtsgüter zu schützen. Übergeordnet dient das Aufenthaltsgebot der Verhinderung eines Anschlags, welcher durch den Kontakt zu seinen Glaubensbrüdern in Berlin weiter geplant und vorangetrieben werden soll. Des Weiteren bleibt ihm die Religionsausübung als solche möglich (Abendgebete u.a.) und es ist lediglich der externe und nicht der interne Bereich der Glaubens- und Religionsfreiheit betroffen.

Der Eingriff in Art. 4 GG stellt sich mithin als gerechtfertigt dar und führt im Ergebnis nicht zu einer Unverhältnismäßigkeit des Aufenthaltsgebots.

Hinweis: A.A. mit entsprechender Begründung vertretbar. Wichtig ist, Art. 4 GG in die Abwägung einzubeziehen.

dd) Ermessen

Ferner müsste die Behörde ihr durch Art. 16 Abs. 2 S. 1 PAG eingeräumtes Ermessen (Wortlaut: „kann [...] verbieten“) ordnungsgemäß ausgeübt haben (Art. 5 PAG, Art. 40 Bay-VwVfG). Hier könnte gegebenenfalls problematisch sein, dass das Ermessen der Sicherheitsbehörde (hier der Gemeinde vertreten durch die Oberbürgermeisterin) übernommen wurde und damit ein Einschreiten vorgegeben war. Die Oberbürgermeisterin O. traf jedoch nur eine Ermessenserwägung hinsichtlich des „Ob“, d.h. dass überhaupt eingeschritten werden soll (Entschließungsermessen), und nicht hinsichtlich des „Wie“ (Auswahlermessen). Die Polizeibehörde war wegen der Weisung hinsichtlich des Einschreitens gebunden. Die Entscheidung über das „Wie“ blieb aber bei der Polizei. Die im Bescheid angegebenen Erwägungen sprechen ferner für keinen Ermessensfehler, insbesondere nicht hinsichtlich der Auswahl der Maßnahme und des Adressaten (Störers/Gefährders). Ermessensfehler sind nicht ersichtlich.

⁴ Für eine Anwendbarkeit von Art. 7, 8, 10 PAG bei Art. 16 Abs. 1 PAG: *Grünwald*, in: Möstl/Schwabenhauer (Fn. 1), Art. 16 Rn. 36.

⁵ „Zur Religionsausübung gehören nicht nur kultische Handlungen und Ausübung sowie Beachtung religiöser Gebräuche, wie Gottesdienst, Sammlung kirchlicher Kollekten, Gebete, Empfang der Sakramente, Prozessionen, Zeigen von Kirchen-

fahnen, Glockengeläute, sondern auch religiöse Erziehung, freireligiöse und atheistische Feiern sowie andere Ausübungen des religiösen und weltanschaulichen Lebens“ = BVerfGE 24, 236 (246).

⁶ *Germann*, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 41. Lfg., Stand: 15.11.2018, Art. 4 Rn. 47.

d) *Ergebnis: Materielle Rechtmäßigkeit des Aufenthaltsgebots*

Das Aufenthaltsgebot ist materiell rechtmäßig. Eine Verletzung des A. in subjektiv-öffentlichen Rechten liegt nicht vor.

2. *Ergebnis: Interessenabwägung*

Bei der abschließenden Beurteilung des Gerichts im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes ist umstritten, ob bei offensichtlicher Erfolglosigkeit in der Hauptsache auch das Vorliegen des besonderen Vollzugsinteresses zu prüfen ist.⁷ Die Würdigung der materiellen Rechtslage des VA ist zwar ausschlaggebend, reicht aber allein noch nicht als hinreichende Voraussetzung für die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit aus.⁸ Die Vollzugsanordnung stellt eine Ausnahme von der Regel des § 80 Abs. 1 VwGO dar.⁹ Die Dringlichkeit des Vollzugs ist zu begründen, sodass nach summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage bei Feststellung der Erfolglosigkeit des Rechtsbehelfes in der Hauptsache nicht automatisch ein öffentliches Vollzugsinteresse besteht, das das Aufschubinteresse des Betroffenen übersteigt.¹⁰ Bei Betrachtung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache ergibt sich im Rahmen der gerichtlichen Abwägung wegen der Rechtmäßigkeit des VA eine Gewichtung zu Lasten des A. Regelmäßig besteht bei negativen Erfolgsaussichten kein besonderes Interesse an der Anordnung der aufschiebenden Wirkung.¹¹ Es ist auch nicht ersichtlich, dass dem A. übermäßige Nachteile entstehen würden (nur vorübergehende Einschränkung und kein endgültiges Verbot), wenn dem öffentlichen Vollzugsinteresse der Vorrang eingeräumt wird. Die Anordnung dient dem Schutz von höherrangigen Rechtsgütern, u.a. Leben, körperliche Unversehrtheit. Der zeitliche und räumliche Zusammenhang der Umstände spricht für die Förderung der gebotenen Eile, um Gefahren zu vermeiden. Aufgrund von den Bekundungen des A. und der Ereignisse (Selbstmordattentat des B.) sind Verhaltensweisen des A. zu unterbinden, die eine Wiederholung der Gewaltakte bewirken oder fördern könnten. Es ist vom Vorliegen eines besonderen Vollzugsinteresses auszugehen.

⁷ Siehe dazu zusammenfassend: *Puttler*, in: Sodan/Ziekow, Großkommentar VwGO, 5. Aufl. 2018, § 80 Rn. 156 ff.; *Gersdorf*, in: Posser/Wolff, Beck'scher Online-Kommentar zur VwGO, 49. Lfg., Stand: 1.7. 2018, § 80 Rn. 177–186; *Erbguth/Guckelberger*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, § 21 Rn. 15; *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 36. Lfg., Stand: Februar 2019, § 80 Rn. 387.

⁸ *Schoch* (Fn. 7), § 80 Rn. 208.

⁹ *Puttler* (Fn. 7), § 80 Rn. 157.

¹⁰ BVerfG(K) NVwZ 1996, 58 (59); BVerfG NVwZ 2009, 240 (241); BVerwG NVwZ 1995, 587 (590); BVerfG NVwZ 1995, 595 (598); OVG Lüneburg BeckRS 2014, 49116; a.A. OVG Bremen NVwZ 1986, 1038 (1038); VG Potsdam NVwZ-RR 2001, 402 Rn. 2.

¹¹ Vgl. *Schoch* (Fn. 7), § 80 Rn. 208.

3. *Rechtmäßigkeit der Meldeanordnung (Nr. 2)*

Die Meldeanordnung wäre rechtmäßig, wenn sie auf einer (verfassungsgemäßen) Rechtsgrundlage beruht, sowie formell und materiell rechtmäßig wäre.

a) *Eingriffsgrundlage*

aa) *Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG*

Gem. Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG kann die Polizei unter den Voraussetzungen des Art. 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 eine Person verpflichten, in bestimmten zeitlichen Abständen bei einer Polizeidienststelle persönlich zu erscheinen (Meldeanordnung). Vorliegend wird dem A. vorgegeben, sich täglich zwischen 17 und 20 Uhr bei einer Polizeidienststelle in Bayreuth persönlich zu melden. Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG kommt als Rechtsgrundlage dieser polizeilichen Maßnahme in Betracht.

bb) *Nachschieben von Gründen*

In dem Bescheid selbst gibt die Behörde den Art. 16 Abs. 2 S. 1 PAG als Rechtsgrundlage für beide Maßnahmen (Aufenthaltsgebot und Meldeanordnung) an, korrigiert vom Gericht aber die Rechtsgrundlagenangabe hinsichtlich der Meldeanordnung auf Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG. Fraglich ist, ob diese Änderung berücksichtigt werden kann oder ob die Angabe der falschen Rechtsgrundlage zur Rechtswidrigkeit dieser Maßnahme führt.

Ein Nachschieben von Gründen ist bei einem VA grundsätzlich zulässig. Entscheidend ist, ob dieser objektiv rechtmäßig oder rechtswidrig ist. Zur formellen Rechtmäßigkeit gehört nach h.M. nur, dass eine Begründung vorliegt (Art. 39 BayVwVfG), nicht aber, ob diese inhaltlich auch rechtmäßig ist.¹² Das Nachschieben von Gründen ist auch bei Ermessensakten zulässig, wie an § 114 S. 2 VwGO ersichtlich wird.

Das Nachschieben von Gründen ist zulässig, wenn

- die nachträglich angegebenen Gründe schon bei Erlass des VA vorlagen,
- der VA durch das Nachschieben nicht in seinem Wesen verändert wird und
- der Betroffene nicht in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt wird.¹³

Grundsätzlich führt der Wechsel einer Eingriffsgrundlage bei einem Ermessensverwaltungsakt zu einer Wesensänderung. Die Ermessensausübung muss sich nämlich immer vom Zweck der Rechtsgrundlage leiten lassen und dafür muss man diese kennen. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass für den gleichen Sachverhalt die Zwecke zweier verschiedener Rechtsgrundlagen so eng beieinanderliegen, dass ein Austausch ausnahmsweise möglich erscheint, etwa wenn sachlich nur die „falsche Hausnummer“ korrigiert wird.

Die Behörde hat sich vorliegend offenbar nur in der Nennung der Rechtsgrundlage geirrt – sie hat fälschlicher Weise

¹² *Tiedemann*, in: Bader/Ronellenfitsch Beck'scher Online-Kommentar zum VwVfG, 43. Lfg., Stand: 1.4.2019, § 39 Rn. 37.

¹³ Vgl. BVerwGE 105, 55 (59).

nur vergessen, von beiden Maßnahmen (Aufenthaltsgebot und Meldeanordnung) die Rechtsgrundlage anzugeben. Sie wollte auch eine Meldeauflage verhängen und hat in der Begründung ersichtlich Bezug zum Normtext von Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG genommen und hat sich damit schon am zutreffenden Normzweck orientiert. Die Ermessenerwägungen verschieben sich folglich nicht, sodass die nachträgliche Korrektur keine negativen Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit der Meldeanordnung hat.

cc) Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage

(1) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Hierzu siehe oben die Ausführungen zu Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. b PAG.

(2) Materielle Verfassungsmäßigkeit

(a) Bestimmtheitsgebot

Hinsichtlich der Bestimmtheit ergeben sich die identischen Probleme wie bei der Prüfung des Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. b PAG.

(b) Vereinbarkeit mit Art. 11 GG

Die Vorschrift könnte das Freizügigkeitsrecht aus Art. 11 GG verletzen, d.h. das Recht, unbehindert durch die deutsche Staatsgewalt an jedem Ort innerhalb des Bundesgebiets Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen und auch zu diesem Zweck in das Bundesgebiet einzureisen.¹⁴

Während der Dauer einer Meldeauflage wird das tatsächliche Verweilen an einem bestimmten Ort unmöglich gemacht. Der Betroffene kann sich, je nach Häufigkeit der Meldepflicht faktisch nicht vom Meldeort entfernen. Die Möglichkeit im Bundesgebiet einen anderen Ort aufsuchen, wird erschwert, sodass in Art. 11 Abs. 1 GG durch eine Meldeauflage eingegriffen wird.¹⁵

Art. 11 Abs. 2 GG statuiert einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt, sodass die Einschränkung des Freizügigkeitsrecht unter den in Abs. 2 genannten Bedingungen möglich ist. Denkbar wäre vorliegend, dass Art. 16 Abs. 2 S. 1 PAG entweder der „Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes“ oder „der Vorbeugung strafbarer Handlungen“ dient und mithin den qualifizierten Anforderungen des Art. 11 Abs. 2 GG entspricht.

(aa) Vorbeugung strafbarer Handlungen

Die Meldeanordnung könnte ganz allgemein der „Vorbeugung strafbarer Handlungen“ dienen. Art. 11 Abs. 2 Var. 5 GG enthält einen sog. Kriminalvorbehalt, der aber nur präventive Maßnahmen erfasst.

Hierzu siehe bereits oben, mit dem Ergebnis, dass eine drohende Gefahr der Begehung von Straftaten sich innerhalb

des Rahmens der „Vorbeugung von strafbaren Handlungen“ im Sinne von Art. 11 Abs. 2 GG hält.

Der Wortlaut des Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG spricht jedenfalls von „Straftat“ und könnte damit diesen Bereich abdecken. Allerdings verweist Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG (der die Meldeanordnung regelt) nicht auf Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAG („Begehung einer Straftat droht“), sondern nur auf Art. 16 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 PAG. Die Norm umfasst vom Wortlaut her daher nicht den Kriminalvorbehalt und Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG erfüllt damit nicht die qualifizierte Anforderung des Art. 11 Abs. 2 GG hinsichtlich der Vorbeugung strafbarer Handlungen.

Auch wird man nicht annehmen können, dass in Art. 16 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Nr. 1 PAG die Straftatverhinderung enthalten ist, andernfalls hätte es einer Aufspaltung in Satz 1 zwischen Nr. 1 und Nr. 2 nicht bedurft. Hier dürfte davon auszugehen sein, dass es sich um ein Redaktionsversehen vor dem Hintergrund des Art. 11 PAG handelt, den der Gesetzgeber korrigieren müsste.

Eine Meldeanordnung kann daher nicht speziell zur Vorbeugung strafbarer Handlungen ergehen.

Hinweis: A.A. vertretbar.

(bb) Abwehr drohender Gefahren für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes

Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG könnte der „Abwehr drohender Gefahren für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes“ dienen (Art. 11 Abs. 2 Var. 2 GG).

Unabhängig vom Verständnis der drohenden Gefahr im Sinne des Art. 11 Abs. 2 GG sind die geschützten Rechtsgüter nicht identisch. Nach Art. 11 Abs. 2 GG sind Einschränkungen der Freizügigkeit nur zur Abwehr einer drohenden Gefahr „für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes“ möglich. Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 PAG, welchen Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG in Bezug nimmt, erfordert hingegen eine drohende Gefahr für ein „bedeutendes Rechtsgut“. Was darunter zu verstehen ist, regelt Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG (u.a. Leben, Gesundheit oder Freiheit, sexuelle Selbstbestimmung...). Auch zählt nach Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 PAG der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes zu den bedeutenden Rechtsgütern, demnach geht der Rechtsgüterschutz über den des Art. 11 Abs. 2 GG hinaus.

Die Regelung des Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG erfüllt nicht die qualifizierten Anforderungen, die Art. 11 Abs. 2 GG aufstellt. Art. 16 Abs. 2 S. 2, S. 1 Nr. 1 PAG muss daher verfassungskonform dahingehend ausgelegt werden, dass eine Meldeanordnung nur in Betracht kommt, wenn der Bestand der freiheitlich demokratischen Grundordnung des Bundes oder eines Landes auf dem Spiel steht. Es um die Abwehr eines sog. inneren Notstands¹⁶ geht, also um Gewaltakte, die

¹⁴ Ogorek, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 41. Lfg., Stand: 15.11.2018, Art. 11 Rn. 9.

¹⁵ Siehe BVerwGE 129, 142 (150); Ogorek (Fn. 14), Art. 11 Rn. 26.

¹⁶ Dies ist vor allem aus der Entstehungsgeschichte zu sehen: hierzu Durner, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 86. Lfg., Stand: Januar 2019, Art. 11 Rn. 35.

darauf abzielen, den Staat in seiner gegenwärtigen Form zu beseitigen oder eine neue Staatsform zu etablieren (insbesondere durch Staatsstriche bzw. „Putsche“).¹⁷

Diesbezüglich stellt sich sodann die Frage, ob die drohende Gefahr des PAG dem Vorbehalt des Art. 11 Abs. 2 GG gerecht wird. Hierzu siehe bereits oben.

Hinweis: A.A. vertretbar.

(c) Ergebnis

Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG ist teilweise verfassungswidrig. Die Norm kann aber verfassungskonform ausgelegt werden. Im Falle einer Gefahr muss dieses für ein bedeutendes Rechtsgut nach Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 PAG vorliegen, um eine Meldeanordnung zu erlassen. Andere Konstellationen, insbesondere um Straftaten vorzubeugen, unterfallen gegenwärtig der Meldeanordnung nicht – der Gesetzgeber muss zuerst das Redaktionsversehen beseitigen.

Eine Meldeanordnung kann daher nicht speziell zur Vorbeugung strafbarer Handlungen ergehen, sondern nur um zu verhindern, dass zu bestimmten Personen oder zu Personen einer Gruppe Kontakt gesucht oder aufgenommen wird, wenn dies zur Abwehr einer Gefahr oder drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut notwendig ist (Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 PAG).

Hinweis: A.A. vertretbar – je nach Teilergebnissen.

(b) Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG

Ferner könnte durch die Meldeanordnung die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) verletzt sein. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG umfasst die Freiheit, einen gegenwärtigen Aufenthaltsort zu verlassen („weg von hier“). Nicht vom Schutzbereich erfasst, wird ein Recht, einen bestimmten Ort aufzusuchen, der aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht zugänglich ist („hin nach dort“).¹⁸ Eine Erscheinungspflicht fällt allerdings grundsätzlich nicht unter Bewegungsfreiheit.¹⁹ Je nach Häufigkeit der Meldepflichten kann sich dies allerdings anders darstellen. Das ist dann der Fall, wenn die Person faktisch am Verlassen des Ortes gehindert ist, um ihrer Meldeverpflichtung nachkommen zu können.

Hinsichtlich der Eingriffsvarianten muss zwischen Freiheitsentziehungen und sonstigen Freiheitsbeschränkungen unterschieden werden. Je nachdem fallen die Rechtfertigungsanforderungen unterschiedlich aus. Die Freiheitsentziehung verlangt eine eng umgrenzte Einschränkung in örtlicher Art und zeitlich eine gewisse erhebliche Dauer. Eine zeitliche Dauer ist bei einer Meldeanordnung gegeben, allerdings wird die Eingrenzung, die mit den Meldepflichten einhergeht, wohl nicht eng genug sein, um von einer Freiheitsentziehung

zu sprechen. Es bleibt aber die einfache Freiheitsbeschränkung.²⁰

In Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG darf aufgrund eines formellen Gesetzes eingegriffen werden (Art. 104 Abs. 1 GG), qualifizierte Anforderungen muss das Gesetz nicht einhalten (im Unterschied zu Art. 11 Abs. 2 GG).

Die Norm muss zudem verhältnismäßig sein. Hier gilt sachlich das Gleiche, das zu Art. 11 PAG ausgeführt wurde (siehe oben).

dd) Ergebnis zur Rechtsgrundlage

Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG ist teilweise verfassungswidrig.

b) Formelle Rechtmäßigkeit der Meldeanordnung

Hier ergeben sich keine Unterschiede im Vergleich zur Rechtmäßigkeit des Aufenthaltsgebots.

c) Materielle Rechtmäßigkeit der Meldeanordnung

aa) Tatbestandsmäßigkeit

Der Tatbestand des Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG müsste erfüllt sein. Danach kann die Polizei unter den in Art. 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 PAG genannten Voraussetzungen eine Person verpflichten, in bestimmten zeitlichen Abständen bei einer Polizeidienststelle persönlich zu erscheinen (Meldeanordnung).

(1) Abwehr einer Gefahr oder drohende Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut

Vorliegend geht es um die Abwehr einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut. (Hierzu siehe oben)

Durch den Anschlag liegt jedenfalls eine drohende Gefahr für Leib, Leben oder Gesundheit von Personen vor. Dies genügt allerdings nicht.

Jedoch kann in dem terroristischen Anschlag eine drohende Gefahr im Sinne des Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 PAG gesehen werden, d.h. eine Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes.

Eine drohende Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut ist somit gegeben.

(2) Kontaktaufnahme

Die Meldeanordnung ist auch ergangen, um zu Personen einer bestimmten Gruppe Kontakt zu suchen oder aufzunehmen. Dies geht aus dem Sachverhalt eindeutig hervor.

bb) Setzen der richtigen Rechtsfolge

(1) Pflicht, in bestimmten Abständen bei einer Polizeidienststelle persönlich zu erscheinen

A wurde aufgegeben, sich jeden Tag unter Vorlage eines gültigen Ausweisdokumentes bei einer Polizeidienststelle in Bayreuth zu melden.

¹⁷ Ogorek (Fn. 14), Art. 11 Rn. 33.

¹⁸ Lang, in: Epping/Hillgruber (Fn. 14), Art. 2 Rn. 84.

¹⁹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 115 (Meldepflichten).

²⁰ Rachor/Graulich, in: Lisken/Denninger, PolR-HdB, 6. Aufl. 2018, Das Polizeihandeln, Teil E. Rn. 483.

(2) Art. 16 Abs. 2 S. 3 PAG

Die Meldeanordnung wurde für eineinhalb Monate ausgesprochen und unterschreitet mithin die Höchstgrenze von drei Monaten.

cc) Richtiger Adressat

Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG spricht von „Person“, ohne diese näher zu erläutern. Darunter ist jedenfalls die Person zu fassen, von der ein Verhalten ausgeht bzw. die drohende Gefahr ausgeht. Dies ist vorliegend der A.

dd) Verhältnismäßigkeit (Art. 4 PAG)

Die Meldepflicht erschwert die Möglichkeit, einen Anschlag auszuüben, dient gleichzeitig der Durchsetzung des Aufenthaltsgebots und verhindert die Teilnahme an den Abendgebeten in Berlin. Sie ist folglich geeignet. Dankbar wäre, als milderes Mittel lediglich ein Aufenthaltsgebot auszusprechen, dies würde aber die Kontrolle erschweren. Denkbar wäre auch zur Verhinderung der persönlichen Kontaktaufnahme mit seiner Gruppe in Berlin, ein Aufenthaltsverbot für Berlin auszusprechen. Ziel ist es aber, die Anschlagssorte insgesamt zu verringern, dem würde ein Aufenthaltsverbot nicht gerecht werden.

Hinsichtlich der Angemessenheit ist wieder Art. 4 GG anzuführen. Allerdings wird ihm nicht die Möglichkeit genommen, am Abendgebet generell teilzunehmen, sondern nur am Abendgebet in Berlin. Dies stellt sich angesichts der gefährdeten Rechtsgüter als angemessen dar.²¹

Die Zeitspanne (zwischen 17 und 20 Uhr) stellt sich auch nicht als unverhältnismäßig dar, zumal ihm auch hier eine Ausnahme erteilt werden kann (vgl. „ohne polizeiliche Erlaubnis“).

ee) Ermessensfehler (Art. 5 PAG)

Insbesondere hat die Polizei hinsichtlich des „Wie“, d.h. der zu treffenden Maßnahme eine eigene, nicht von der Oberbürgermeisterin O. vorgefertigte, Entscheidung getroffen. Ermessensfehler sind daher nicht ersichtlich.

ff) Auswirkung verfassungskonformen Auslegung des Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG

Im Hinblick auf Art. 11 GG kann Art. 16 Abs. 2 S. 2 PAG bei Vorliegen einer Gefahr nur bzgl. der freiheitlich demokratischen Grundordnung angewendet werden. Diese muss aber bereits durch die Kontaktaufnahme zu bestimmten Personen oder zu Personen einer bestimmten Gruppe gegeben sein – hierfür fehlen Angaben im Sachverhalt. Hinsichtlich des A. hätte keine Meldeanordnung ergehen können.

Denkbar wäre diese Annahme, wenn angenommen wird, A. würde die Bombe von seiner Berliner Gruppe erhalten bzw. notwendiges Material, um einen terroristischen Anschlag durchzuführen. Es dürfte daher *eine gewisse Kausalität* notwendig sein, die hier nicht gegeben ist.

Hinweis: A.A. vertretbar.

²¹ Hierzu bereits im ersten Teil unter III. 1. c) cc).

d) Ergebnis: Materielle Rechtmäßigkeit der Meldeanordnung

Die Meldeanordnung ist rechtswidrig und verletzt den A. als Adressaten dieser Maßnahme in seinen Rechten.

4. Ergebnis: Interessenabwägung

Die Meldeanordnung ist rechtswidrig und verletzt den A. in seinen Rechten. Die Interessenabwägung fällt mithin bzgl. der Meldeanordnung zu seinen Gunsten aus, sodass das Suspensivinteresse das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt. Ein Ausnahmefall, der ein öffentliches Interesse am Sofortvollzug eines rechtswidrigen VA bestehen lassen könnte, liegt nicht vor.²²

IV. Ergebnis

In Bezug auf das Aufenthaltsgebot überwiegt das öffentliche Vollzugsinteresse das Aussetzungsinteresse des A. Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO ist nicht begründet.

In Bezug auf die Meldeanordnung überwiegt das Aussetzungsinteresse des A. das öffentliche Vollzugsinteresse. Der Antrag auf Anordnung der wiederherstellenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO ist begründet.

Gesamtergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen der Anträge sind erfüllt.

Das Gericht wird die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage gegen die Meldeanordnung nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO wiederherstellen. Der dahingehende Antrag des A hat Aussicht auf Erfolg.

Bzgl. des Aufenthaltsgebots ist der Antrag nicht begründet, sodass das Gericht dem Antrag nicht stattgeben wird.

Lösungshinweise: Frage 2

Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist Art. 12 PAG. Nach dieser Vorschrift ist eine Person auf Befragen durch die Polizei verpflichtet, Name, Vorname, Tag und Ort der Geburt, Wohnanschrift und Staatsangehörigkeit anzugeben, wenn anzunehmen ist, dass sie sachdienliche Angaben machen kann, die zur Erfüllung einer bestimmten polizeilichen Aufgabe erforderlich sind (S. 1). Zu weiteren Auskünften gegenüber der Polizei ist die Person nur verpflichtet, soweit für sie gesetzliche Handlungspflichten bestehen (S. 2). Art. 12 PAG differenziert folglich in seinen ersten beiden Sätzen bzgl. der Angaben, die eine Person gegenüber der Polizei tätigen muss. Auskunft bzw. Angaben, die über die in S. 1 aufgezählten, abschließenden persönlichen Daten hinausgehen, sind nur unter den in S. 2 zusätzlich genannten Bedingungen zulässig. D.h. neben der Voraussetzung, dass tatsächliche Umstände des Einzelfalles darauf schließen lassen, dass die Person sachdienliche Angaben machen kann, die zur Er-

²² Bspw. wenn der VA nur aus formellen Gründen rechtswidrig ist und ein formell ordnungsmäßiger VA mit identischem, rechtmäßigem Inhalt in angemessener Zeit erlassen wird (VGH München NVwZ 1988, 749 [749 f.]). *Puttler* (Fn. 7), § 80 Rn. 158.

füllung einer bestimmten polizeilichen Aufgabe erforderlich sind, muss eine „gesetzliche Handlungspflicht“ bestehen. Diese besteht, wenn die befragte Person durch Gesetz oder durch Rechtsvorschrift aufgrund eines Gesetzes ausdrücklich zur Auskunft oder mindestens zu einem Handeln verpflichtet ist, das nach dem erkennbaren Zweck der Vorschrift auch die Erteilung von Auskünften erfasst.²³

Vorliegend geht es um Angaben, die über die persönlichen Daten der V hinausgehen. Sie soll Auskunft darüber erteilen, was der A am Vortag bei ihr im Pflanzengeschäft gekauft hat. Hierzu wäre sie nur verpflichtet, wenn eine gesetzliche Handlungspflicht besteht.

Denkbar wäre, über Art. 11 Abs. 1 PAG eine dahingehende Pflicht der V. anzunehmen. Allerdings ist sie weder als Störer im Sinne von Art. 7 PAG anzusehen, noch greifen die Voraussetzungen des Art. 8 oder 10 PAG ein. Eine Inanspruchnahme als „Nichtstörerin“ im Sinne von Art. 10 PAG wäre insbesondere nur denkbar, wenn auch die drohende Gefahr für eine solche ausreichen würde – dies ist aber nicht der Fall. Art. 10 Abs. 1 Nr. 1 PAG sieht gerade nur die Möglichkeit bei einer gegenwärtigen erheblichen Gefahr vor; eine solche liegt hier nicht vor.

Eine gesetzliche Handlungspflicht könnte sich aber aus § 138 StGB ergeben, wonach derjenige, der von bestimmten geplanten Straftaten erfahren hat, sie nicht anzeigt, eine Straftat begeht. Hieraus leitet sich eine Handlungspflicht ab. Allerdings hat die V. vorliegend keine Kenntnis von irgendeiner durch A. geplanten Straftat. A hat lediglich pflanzliche Produkte bei ihr gekauft – hierbei von einem geplanten Anschlag ausgehen zu müssen, liegt mehr als fern. Konkrete Anhaltspunkte für die V, dass ein Delikt im Sinne des § 138 Abs. 1 Nr. 1 bis 8 StGB geschehen soll, sind nicht gegeben.

Andere Handlungspflichten sind nicht ersichtlich. V. hatte demnach keine Verpflichtung, in der Sache, d.h. über die Einkäufe des A, Auskunft zu erteilen bzw. Angaben zu machen.

Hinweis: Die Lösung ist in Bezug auf eine mögliche Entscheidung des BayVerfGH oder des BVerfG zu überprüfen. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Änderungen durch die Gesetze zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen vom 24.7.2017 sowie zur Neuordnung des BayPOG vom 18.5.2018 blieb nach der Entscheidung des BayVerfGH (Entsch. v. 7.3.2019 – Vf. 15-VII-18) erfolglos.

²³ *Gallwas/Linder*, in: *Gallwas/Linder/Wolff*, Bayerisches Polizei- und Sicherheitsrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 636. Hier auch allgemein zum Problem, was unter gesetzlichen Handlungspflichten gemeint ist (Rn. 633 ff.).

Examensübungsklausur: „Wer pöbelt, wird gesperrt“*

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Sebastian Golla**, Richter auf Probe Dr. **Jens Milker**, LL.M. (Trinity College Dublin), Mainz

Die Klausur behandelt einen Anspruch auf Aufhebung der Sperrung eines Accounts einer Fan-Page eines öffentlich-rechtlichen Rundfunksenders. Sie ist der Entscheidung VG Mainz, Urt. v. 13.4.2018 – 4 K 762/17.MZ nachgebildet und behandelt damit einen hochbrisanten Themenkreis, dem insbesondere bei steigender Nutzung der sozialen Medien durch einzelne Amtsträger und Behörden auch eine wachsende Bedeutung in der Praxis zukommen dürfte. Diese Lösungshinweise sollen die Schwerpunkte der Klausur herausstellen. Hinweise zu alternativen Lösungen sind kursiv gesetzt.

Sachverhalt

Das ZDF betreibt in dem sozialen Netzwerk Facebook mehrere so genannte Fan-Pages. Dabei handelt es sich um Seiten auf Facebook, auf die angemeldete Nutzerinnen zugreifen können. Auf diesen informiert das ZDF über sein Programmangebot. Dazu erhalten die bei Facebook angemeldeten Nutzerinnen die Möglichkeit, die veröffentlichten Programminhalte zu kommentieren. Für das Verfassen von Kommentaren und die Kommunikation auf den Fan-Pages hat das ZDF Regeln („Netiquette“) aufgestellt und auf den Seiten veröffentlicht. Darin heißt es u.a.:

„Das Diskutieren mit Freunden und anderen Fans geht am besten mit einem freundlichen und respektvollen Umgangston. Seid nett zueinander! Jeder hat das Recht auf eine freie Meinung – im Rahmen des gesetzlich Erlaubten.“

Weiter sind Beleidigungen, Drohungen und Verunglimpfungen aller Art, Aufforderungen zu Gewalt, rechtsradikales Gedankengut, Rassismus und Hasspropaganda, Verletzungen von Rechten Dritter und Kommentare, die sich nicht mit dem Thema des jeweiligen Posts beschäftigen, ausdrücklich unerwünscht. In der Netiquette behält sich das ZDF bei Verstößen gegen diese „das Recht vor, Kommentare auszublenden oder zu löschen.“ „Wiederholungstäter“ würden gesperrt.

K nutzt die Fan-Pages des ZDF bei Facebook. Im Oktober 2017 veröffentlichte sie auf der Fan-Page „ZDF“ im Zusammenhang einer Diskussion über Flüchtlinge folgenden Kommentar als Antwort auf Beiträge der Nutzerinnen A und B:

„Mir ist jeder kriminelle Ausländer lieber als so ein linkes Geschmeiß wie Ihr! Ihr seit [sic] Abschaum den man lebendig einbetonieren sollte! Ihr seit [sic] beide so hässlich, da ist selbst die Bezeichnung Untermensch noch schmeichelhaft.“

Als eine Moderatorin der Seite diesen Kommentar der K löschte, veröffentlichte K diesen kurz darauf erneut. Im weiteren Verlauf des Monats antwortete K auch auf Kommentare acht anderer Nutzerinnen und bezeichnete diese unter anderem als „linkes Geschmeiß“ und „dümmliche Gutmenschen“.

Daraufhin sperrte das ZDF die K auf der Fan-Page „ZDF“. Die Sperrung bewirkt, dass K die Seite zwar weiterhin besu-

chen und auf die dort bereitgestellten Programminhalte zugreifen, sie aber die geposteten Programmbeiträge nicht mehr kommentieren kann.

K forderte das ZDF per E-Mail auf, ihren Account auf der Fan-Page „ZDF“ wieder freizuschalten, da die Sperre grundlos erfolgt sei. Ihre Aussagen seien legitim gewesen. Das ZDF wies K darauf hin, dass der Account gesperrt worden sei, da sie sich nicht an die Netiquette gehalten habe, indem sie andere Personen beleidigt habe. Ebenso wie das ZDF störende Personen der Räumlichkeiten der Sendeanstalt verweisen könne, dürfe es K auch von Facebook-Seite verweisen. Es bestehe kein juristischer Anspruch auf Freischaltung. Wenn sich K von den Aussagen distanzieren und erkläre, keine weiteren Aussagen dieser Art zu tätigen, sei man bereit, sie wieder freizuschalten. K ist nicht bereit, dies zu erklären oder sich zu distanzieren. Sie ist der Ansicht, ihre Aussagen seien absichtlich missinterpretiert worden. Sie erhebt Klage vor dem zuständigen VG Mainz mit dem Antrag, „das ZDF zu verpflichten, sie bei Facebook wieder für die Nutzung der Fan-Page ‚ZDF‘ freizuschalten.“

Aufgabe

Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Lösungsvorschlag

A. Sachurteilsvoraussetzungen

I. Verwaltungsrechtsweg

Eine aufdrängende oder abdrängende Sonderzuweisung liegt nicht vor. Der Verwaltungsrechtsweg müsste demnach gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet sein. Voraussetzung ist, dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art vorliegt.

1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich ist, bestimmt sich nach der Natur des behaupteten Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Klageanspruch hergeleitet wird.¹ Streitgegenstand ist vorliegend der Zugang zu einer Facebook Fan-Page bzw. dessen Verweigerung.

Dabei könnte es sich um den Zugang zu einer (virtuellen) öffentlichen Einrichtung handeln. Die Frage, ob Zugang zu einer öffentlichen Einrichtung zu gewähren ist, ist eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, auch wenn die Nutzung der Einrichtung – wie im vorliegenden Fall etwa im Verhältnis zu Facebook – privatrechtlich geregelt ist (sog. Zweistufentheorie²).³

¹ Vgl. OVG RP, Beschl. v. 3.11.2014, Rn. 5 (juris) – 2 E 10685/14 = MMR 2015, 142 ff.

² Vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 18.7.1969 – VII C 5668 = BeckRS 1969, 30439797; im Überblick dazu etwa v. *Alemann/Scheffczyk*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum VwVfG, 43. Lfg., Stand: 1.4.2019, § 35 Rn. 208 ff.

* Die vorliegende Klausur wurde im Wintersemester 2018/2019 in der Übung im Kommunikationsrecht im Schwerpunktbereich Kommunikationsrecht an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz gestellt.

Fraglich ist, ob die Fan-Page „ZDF“ eine solche öffentliche Einrichtung ist. Eine öffentliche Einrichtung ist „eine Zusammenfassung personeller und sachlicher Mittel, die ein Träger öffentlicher Verwaltung in Erfüllung einer in seinen Wirkungskreis fallenden Aufgabe einem bestimmten Kreis der Öffentlichkeit durch (ausdrückliche oder schlüssige) Widmung im Rahmen ihres Nutzungszwecks zur Benutzung zur Verfügung stellt“.⁴

Das ZDF ist als rechtsfähige öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt (vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 ZDF-Staatsvertrag) Subjekt der mittelbaren Staatsverwaltung und kann damit grundsätzlich auch Betreiber einer öffentlichen Einrichtung sein.⁵ Eine Facebook Fan-Page fällt auch unter den weiten Begriff „sachlicher Mittel“, der nicht auf die Zurverfügungstellung körperlicher Gegenstände beschränkt ist.

Das ZDF erfüllt mit dem Angebot der Facebook-Seiten auch eine in seinen Wirkungskreis fallende öffentliche Aufgabe.⁶ Das ZDF stellt auf der Fan-Page Informationen zu seinen Programminhalten zur Verfügung und ermöglicht es Nutzerinnen, darüber zu diskutieren. Diese Information bewegt sich innerhalb des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, durch die Verbreitung ihrer Angebote als Medium und Faktor des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken und dadurch die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft zu erfüllen (§ 11 Abs. 1 S. 1 RStV). Dieser Auftrag umfasst unter anderem das Bereitstellen von Telemedien (§ 11a Abs. 1 S. 1, 11d RStV), wie sie auch Facebook-Seiten darstellen. Damit betreibt das ZDF die Fan-Page im öffentlichen Interesse.

Nutzungszweck der Fan-Page ist damit die angebotsbezogene Kommunikation und Interaktion des Beklagten mit den Nutzern sowie das Diskutieren der Nutzer untereinander.⁷ Indem das ZDF den Zugang allen bei Facebook angemeldeten Nutzerinnen eröffnete,⁸ widmete es die Seite jedenfalls konkludent zu diesem Zweck. Das ZDF hat die Widmung dazu durch die Netiquette konkretisiert.⁹

„Die für die angemeldeten Facebook-Nutzer geöffnete Kommentarfunktion bezieht sich auf bestimmte, vom Beklag-

ten gepostete Sendungen. Die Sendungen sind redaktionell gestaltet und auch die Nutzung der Kommentarfunktion wird durch Moderatoren redaktionell begleitet. Aus dieser redaktionellen Begleitung folgt letztlich auch, dass es sich nicht lediglich um eine der Öffentlichkeit zur freien Verfügung gestellte Plattform handelt, für deren Inhalt keinerlei staatliche Verantwortung übernommen wird“.¹⁰

Es handelt sich damit bei der Fan-Page um eine (virtuelle) öffentliche Einrichtung.¹¹

Hinweis: Vertretbar wäre es auch, diese Frage im Detail erst im Zusammenhang mit dem Zugangsanspruch aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. der Selbstbindung der Verwaltung in der Begründetheit zu behandeln.

2. Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art

Die Streitigkeit ist auch nicht-verfassungsrechtlicher Art.

II. Statthafte Klageart

Die Klageart richtet sich nach dem Begehren der Klägerin (§ 88 VwGO). K möchte hier erreichen, dass das ZDF die Sperrung ihres Facebook-Nutzerkontos für die Fan-Page aufhebt bzw. ihr der Zugang dementsprechend wieder gewährt wird.

Fraglich ist dahingehend, ob K zunächst die Sperrung selbst angreifen müsste, um dann einen Zugangsanspruch durchsetzen zu können. Dies wäre dann anzunehmen, wenn es sich bei der Sperrung um einen Verwaltungsakt handelte. Ein Verwaltungsakt ist jede hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist (§ 35 S. 1 VwVfG).¹² Bei dem Aufheben der Sperrung handelt es sich ebenso wie bei dem Sperren als *actus contrarius* um einen Realakt.¹³ Im Gegensatz zu einem Hausverbot im realen Raum war die Sperre hier auch nicht darauf gerichtet, eine verbindliche Rechts-

¹⁰ VG Mainz, Urt. v. 13.4.2018 – 4 K 762/17.MZ = BeckRS 2018, 10857, Rn. 58.

¹¹ In der Rechtsprechung des BVerwG werden solche Einrichtungen unter den Oberbegriff der öffentlichen Einrichtung im „untechnischen Sinne“ gefasst, vgl. BVerwG, Urt. v. 19.2.2015 – 1 C 13.14, Rn. 28 ff. = NJW 2015, 2358 (2361) = MMR 2015, 479 (481); dies für Fan-Pages übernehmend: VG Mainz, Urt. v. 13.4.2018 – 4 K 762/17.MZ = BeckRS 2018, 10857, Rn. 56; VG München, Urt. v. 27.10.2017 – M 26 K 16.5928 = MMR 2018, 418 ff.

¹² Nach überwiegender Ansicht ist – unabhängig davon, ob eine Landes- oder Bundesbehörde gehandelt hat – hinsichtlich der Statthafteit grundsätzlich auf den Verwaltungsaktbegriff des § 35 VwVfG abzustellen, vgl. *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung*, 5. Aufl. 2018, § 42 VwGO, Rn. 99 m.w.N.; *W. R. Schenke*, in: *Kopp/Schenke, VwGO*, 23. Aufl. 2017, Anh § 42 VwGO, Rn. 2.

¹³ VG Mainz, Urt. v. 13.4.2018 – 4 K 762/17.MZ = BeckRS 2018, 10857, Rn. 69; *Libertus*, CR 2019, 262 (264 f.); a.A. *Milker*, NVwZ 2018, 1751 (1756); *Kalscheuer/Jacobsen*, NJW 2018, 2358 (2359).

³ VG Mainz, Urt. v. 13.4.2018 – 4 K 762/17.MZ, Rn. 55 = BeckRS 2018, 10857; *Milker*, NVwZ 2018, 1751 (1754).

⁴ VG Mainz, Urt. v. 13.4.2018 – 4 K 762/17.MZ = BeckRS 2018, 10857, Rn. 56; anschaulich zu den einzelnen Merkmalen in Bezug auf staatliche Twitter-Accounts *Kalscheuer/Jacobsen*, NJW 2018, 2358 (2360 f.).

⁵ VG Mainz, Urt. v. 13.4.2018 – 4 K 762/17.MZ = BeckRS 2018, 10857, Rn. 57.

⁶ VG Mainz, Urt. v. 13.4.2018 – 4 K 762/17.MZ = BeckRS 2018, 10857, Rn. 58.

⁷ VG Mainz, Urt. v. 13.4.2018 – 4 K 762/17.MZ = BeckRS 2018, 10857, Rn. 61.

⁸ Vgl. VG München, Urt. v. 27.10.2017 – M 26 K 16.5928 = MMR 2018, 418; dazu eingehend *Milker*, NVwZ 2018, 1751 (1753).

⁹ VG Mainz, Urt. v. 13.4.2018 – 4 K 762/17.MZ = BeckRS 2018, 10857, Rn. 80; ebenso *Milker*, NVwZ 2018, 1751 (1753 f.).

folge zu setzen, sodass es an dem Merkmal „Regelung“ fehlt. Vergleichbar mit dem Verschließen einer Tür bewirkte die Sperre einen tatsächlichen Erfolg, indem K keine Kommentare mehr schreiben konnte.¹⁴ Ein Verwaltungsakt liegt damit nicht vor. Das Begehren ist infolgedessen bloß auf die Verschaffung des Zugangs gerichtet.

Da ein faktisches Handeln begehrt wird, ist eine allgemeine Leistungsklage statthaft.¹⁵ Die allgemeine Leistungsklage und ihre Voraussetzungen haben zwar keine eigenständige Regelung in der VwGO gefunden, ihre Existenz wird allerdings in §§ 43 Abs. 2 S. 1, 111 S. 1, 113 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 und 169 Abs. 2 VwGO anerkannt oder jedenfalls vorausgesetzt.¹⁶ Die im Antrag verwendete Formulierung „verpflichten“ steht dem nicht entgegen.

Hinweis: An dieser Stelle wäre es auch alternativ vertretbar – analog zum Hausrecht in Gebäuden – eine (hier jedenfalls konkludente) Regelungswirkung des Ausschlusses und infolgedessen einen (vorgelagerten) Verwaltungsakt anzunehmen.¹⁷ Demnach wäre dann die Anfechtungsklage (jedenfalls bei der Annahme einer wirksamen Bekanntgabe¹⁸) als statthafte Klageart anzusehen. In der weiteren Bearbeitung der Sachurteilsvoraussetzungen dürfte dann die Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) gegeben sein. Es würde aber mangels Widerspruch und (zurückweisendem) Widerspruchsbescheid bereits an einem erfolglosen Vorverfahren im Sinne der §§ 68 ff. VwGO fehlen. In dieser Situation wäre die Klage zum Bearbeitungszeitpunkt (noch) unzulässig. Allerdings ist für die Erfüllung dieser Sachurteilsvoraussetzung der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung maßgeblich,¹⁹ sodass das Gericht das Verfahren – soweit der Verwaltungsakt noch nicht bestandskräftig ist – nach einer insbesondere in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht grundsätzlich aussetzen könnte, damit das Vorverfahren nachgeholt werden kann.²⁰

III. Klagebefugnis

K müsste gem. § 42 Abs. 2 VwGO analog klagebefugt sein. Dafür muss sie geltend machen können, einen Anspruch auf Aufhebung der Sperrung zu haben. Ein solcher Anspruch

¹⁴ Vgl. VG Mainz, Urt. v. 13.4.2018 – 4 K 762/17.MZ = BeckRS 2018, 10857, Rn. 69.

¹⁵ So im Ergebnis auch VG München, Urt. v. 27.10.2017 – M 26 K 16.5928 = MMR 2018, 418.

¹⁶ Vgl. *Sodan* (Fn. 12), § 42 VwGO, Rn. 39; *Pietzcker*, in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 36. Lfg., Stand: Februar 2019, § 42 Abs. 1 Rn. 150.

¹⁷ So *Milker*, NVwZ 2018, 1751 (1756); vgl. auch VG Düsseldorf, Beschl. v. 28.6.2018 – 15 L 1022/18, Rn. 12 ff. = BeckRS 2018, 14305.

¹⁸ Dazu eingehend *Milker*, NVwZ 2018, 1751 (1756).

¹⁹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 2.9.1983 – 7 C 97/81 = NVwZ 1984, 507 ff.

²⁰ Vgl. zu den prozessualen Folgen des fehlenden Vorverfahrens *Dolde/Porsch*, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 16), § 68 Rn. 35 m.w.N.; *Hüttenbrink*, in: Beck'scher Online Kommentar zur VwGO, 49. Lfg., Stand: 1.4.2018, § 68 Rn. 17.

könnte sich vorliegend aus Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit der Selbstbindung der Verwaltung oder dem Folgenbeseitigungsanspruch ergeben, was K auch sachlich geltend macht. Die Klagebefugnis ist gegeben.

Hinweis: Hier kann ebenso auf den Anspruch aus Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit der Selbstbindung der Verwaltung als auch auf den öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch abgestellt werden.

IV. Zuständigkeit

Örtliche und sachliche Zuständigkeit des Gerichts sind ausweislich des Sachverhalts gegeben.

V. Klagefrist

Die Einhaltung einer Klagefrist ist – außer bei einer spezialgesetzlichen Anordnung – bei der Leistungsklage nicht erforderlich.²¹

VI. Rechtsschutzbedürfnis

Auch ein Rechtsschutzbedürfnis der K ist gegeben.

VII. Zwischenergebnis

Die Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor.

B. Begründetheit

Hinweis: Sofern die Anfechtungsklage als statthaft angesehen wird, wäre die Begründetheit hier hilfsweise zu prüfen.

Die Klage ist begründet, soweit die K einen Anspruch auf die Aufhebung der Sperrung bzw. Freischaltung ihres Accounts für die Fan-Seiten des ZDF hat.

Hinweis: Sollte hier die Anfechtungsklage geprüft werden, wäre nach Maßgabe des § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO zu prüfen; nämlich ob das konkludent durch das Blockieren ausgesprochene „virtuelle Hausverbot“ rechtmäßig ist und die Klägerin in ihren Rechten verletzt.

Dabei wäre im Rahmen der Rechtmäßigkeit die Tatbestandsvoraussetzungen eines „virtuellen Hausverbots“ zu prüfen: Verstoß gegen den Widmungszweck und die Wiederholungsfahr mit anschließender Verhältnismäßigkeitsprüfung, sodass auch bei diesem Lösungsweg die wesentlichen materiell-rechtlichen Probleme anzusprechen wären.²²

²¹ *Pietzcker* (Fn. 16), § 42 Abs. 1, Rn. 150; *Sodan* (Fn. 12), § 42 VwGO Rn. 64.

²² Eingehend zu den Tatbestandsmerkmalen *Milker*, NVwZ 2018, 1751 (1756); *Kalscheuer/Jacobsen*, NJW 2018, 2358 (2361 f.); im Überblick *Libertus*, CR 2019, 262 (265 f.).

I. Zugangsanspruch aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. der Selbstbindung der Verwaltung

Hinweis: Es wäre ebenso vertretbar, zunächst den Folgenbeseitigungsanspruch zu prüfen. Vertretbar wäre auch, direkt Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG (u.U. zusätzlich) heranzuziehen. Einen Anspruch auf Zugang zu der Fan-Page direkt aus der Meinungsfreiheit abzuleiten bedürfte allerdings einer guten Begründung. In Anlehnung an die Fraport-Entscheidung des BVerfG könnte argumentiert werden, dass Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG dem Einzelnen zwar keinen Anspruch auf Zutritt zu ihm sonst nicht zugänglichen Orten verschafft,²³ im Falle grundsätzlich allgemein zugänglicher „virtueller Räume“ aber ein besonders schutzwürdiges Bedürfnis an der Nutzung dieser bestehe.

K könnte ein Anspruch auf Zugang zu der Fan-Page aus Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit der Selbstbindung der Verwaltung zustehen. Art. 3 Abs. 1 GG gewährt einen derivativen Leistungsanspruch in dem Sinne, dass ein Anspruch auf gleichheitsgerechte Entscheidung über den Zugang besteht, wenn der Staat öffentliche Einrichtungen zur Verfügung stellt. Wenn K in dem konkreten Fall einen Anspruch auf den Zugang hat, könnte sie gleichzeitig die Aufhebung der Sperrung verlangen.

1. Grundrechtsbindung des ZDF

Das ZDF ist als öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt an die Grundrechte gebunden und kann Adressat eines Anspruchs aus Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit der Selbstbindung der Verwaltung sein. Zwar ist es im Verhältnis zum Staat selbst Grundrechtsträger. Das ZDF ist als rechtsfähige öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt (vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 ZDF-Staatsvertrag) aber auch Subjekt der mittelbaren Staatsverwaltung. Damit ist es im Verhältnis zu Dritten grundsätzlich an die Grundrechte gebunden und auch möglicher Adressat eines Anspruchs auf gleichberechtigte Teilhabe.²⁴

2. Fan-Page als öffentliche Einrichtung

Bei der Fan-Page handelt es sich um eine öffentliche Einrichtung.

Hinweis: Wer diese Frage nicht bereits im Zusammenhang mit der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs behandelt hat, müsste sich hier genau mit ihr auseinandersetzen.

²³ BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06 = NJW 2011, 1201 (1208).

²⁴ Vgl. zum besonderen Spannungsverhältnis zwischen der Grundrechtsbindung und der Grundrechtsträgerschaft des ZDF hinsichtlich der Rundfunkfreiheit: BVerfG, Beschl. v. 15.12.2003 – 1 BvR 2378/03 = ZUM 2004, 306 (307) = NVwZ 2004, 472 ff.

3. Personelle Nutzungsberechtigung

K müsste personell berechtigt sein, die Seite zu nutzen. Das Angebot der Fan-Page richtet sich grundsätzlich an jeden, der bei Facebook angemeldet ist. Damit zählt auch K zu dem berechtigten Nutzerinnenkreis.

4. Vorliegen von Ausschlussgründen

Das ZDF könnte K jedoch berechtigterweise von der Nutzung der Seite ausgeschlossen haben und der Anspruch damit ausgeschlossen sein. Voraussetzung dafür ist, dass der Ausschluss aus einem sachlichen Grund erfolgt ist.

a) Sachlicher Grund

Als sachlicher Grund kommt hier ein Verstoß gegen die von dem ZDF aufgestellte „virtuelle Hausordnung“ in Betracht. Der Anspruch auf Zugang zu einer öffentlichen Einrichtung ist auf ihren Nutzungszweck beschränkt. Maßgeblich für den Nutzungszweck ist zunächst die Nutzungsordnung der Einrichtung,²⁵ was auch für virtuelle öffentliche Einrichtungen gilt. Hier galt die Netiquette für die Nutzung der Seite.²⁶ Diese sind als „Quasi-Nutzungsordnung“²⁷ verfassungskonform auszulegen.²⁸ Maßgeblich ist dabei Art. 5 Abs. 1 GG zu berücksichtigen.

Hinweis: Es wäre auch vertretbar, hier ein „virtuelles Hausrecht“ des ZDF als Betreiber der Fanseite als notwendigen Annex zu der Sachkompetenz zur Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben²⁹ oder aus §§ 858 ff., 903, 1004 Abs. 1 BGB („doppelt“) analog³⁰ herzuleiten. Die vom Bundesverwaltungsgericht für öffentliche Gebäude vertretene Auffassung, dass das Hausrecht aus Gewohnheitsrecht folge,³¹ dürfte in Anbetracht des neueren Phänomens des Blockierens in sozialen Netzwerken (noch) nicht ohne weiteres übertragbar sein. Das „virtuelle Hausrecht“ und seine Herleitung wären in jedem Fall bei der Prüfung der Begründetheit der Anfechtungsklage unter dem Punkt „Ermächtigungsgrundlage“ zu erörtern gewesen. Dabei ist es unerheblich, dass sich die Verfügungsmacht über die Fan-Page nur von Facebook als Plattformbetreiber ableitet, da insoweit eine miethähnliche Konstellation gegeben ist und dem ZDF entsprechend der Nut-

²⁵ Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 19.5.2015 – 15 A 86/14 = MMR 2015, 775 ff.

²⁶ Vgl. zu Rechtsnatur und Bekanntgabe *Milker*, NVwZ 2018, 1751 (1753 f.).

²⁷ VG München, Urt. v. 27.10.2017 – M 26 K 16.5928 = MMR 2018, 418 ff.

²⁸ Vgl. VG München, Urt. v. 27.10.2017 – M 26 K 16.5928 = MMR 2018, 418 ff.; *Milker*, NVwZ 2018, 1751 (1754).

²⁹ Dies für das „analoge“ Hausrecht annehmend OVG NRW, Urt. v. 26.4.1990 – 15 A 864/88 = BeckRS 2011, 52193 m.w.N.

³⁰ So etwa VG Mainz, Urt. v. 13.4.2018 – 4 K 762/17.MZ = BeckRS 2018, 10857, Rn. 66.

³¹ BVerwG, Beschl. v. 17.5.2011 – 7 B 17/11 = NJW 2011, 2530 ff.

zungsbedingungen weitgehende Administrationsrechte eingeräumt worden sind.³²

b) Voraussetzungen für eine Sperrung

Bei Verstößen gegen die Nutzungsordnung von Einrichtungen, können Personen von der Nutzung dieser ausgeschlossen werden. Dies ist jedoch – ähnlich wie bei realen Hausverboten³³ – nur mit präventiver Zielrichtung zulässig, sodass auch hier die Prüfung einer Wiederholungsgefahr erfolgen muss. Die hier vorgenommene Sperrung der K müsste also dazu dienen, künftige Verstöße gegen die Netiquette zu unterbinden. Die Sperrung auf zunächst unbestimmte Zeit müsste dazu auch verhältnismäßig sein.

Hinweis: Im Rahmen der Rechtmäßigkeitsprüfung bei einer Anfechtungsklage wären jedenfalls der Verstoß gegen den Widmungszweck und die Wiederholungsgefahr als Tatbestandsvoraussetzungen für die Sperrung zu prüfen; dabei könnte dann die Prüfung der Verhältnismäßigkeit als Aspekt der Ermessensausübung unter dem Aspekt einer „Ermessensüberschreitung“ als möglicher Ermessensfehler geprüft werden. Vertretbar erscheint es auch, die Verhältnismäßigkeitsprüfung auf Tatbestandsebene vorzunehmen.

Es ist daher zu prüfen, ob das bisherige Verhalten der K gegen die Netiquette in verfassungskonformer Auslegung verstieß. Darauf ist zu prüfen, ob weitere Verstöße zu erwarten waren (Wiederholungsgefahr) und ob die Sperrung der K – insbesondere auch im Hinblick auf die unbestimmte Dauer – verhältnismäßig war.

aa) Verstoß gegen die Netiquette

Die Äußerungen der K könnten aufgrund der Verletzung von Persönlichkeitsrechten Dritter gesetzlich unerlaubte Äußerungen und möglicherweise strafbare Beleidigungen (§ 185 StGB) und als solche einen Verstoß gegen die Netiquette darstellen. Die Netiquette bezeichnet Äußerungen dieser Art ausdrücklich als unerwünscht. Die freie Meinungsäußerung ist demnach nur im Rahmen des gesetzlich Erlaubten zulässig.

In verfassungskonformer Auslegung der Netiquette ist zu prüfen, ob die Äußerungen der K von der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG geschützt waren und ob sie Persönlichkeitsrechte Dritter verletzen.

Hinweis: Es könnte auch umgekehrt geprüft werden, ob die Äußerungen gesetzlich verboten oder aufgrund der Meinungsfreiheit gerechtfertigt sind (etwa nach §§ 185 und 193 StGB).

Werturteile und Tatsachenbehauptungen unterfallen der Meinungsfreiheit, wenn und soweit sie zur Bildung von Meinungen beitragen.³⁴ Bei den Kommentaren des K handelt es sich unzweifelhaft um Meinungen, die sich durch Elemente der Stellungnahme oder des Dafürhaltens kennzeichnen. Dabei schützt Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG nicht nur sachlich-differenzierte Äußerungen, sondern gerade Kritik darf pointiert, polemisch, überspitzt oder auch verletzend erfolgen, auch wenn eine solche Zuspitzung für die Äußerung sachlicher Kritik nicht erforderlich ist.³⁵

Die Meinungsfreiheit schützt jedoch nicht mehr Äußerungen, bei denen es nicht um eine Sachauseinandersetzung, sondern die bloße Diffamierung des Gegenübers geht. Besonders die Bezeichnungen als „Abschaum den man lebendig einbetonieren sollte“ und „Untermensch“ erscheinen allerdings auf die bloße Diffamierung ausgelegt. Der Sachbezug tritt derart in den Hintergrund, dass diese Äußerungen als Schmähkritik nicht mehr dem Schutz der Meinungsfreiheit unterfallen.³⁶

Die betreffenden Kommentare waren damit von vornherein nicht von der Meinungsfreiheit geschützt bzw. eine Abwägung fällt von vornherein zugunsten der Persönlichkeitsrechte Dritter aus.³⁷ Die vorgenannten Aussagen verletzen nämlich zugleich die Persönlichkeitsrechte der adressierten Nutzerinnen. Sie waren geeignet, diese verächtlich zu machen und in ihrer Ehre zu verletzen. Sie erfüllten damit auch den Straftatbestand der Beleidigung (§ 185 StGB) und waren nicht gerechtfertigt (vgl. § 193 StGB). Damit stellten sie einen eindeutigen Verstoß gegen die Netiquette der Seite dar.

Hinweis: Bei den Bezeichnungen als „Abschaum den man lebendig einbetonieren sollte“ und „Untermensch“ wird sich kaum vertreten lassen, dass es sich dabei nicht um Schmähkritik handelt. Soweit die Bezeichnungen „linkes Geschmeiß“ und „dümmlische Gutmenschen“ nicht als Schmähkritik eingeordnet werden,³⁸ ist hier festzustellen, dass es hier zumindest an einem sachbezogenen Kontext fehlt, der die Äußerungen im Rahmen einer umfassenden Grundrechtsabwägung rechtfertigt.³⁹

bb) Wiederholungsgefahr

Die bisherigen Äußerungen der K verstießen gegen die Netiquette. Damit ist grundsätzlich auch die Gefahr der Wiederholung entsprechender Verstöße gegeben. Auch das sonstige

³² Vgl. dazu VG Mainz, Urt. v. 13.4.2018 – 4 K 762/17.MZ = BeckRS 2018, 10857, Rn. 66; *Kalscheuer/Jacobsen*, NJW 2018, 2358 (2360); *Milker*, NVwZ 2018, 1751 (1754); *Liberatus*, CR 2019, 262 (265).

³³ Vgl. dazu OVG NRW, Urt. v. 5.5.2017 – 15 A 3048/15, Rn. 29 = BeckRS 2017, 114361.

³⁴ BVerfG, Beschl. v. 22.6.1982 – 1 BvR 1376/79 = NJW 1983, 1415 (1416).

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009 – 1 BvR 2272/04 = NJW 2009, 3016 (3017).

³⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.5.2018 – 1 BvR 1149/17 = NZA 2018, 924, Rn. 7 = NJW 2018, 2316 (Ls.).

³⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.2.2019 – 1 BvR 1954/17 = NVwZ 2019, 719, Rn. 11.

³⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.2.2019 – 1 BvR 1954/17 = NVwZ 2019, 719, Rn. 11: „strenge Anforderungen“ an das Vorliegen von Schmähkritik.

³⁹ Dazu auch VG Mainz, Beschl. v. 13.4.2018 – 4 K 762/17.MZ = BeckRS 2018, 10857, Rn. 119 ff.

Verhalten der K legt nahe, dass sie mit hinreichender Wahrscheinlichkeit weiterhin gegen die Netiquette verstoßen wird. Sie veröffentlichte teilweise gelöschte verletzende Beiträge erneut und war auch nicht bereit, sich von verletzenden Beiträgen zu distanzieren. All dies indiziert eine Wiederholungsgefahr.

cc) *Verhältnismäßigkeit*

Die Sperre der K müsste auch verhältnismäßig gewesen sein. Sie müsste der Wahrung des Nutzungszwecks der Einrichtung als legitimem Zweck gedient haben, dafür geeignet und erforderlich sowie verhältnismäßig im engeren Sinne gewesen sein.

Hinweis: Da das ZDF die Fan-Page in Ausübung seines Grundrechts auf Rundfunkfreiheit in seiner Ausprägung der Programmfreiheit betreibt, ließe sich hier diskutieren, ob das Sperren von Nutzern an einem strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstab zu prüfen ist oder ein weiterer Entscheidungsspielraum besteht.⁴⁰ Beide Ansichten dürften hier allerdings zum gleichen Ergebnis der Prüfung führen.

(1) *Legitimer Zweck*

Die Sperre müsste als „virtuelles Hausverbot“ dem Zweck der Sicherung des Nutzungszwecks der Facebook Fan-Page „ZDF“ im Rahmen der öffentlichen Aufgaben des Senders gedient haben. Sie zielte darauf ab, künftige Störungen der Seite zu verhindern und eine Diskussion zwischen den Nutzerinnen zu ermöglichen. Damit diene sie einem legitimen Zweck.

(2) *Geeignetheit*

Sie müsste hierfür auch geeignet gewesen sein. Dafür müsste die Sperrung dem Zweck zumindest dienlich gewesen sein. Mit ihren Kommentaren auf der Fan-Page verstieß K mehrfach gegen die Netiquette der Seite. Ihre Äußerungen waren auch konkret geeignet, andere Nutzerinnen von der Beteiligung an den Diskussionen abzuschrecken. Aufgrund der wiederholten Äußerungen dieser Art war auch damit zu rechnen, dass K weitere ähnliche Äußerungen tätigen würde. Das Sperren von K nahm dieser die Möglichkeit, weiterhin in die Diskussion einzugreifen. Sie war damit zur Erfüllung des Zwecks geeignet.

(3) *Erforderlichkeit*

Die Sperrung der K müsste auch erforderlich gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn kein mildereres, gleich wirksames Mittel zur Verfügung stand, um den legitimen Zweck zu erreichen. Die bloße Löschung der problematischen Kommentare stellt zwar ein mildereres Mittel dar, wäre aber nicht gleich geeignet, da hierdurch – im Unterschied zur Sperrung – beleidigende Kommentare nicht verhindert würden, sondern lediglich im Nachhinein entfernt werden könnten. Zudem hatte K

auch in der Vergangenheit nach Löschung entsprechender Kommentare neue Kommentare veröffentlicht.

(4) *Angemessenheit*

Die Sperrung der K müsste auch verhältnismäßig im engeren Sinne gewesen sein (Angemessenheit). Dafür dürfte sie K nach einer Abwägung der grundrechtlich geschützten Interessen nicht unangemessen beeinträchtigen.

Auf der einen Seite kommt der Meinungsfreiheit eine fundamentale Bedeutung für die demokratische Ordnung zu und es gilt eine Vermutung für die freie Rede, wenn es – wie hier – um Beiträge im Diskurs zu einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage geht.⁴¹ In der öffentlichen Auseinandersetzung muss dabei auch Kritik hingenommen werden, die in überspitzter und polemischer Form geäußert wird,⁴² weil andernfalls die Gefahr einer Lähmung oder Verengung des Meinungsbildungsprozesses drohen würde. Zudem hat die Äußerung von Meinungen über soziale Netzwerke wie Facebook aufgrund des potentiell hohen Verbreitungsgrads eine erhebliche Bedeutung für die Meinungsfreiheit.

Andererseits hat K durch ihre Äußerungen mehrfach und schwerwiegend in Persönlichkeitsrechte anderer Nutzerinnen eingegriffen. Dabei hat sie – wie erörtert – die Grenzen der freien Meinungsäußerung durch Beleidigungen in Form der Schmähkritik teilweise überschritten und auch gezeigt, dass sie bereit ist, diese Äußerungen zu wiederholen. Auch soweit K andere Nutzerinnen in Sachzusammenhängen als „linkes Geschmeiß“ und „dümmlische Gutmenschen“ bezeichnete, folgt aus der Schwere und der wiederholten Äußerung, dass die Meinungsfreiheit in der Abwägung hinter dem Schutz der Ehre der anderen und dem damit verbundenen Schutz des Diskurses zurücktreten muss. Der K bleibt auch die Möglichkeit, ihre Meinungen an anderen Stellen und auf anderen Fan-Pages zu äußern. Bei einer Distanzierung von den von ihr vorgenommenen Beleidigungen hat das ZDF ihr auch eine Aufhebung der Sperre in Aussicht gestellt.

Hinweis: Vertretbar wäre es, anzunehmen, dass eine Sperrung auf unbestimmte Zeit wegen des hohen Wertes der Meinungsfreiheit unzulässig ist und in derartigen Fällen alleine eine befristete Sperrung möglich ist.⁴³ Allerdings ist es zumindest im Rahmen der aktuellen technischen Funktionsweise von Facebook nicht möglich, Sperren von vornherein auf einen bestimmten Zeitraum zu beschränken. Es dürften jedoch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sein, dass es der Behörde unzumutbar wäre, Nutzer nach einer gewissen Zeit „manuell“ zu entsperren und die entsprechende Frist dafür außerhalb der Social Media-Plattform zu verwalten.

⁴¹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/57 = NJW 1958, 257 (258).

⁴² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.2.2019 – 1 BvR 1954/17 = NVwZ 2019, 719, Rn. 10.

⁴³ Vgl. dazu *Milker*, NVwZ 2018, 1751 (1756) mit dem Hinweis, dass die bloße technische Unmöglichkeit einer Automatisierung als Grund für eine unbefristete Sperrung zweifelhaft erscheint.

⁴⁰ Vgl. VG Mainz, Beschl. v. 13.4.2018 – 4 K 762/17.MZ = BeckRS 2018, 10857, Rn. 116 f.

Im Ergebnis war die Sperrung des K auf der Fan-Page „ZDF“ damit angemessen und auch verhältnismäßig im weiteren Sinne.

c) Zwischenergebnis

Der grundsätzlich bestehende Anspruch auf Zugang zu der Seite aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. der Selbstbindung der Verwaltung ist damit ausgeschlossen.

II. Folgenbeseitigungsanspruch

Ein Anspruch auf Aufhebung der Sperrung könnte sich aus einem öffentlichen Folgenbeseitigungsanspruch ergeben. Seine Herleitung und Rechtsgrundlage sind umstritten. Teils wird er aus Art. 20 Abs. 3 GG, teils direkt aus den Grundrechten und teils aus § 1004 BGB analog hergeleitet. Er ist jedoch in jedem Fall gewohnheitsrechtlich anerkannt.⁴⁴

Es müsste ein subjektives Recht der K durch eine hoheitliche Handlung des ZDF beeinträchtigt worden sein. Die Sperre war eine hoheitliche Handlung, da das ZDF in seiner Funktion als öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt handelte. Sie beeinträchtigte die K in ihrem Recht auf Zugang zu einer öffentlichen Einrichtung.

Allerdings führte diese Beeinträchtigung nicht zu einem rechtswidrigen Zustand. Die Sperrung der K auf der Fan-Page „ZDF“ war sachlich gerechtfertigt. Auf die obigen Ausführungen wird hierfür verwiesen. Damit besteht auch kein Anspruch auf Aufhebung der Sperrung aus dem Folgenbeseitigungsanspruch.

III. Zwischenergebnis

Die Klage ist unbegründet.

C. Ergebnis

Die Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor, die Klage ist jedoch unbegründet.

⁴⁴ Siehe anschaulich zu Herleitung und Voraussetzungen: *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2012, 1079 ff.

Fortgeschrittenenklausur: Aus dem Weg – ich bin LKW-Fahrer!*

Von Wiss. Mitarbeiterin Ass. iur. **Marie Louise Hohmann**, Osnabrück**

Die vorliegende Falllösung greift Problemklassiker des Strafrechts auf, die von Examenskandidatinnen und -kandidaten beherrscht werden sollten. Sie weist einen leichten bis mittleren Schwierigkeitsgrad auf. Die Schwerpunkte bilden Straßenverkehrsdelikte und Delikte, die damit typischerweise in Zusammenhang stehen. Eine besondere Herausforderung war die Auseinandersetzung mit den Konkurrenzen, da das Verhältnis von §§ 113, 114 StGB zueinander von der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt ist.

Sachverhalt

Der LKW-Fahrer Ludwig Loui (L) befindet sich am 6.5.2019 auf seiner monatlichen Tour in Osnabrück, wo er für eine Spedition Waren in der Altstadt ausliefern soll. Die Osnabrücker Altstadt ist historisch noch gut erhalten und hat daher nicht nur viele enge Gassen, sondern besteht größtenteils auch aus Einbahnstraßen. Als L seinen LKW bereits seit einigen Minuten fachmännisch durch die engen verwinkelten Gassen der Altstadt manövriert, entdeckt er beim Abbiegen plötzlich eine Baustelle vor sich, an der sich bereits ein beachtlicher Stau gebildet hat. Da L sich in der Altstadt gut auskennt, beschließt er deshalb eine andere Straße zu benutzen, um die geladenen Waren noch pünktlich ausliefern zu können. Beim Rückwärtsrangieren mit seinem LKW beschädigt er dabei den PKW des X ganz erheblich, bemerkt jedoch in der Eile nichts davon und setzt seinen Weg zunächst fort. Der Rennradfahrer R hat alles beobachtet und folgt dem L nach mehreren Abbiegevorgängen ca. 800 m mit seinem Fahrrad bis zur nächsten Ampelkreuzung, wo L gerade an einer roten Ampel zum Halten gezwungen ist. R klopft an das Fenster des LKW und macht L auf den soeben stattgefundenen Zusammenstoß mit dem PKW des X aufmerksam. L ist jedoch der Überzeugung, dass ihn die Sache nichts angehe und setzt seine Fahrt fort.

Wenige Wochen später wird L wegen seines übermäßigen Alkoholkonsums von seiner Frau verlassen. Aus Frust beginnt er nun auch bereits morgens Alkohol zu konsumieren. Als er am 17.6.2019 einen Auftrag seiner Spedition ausführen soll, ist er deshalb bereits am frühen Morgen stark alkoholisiert. L fühlt sich jedoch trotz seines vermehrten Alkoholkonsums noch fahrsicher und tritt daher die Fahrt mit seinem privaten PKW zur Spedition an. Als L sich von dort ca. eine Stunde später mit dem beladenen LKW auf den Weg in die

Altstadt macht, kommt er auf Höhe des Heger-Tor-Walls infolge seiner Alkoholisierung ins Schlingern und touchiert dabei den am Straßenrand parkenden PKW des Y derart, dass der Seitenspiegel sowie die Fahrertür später vollends ausgetauscht werden müssen.

L erkennt den Schaden und setzt seine Fahrt trotzdem unbeirrt fort, bemerkt aber einige Minuten später ein Polizeiauto hinter sich, das L zum Anhalten auffordert. L fürchtet nun wegen seines Alkoholkonsums um seinen Führerschein und beschließt die Flucht anzutreten. L glaubt tatsächlich, nach einiger Zeit seine Verfolger abgehängt zu haben, bis er plötzlich vor sich eine Straßensperre erblickt. Diese hat der Polizeibeamte B errichtet, indem er sein Fahrzeug quer über die etwa 7,5 m breite Straße gestellt hat. Dadurch ist auf der rechten Seite nur noch 1,5 m Platz, wo B sich sodann mit erhobener „STOP“-Kelle platziert hat. Statt der Aufforderung zum Anhalten nun endlich nachzukommen, steuert der heranahende L seinen LKW mit hoher Geschwindigkeit direkt auf B zu, der gerade noch zur Seite springen kann, als L die Straßensperre ungebremst passiert. Dabei nimmt L zumindest auch billigend in Kauf, dass B es gegebenenfalls nicht mehr rechtzeitig schaffen wird, dem LKW auszuweichen, und dadurch zu Tode kommt. B stürzt bei seinem Sprung sodann derart hart auf den Boden, dass er für eine Woche dienstunfähig ist. L wird später festgenommen.

Aufgabe

Wie hat L sich nach dem StGB strafbar gemacht?

Bearbeitungsvermerk

Gehen Sie bei den Fahrten des L am 17.6.2019 immer von einer BAK von 1,8 ‰ aus. Die §§ 211 ff., 223, 224, 240 StGB sind nicht zu prüfen.

Lösungsvorschlag

1. Tatkomplex: Die Fahrt am 6.5.2019

I. § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB

L könnte sich durch das Wegfahren von der Unfallstelle wegen eines unerlaubten Entfernens vom Unfallort gem. § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Unfall im Straßenverkehr

Dann müsste die Beschädigung des PKW des X durch den LKW des L ein Unfall im Straßenverkehr darstellen. Das ist der Fall, wenn es sich um ein plötzliches Ereignis im Verkehr handelt, in welchem sich ein verkehrstypisches Schadensrisiko realisiert und unmittelbar zu einem nicht völlig belanglosen Personen- oder Sachschaden führt.¹ Der PKW des X

* Die Klausur lief als dreistündige Klausur der Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene, die im Sommersemester 2019 gestellt worden ist. Von den insgesamt 86 Bearbeitern erzielten zwei die Note „vollbefriedigend“ (2,33 %), acht „befriedigend“ (9,3 %), 35 „ausreichend“ (40,7 %), 40 Arbeiten waren „mangelhaft“ (46,51 %) und eine „ungenügend“ (1,16 %). Der Durchschnitt betrug 3,86 Punkte.

** Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht sowie Strafrechtsvergleichung (Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn) an der Universität Osnabrück.

¹ Vgl. nur Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 142 Rn. 7 m.w.N.

wurde durch den Zusammenstoß ganz erheblich beschädigt. Die Beschädigung ist durch das Rückwärtsfahrmanöver des L dabei auch auf ein plötzliches Ereignis zurückzuführen, das mit den Gefahren des Straßenverkehrs in einem wesentlichen Zusammenhang steht, verursacht worden. Demzufolge liegt ein Unfall im Straßenverkehr vor.

bb) Unfallbeteiligter

L müsste zudem Unfallbeteiligter sein. Unfallbeteiligter ist nach der Legaldefinition des § 142 Abs. 5 StGB derjenige, der den Unfall verursacht hat. L hat als Fahrer des LKW den Unfall durch das Rückwärtsfahren verursacht. L ist demgemäß ein Unfallbeteiligter.

cc) Unerlaubtes Entfernen

Außerdem müsste sich L unerlaubt vom Unfallort entfernt haben, § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Ein unerlaubtes Entfernen im Sinne der Nr. 1 setzt dabei voraus, dass der Unfallbeteiligte die Unfallstelle verlassen hat, obwohl feststellungsbereite Personen anwesend waren.² Das Verlassen muss demgemäß zur Folge gehabt haben, dass keine Feststellungen zum Unfall getroffen werden konnten.³ Der Rennradfahrer R hat den Unfall beobachtet und hätte diese treffen können. Problematisch ist insofern jedoch, ob R als Unbeteiligter überhaupt zugunsten der anderen Unfallbeteiligten und der Geschädigten als feststellungsbereite Person im Sinne des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB in Betracht kommt.

(1) Feststellungsrecht

Einer Ansicht⁴ zufolge ist nicht jeder Unbeteiligte feststellungsberechtigt im Sinne des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Diese Stellung müsse vom tatbestandlichen Täterverhalten her gesehen und daher auf seine Angabe- und Ermöglichungspflicht bezogen werden, welche einem Dritten gegenüber nur dann angenommen werden könne, wenn diesem das Recht zukomme, Feststellungen zugunsten der Unfallbeteiligten bzw. Geschädigten zu treffen. Denn dieser Dritte könne nur dann das Ausmaß der konkreten Feststellungen bestimmen, wenn er ebenso auf (weitere) Feststellungen verzichten dürfe. Voraussetzung sei daher, dass die feststellungsbereite Person ein Beauftragter des Berechtigten ist oder dass zumindest persönliche Beziehungen zwischen ihnen bestehen, die ein besonderes Interesse an solchen Feststellungen erkennen lassen (wie etwa Verwandtschaft, Nachbarschaft) und für die die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag entsprechend anwendbar seien.

Dieser Ansicht folgend ist R keine feststellungsberechtigte Person im Sinne des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

² Vgl. Fischer (Fn. 1), § 142 Rn. 23; Pflieger/Quarch, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 142 StGB Rn. 10.

³ Ständige Rspr.: vgl. nur BGHSt 14, 89 = BGH NJW 1960, 1019 (1020).

⁴ Bär, DAR 1983, 215 (216 f.); Kretschmer, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrecht, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 142 Rn. 61.

(2) Eignung als feststellungsbereite Person

Nach der in Rspr.⁵ und Lit.⁶ vorherrschenden Ansicht setzt § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB allein die Anwesenheit einer Person voraus, die bereit ist, solche Feststellungen zu treffen. Diese Feststellungsbereitschaft weise eine Person auf, die zur Beweissicherung geeignet und fähig ist und – wenn es sich nicht um den Berechtigten selbst handelt – ein Interesse daran habe, dass die erforderlichen Feststellungen zugunsten des oder der Berechtigten getroffen werden. Bei Dritten müsse zur Annahme einer Feststellungsbereitschaft neben der generellen Eignung und der Fähigkeit, für diesen Unfall zuverlässig die erforderlichen Beweise zu sichern, ein Feststellungsinteresse zugunsten des Berechtigten hinzutreten. Dazu müsse der Dritte erkennbar den Willen und die Möglichkeit haben, die Feststellungen zugunsten der Berechtigten zu treffen und die getroffenen Feststellungen an diese zu übermitteln.

Nach dieser Auffassung war R demgemäß als feststellungsbereite Person anwesend. Dass R selbst von dem Unfall nicht betroffen gewesen ist, weil das beschädigte Fahrzeug dem X gehörte, spielt indes keine Rolle, da R sein Feststellungsinteresse durch die Verfolgung und das Ansprechen des L deutlich machte.

(3) Stellungnahme

Letzterer Ansicht ist zu folgen. Normzweck ist es, die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Unfallbeteiligten untereinander bzw. im Verhältnis zum Geschädigten festzustellen und zu sichern. Dafür kann es jedoch nicht darauf ankommen, ob ein unbeteiligter Dritter selbst das Recht dazu hat, auf Feststellungen zu verzichten. Sofern der Dritte nämlich erkennbar zum Ausdruck bringt, Feststellungen treffen zu wollen und dem Geschädigten zu übermitteln, handelt er zugunsten desselben oder anderer Unfallbeteiligter gemäß dem Wortlaut und des Telos der Norm.

R war somit feststellungsbereite Person im Sinne des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

b) Subjektiver Tatbestand

L müsste zudem vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz setzt Wissen und Wollen der objektiven Tatumstände voraus.⁷

⁵ Vgl. nur BayObLG VRS 64, 119 (120); OLG Köln VRS 64, 193 (193 f.); BGH NJW 2002, 1359 (1359); KG VRS 67, 258 (262); OLG Zweibrücken DAR 1991, 431 (432); OLG Koblenz NZV 1996, 324 (324).

⁶ Zopfs, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 142 Rn. 53; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 142 Rn. 16; Fischer (Fn. 1), § 142 Rn. 24; Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 42. Ed., Stand: 1.5.2019, § 142 Rn. 13; Pflieger/Quarch (Fn. 2), § 142 StGB Rn. 11 a.E.; Stein, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 142 Rn. 30; wohl auch Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 142 Rn. 27.

⁷ Vgl. nur BGHSt 36, 1 = BGH NJW 1989, 781 (784).

L müsste demgemäß im Zeitpunkt des Sich-Entfernens Kenntnis vom Vorliegen eines Unfalls und seiner Eigenschaft als Verursacher gehabt haben. L hat den Unfall zum Zeitpunkt der Beschädigung des Wagens des X nicht bemerkt und hatte dementsprechend weder Kenntnis von dem Unfall noch seiner Eigenschaft als Unfallbeteiligter.

2. Ergebnis

L hat sich durch das Wegfahren von der Unfallstelle nicht gem. § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

II. § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB

Durch das Weiterfahren an der Ampel könnte sich L wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort gem. § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Unfall im Straßenverkehr

Ein Unfall im Straßenverkehr liegt vor.

b) Unfallbeteiligter

L ist auch Unfallbeteiligter im Sinne des § 142 Abs. 5 StGB.

c) Berechtigtes oder entschuldigtes Entfernen vom Unfallort

Grundsätzlich bestraft § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB lediglich den Täter, der sich zwar berechtigt oder entschuldigt vom Unfallort entfernt, seine Feststellung jedoch nicht unverzüglich nachträglich ermöglicht. Ein berechtigtes oder entschuldigtes Entfernen vom Unfallort durch L ist nicht gegeben. Jedoch ist fraglich, ob § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB auch in jenen Fällen Anwendung findet, wenn der Unfallbeteiligte sich zunächst unvorsätzlich vom Unfallort entfernt, jedoch im Anschluss in einem engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang noch Kenntnis vom Unfall erhält.⁸

aa) Gleichstellung

Nach einer (früheren) Auffassung⁹ ist im Hinblick auf den Schutzzweck des § 142 StGB, das unvorsätzliche Entfernen vom Unfallort dem berechtigten oder entschuldigten Entfernen gleichzustellen. Dies resultiere insbesondere aus dem Umstand, dass Abs. 2 gerade jene Fälle erfasse, in denen kein strafbarer Verstoß gegen Abs. 1 festzustellen sei. Die Begrifflichkeiten des „entschuldigten“ oder „berechtigten“ Entfernens seien auch nicht im formal-dogmatischen Wortsinn aufzufassen, folglich also nicht auf Entschuldigungs- oder Rechtfertigungsgründe beschränkt. Daher sei auch gerade ein nicht tatbestandmäßiges, weil unvorsätzliches Verhalten des Täters erfasst.

Nach dieser Auffassung ist das unvorsätzliche Entfernen des L durch die unmittelbar räumlich und zeitlich in engen Zusammenhang stehende Kenntnisnahme von § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB erfasst.

bb) Analogieverbot

Das Bundesverfassungsgericht¹⁰ nimmt hingegen durch die Aufnahme eines unvorsätzlichen Entfernens in Nr. 2 einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG an, da der Gesetzgeber durch den gewählten fachsprachlichen Wortlaut („berechtigt“ oder „entschuldigt“) den Anwendungsbereich klar definiert habe. Diese genannten Begriffe kennzeichneten nämlich einen Sachverhalt, der an den in § 142 Abs. 1 StGB beschriebenen zeitlich anschließt: Wer sich als Unfallbeteiligter an einem Unfallort befindet und damit die erforderlichen Feststellungen ermöglichen muss, dürfe sich unter bestimmten, durch die Begriffe „berechtigt oder entschuldigt“ näher gekennzeichneten Voraussetzungen entfernen. Dann aber müsse er die Feststellungen nachträglich ermöglichen. Über diesen Sinngehalt gehe das unvorsätzliche Sich-Entfernen hinaus. Wer sich „berechtigt oder entschuldigt“ vom Unfallort entfernt, handele unter ganz anderen Voraussetzungen als derjenige, der das mangels Kenntnis des Unfallgeschehens tue. Die Situation, die von § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB erfasst werden soll, sei im Falle des unvorsätzlichen Entfernens gerade deshalb nicht gegeben, weil der Unfallbeteiligte weder Kenntnis von der Notwendigkeit einer weiter ausstehenden Feststellungsmöglichkeit habe noch durch das Entfernen den gerade durch Abs. 2 sanktionierten Zweck der Beweissicherung konterkarieren wolle. Eine Gleichsetzung von vorsätzlichem und unvorsätzlichem Handeln sei daher mit dem Analogieverbot nicht vereinbar. Denkbar sei in den Fällen eines unvorsätzlichen Entfernens mit späterer Kenntnisnahme lediglich eine Tat gem. § 142 Abs. 1 StGB, der, anders als Abs. 2, keinen abgeschlossenen Sachverhalt des Sich-Entfernen-Habens voraussetze und ein Entfernen-Vorsatz damit grundsätzlich bis zur Beendigung der Tat durch ein erfolgreiches Sich-Entfernen-Haben gebildet werden könne. Einer solchen Auslegung stehe dabei auch nicht der Begriff des Unfallortes entgegen, der im Einzelfall durchaus weiter zu fassen sei, als der bloße Ort des Schadenseintritts.

Eine Rechtfertigung, den Unfallbeteiligten über den Unfallort hinaus zu verpflichten und den Beteiligten eine Möglichkeit zur Beweissicherung zu verschaffen, bestehe somit beim unvorsätzlichen Entfernen gerade nicht. Nach dieser Auffassung scheidet ein tatbestandliches Verhalten des L gem. § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB durch das unvorsätzliche Entfernen aus.

cc) Stellungnahme

Der letztgenannten Ansicht ist zu folgen, da die erste Meinung eine verbotene Analogie zulasten des Täters darstellt.

2. Ergebnis

Eine Strafbarkeit des L gem. § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB scheidet aus.

⁸ Vgl. zu diesem Problem statt aller *Zopfs* (Fn. 6), § 142 Rn. 105.

⁹ Vgl. BGH NJW 1979, 434 (435).

¹⁰ BVerfG NJW 2007, 1666 Rn. 18 ff.; *Fischer* (Fn. 1), § 142 Rn. 52; *Sternberg-Lieben* (Fn. 6), § 142 Rn. 55; *Brüning*, ZIS 2007, 317 (318 ff.).

III. § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Jedoch könnte sich L durch das Weiterfahren an der Ampel nach Kenntniserlangung wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort gem. § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Unfall im Straßenverkehr und Unfallbeteiligung

Ein Unfall im Straßenverkehr liegt vor, bei dem L Unfallbeteiligter war.

b) Entfernen ohne Ermöglichung der Feststellung (Nr. 1)

Das Weiterfahren des L an der Ampel nachdem er von R auf den Unfall hingewiesen wurde, könnte ein unerlaubtes Entfernen im Sinne des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB darstellen. Fraglich ist, ob ein Verkehrsteilnehmer, der sich zunächst unvorsätzlich vom Ort des Schadenseintrittes entfernt hatte, dann kurz darauf von dem Unfall erfährt und auch nach dieser Kenntniserlangung weiterfährt, ohne die in Abs. 1 geforderten Feststellungen zu ermöglichen, den Tatbestand des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB (noch) erfüllen kann.

aa) Sich-(weiter)-Entfernen

Die Anwendung des Tatbestandes des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB sei auch möglich, sofern der Täter sich zunächst unvorsätzlich vom Ort des Schadenseintritts entfernt, dann jedoch Kenntnis vom Unfallgeschehen erlangt und seine Fahrt trotzdem fortsetzt, ohne die in Nr. 1 geforderten Feststellungen zu ermöglichen.¹¹ Diese Auffassung stützt sich darauf, dass es jedenfalls nicht ausgeschlossen sei, dass sich auch eine (sodann in Kenntnis vom Unfall) bewusste Fortführung der Fahrt als ein Sich-(weiter)-Entfernen vom Unfallort aufzufassen ist.

Nach dieser Auffassung würde die Weiterfahrt des L ein unerlaubtes Entfernen im Sinne des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB darstellen, da die Kenntnisnahme vom Unfall noch am Unfallort stattfindet.

bb) Simultaneität

Nach der Gegenauffassung scheidet eine Tathandlung gem. § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB im vorbenannten Fall gänzlich aus, da der Vorsatz bereits zum Zeitpunkt der Tathandlung gegeben sein muss, mithin also beim Verlassen der Unfallstelle und nicht erst nachträglich in der (soweit zuerkannt) Beendigungsphase¹² (Sich-weiter-Entfernen durch das Fortsetzen der einmal begonnen Fahrt) vorliegt bzw. hinzutritt.¹³

¹¹ So andeutungsweise BVerfG NJW 2007, 1666 Rn. 26; ausdrücklich dann u.a. OLG Düsseldorf NZV 2008, 107 (107 f.); *Laschewski*, NZV 2007, 444 (447 f.); *Blum*, NZV 2008, 495 (496 f.).

¹² Zu diesem Problem ausführlich: *Zopfs* (Fn. 6), § 142 Rn. 51.

¹³ BGH NStZ 2011, 209 (210); ausführlich *Geppert*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 142 Rn. 135b; *Renzikowski*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch,

Nach dieser Auffassung ist daher die Tatvariante des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch die Weiterfahrt an der Ampel nicht erfüllt.

cc) Stellungnahme

Der ersten Auffassung kann mithin nur gefolgt werden, wenn man die Fortsetzung der Fahrt als eine über die tatbestandliche Vollendung hinausgehende Beendigungsphase auffasst.¹⁴ Aber selbst bei Annahme dieser Beendigungsphase umgeht die Ausdehnung des „Unfallortes“ auf einen Ort gerade außerhalb dieser Örtlichkeit vielmehr die Wortlautgrenze und ist demgemäß abzulehnen. Insbesondere wäre die Ausdehnung aus praktischer Sicht kaum umsetzbar, da sich die Frage stellt, inwieweit eine solche Ausdehnung dann noch von Abs. 1 Nr. 1 erfasst werden soll und ab welcher Entfernung dies gerade nicht mehr der Fall sein kann. Insbesondere die straßenbaulichen Besonderheiten sorgten hier für Unsicherheiten, da sich eine entsprechende, von den Gerichten kaum mehr überschaubare Kasuistik herausbildete, die letztlich nur zulasten der Täter ausfallen kann. Demgemäß ist der ersten Auffassung nicht zu folgen. Vielmehr muss die Kenntnis vom Unfall am Unfallort selbst vorliegen, um die Wortlautgrenze des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht zu überdehnen. Das Fortsetzen der Fahrt an der Ampel nachdem der R den L auf den Unfall aufmerksam gemacht hat stellt somit kein tatbestandliches Verhalten im Sinne des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB dar.

Hinweis: Die andere Auffassung ist mit entsprechend guter Argumentation (!) vertretbar.

2. Ergebnis

L hat sich durch die Weiterfahrt nicht gem. § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

2. Tatkomplex: Die Fahrten bis zur Kollision mit dem PKW des Y

Hinweis: Die nachstehenden Ausführungen sind zu Übungszwecken sehr ausführlich. In einer Klausur ist eine knappere Darstellung ausreichend.

I. § 316 Abs. 1 StGB

L könnte sich durch die Fahrt mit dem privaten PKW zur Spedition wegen Trunkenheit im Straßenverkehr gem. § 316 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Kommentar, 2013, § 142 Rn. 48; *Ernemann*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 142 Rn. 43; *Fischer* (Fn. 1), § 142 Rn. 52 m.w.N.

¹⁴ Siehe Fn. 12.

*1. Objektiver Tatbestand**a) Führen eines Fahrzeugs im Straßenverkehr*

Dann müsste L ein Fahrzeug im Straßenverkehr geführt haben. Zum Führen ist erforderlich, dass jemand das Fahrzeug in Bewegung setzt oder es unter Handhabung seiner technischen Vorrichtungen während der Fahrbewegung lenkt.¹⁵ Fahrzeugführer ist dabei diejenige Person, die sich selbst aller oder wenigstens eines Teils der wesentlichen technischen Einrichtungen des Fahrzeugs bedient, die für seine Fortbewegung bestimmt sind und das Fahrzeug in Bewegung setzt oder es während der Fahrtbewegung lenkt.¹⁶ Im Verkehr ist ein Fahrzeug geführt, sofern es sich im öffentlichen Straßenverkehr bewegt. Öffentlich ist der Straßenverkehr, wenn der Verkehrsraum entweder ausdrücklich oder mit stillschweigender Duldung des Verfügungsberechtigten für jedermann oder wenigstens allgemein für bestimmte Gruppen von Personen (d.h. für einen zufälligen Personenkreis), wenn auch nur vorübergehend oder gegen Gebühr, zur Benutzung zugelassen ist.¹⁷

L, der sich mit seinem privaten PKW auf den Weg zu Spedition gemacht hat, führte dadurch auf dieser Fahrt ein Fahrzeug im Straßenverkehr. Von einem öffentlichen Verkehrsraum ist mangels entgegenstehender Sachverhaltsangaben bei lebensnaher Betrachtung auszugehen.

b) Im fahruntüchtigen Zustand

L müsste sich zudem in einem fahruntüchtigen Zustand befunden haben. Fahruntüchtigkeit ist gegeben, wenn der Fahrer nicht fähig ist, das Fahrzeug eine längere Strecke so zu steuern, dass er den Anforderungen des Straßenverkehrs, auch bei plötzlichem Auftreten schwieriger Verkehrslagen, so gewachsen ist, wie es von einem durchschnittlichen Fahrzeugführer erwartet wird.¹⁸ Für die Bewertung der Fahruntüchtigkeit wurden dabei bestimmte Beweisregeln entwickelt.¹⁹ Eine absolute Fahruntüchtigkeit wird dabei ab einem Wert von 1,0 ‰²⁰ angenommen. Ab einer solchen Blutalkoholkonzentration wird unwiderleglich vermutet, dass der Kraftfahrer nicht mehr in der Lage ist, sein Fahrzeug sicher zu führen.²¹

L wies bei einer entsprechenden Rückrechnung zum Tatzeitpunkt wenigstens eine Blutalkoholkonzentration von 1,8 ‰

¹⁵ Vgl. nur *Fischer* (Fn. 1), § 315c Rn. 3a.

¹⁶ BGHSt 35, 390 = BGH NJW 1989, 723 (724); BGHSt 36, 341 = BGH NJW 1990, 1245 (1245); BGH NZV 1995, 364.

¹⁷ BGHSt 4, 189 = BGH NJW 1953, 1153 (1153); BGHSt 14, 384 = BGH NJW 1960, 1728 (1729); BGHSt 22, 365 = BGH NJW 1969, 1218 (1219); BGHSt 49, 128 = BGH NJW 2004, 1965 (1965); BGH NSTZ 2004, 625 Rn. 2.

¹⁸ Vgl. nur *Fischer* (Fn. 1), § 315c Rn. 4.

¹⁹ Vgl. BGHSt 31, 42 (44); BGH NZV 2008, 528 (528).

²⁰ Der häufig in der Lit. und Rspr. genannte Wert von 1,1 ‰ enthält einen Sicherheitszuschlag von 0,1 ‰, um in der Praxis mögliche Messungenauigkeiten zugunsten des Täters auszugleichen.

²¹ BGHSt 37, 89 = BGH NJW 1990, 2393 (2394); BVerfG NJW 1995, 125 (125 f.); *Fischer* (Fn. 1), § 316 Rn. 25.

auf und war damit zum Zeitpunkt des Fahrtantritts absolut fahruntüchtig.

2. Subjektiver Tatbestand

Außerdem müsste L für eine Strafbarkeit nach § 316 Abs. 1 StGB vorsätzlich bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale gehandelt haben. Der Vorsatz erfordert dabei neben dem bewussten und gewollten Führen eines Fahrzeuges wenigstens bedingten Vorsatz hinsichtlich der rauschbedingten Fahrsicherheit.²² Entscheidend ist die Kenntnis der Beeinträchtigung der Gesamtleistungsfähigkeit aufgrund des Rauschmittelkonsums.²³ Die vorsätzliche Trunkenheitsfahrt erfordert also, dass der Fahrzeugführer seine Fahruntüchtigkeit kennt oder mit dieser zumindest rechnet und sich damit abfindet. Für den bedingten Vorsatz genügt das Fürmöglichhalten einer so gravierenden Leistungsfähigkeitsbeeinträchtigung, dass den im Verkehr zu stellenden Anforderungen nicht mehr entsprochen werden kann und des damit Abfindens oder des billigenden Inkaufnehmens.²⁴ Der Schluss auf das Vorliegen eines solchen bedingten Vorsatzes ist aufgrund von Indizien zu bewerten. Dabei kann unter anderem, wohl aber nicht alleine für sich genommen, die Höhe der BAK zum Tatzeitpunkt ein Faktor sein, der den Rückschluss auf den Vorsatz zulässt.²⁵ Dies gilt selbst für erhebliche Werte, also weder bei 2,0 ‰²⁶ noch bei 2,27 ‰²⁷. Allerdings enthält eine solche BAK ein gewichtiges Indiz für bedingten Vorsatz, welches das Tatgericht in der Beweiswürdigung allein oder gemeinsam mit weiteren Indizien einzubeziehen hat.²⁸ Mit steigender BAK darf die Überzeugungsbildung umso eher von Vorsatz ausgehen, muss aber erkennen lassen, dass lediglich ein Erfahrungssatz mit einer durch konkrete Umstände widerlegbaren Wahrscheinlichkeitsaussage angewendet wird.^{29, 30}

²² OLG Koblenz NZV 2001, 357 (358).

²³ *König*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 11, 12. Aufl. 2008, § 316 Rn. 186; *Pegel*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 316 Rn. 91.

²⁴ BGHSt 60, 227 = BGH NJW 2015, 1834 Rn. 7.

²⁵ Kritisch dazu *Pegel* (Fn. 23), § 316 Rn. 94 m.w.N.; demgegenüber lässt BGHSt 60, 227 = BGH NJW 2015, 1834 Rn. 10 bereits den Rückschluss ab einem Wert von knapp über 1,1 ‰ im Einzelfall zu.

²⁶ Vgl. *König*, in: Hentschel/König/Dauer (Hrsg.), Straßenverkehrsrecht, 45. Aufl. 2019, § 316 StGB Rn. 76.

²⁷ OLG Jena DAR 1997, 324 (325).

²⁸ BGHSt 60, 227 = BGH NJW 2015, 1834 Rn. 9; OLG Koblenz NZV 2008, 304 (306), das es für nicht rechtsfehlerhaft hält, die Annahme vorsätzlichen Handelns (allein) auf dieses Indiz zu stützen, wenn sich bei weit über dem Grenzwert liegender BAK keine Anhaltspunkte für Umstände finden, die das indizielle Gewicht der BAK mindern.

²⁹ *Pegel* (Fn. 23), § 316 Rn. 94; vgl. auch *Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 316 Rn. 23 mwN.

L wies zum Tatzeitpunkt eine BAK von 1,8 ‰ auf und lag damit weit über dem Grenzbereich von 1,1 ‰ und somit in einem Bereich, der – auch unter der Berücksichtigung seiner Berufstätigkeit – den Rückschluss auf ein vorsätzliches Handeln zulässt. L handelte somit hinsichtlich seiner Fahrunsicherheit wenigstens bedingt vorsätzlich. Fraglos handelte er hinsichtlich des Führens eines Fahrzeugs im Verkehr vorsätzlich.

Hinweis: Hier ließe sich durchaus mit den Angaben aus dem Sachverhalt arbeiten: L fühlte sich nämlich trotz seines Alkoholkonsums noch fahrsicher. Zudem könnte davon ausgegangen werden, dass er aufgrund seines längerfristigen Alkoholkonsums eine gewisse Toleranz entwickelt hat und er deswegen seinen Alkoholisierungsgrad wesentlich niedriger wahrnimmt als er mit 1,8 ‰ in Wirklichkeit ist, sodass Fahrlässigkeit durchaus vertretbar ist.

3. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit

L handelte rechtswidrig und Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Schuldunfähigkeit bestehen mangels entsprechend hoher BAK nicht.

4. Strafzumessungserwägungen

Eine Milderung gem. § 21 StGB aufgrund einer verminderten Schuldfähigkeit ist durch den selbstverursachten Alkoholausgang bereits ausgeschlossen.³¹

5. Ergebnis

L hat sich gem. § 316 Abs. 1 StGB durch die Fahrt mit seinem privaten PKW zur Spedition wegen einer vorsätzlichen Trunkenheitsfahrt strafbar gemacht.

Hinweis: A.A. vertretbar, sodann liegt eine Strafbarkeit gem. § 316 Abs. 2 StGB vor.

II. § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB

Durch das Touchieren des PKW des Y durch die Fahrt mit dem LKW könnte sich L wegen Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 3 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Führen eines Fahrzeugs im Straßenverkehr

Da auch der LKW fraglos ein Fahrzeug im Sinne der Vorschrift darstellt, führt der L auch hier ein Fahrzeug im Straßenverkehr.

³⁰ Nach Auffassung des OLG Celle, NZV 2014, 283, nehmen Berufskraftfahrer regelmäßig ihre Fahruntüchtigkeit in Kauf, wenn sie trotz Alkoholkonsums eine Fahrt antreten.

³¹ BGHSt 34, 29 = BGH NJW 1986, 2384 (2385); BGHSt 43, 66 = BGH NJW 1997, 2460 (2461); BGHSt 49, 239 = BGH NJW 2004, 3350 (3351 f.); Fischer (Fn. 1), § 21 Rn. 25 m.w.N.

b) Im Zustand der alkoholbedingten Fahruntüchtigkeit

L hatte zudem infolge seines Alkoholgenusses eine BAK von 1,8 ‰, sodass eine absolute Fahruntüchtigkeit vorlag und er somit nicht mehr in der Lage war, das Fahrzeug sicher zu führen.

c) Eintritt einer konkreten Gefahr

L könnte zudem den Eintritt einer konkreten Gefahr verursacht haben. Eine konkrete Gefahr verursacht, wer einen nicht von ihm beherrschbaren Zustand herbeiführt, der den Eintritt eines Schadens so wahrscheinlich macht, dass es nur noch vom Zufall abhängt, ob das geschützte Rechtsgut verletzt wird oder nicht.³²

aa) Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen

Anhaltspunkte, die für die Gefahr von Leib oder Leben eines anderen Menschen sprechen, sind nicht vorhanden. Insofern liegt eine darauf gerichtete konkrete Gefahr nicht vor.

bb) Gefahr für fremde Sachen von bedeutendem Wert

L könnte jedoch durch sein Verhalten eine konkrete Gefahr für fremde Sachen von bedeutendem Wert verursacht haben. Eine solche Gefahr liegt vor, wenn die Sache selbst eine solche von bedeutendem Wert darstellt und ihr auch ein bedeutender Schaden gedroht hat, wobei ein tatsächlich entstandener Schaden geringer sein kann als der maßgebliche Gefährdungsschaden.³³

Der Wert der Sache richtet sich nach dem Verkehrswert.³⁴ Dieser soll nach derzeitiger Rechtsprechung³⁵ bei wenigstens 750,00 Euro³⁶ liegen. Mangels konkreter Angaben im Sachverhalt, insbesondere über den Zustand des Fahrzeugs (Alt- oder Neuwagen, ggf. Unfallfahrzeug etc.), kann der Wert eines fahrtüchtigen und im Straßenverkehr noch zugelassenen PKWs aber jedenfalls als bedeutend (also bei mindestens 750,00 Euro) angesehen werden. Für den noch bestehenden nicht unerheblichen Wert des PKW spricht auch, dass der Y eine Reparatur als noch sinnvolle Investition angesehen hat. Dies wäre bei einem Auto von sehr geringem Wert bei lebensnaher Betrachtung nicht der Fall.

Die Höhe des Schadens ist sodann anhand der nach dem Marktwert zu messenden Wertminderung zu berechnen.³⁷ Auch hier wird die Wertgrenze von 750,00 Euro³⁸ heran-

³² Ständige Rspr.: BGH NJW 1985, 1036; BGH NStZ-RR 1997, 18; BGHSt 261 (262); BGH NStZ-RR 2012, 123 (124); BGH NStZ 2013, 167.

³³ BGH NStZ-RR 2008, 289; Zieschang (Fn. 4), § 315 Rn. 45; vgl. auch Pegel (Fn. 23), § 315c Rn. 94 m.w.N.

³⁴ BGH NStZ-RR 2008, 289.

³⁵ BGHSt 48, 119 = BGH NJW 2003, 836 (837); NStZ-RR 2008, 289; BGH NStZ 2011, 215 (215).

³⁶ Eine Gegenauffassung hingegen verlangt einen Wert von 1.300,00 Euro, vgl. etwa Hecker (Fn. 29), § 315c Rn. 31; inflationsbedingt aktuell jedenfalls 1.000,00 Euro: Pegel (Fn. 23), § 315c Rn. 96.

³⁷ Siehe Fn. 34.

³⁸ Siehe Fn. 35; Fn. 36.

gezogen. Erneut finden sich keine Angaben zu einer eingetretenen Wertminderung des PKW. Es ist jedoch davon auszugehen, dass der vollständige Austausch von Spiegel und Fahrertür auf einen derartigen tatsächlichen Schaden hindeuten, dass die Wertminderung entsprechend hoch ausfällt und der drohende Gefährdungsschaden daher jedenfalls nicht geringer ausfallen kann.

Hinweis: Andere Auffassung vertretbar. Sofern an dieser Stelle eine entsprechende Schadenshöhe abgelehnt wird: Strafbarkeit nach § 315c StGB (-), es verbleibt sodann durch die LKW-Fahrt bis zum Touchieren des PKW je nach Argumentation bei einer Strafbarkeit nach § 316 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB.

dd) Zwischenergebnis

Bei dem durch L touchierten PKW handelt es sich um eine Sache von bedeutendem Wert, der auch ein Schaden von bedeutendem Wert drohte. Mithin liegt eine konkrete Gefährdung von Sachen von bedeutendem Wert vor.

d) Kausalzusammenhang

Als tatbestandlich gelten nur solche Fälle, in denen die Gefährdung auf der alkoholbedingten Fahrt beruht. Da die Beschädigung des PKW von Y auf das Schlingern des LKW zurückzuführen ist und dieses ausweislich des Sachverhalts infolge des Alkoholkonsums zustande kam, liegt der erforderliche Kausalzusammenhang vor.

2. Subjektiver Tatbestand

Ein vorsätzliches Handeln ist dem L lediglich hinsichtlich des Führens eines Fahrzeugs sowie seiner Fahruntüchtigkeit vorwerfbar. Hingegen hatte er keine Vorstellung davon, dass er durch sein Handeln eine konkrete Gefahr für Sachen von bedeutendem Wert begründet und wollte dies auch nicht.

In Betracht kommt daher die Tatvariante nach § 315c Abs. 3 Nr. 1 (Vorsatz-Fahrlässigkeitskombination). Demzufolge müsste L hinsichtlich der konkreten Gefahr wenigstens Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden. Fahrlässigkeit ist gegeben, wenn der Täter einen Tatbestand verwirklicht, indem er objektiv gegen eine Sorgfaltspflicht verstößt, die gerade dem Schutz des beeinträchtigten Rechtsguts dient, und wenn dieser Pflichtverstoß unmittelbar oder mittelbar eine Rechtsverletzung oder Gefährdung zur Folge hat, die der Täter nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten vorhersehen und vermeiden konnte.³⁹ L fuhr trotz seiner Alkoholisierung mit dem beladenen LKW los, kam infolge dessen ins Schlingern und touchierte den am Straßenrand parkenden PKW des Y derart, dass Seitenspiegel und Fahrertür ausgetauscht werden mussten. Die unter Alkoholeinfluss angetretene Fahrt des L stellt dabei eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung dar, bei der die konkrete Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer oder Fahrzeuge auch objektiv vorherseh-

bar war. Das alkoholbedingte Schlingern und infolge dessen das Touchieren des parkenden PKW des Y führten auch unmittelbar zum eingetretenen Schaden, sodass auch der Pflichtwidrigkeitszusammenhang gegeben ist. Schutzzwecke des § 315c StGB sind neben der Straßenverkehrssicherheit gleichermaßen Individualrechtsgüter.⁴⁰ L handelte daher hinsichtlich der konkreten Gefährdung wenigstens fahrlässig.

3. Rechtswidrigkeit

L handelte rechtswidrig.

4. Schuldhaftigkeit

L handelte zudem schuldhaft. Insbesondere war für ihn die konkrete Gefährdung des parkenden PKW des Y auch subjektiv vorhersehbar.

5. Strafzumessungserwägungen

Milderungsmöglichkeiten, insbesondere § 21 StGB, kommen nicht in Betracht.

6. Ergebnis

L hat sich gem. § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB durch das Touchieren des fremden PKW strafbar gemacht.

III. § 316 Abs. 1 StGB

Eine verwirklichte Strafbarkeit des L gem. § 316 Abs. 1 StGB durch die zu dem Unfall führende Trunkenheitsfahrt mit dem LKW tritt wegen der formellen Subsidiarität (§ 316 Abs. 1 a.E. StGB) infolge der gleichzeitig verwirklichten Strafbarkeit gem. § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB hinter diese zurück.

IV. § 303 Abs. 1 StGB

Eine Strafbarkeit gem. § 303 Abs. 1 StGB durch die Beschädigung des PKW scheidet mangels Vorsatz des L aus.

3. Tatkomplex: Die Weiterfahrt

I. § 316 Abs. 1 StGB

Da L weiterhin 1,8 ‰ aufweist und sich somit im Zustand der Fahruntüchtigkeit befindet, er jedoch durch den Unfall nunmehr sicher weiß, dass er nicht mehr fahrtüchtig ist, liegt eine vorsätzliche Trunkenheitsfahrt gem. § 316 Abs. 1 StGB durch die Weiterfahrt nach dem Unfall vor.

II. § 142 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich L wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort gem. § 142 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben.

³⁹ BGHSt 49, 1 = BGH NJW 2004, 237 (238); BGHSt 49, 166 = BGH NJW 2004, 2358 (2360); BGHSt 53, 55 = BGH NJW 2009, 1155 Rn. 14.

⁴⁰ Fischer (Fn. 1), § 315c Rn. 2; Hecker (Fn. 29), § 315c Rn. 2.

1. Objektiver Tatbestand

a) Unfall/Unfallbeteiligter

Das Touchieren des PKW stellt einen Unfall im Straßenverkehr dar und L ist als Fahrer des LKWs auch Unfallbeteiligter im Sinne des § 142 Abs. 5 StGB.

b) Tathandlung

aa) Unerlaubtes Entfernen gem. § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB⁴¹

Ein unerlaubtes Entfernen setzt jedenfalls die Anwesenheit einer feststellungsbereiten Person voraus. Darauf kann mangels Angaben im Sachverhalt nicht ohne Weiteres geschlossen werden.

bb) Unerlaubtes Entfernen gem. § 142 Abs. 1 Nr. 2 StGB

L hat mangels Anwesenheit feststellungsbereiter Personen jedenfalls keine nach den Umständen angemessene Zeit gewartet, da er seine Fahrt nach dem Unfall fortgesetzt hat. Eine Wartezeit wäre dem L auch zumutbar gewesen, da es keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einschlägiger Unzumutbarkeitskriterien⁴² gibt.

2. Subjektiver Tatbestand

L hat den Unfall bemerkt und seine Fahrt in Kenntnis seiner entsprechenden Beteiligung bewusst fortgesetzt. L handelte dementsprechend auch mit dem erforderlichen Vorsatz.

3. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit

Er handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

L hat sich durch die Weiterfahrt nach dem Touchieren des PKW wegen einer Unfallflucht gem. § 142 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

III. § 113 Abs. 1 StGB

L könnte sich durch die Weiterfahrt nach der Aufforderung zum Halt durch die Polizei wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte gem. § 113 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Amtsträger

Die in dem Polizeiauto befindlichen Personen sind als Polizeibeamte Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB.

b) Vornahme einer Vollstreckungshandlung

Es müsste sich um eine konkrete Vollstreckungshandlung gehandelt haben. Eine Vollstreckungshandlung ist dabei eine gezielte hoheitliche Maßnahme zur Regelung eines konkreten

⁴¹ Die Tatvariante ist aus zeitlichen Gründen nicht notwendigerweise durch die Bearbeiter anzusprechen. Es ist auch möglich die Prüfung auf Abs. 1 Nr. 2 zu beschränken.

⁴² Vgl. nur Fischer (Fn. 1), § 142 Rn. 36 m.w.N.

Einzelfalls.⁴³ Bei dem Haltegebot der Polizisten handelt es sich um eine konkrete Vollstreckungshandlung gerichtet auf das Anhalten des durch L geführten LKW.

c) Widerstand leisten

Das Leisten von Widerstand zeichnet sich durch aktives, gegen den Vollstreckungsbeamten gerichtetes Verhalten aus, das nach der Vorstellung des Täters die Vollstreckungshandlung erschweren oder verhindern soll.⁴⁴ In der Weiterfahrt des L liegt jedenfalls eine solche Erschwerung der Diensthandlung.

d) Mit Gewalt oder Drohung mit Gewalt

Unabhängig von der Auslegung des Gewaltbegriffs wird nach ständiger Rechtsprechung die bloße Flucht einer Person vor der Polizei nicht als tatbestandlich angesehen.⁴⁵

2. Ergebnis

Eine Strafbarkeit des L durch das Nichtbefolgen der Halteaufforderung durch die Polizisten gem. § 113 Abs. 1 StGB ist nicht gegeben.

IV. § 114 Abs. 1 StGB

L könnte sich jedoch durch dieselbe Handlung wegen eines tätlichen Angriffs auf Vollstreckungsbeamte gem. § 114 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Die erforderliche Tätlichkeit ist eine unmittelbar auf den Körper zielende feindselige Einwirkung von einigem Gewicht, die damit gleichwohl körperverletzungsgeeignet ist.⁴⁶ Durch die reine Flucht des L ist eine solche Einwirkung jedenfalls nicht gegeben. Eine Strafbarkeit gem. § 114 Abs. 1 StGB scheidet daher aus.

V. § 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 i.V.m. § 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b StGB

Durch das Zufahren auf den Polizisten B könnte sich L wegen eines gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. § 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 i.V.m. § 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Verkehrsfremder Eingriff

L müsste dabei im Sinne des Abs. 1 Nr. 3 zunächst einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr vorgenommen haben. Gemeint sind wie in Abs. 1 Nrn. 1 und 2 grundsätzlich nur verkehrsfremde Außeneingriffe, also Handlungsweisen, die nicht Teil von Verkehrsvorgängen sind,

⁴³ Vgl. Fischer (Fn. 1), § 113 Rn. 7; M. Heinrich (Fn. 2), § 113 StGB Rn. 7; Dietmeier, in: Matt/Renzikowski (Fn. 13), § 113 Rn. 5.

⁴⁴ BGH NStZ 2013, 336 (336); 2015, 388.

⁴⁵ BGH NStZ 2013, 336 (337); 2015, 388.

⁴⁶ Dallmeyer, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 6), § 114 Rn. 5; Puschke/Rienhoff, JZ 2017, 924 (930); vgl. auch Busch/Singelnstein, NStZ 2018, 510 (513).

sondern von außen auf diese einwirken. Das Zufahren des L mit seinem LKW auf den B stellt demgegenüber jedoch einen Verkehrsvorgang aus dem fließenden Verkehr heraus dar, für welchen § 315c StGB grundsätzlich abschließend geregelt ist. Ausnahmsweise ist der Anwendungsbereich des § 315b StGB allerdings auch dann eröffnet, wenn es sich um verkehrsfremde Inneneingriffe handelt. Ein solcher verkehrsfremder Inneingriff liegt vor, wenn ein Fahrzeugführer das von ihm gesteuerte Kraftfahrzeug in verkehrseindlicher Einstellung bewusst zweckwidrig einsetzt, er mithin in der Absicht handelt, den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr zu pervertieren, und es ihm darauf ankommt, durch diesen in die Sicherheit des Straßenverkehrs einzugreifen.⁴⁷

Nachdem L die Straßensperre des B und die von diesem erhobene STOP-Kelle erblickte, kam er der Aufforderung zum Halt nicht nach, sondern steuerte den herannahenden LKW mit hoher Geschwindigkeit direkt auf den B zu, der auf Grund der Straßensperre auf der nur noch ca. 1,5 m breiten rechten Seite der Straße stand. L setzte den LKW dabei bewusst als Rammbock und damit zweckwidrig als Waffe ein, um die Straßensperre des B zu durchbrechen, was eine verkehrseindliche Einstellung darstellt. L pervertierte somit den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr.

b) Gefährdung

Das Zufahren auf den B, der infolge des Sprungs auf die Seite derart hart auf den Boden stürzte, dass er für eine Woche dienstunfähig ist, stellt auch eine konkrete Gefährdung von dessen Leib und Leben dar.

c) Kausalzusammenhang

Die konkrete Gefährdung des B geschah auch durch den Einsatz des LKW als Rammbock und somit als Folge der Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Grundtatbestand

L müsste zudem mit Vorsatz hinsichtlich der Tathandlung und der damit bewirkten abstrakten Verkehrsgefährdung und mit Gefährdungsvorsatz hinsichtlich der konkreten Rechtsgutgefährdung des B gehandelt haben. Darüber hinaus setzen die Anforderungen an die „Pervertierungsabsicht“ einen (mind. bedingten) Schädigungsvorsatz voraus, wenn etwa das Fahrzeug als Waffe oder Schadenswerkzeug missbraucht wird.⁴⁸

L fährt mit hoher Geschwindigkeit auf die Straßensperre und den B zu, um weiter vor der Polizei flüchten zu können. Er setzte seinen LKW bewusst als Rammbock ein, damit B zur Seite springt und er passieren kann. Dabei nahm er sogar den Tod des Polizisten B billigend in Kauf. L handelte somit

sowohl vorsätzlich hinsichtlich der Verkehrsgefährdung als auch der konkreten Gefährdung des B. Neben dem primären Ziel der Flucht hat der L zumindest auch bedingt die Schädigung des B in Kauf genommen.

b) Qualifikation der Verdeckungsabsicht, § 315b Abs. 3 StGB i.V.m. § 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b StGB

L könnte zudem in der Absicht gehandelt haben, eine andere Straftat zu verdecken. Die Handlung muss dabei das Mittel zur Verdeckung der Tat sein, sie darf nicht die Tat selbst sein.⁴⁹ L fürchtete wegen seines Alkoholkonsums um seinen Führerschein und beschloss aus diesem Grund, die Flucht vor der Polizei anzutreten und der Aufforderung zum Halt nicht nachzukommen. Er handelte somit in der Absicht, seine vorher begangenen Trunkenheitsdelikte zu verdecken.

3. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit

L handelte weder rechtmäßig noch entschuldigt.

4. Ergebnis

L hat sich durch das Zufahren auf den Polizisten B wegen eines gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr in Verdeckungsabsicht gem. § 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 StGB i.V.m. § 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b StGB strafbar gemacht.

VI. § 113 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich L wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte in einem besonders schweren Fall gem. § 113 Abs. 1, Abs. 2 Nrn. 1 und 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Amtsträger

Bei dem Polizisten B handelt es sich um einen Amtsträger gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB.

b) Vornahme einer Vollstreckungshandlung

Bei dem Haltegebot des B durch die aufgebaute Straßensperre und die erhobene STOP-Kelle handelt es sich um eine konkrete Vollstreckungshandlung gerichtet auf das Anhalten des durch L geführten LKW.

c) Leisten von Widerstand

Durch das Zufahren auf den B ist dieser gezwungen gewesen zur Seite zu springen, sodass er die Vollstreckungshandlung nicht durchführen konnte und L somit Widerstand leistete.

d) Mittels Gewalt

L müsste ferner mittels Gewalt Widerstand geleistet haben. Gewalt ist im Sinne des § 113 StGB ein Einsatz materieller Zwangsmittel, vor allem körperlicher Kraft durch tätiges Handeln gegen die Person des Vollstreckenden, die geeignet

⁴⁷ BGHSt 41, 231 = BGH NJW 1996, 203 (203, 205); BGHSt 48, 233 = BGH NJW 2003, 1613 (1614); BGH NStZ 1995, 31; BGH NZV 1990, 35; BGHSt 77 (77); BGH NStZ 2001, 134 (135); BGH NVZ 2012, 249.

⁴⁸ BGHSt 48, 233 = BGH NJW 2003, 1613 (1614); a.A. Hecker (Fn. 29), § 315b Rn. 10.

⁴⁹ Vgl. zur Ermöglichungsabsicht BGH NZV 1995, 285; vgl. auch Pegel (Fn. 23), § 315 Rn. 94; König (Fn. 23), § 315 Rn. 116.

ist, die Vollendung der Diensthandlung zumindest zu erschweren.⁵⁰ L setzte das Gewicht und die motorische Kraft des fahrenden LKW ein und veranlasste dadurch den B, zur Seite zu springen und von der Fortsetzung der bereits eingeleiteten Amtshandlung abzusehen. Das schnelle Zufahren auf den Vollstreckenden B stellt somit eine Widerstandsleistung gegen eine Vollstreckungshandlung eines Amtsträgers mittels Gewalt dar.⁵¹

2. Subjektiv Tatbestand

Dass der B von seiner bereits begonnenen Vollstreckungshandlung absehen und auf Grund seiner Fahrweise dem L ausweichen würde, war von L gewollt, da er sogar ein nicht rechtzeitiges Ausweichen des B in Kauf nahm. L handelte somit vorsätzlich.

3. Objektive Bedingung der Strafbarkeit, § 113 Abs. 3 StGB

Durch die Norm wird lediglich rechtmäßig betätigte Vollstreckungsgewalt geschützt.⁵² Die Rechtmäßigkeit bestimmt sich nach herrschender Auffassung anhand des formell-strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs. Hiernach kommt es ohne Rücksicht auf das jeweilige sachliche Recht ausschließlich darauf an, dass die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Beamten zum Eingreifen gegeben ist, die wesentlichen Förmlichkeiten eingehalten werden und das Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt wurde.⁵³ Gem. § 36 Abs. 5 StVO sind Polizeibeamte befugt, Verkehrsteilnehmer zum Zwecke einer allgemeinen Verkehrskontrolle oder aber auch zur Kontrolle der Verkehrstüchtigkeit anzuhalten. Anhaltspunkte, die gegen die Rechtmäßigkeit der Aufforderung zum Anhalten durch den B sprechen, sind nicht ersichtlich. B war sachlich und örtlich zur Ausübung berechtigt. Zweifel an der Einhaltung der wesentlichen Förmlichkeiten sowie einer ordnungsgemäßen Ermessensausübung bestehen nicht. Die Vollstreckungshandlung war mithin rechtmäßig. L hat somit gegen eine rechtmäßige, nämlich auf Verhinderung und Verfolgung der von L begangenen Verkehrsdelikte gerichteten Vollstreckungshandlung eines Amtsträgers Widerstand geleistet, § 113 Abs. 3 StGB.

4. Rechtswidrigkeit/Schuldhaftigkeit

Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

5. Regelbeispiele § 113 Abs. 2 Nrn. 1 und 2

Überdies könnte ein besonders schwerer Fall im Sinne des § 113 Abs. 2 StGB vorliegen.

a) Waffe

⁵⁰ BGHSt 18, 133 = BGH NJW 1963, 769 (770); BGH NStZ 2013, 336 (336).

⁵¹ OLG Düsseldorf NJW 1982, 1111 (1112); vgl. bereits BGH NJW 1953, 672 (672 f.).

⁵² Fischer (Fn. 1), § 113 Rn. 9 f.

⁵³ BGHSt 4, 161 (164) = BGH NJW 1953, 1032 (1033); vgl. ausführlich zu den Merkmalen *Bosch*, in: Joecks/Miebach (Fn. 6), § 113 Rn. 32.

Nach Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB müsste L eine Waffe bei sich geführt haben. Damit ist die nach § 113 Abs. 2 Nr. 1 StGB a.F. erforderliche Verwendung der Waffe nicht mehr erforderlich. Problematisch war diesbezüglich, wann der Täter eine Waffe verwendet. Nach früherer Ansicht der Rechtsprechung⁵⁴ verwendete der Täter bereits dann eine Waffe „bei der Tat“, d.h. bei dem Widerstand, wenn er sie zur Drohung mit Gewalt einsetzt. Es genügte daher, dass das Fahrzeug geeignet war, eine schwere Körperverletzung herbeizuführen, und dass der Täter es bewusst zur Bedrohung des Amtsträgers mit körperlicher Gewalt und somit als „Waffe“ (im untechnischen Sinn) einsetzt.

Nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁵⁵ aus dem Jahr 2008 wird der Waffenbegriff nun deutlich enger ausgelegt. Danach sind Gegenstände nur dann Waffen, wenn ihre primäre Zweckbestimmung darin liegt, im Wege des Angriffs oder der Verteidigung zur Bekämpfung anderer eingesetzt zu werden, oder wenn eine solche Verwendung zumindest typisch ist. Ein Kfz kann unter Anlegung dieses Maßstabs daher nicht mehr als Waffe angesehen werden, sodass die 1. Alternative der Nr. 1 nicht einschlägig ist.

b) Gefährliches Werkzeug

Da jedoch das bloße Beisichführen ausreicht, ist fraglich, ob der LKW als gefährliches Werkzeug im Sinne der Nr. 1 Alt. 2 zu behandeln ist.⁵⁶ Gefährlich ist ein Werkzeug, das nach objektiver Beschaffenheit geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.⁵⁷ Der LKW ist unzweifelhaft geeignet, erhebliche Verletzungen herbeizuführen und kommt daher nach der Gleichstellung mit dem Beisichführen von Waffen als Kfz – nicht anders als in den Fällen der § 244 Abs. 1 Nr. 1, § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 2 Nr. 1 StGB – grundsätzlich als anderes gefährliches Werkzeug in Betracht.⁵⁸ Unabhängig von einem zusätzlich restriktiv zu fordernden Verwendungsvorbehalt⁵⁹, erschließt sich jedenfalls durch die konkrete Verwendung des LKW durch L als Rammbock, dass der LKW als gefährliches Werkzeug im Sinne der 2. Alternative des Abs. 2 Nr. 1 anzusehen ist.

⁵⁴ BGHSt 26, 176 = BGH NJW 1975, 1934 (1935).

⁵⁵ BVerfG NJW 2008, 3627 Rn. 15 ff.: Dort wird die Waffeneigenschaft im Sinne des § 113 Abs. 2 Nr. 1 StGB explizit abgelehnt.

⁵⁶ Nachdem das BVerfG ein Kfz als Waffe für eine verfassungswidrige Analogie zulasten des Täters erklärte, stellte der Gesetzgeber daraufhin das Beisichführen eines anderen gefährlichen Werkzeugs, dem einer Waffe gleich.

⁵⁷ Vgl. nur *Kühl* (Fn. 6), § 244 Rn. 3.

⁵⁸ BGH NZV 2016, 345 (346); *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 113 Rn. 63; kritisch, aber hinsichtlich des Zufahrens auf einen Polizeibeamten bejahend: *Bosch* (Fn. 53), § 113 Rn. 72.

⁵⁹ So *Heger*, in: Lackner/Kühl (Fn. 6), § 113 Rn. 24; vgl. auch bereits *Singelnstein/Puschke*, NJW 2011, 3473 (3473 f.).

c) Gefahr des Todes

L könnte den B zudem gem. § 113 Abs. 2 Nr. 2 StGB durch eine Gewalttätigkeit in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung gebracht haben.⁶⁰ Maßstab für die Gewalttätigkeit ist § 125 StGB, daher sind nur unmittelbar gegen die Person gerichtete physische Aggressionen erfasst.⁶¹ Darunter fällt auch die konkret leibesgefährdende Benutzung eines Kraftfahrzeugs als Nötigungsmittel.⁶² L wies durch den bedingten Tötungsvorsatz auch den erforderlichen Gefährdungsvorsatz (als Quasivorsatz) auf.

6. Ergebnis

L hat sich durch das Zufahren auf den B wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte in einem besonders schweren Fall nach § 113 Abs. 1, Abs. 2 Nrn. 1 Alt. 2 und 2 StGB strafbar gemacht.

VII. § 114 Abs. 1, Abs. 2 StGB i.V.m. § 113 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 und Nr. 2 StGB

L könnte sich durch dieselbe Handlung wegen eines tätlichen Angriffs auf Vollstreckungsbeamte gem. § 114 Abs. 1, Abs. 2 StGB i.V.m. § 113 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 und Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben.

*1. Objektiver Tatbestand**a) Diensthandlung eines Amtsträgers*

B ist als Polizist Amtsträger gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB. Eine Diensthandlung liegt unproblematisch vor, da der Anwendungsbereich an dieser Stelle weiter als bei § 113 StGB ist.⁶³

b) Tätlicher Angriff

L müsste B ferner tätlich angegriffen haben. Ein tätlicher Angriff ist dabei jede unmittelbar auf den Körper zielende feindselige Einwirkung von einigem Gewicht, die damit gleichwohl körperverletzungsg geeignet ist.⁶⁴ Das Zufahren auf den B ist eine unmittelbare, in feindlicher Zielsetzung erfolgte Einwirkung, die auch körperverletzungsg geeignet ist. Ein tätlicher Angriff liegt mithin vor.

2. Subjektiver Tatbestand

L wollte der Aufforderung zum Halten durch die Straßensperre und die erhobene STOP-Kelle nicht nachkommen, sondern fuhr mit dem LKW in hohem Tempo zielgerichtet auf den B zu, um diesen dadurch zum Ausweichen zu bringen. L handelte daher vorsätzlich.

3. Objektive Strafbarkeitsbedingung, § 114 Abs. 3 StGB i.V.m. § 113 Abs. 3 StGB

Die Diensthandlung müsste zudem gem. § 114 Abs. 3 StGB i.V.m. § 113 Abs. 3 StGB rechtmäßig gewesen sein, da die Aufforderung zum Anhalten zeitgleich eine Vollstreckungshandlung darstellt.⁶⁵ Die durch B nach § 36 Abs. 5 StVO vorgenommene Vollstreckungshandlung war rechtmäßig.

4. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit

Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

5. Regelbeispiele § 114 Abs. 2 StGB i.V.m. § 113 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 und Nr. 2 StGB

L führte den LKW als gefährliches Werkzeug bei der Tat bei sich und brachte den B durch eine Gewalttätigkeit in die Gefahr des Todes.

6. Ergebnis

L hat sich durch das Zufahren auf den B wegen eines tätlichen Angriffs auf Vollstreckungsbeamte gem. § 114 Abs. 1, Abs. 2 StGB i.V.m. § 113 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2, Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

D. (Gesamt-)Konkurrenzen

Die Trunkenheitsfahrt gem. § 316 StGB mit dem PKW steht in Tatmehrheit (§ 53 StGB) zu der Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB durch das Touchieren des dem Y gehörenden parkenden PKW. Die gleichzeitig verwirklichte Dauerstraftat des § 316 StGB⁶⁶ tritt aus Gründen der formellen Subsidiarität hinter § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB zurück. Der Unfall stellt eine Zäsurwirkung des Dauerdelikts (§ 316 StGB) dar, durch die die nachfolgenden jeweils Tateinheitlich begangenen strafbaren Handlungen des L (§§ 316 Abs. 1, 142 Abs. 1 Nr. 2, 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 i.V.m. 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b, 113 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 und Nr. 2, 52 StGB)⁶⁷ wiederum tatmehrheitlich dazu stehen.

Problematisch ist das Verhältnis von §§ 113, 114 StGB zueinander. Umstritten war, ob es sich bei § 114 StGB um eine Qualifikation⁶⁸ oder aber einen eigenständigen Straftatbestand handelt. In der Literatur scheint mittlerweile geklärt, dass es bei § 114 StGB um einen eigenständigen Straftatbestand handelt, sodass das Verhältnis zu § 113 StGB wegen

⁶⁰ *Bosch* (Fn. 53), § 113 Rn. 76.

⁶¹ BGHSt 23, 52 = BGH NJW 1969, 1770 (1772); BVerfGE 37, 305 = BVerfG NJW 1974, 1859 (1859).

⁶² Vgl. BGHSt 26, 176 (180).

⁶³ Vgl. *Wolters* (Fn. 6), § 114 Rn. 4; *Fischer* (Fn. 1), § 114 Rn. 4; *Heger* (Fn. 59), § 114 Rn. 1; *Eser* (Fn. 58), § 114 Rn. 5.

⁶⁴ *Dallmeyer* (Fn. 46), § 114 Rn. 5; *Puschke/Rienhoff*, JZ 2017, 924 (930).

⁶⁵ Im Umkehrschluss erfasst § 114 Abs. 1 StGB tatbestandlich also auch unrechtmäßige Diensthandlungen, sofern sie nicht zeitgleich eine Vollstreckungshandlung darstellen, vgl. dazu *Eser* (Fn. 58), § 114 Rn. 6.

⁶⁶ *Hecker* (Fn. 29), § 316 Rn. 30.

⁶⁷ Durch die Weigerung des L der polizeilichen Weisung zum Anhalten nachzukommen entsteht keine weitere Zäsurwirkung, vgl. BGH NJW 1983, 1744 (1744); a.A.: *Hecker* (Fn. 29), § 316 Rn. 30.

⁶⁸ So noch *Dallmeyer* (Fn. 46), § 114 Rn. 7. Diese Auffassung wird mittlerweile nicht mehr vertreten.

bestehender Gesetzeinheit auf Konkurrenzebene gelöst werden muss (genaue Behandlung str.):⁶⁹

a) Konsumtion des § 113 StGB durch § 114 StGB

Nach einer vertretenen Ansicht seien die Normen der §§ 113, 114 StGB zwei inhaltlich nahe beieinanderliegende Vorschriften, die jedoch sowohl von der zugrundeliegenden gesetzgeberischen Intention her als auch hinsichtlich der von ihnen geschützten Rechtsgüter unterschiedliche Zielrichtungen aufweisen – Absicherung staatlicher Vollstreckungsmaßnahmen einerseits, Ahndung des erhöhten Unrechtsgehalts von Angriffen auf Repräsentanten staatlicher Gewalt andererseits. Die Problematik einer parallelen Anwendbarkeit der neugefassten Normen sei schließlich im Wege der Konsumtion des § 113 StGB durch § 114 StGB im Falle eines tätlichen Angriffes während eines Widerstandes gegen eine Vollstreckungshandlung zu lösen.⁷⁰

b) Idealkonkurrenz

Nach der h.M. liege Tateinheit vor, wenn sich der tätliche Angriff gegen eine Vollstreckungshandlung richtet und zugleich eine der Tatmodalitäten des § 113 Abs. 1 StGB verwirklicht ist. Mit dem neuen § 114 StGB habe der Gesetzgeber einen Tatbestand sui generis für den Individualschutz der körperlichen Unversehrtheit von Vollstreckungsbeamten und ihnen gleichgestellten Personen geschaffen. Die Norm weist mithin eine andere Schutzrichtung auf als die sonstigen Tatbestände der §§ 113 ff. StGB, sodass es sich um einen eigenständigen Tatbestand handle, der bei gleichzeitiger Erfüllung mit § 113 StGB in Tateinheit stehe.⁷¹

c) Stellungnahme

Vorzugswürdig erscheint die Annahme von einer gem. § 52 StGB tateinheitlichen Behandlung der gleichzeitig verwirklichten §§ 113 und 114 StGB. Denn anders als bisher bringt eine Verurteilung „nur“ wegen Widerstandleistens nicht zum Ausdruck, dass ein tätlicher Angriff vorliegt, während ein Schuldspruch allein wegen des mit schwerer Strafe bedrohten § 114 StGB nicht erkennen ließe, dass der Täter sich auch der Durchsetzung des Staatswillens mit Gewalt widersetzt hat.⁷² So wird dem unterschiedlichen Rechtsgutsgewicht des einer-

seits primär staatlichen Interessen dienenden § 113 StGB und dem andererseits primär auf Individualschutz ausgerichteten § 114 StGB genügend Rechnung getragen.⁷³

Demnach steht auch die strafbare Handlung nach § 114 Abs. 1, Abs. 2 StGB i.V.m. § 113 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2, Nr. 2 StGB tateinheitlich (§ 52 StGB) zu den übrigen im 3. Tatkomplex verwirklichten Delikten.

⁶⁹ Eine Subsidiarität von § 114 StGB bzw. die Einordnung von § 113 StGB als *lex specialis* wird zwar nicht vertreten, vgl. näher zu dem Gedankengang aber *König/Müller*, ZIS 2018, 96 (98 f.).

⁷⁰ *König/Müller*, ZIS 2018, 96 (99); *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 42. Aufl. 2018, Rn. 722 a.E.; einschränkend: *Fahl*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 13), § 114 Rn. 9, der Konsumtion befürwortet, wenn die Annahme von Tateinheit vermieden werden soll.

⁷¹ *Busch/Singelstein*, NStZ 2018, 510 (513); *Fahl*, ZStW 130 (2018), 745 (753 f.); *Puschke/Rienhoff*, JZ 2017, 924 (932); *Kulhanek*, JR 2018, 551 (558); *Dallmeyer* (Fn. 46), § 114 Rn. 7; *Heger* (Fn. 59), § 114 Rn. 5; *Eser* (Fn. 58), § 114 Rn. 12.

⁷² So auch *Heger* (Fn. 59), § 114 Rn. 5.

⁷³ *Eser* (Fn. 58), § 114 Rn. 12.

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Anforderungen an die Form von Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Handel – Behauptung der Formwirksamkeit aufgrund eines internationalen Handelsbrauchs.

Der Behauptung einer Partei, eine bestimmte Form der Gerichtsstandsvereinbarung entspreche unter Kaufleuten in dem betreffenden Geschäftszweig des internationalen Handelsverkehrs einem Handelsbrauch im Sinne des Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. c Brüssel Ia-VO, ist im Rahmen der von Amts wegen durchzuführenden Prüfung der internationalen Zuständigkeit grundsätzlich nachzugehen. Das Gericht ist dabei von Beweisanträgen unabhängig und kann im Wege des Freibeweises vorgehen. An die Annahme, die Beweiserhebung sei entbehrlich, weil die Behauptung willkürlich „ins Blaue hinein“ erfolgt sei, sind strenge Anforderungen zu stellen. (Amtlicher Leitsatz)

Brüssel Ia-VO Art. 25 Abs. 1 S. 3, Art. 7 Nr. 1 lit. b

BGH, Urt. v. 26.4.2018 – VII ZR 139/17 (OLG Nürnberg, LG Nürnberg-Fürth)¹

I. Einleitung

Wenn es im grenzüberschreitenden Handel zu Streitigkeiten kommt und gar ein Prozess droht, ist für die Parteien von zentraler Bedeutung, in welchem Staat sich das für die Streit Sache international zuständige Gericht befindet. Im Bereich der EU regelt dies die Brüssel Ia-VO. Da die Brüssel Ia-VO aber auch konkurrierende Gerichtszuständigkeiten in verschiedenen Mitgliedstaaten vorsieht und den Klageort dann der Wahl des Klägers überlässt, ist der Gerichtsort im Vorhinein nicht immer eindeutig zu bestimmen. Um solchen Unsicherheiten auszuweichen, können die Parteien grundsätzlich selbst einen ausschließlichen Gerichtsstand für künftige Streitigkeiten vereinbaren. In diesem Zusammenhang spielen Überlegungen zur Verfahrenssprache, zur üblichen Prozessdauer, zu Kosten und deren Erstattungsfähigkeit sowie zu Vollstreckungsmöglichkeiten eine Rolle.² Gerade in grenzüberschreitenden Verträgen zwischen Unternehmen gehören Gerichtsstandsvereinbarungen zu einem vorausdenkenden Risikomanagement.³ Eine Gerichtsstandsvereinbarung muss zu ihrer Wirksamkeit aber zwingend eine der in Art. 25 Abs. 1 S. 3

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2019, 76 ff. und online abrufbar unter

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=VII%20ZR%20139/17&nr=83900> (28.9.2015).

² Vgl. Geimer, in: Geimer/Schütze, Kommentar zum Europäischen Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl. 2010, Art. 23 EuGVVO Rn. 4, 7.

³ Mankowski, in: Rauscher, Kommentar zum Europäischen Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 4. Aufl. 2016, Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 1 m.w.N.

Brüssel Ia-VO vorgegebenen strengen Formalalternativen einhalten. Andernfalls droht bereits in einem frühen Stadium des Prozesses die Klageabweisung wegen Unzulässigkeit.

II. Sachverhalt

Die Klägerin mit Sitz in Deutschland verlangt von der Beklagten mit Sitz in Österreich die Zahlung einer restlichen Vergütung i.H.v. 154.940 € aus einem Vertrag über die Verlagerung einer gebrauchten Schäumenanlage von S in Deutschland zum Sitz der Beklagten in R. in Tirol.

Die Beklagte hatte die Maschinenanlage in Deutschland erworben. Die Rechtsvorgängerin der Klägerin (im Folgenden: Klägerin) hatte die Anlage in S. in Deutschland abgebaut, nach Österreich transportiert und dort am Sitz der Beklagten in R. wieder aufgebaut. Die Leistungen der Klägerin beruhten auf ihrem Angebot vom 16.7.2014, das sie der Beklagten per E-Mail übersandte und das die Beklagte mündlich angenommen hatte.

Das Angebot enthielt u.a. folgende Regelungen:

„X. Montageeekdaten:
Montagebeginn: nach Absprache
Erfüllungsort/Land: S., R. / Deutschland, Österreich

XI. Sonstige Vereinbarungen:

[...]

Auf das Rechtsverhältnis zwischen P. [Anm.: Klägerin] und dem Auftraggeber oder zwischen P. und Dritten findet ausschließlich das Recht der Bundesrepublik Deutschland Anwendung, sowie es zwischen deutschen Kaufleuten gilt.

Die Anwendung der Vorschrift über den internationalen Warenkauf CISG-Wiener UN-Kaufrecht und des Deutschen Internationalen Privatrechts werden ausdrücklich ausgeschlossen.

Als Gerichtsstand ist Nürnberg vereinbart.“

Dem Angebot waren die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin beigelegt, die unter anderem die folgenden Bestimmungen enthielten:

„X. Gerichtsstand, Recht, Salvatorische Klausel

1. Ist der Besteller Vollkaufmann, ist bei allen aus dem Vertragsverhältnis mittelbar oder unmittelbar sich ergebenden Streitigkeiten Nürnberg alleiniger Gerichtsstand.

2. Für die vertraglichen Beziehungen gilt das Recht der Bundesrepublik Deutschland.

3. [...]"

Im Oktober 2015 reichte die Klägerin Zahlungsklage beim LG Nürnberg-Fürth ein, woraufhin die Beklagte die internationale Zuständigkeit des angerufenen Gerichts rügte. Die Klägerin war der Ansicht, die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ergebe sich aus einer wirksamen Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien. Hilfsweise berief sie sich auf den Gerichtsstand des Erfüllungsortes und beantragte die Verweisung an das ihrer Meinung nach dann zuständige LG Hanau.

Während das LG Nürnberg-Fürth seine örtliche und internationale Zuständigkeit mit Zwischenurteil gem. § 280 ZPO bejaht hatte, hob das OLG Nürnberg auf die Berufung der Beklagten hin das Urteil des Landgerichts auf und wies die Klage als unzulässig ab. Daraufhin legte die Klägerin Revision beim BGH ein.

III. Die Entscheidung des BGH

Der BGH hat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das OLG zurückverwiesen. In seiner Begründung stellt der BGH zunächst fest, dass er als Revisionsgericht die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ungeachtet des Wortlauts des § 545 Abs. 2 ZPO von Amts wegen zu prüfen habe⁴ und dass sich diese im vorliegenden Rechtsstreit nach der Brüssel Ia-VO richte, da deren sachlicher, räumlicher und zeitlicher Anwendungsbereich eröffnet sei.⁵

1. Gerichtsstandsvereinbarung gem. Art. 25 Brüssel Ia-VO

Anschließend widmet sich der BGH ausführlich der zentralen Frage des Falles, ob die Parteien eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen haben, die eine der in Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. a–c Brüssel Ia-VO genannten Formalternativen erfüllt und damit die internationale Zuständigkeit des angerufenen Gerichts in Nürnberg-Fürth begründet.

a) Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. a Brüssel Ia-VO

Gem. Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. a Brüssel Ia-VO muss eine Gerichtsstandsvereinbarung schriftlich oder mündlich mit schriftlicher Bestätigung geschlossen werden. Dabei sind gem. Art. 25 Abs. 2 Brüssel Ia-VO elektronische Übermittlungen, die eine dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung ermöglichen, der Schriftform gleichgestellt.

Im vorliegenden Fall hatte die Klägerin der Beklagten per E-Mail ein Vertragsangebot mit beigefügten Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugesandt. Vertragsangebot und Allgemeine Geschäftsbedingungen enthielten jeweils eine Gerichtsstandsklausel zugunsten eines Gerichts in Nürnberg. Die Annahme der Beklagten erfolgte daraufhin aber nur mündlich.

Folgerichtig hat der BGH das Vorliegen beider Alternativen von Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. a Brüssel Ia-VO verneint: Eine schriftliche Einigung im Sinne des Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. a Alt. 1 Brüssel Ia-VO setzt voraus, dass beide Parteien ihren Willen schriftlich bzw. gem. Art. 25 Abs. 2 Brüssel Ia-VO elektronisch geäußert haben, was – in Abweichung von § 126 Abs. 2 BGB – auch in getrennten Schriftstücken geschehen kann, sofern sich die inhaltliche Übereinstimmung der Erklärungen den Schriftstücken hinreichend deutlich entnehmen lässt.⁶ Hier hatte sich aber ausschließlich die Kläge-

rin mit ihrem Angebot per E-Mail schriftlich bzw. elektronisch geäußert. Die Annahme der Beklagten erfolgte dagegen unstreitig nur mündlich.⁷ Auch die Alt. 2 von Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. a Brüssel Ia-VO lag nicht vor, da es zwischen der Klägerin und der Beklagten zuvor zu keiner mündlichen Einigung über die Gerichtsstandsklausel gekommen war, die die Klägerin mit ihrer E-Mail etwa bestätigt hätte.⁸

b) Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. b Brüssel Ia-VO

Auf die Möglichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung gem. Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. b Brüssel Ia-VO, d.h. in einer Form, welche den Gepflogenheiten entspricht, die zwischen den Parteien entstanden sind, geht der BGH nicht ein. Insofern kann jedoch auf die vorinstanzliche Erörterung zurückgegriffen werden: „Gepflogenheiten“ können zwischen Parteien nur dann entstehen, wenn zwischen ihnen eine längere Geschäftsbeziehung besteht, aus der sich eine bestimmte Übung ergeben hat.⁹ Dies konnte dem Vortrag der Klägerin aber nicht entnommen werden und war auch sonst nicht ersichtlich.¹⁰

c) Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. c Brüssel Ia-VO

Somit fokussiert sich die Entscheidung des BGH auf die Frage, ob die Parteien eine gem. Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. c Brüssel Ia-VO formwirksame Gerichtsstandsvereinbarung geschlossen haben.

Gem. dieser Vorschrift kann im internationalen Handel eine Gerichtsstandsvereinbarung auch in einer Form geschlossen werden, die einem Handelsbrauch entspricht, den die Parteien kannten oder kennen mussten und den Parteien von Verträgen dieser Art in dem betreffenden Geschäftszweig allgemein kennen und regelmäßig beachten. Ob ein derartiger Handelsbrauch vorliegt, ist der Rechtsprechung des EuGH zufolge autonom zu bestimmen und nicht für den internationalen Handelsverkehr generell, sondern nur für den Geschäftszweig, in dem die Parteien tätig sind. Ein Handelsbrauch liege demnach vor, wenn die in dem konkreten Geschäftszweig tätigen Kaufleute bei Abschluss einer bestimmten Art von Verträgen ein bestimmtes Verhalten allgemein und regelmäßig befolgen. Sei das Verhalten infolgedessen hinreichend bekannt, so dass es als ständige Übung angesehen werden könne, werde vermutet, dass die Parteien den Handelsbrauch kennen. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, hat dem EuGH zufolge das nationale Gericht zu prüfen.¹¹

Im vorliegenden Fall hatte die Klägerin vorgetragen, dass es in ihrem Geschäftszweig des internationalen Handelsverkehrs, d.h. im Bereich von Montageleistungen im deutsch-österreichischen Handelsverkehr, üblich sei, einen Gerichtsstand am Sitz des Unternehmers in der Form zu vereinbaren, dass ein schriftliches Vertragsangebot mit Gerichtsstands-

⁴ BGH NJW 2019, 76 (76 Rn. 20) mit Verweis auf die ständige Rspr. des BGH, z.B. BGH NJW-RR 2018, 290 (290 Rn. 6); BGH EuZW 2009, 907 (908 Rn. 9); BGH NJW 2003, 426 (426).

⁵ BGH NJW 2019, 76 (76 Rn. 21).

⁶ Vgl. BGH NJW 2001, 1731 (1731).

⁷ BGH NJW 2019, 76 (77 Rn. 26).

⁸ BGH NJW 2019, 76 (77 Rn. 29).

⁹ Stadler, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 16. Aufl. 2019, Art. 25 EuGVVO n.F. Rn. 12.

¹⁰ OLG Nürnberg BeckRS 2017, 148272 Rn. 40.

¹¹ EuGH NJW 1997, 1431 (1432 Rn. 21, 23 f.); EuGH EuZW 2016, 419 (423 Rn. 41, 43 f.; 424 Rn. 48).

klausele mündlich angenommen werde. Dies entspreche einem Handelsbrauch im Sinne des Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. c Brüssel Ia-VO. Die Klägerin hatte insofern Beweis angeboten durch Einholung eines Sachverständigengutachtens, Auskunft der Industrie- und Handelskammer und Vorlage mehrerer Vordrucke Allgemeiner Geschäftsbedingungen von Mitbewerbern aus ihrem Geschäftszweig, die ähnliche Gerichtsstandsklauseln enthielten.¹²

Das OLG hatte den Vortrag der Klägerin als bloße Behauptung eines Handelsbrauchs ins Blaue hinein qualifiziert und den von ihr angebotenen Beweis als unzulässigen Ausforschungsbeweis bewertet.¹³

Der BGH ist dagegen der Ansicht, im Rahmen der von Amts wegen durchzuführenden Prüfung der internationalen Zuständigkeit sei der Behauptung einer Partei, eine bestimmte Form der Gerichtsstandsvereinbarung entspreche einem internationalen Handelsbrauch im Sinne des Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. c Brüssel Ia-VO, grundsätzlich nachzugehen. Dabei sei das Gericht von Beweisanträgen unabhängig und könne im Wege des Freibeweises vorgehen. An die Annahme, die Behauptung sei willkürlich „ins Blaue hinein“ erfolgt und eine Beweisaufnahme daher entbehrlich, seien strenge Anforderungen zu stellen. Der Beweisführer sei grundsätzlich nicht gehindert, Tatsachen zu behaupten, die er nach Lage der Dinge für wahrscheinlich halte, über die er aber keine genauen Kenntnisse habe. Eine Beweisaufnahme dürfe demnach nur dann unterbleiben, wenn der Beweisführer willkürlich Behauptungen „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufstelle ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts. Bei der Annahme von Willkür sei aber Zurückhaltung geboten. Sie werde in der Regel nur bei Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte vorliegen.¹⁴

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen ist der BGH der Meinung, dass die Klägerin die für Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. c Brüssel Ia-VO erheblichen Tatsachen bezeichnet habe und ihr Vortrag weder als willkürlich noch als „ins Blaue hinein“ angesehen werden könne. Eine weitere Substantiierung ihres Vortrags sei von ihr nicht zu verlangen. Das OLG habe vielmehr verfahrensfehlerhaft davon abgesehen, Beweis über die betreffende Behauptung der Klägerin zu erheben und die erforderlichen Feststellungen zum Vorliegen eines Handelsbrauchs zu treffen. Dementsprechend hat der BGH das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das OLG zurückverwiesen.¹⁵

2. Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsortes gem. Art. 7 Nr. 1 Brüssel Ia-VO (Hilfsantrag)

Für den Fall, dass das OLG nach entsprechender Beweisaufnahme keinen internationalen Handelsbrauch und damit keine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung in der Form des Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. c Brüssel Ia-VO zugunsten des LG Nürnberg-Fürth feststellen kann, gibt der BGH Hinweise zur Prüfung des Hilfsantrags, mit dem sich die Klägerin auf den

Gerichtsstand des Erfüllungsortes berufen und die Verweisung der Sache an das ihrer Ansicht nach zuständige LG Hanau beantragt hat.

a) Art. 7 Nr. 1 lit. b, 2. Gedankenstrich Brüssel Ia-VO – Ort der Erbringung der Dienstleistungen

Der BGH stellt insofern fest, dass sich eine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte auch nicht aus dem Gerichtsstand des Erfüllungsortes gem. Art. 7 Nr. 1 lit. b, 2. Gedankenstrich Brüssel Ia-VO ergibt, und begründet dies wie folgt: Gem. Art. 7 Nr. 1 Brüssel Ia-VO kann eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates hat, in einem anderen Mitgliedstaat verklagt werden, wenn Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden und sich der Erfüllungsort in letzterem Mitgliedstaat befindet. Für Dienstleistungsverträge, d.h. für Verträge, bei denen sich eine Partei zur Erbringung einer bestimmten Tätigkeit gegen Entgelt verpflichtet,¹⁶ bestimmt – sofern nichts anderes vereinbart worden ist – Art. 7 Nr. 1 lit. b, 2. Gedankenstrich Brüssel Ia-VO den Erfüllungsort verordnungsautonom: Erfüllungsort ist der Ort in einem Mitgliedstaat, an dem die Dienstleistungen nach dem Vertrag erbracht worden sind oder hätten erbracht werden müssen. Mit dieser Anknüpfung an die vertragscharakteristische Leistung des Dienstleistungsvertrags wird ein einheitlicher Erfüllungsort und damit ein einheitlicher besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsortes gem. Art. 7 Nr. 1 Brüssel Ia-VO für alle Arten von Klagen aus dem Dienstleistungsvertrag begründet,¹⁷ also auch für die Zahlungsklage. Da unter Dienstleistungsverträge nicht nur Verträge gem. § 611 BGB, sondern auch solche gem. § 631 BGB fallen,¹⁸ stellt der BGH zutreffend fest, dass es sich im vorliegenden Fall bei der Demontage, dem Transport und der Remontage der Maschinenanlage gegen Entgelt um Dienstleistungen im Sinne des Art. 7 Nr. 1 lit. b, 2. Gedankenstrich Brüssel Ia-VO handelt.¹⁹ Für den Gerichtsstand der in Rede stehenden Zahlungsklage ist somit der Ort entscheidend, an dem die Dienstleistungen nach dem Vertrag erbracht worden sind. Da diese hier aber sowohl in S. in Deutschland (Abbau der Maschine) als auch in R. in Österreich (Wiederaufbau der Maschine) erbracht wurden, verweist der BGH auf die einschlägige EuGH-Rechtsprechung, der zufolge in den Fällen, in denen die geschuldeten Dienstleistungen in mehreren Mitgliedstaaten erbracht worden sind, das Gericht zuständig ist, das die engste Verknüpfung zum Vertrag aufweist. Dies sei meist das Gericht am Ort der hauptsächlichen Leistungserbringung.²⁰ Dabei sei der Ort der tatsächlichen Leistungserbringung möglichst aus den Vertragsbestimmungen selbst

¹⁶ EuGH NJW 2009, 1865 (1866 Rn. 29).

¹⁷ Leible, in: Rauscher, Kommentar zum Europäischen Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 4. Aufl. 2016, Art. 7 Brüssel Ia-VO Rn. 57 m.w.N.

¹⁸ Stadler (Fn. 9), Art. 7 EuGVVO n.F. Rn. 9 m.w.N.; Leible (Fn. 17), Art. 7 Brüssel Ia-VO Rn. 67 m.w.N.

¹⁹ BGH NJW 2019, 76 (78 Rn. 39).

²⁰ EuGH NJW 2018, 2105 (2107 f. Rn. 67); EuGH NJW 2010, 1189 (1190 Rn. 25 ff.); EuGH NJW 2009, 2801 (2802 Rn. 36 ff.).

¹² BGH NJW 2019, 76 (78 Rn. 35).

¹³ OLG Nürnberg BeckRS 2017, 148272 Rn. 43 f.

¹⁴ BGH NJW 2019, 76 (78 Rn. 34).

¹⁵ BGH NJW 2019, 76 (78 Rn. 35 f.).

abzuleiten, hilfsweise sei der Ort heranzuziehen, an dem die Tätigkeiten zur Vertragserfüllung tatsächlich überwiegend vorgenommen worden seien, sofern deren Erbringung an diesem Ort nicht dem Parteiwillen widerspreche. Es könnten tatsächliche Aspekte, wie die an diesen Orten aufgewendete Zeit und die Bedeutung der dort ausgeübten Tätigkeiten, Berücksichtigung finden.²¹

Auf dieser Grundlage kommt der BGH zu dem Schluss, dass deutsche Gerichte im vorliegenden Fall nicht international zuständig sind. Als Ort der hauptsächlichen Leistungserbringung sei R. in Österreich anzusehen, wo Remontage und Inbetriebnahme der Maschine erfolgt, die vereinbarte Dienstleistung abgeschlossen und damit das eigentliche Vertragsziel erst erreicht worden sei. Außerdem ergebe sich auch aus dem sonstigen Vertragsinhalt ein Schwerpunkt der Dienstleistungen in Österreich: So habe die Remontage mit einem vereinbarten Vergütungsanteil von 70.200 € netto zzgl. der Verrechnungssätze für Remontage und Inbetriebnahme durch drei Monteure über ca. sechs Wochen (900 Stunden) zu Stundensätzen von 45 € und 34 € den wirtschaftlich bedeutendsten Teil der Gesamtleistung ausgemacht.²²

b) Art. 7 Nr. 1 lit. b Brüssel Ia-VO – Vereinbarung eines Erfüllungsortes

Aus Art. 7 Nr. 1 lit. b Brüssel Ia-VO ergibt sich, dass die Parteien auch selbst einen Erfüllungsort vereinbaren können, der von der gesetzlichen Regelung im 2. Gedankenstrich abweicht. Insofern prüft der BGH, ob die Parteien mit der Ziffer X. des Angebotes der Klägerin vom 16.7.2014 einen Erfüllungsort für die Zahlungsverpflichtung der Beklagten in Deutschland vereinbart und damit einen Gerichtsstand in Deutschland begründet haben, verneint dies aber: Die Ziffer X. des Angebotes mit der Überschrift „Montageeekdaten“ sei dahingehend auszulegen, dass sie nur für die zu erbringenden Montageleistungen der Klägerin zwei Erfüllungsorte bestimme – einen für die Demontage in Deutschland und einen für die Remontage in Österreich. Es könne nicht angenommen werden, dass damit mittelbar auch für die von der Beklagten einheitlich zu erbringende Zahlungsverpflichtung zwei Erfüllungsorte vereinbart worden seien.²³

Nach Ansicht des BGH könne dahinstehen, ob die Vereinbarung des Erfüllungsortes für einzelne vertragliche Verpflichtungen überhaupt einen von Art. 7 Nr. 1 lit. b, 2. Gedankenstrich Brüssel Ia-VO abweichenden Gerichtsstand begründen könne. Dahinstehen könne auch, ob die Vereinbarung des Erfüllungsortes allein für die Dienstleistungsverpflichtung den Ort der Dienstleistungserbringung als Anknüpfungspunkt in Art. 7 Nr. 1 lit. b, 2. Gedankenstrich Brüssel Ia-VO ersetze oder ob in einem derartigen Fall auf Art. 7 Nr. 1 lit. a Brüssel Ia-VO zurückgegriffen werden müsse. Denn selbst wenn die Vereinbarung eines Erfüllungsortes nur für die Dienstleistungsverpflichtung als beachtlicher Anknüpfungspunkt im Rahmen von Art. 7 Nr. 1 lit. b, 2. Gedankenstrich Brüssel Ia-VO angesehen würde, würde dies im Streit-

fall nicht zu einem Erfüllungsortsgerichtsstand in Deutschland führen. Da im vorliegenden Fall unterschiedliche Erfüllungsorte für unterschiedliche Teile der zu erbringenden Dienstleistung vereinbart worden seien, kämen diese nicht als geeigneter Anknüpfungspunkt im Sinne des Art. 7 Nr. 1 lit. b, 2. Gedankenstrich Brüssel Ia-VO für die einheitlich zu erbringende Gegenleistung in Betracht. Greife man stattdessen auf Art. 7 Nr. 1 lit. a Brüssel Ia-VO zurück, bestimme sich die internationale Zuständigkeit für die Zahlungsklage gesondert nach dem für die Zahlung bestehenden Erfüllungsort, der nach der *lex causae* zu bestimmen sei. Da die Parteien deutsches Recht gewählt hätten (Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO), läge der Erfüllungsort gem. §§ 270 Abs. 4, 269 BGB am Sitz des Schuldners der Zahlungsverpflichtung – hier also in Österreich.²⁴

IV. Rechtliche Würdigung und Folgen für die Praxis

1. Behauptung eines internationalen Handelsbrauchs

Für die rechtliche Würdigung der Entscheidung des BGH sind hier insbesondere seine Ausführungen zu Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. c Brüssel Ia-VO von Interesse. Die strengen Formalalternativen der Schriftlichkeit bzw. Halbschriftlichkeit waren von den Parteien nicht eingehalten worden, was der BGH überzeugend festgestellt hat. Eine formwirksame Gerichtsstandsvereinbarung und damit die internationale Zuständigkeit des angerufenen Gerichts in Nürnberg-Fürth konnten von der Klägerin somit nur noch durch die Behauptung eines internationalen Handelsbrauchs begründet werden – eine Fallgestaltung, die in der Praxis sicher kein Einzelfall ist. Es liegt nahe, sein Geschäftsgebaren zum internationalen Handelsbrauch zu deklarieren, um damit eine Formwirksamkeit über Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. c Brüssel Ia-VO zu erreichen, wenn zuvor auf die Schriftlichkeit der Gerichtsstandsvereinbarung – aus welchen Gründen auch immer – nicht sorgsam geachtet wurde. Dem BGH zufolge ist einer derartigen Behauptung einer Partei im Rahmen der von Amts wegen zu prüfenden internationalen Zuständigkeit auch grundsätzlich nachzugehen, was unabhängig von Beweisanträgen der Parteien im Wege des Freibeweises geschehen kann.²⁵

Es ist insofern unbestritten, dass Gerichte das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen von Amts wegen zu prüfen haben. Dies ergibt sich für einige Prozessvoraussetzungen explizit aus § 56 ZPO, gilt darüber hinaus aber auch für alle weiteren Prozessvoraussetzungen.²⁶ Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kann das Gericht dabei im Freibeweisverfahren vorgehen.²⁷ Das bedeutet, dass das Gericht im Gegensatz zum Strengbeweisverfahren nicht an das in den §§ 355 ff. ZPO vorgesehene Beweisverfahren mit den dort genannten Beweismitteln gebunden ist.²⁸ Dies wird in der

²⁴ BGH NJW 2019, 76 (79 Rn. 46).

²⁵ BGH NJW 2019, 76 (78 Rn. 34).

²⁶ Musielak/Voit, Grundkurs ZPO, 14. Aufl. 2018, Rn. 269.

²⁷ BGH NJW 2011, 778 (779 Rn. 16); BGH NJW 2008, 2125 (2125 Rn. 13); BGH NJW 2000, 289 (290); BGH NJW 1996, 1059 (1060).

²⁸ Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2016, § 284 Rn. 26; Musielak/Voit (Fn. 26), Rn. 74.

²¹ EuGH NJW 2010, 1189 (1190 f. Rn. 38, 40).

²² BGH NJW 2019, 76 (79 Rn. 41).

²³ BGH NJW 2019, 76 (79 Rn. 45).

Literatur vielfach abgelehnt und stattdessen der Strengbeweis verlangt bzw. gefordert, dass die Anwendung des Freibeweises gem. § 284 S. 2 ZPO vom Einverständnis der Parteien abhängig gemacht wird.²⁹ Zu den von Amts wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen gehört unstrittig auch die internationale Zuständigkeit.³⁰ Mit der vorliegenden Entscheidung dehnt der BGH nunmehr das Freibeweisverfahren explizit und – im Hinblick auf seine bisherige Rechtsprechung – konsequent auch auf die Prüfung der internationalen Zuständigkeit nach Art. 25 Brüssel Ia-VO und damit auch auf die Frage der Existenz eines internationalen Handelsbrauchs im Sinne des Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. c Brüssel Ia-VO aus. Die Hürden, die er dabei für die Berufung einer Partei auf Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. c Brüssel Ia-VO aufstellt, erscheinen minimal: Der Behauptung eines internationalen Handelsbrauchs hat das Gericht von Amts wegen und unabhängig von Beweisanträgen der Parteien bereits dann nachzugehen, wenn sie sich nicht als völlig willkürlich „ins Blaue hinein“ darstellt, es für sie also nicht an jeglichen tatsächlichen Anhaltspunkten fehlt. Dabei soll eine Partei nicht gehindert sein, einen internationalen Handelsbrauch zu behaupten, obwohl sie über dessen Bestehen gar keine genaue Kenntnis hat, den sie der Lage der Dinge nach nur für wahrscheinlich hält. Auch eine Beweislastverteilung nimmt der BGH in seinem Urteil nicht vor.

In der Literatur speziell zum Europäischen Zivilverfahrensrecht wird die amtswegige Prüfung der Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nicht in Frage gestellt,³¹ von einem Freibeweisverfahren ist dagegen nicht die Rede. Einhellig wird vertreten, dass der Partei, die sich auf eine Gerichtsstandsvereinbarung berufe, die Darlegungs- und Beweislast dafür obliege, dass überhaupt eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen worden sei und dass die Formerfordernisse des Art. 25 Abs. 1 S. 3 Brüssel Ia-VO eingehalten worden seien.³² Die Darlegungs- und Beweislast richte sich dabei nicht nach der jeweiligen lex fori. Es bestünden vielmehr autonom-europäische Maßstäbe.³³ Im Fall des Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. c Brüssel Ia-VO sei das Bestehen eines internationalen Handelsbrauchs Tatsachenfrage. Insofern trage diejenige Partei die Beweislast für dessen Vorliegen, die sich auf eine Gerichtsstandsvereinbarung kraft Handelsbrauchs berufe.³⁴

²⁹ *Rauscher*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2016, Einleitung Rn. 353; *Lindacher*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2016, § 56 Rn. 3; *Prütting* (Fn. 28), § 284 Rn. 28; *Musielak/Voit* (Fn. 26), Rn. 271; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 77 Rn. 52; *Greger*, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 32. Aufl. 2018, § 284 Rn. 1b.

³⁰ *Grunsky/Jacoby*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2018, Rn. 376; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 29), § 94 Rn. 7, 34.

³¹ *Geimer* (Fn. 2), Art. 23 EuGVVO Rn. 232; *Mankowski* (Fn. 3), Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 3.

³² *Geimer* (Fn. 2), Art. 23 EuGVVO Rn. 232; *Stadler* (Fn. 9), Art. 25 EuGVVO n.F. Rn. 2; *Mankowski* (Fn. 3), Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 2.

³³ *Mankowski* (Fn. 3), Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 2.

³⁴ *E. Pfeiffer/M. Pfeiffer*, in: Geimer/Schütze, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, 56. EL Septem-

ber 2018, Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 211; *Mankowski* (Fn. 3), Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 119 m.w.N.; *Hausmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2016, Verfahrensrecht für internationale Verträge, Internationale Zuständigkeit für Vertragsklagen; Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen, Rn. 363 m.w.N.; *Stürner*, ZEuP 2012, 351 (357).

Wer einen bisher noch nicht anerkannten Handelsbrauch behauptet, solle „bergauf kämpfen“ müssen.³⁵ Dass sich der BGH im vorliegenden Urteil mit der Literaturmeinung nicht auseinandersetzt, wird kritisiert.³⁶ Doch auch wenn es im Vergleich zur Literaturmeinung so aussieht, als ob die Hürden niedrig sind, die der BGH mit dem vorliegenden Urteil für die Behauptung eines internationalen Handelsbrauchs aufstellt, so sollte der internationale Handel in der Praxis nicht zu leichtfertig auf die Möglichkeit des Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. c Brüssel Ia-VO vertrauen. Denn die Prüfung der internationalen Zuständigkeit nach Art. 25 Brüssel Ia-VO von Amts wegen bedeutet keine Ermittlung von Amts wegen. Dem Urteil des BGH lässt sich nicht entnehmen, dass den Gerichten nunmehr eine Amtsermittlungspflicht bzgl. der Existenz von internationalen Handelsbräuchen auferlegt würde.³⁷ Bei einer Prüfung von Amts wegen gilt vielmehr der Beibringungs-, nicht der Untersuchungsgrundsatz. Die Beibringung der Tatsachen bleibt daher den Parteien überlassen. Das Gericht beschränkt sich darauf, den ihm vorliegenden oder offenkundigen Prozessstoff zu bewerten.³⁸ Wenn das Gericht dabei Zweifel am Vorliegen einzelner Prozessvoraussetzungen hat, muss es sich zwar um Klärung bemühen und Beweis erheben.³⁹ Von dieser Beweiserhebung darf das Gericht – wie der BGH im vorliegenden Urteil ausdrücklich betont – auch nur dann absehen, wenn es für die Behauptungen der Partei an jeglichen tatsächlichen Anhaltspunkten fehlt, sie also wirklich willkürlich „ins Blaue hinein“ erfolgt sind.⁴⁰ Wenn dann aber auch nach der Beweisaufnahme noch Zweifel des Gerichts am Vorliegen von Prozessvoraussetzungen verbleiben, darf keine Sachentscheidung ergehen.⁴¹ Behauptungs- und beweisbelastet hinsichtlich der Prozessvoraussetzungen ist folglich die Partei, die das Sachurteil begehrt, d.h. in der Regel der Kläger.⁴²

Das bedeutet für die Praxis, dass die klagende Partei, die die Formwirksamkeit ihrer Gerichtsstandsvereinbarung auf einen internationalen Handelsbrauch stützen will, dem Gericht gegenüber den internationalen Handelsbrauch nicht nur lapidar behaupten, sondern auch die nötigen Tatsachen für dessen Existenz liefern muss, damit beim Gericht keine Zweifel verbleiben, die zur Unzulässigkeit der Klage führen. Dies kann mitunter schwierig sein. Im vorliegenden Fall wird

ber 2018, Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 211; *Mankowski* (Fn. 3), Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 119 m.w.N.; *Hausmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2016, Verfahrensrecht für internationale Verträge, Internationale Zuständigkeit für Vertragsklagen; Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen, Rn. 363 m.w.N.; *Stürner*, ZEuP 2012, 351 (357).

³⁵ *Mankowski*, LMK 2018, 406706 unter 3.

³⁶ *Mankowski*, LMK 2018, 406706 unter 3.; *Thode*, jurisPR-PrivBauR 11/2018, Anm. 1 unter C.

³⁷ So aber offenbar *Mankowski*, LMK 2018, 406706 unter 3.

³⁸ *Musielak/Voit* (Fn. 26), Rn. 270; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 29), § 77 Rn. 49, § 94 Rn. 34 f.

³⁹ BGH NJW 2000, 289 (290); BGH NJW 1996, 1059 (1060).

⁴⁰ BGH NJW 2019, 76 (78 Rn. 34).

⁴¹ *Musielak/Voit* (Fn. 26), Rn. 272.

⁴² *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 29), § 94 Rn. 35.

sich zeigen, ob ein Sachverständigengutachten, die Auskunft der Industrie- und Handelskammer und die Vorlage mehrerer Vordrucke Allgemeiner Geschäftsbedingungen von Mitbewerbern aus dem Geschäftszweig der Klägerin ausreichen werden. Andernfalls besteht das Risiko, im Prozess bereits bei der Frage der Zuständigkeit zu scheitern, ohne dass überhaupt zur Sache verhandelt wurde. Um sich daher nicht einer Beweiserhebung mit unsicherem Ausgang bzgl. der Existenz eines internationalen Handelsbrauchs auszusetzen und damit ein Sachurteil vor dem gewünschten Gericht zu gefährden, sollten die Parteien im Vorfeld unbedingt darauf achten, den Gerichtsstand schriftlich zu vereinbaren oder nach einer zumindest mündlich erfolgten Vereinbarung, diese noch einmal einseitig schriftlich zu bestätigen, also eine der Formalalternativen des Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. a Brüssel Ia-VO einzuhalten.

2. Gerichtsstand des Erfüllungsortes als letzte Chance

Gerade vor dem Hintergrund, dass die von der Klägerin angebotenen Beweismittel in einer erneuten Verhandlung vor dem OLG möglicherweise nicht ausreichen werden, um das Gericht von der Existenz eines internationalen Handelsbrauchs und damit von einer Gerichtszuständigkeit in Nürnberg zu überzeugen, sind die Hinweise des BGH zur Prüfung des Hilfsantrags der Klägerin zu sehen, der ihre letzte Chance auf einen Gerichtsstand in Deutschland darstellt.

Insofern verdeutlicht der BGH überzeugend, dass der Schwerpunkt der Dienstleistungserbringung in Österreich liegt, so dass sich für die Klägerin kein Gerichtsstand des Erfüllungsortes aus Art. 7 Nr. 1 lit. b, 2. Gedankenstrich Brüssel Ia-VO in Deutschland ergibt.

Fragestellungen betreffend Erfüllungsortvereinbarungen bei Dienstleistungsverträgen musste der BGH leider offenlassen. Vor dem Hintergrund der hier vorliegenden Zahlungsklage wäre insbesondere die Frage interessant gewesen, ob ein vereinbarter Erfüllungsort allein für die Dienstleistungsverpflichtung (also nicht auch für die Zahlungsverpflichtung) als Anknüpfungspunkt in Art. 7 Nr. 1 lit. b, 2. Gedankenstrich Brüssel Ia-VO in Betracht kommen und damit – der Konzeption dieser Vorschrift entsprechend – einen einheitlichen Gerichtsstand für die Leistungs- und die Gegenleistungsklage begründen kann oder ob in einem solchen Fall Art. 7 Nr. 1 lit. a Brüssel Ia-VO anzuwenden ist.⁴³ Der vorliegende Fall bot zur Klärung dieser Frage leider keine Gelegenheit, da die Parteien verschiedene Erfüllungsorte für verschiedene Teile der Dienstleistung vereinbart hatten und eine derartige Vereinbarung als Anknüpfungspunkt in Art. 7 Nr. 1 lit. b, 2. Gedankenstrich Brüssel Ia-VO für eine einheitlich zu erbringende Gegenleistung von vornherein nicht geeignet ist.

Dass sich auch aus Art. 7 Nr. 1 a Brüssel Ia-VO unter Rückgriff auf die *lex causae* kein Gerichtsstand in Deutschland ergab, hat der BGH ebenfalls nachvollziehbar dargestellt. Dabei geht der BGH erkennbar von einer wirksamen Rechtswahl der Parteien gem. Art. 3 Rom I-VO zugunsten

des deutschen Rechts aus. Die Rechtswahl kann hier aber auch nur dadurch erfolgt sein, dass die Beklagte das per E-Mail versandte Angebot der Klägerin mit der darin enthaltenen Rechtswahlklausel mündlich angenommen hat. Insofern gelten eigene Regeln, die nicht Gegenstand des Urteils waren.

Ass. iur. Silke Schulz-Pabst, Bielefeld

⁴³ Zum Themenkomplex der Erfüllungsortvereinbarungen bei Verträgen über die Erbringung von Dienstleistungen siehe *Wais*, Der Europäische Erfüllungsgerichtsstand für Dienstleistungsverträge, 2013, S. 224 ff. m.w.N.

Entscheidungsanmerkung

Gesucht und gefunden? – Der EuGH auf der Suche nach dem richtigen Nacherfüllungsort beim Verbrauchsgüterkauf

1. Art. 3 Abs. 3 der RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter ist dahin auszulegen, dass die Mitgliedstaaten für die Bestimmung des Ortes zuständig bleiben, an dem der Verbraucher gemäß dieser Vorschrift dem Verkäufer ein im Fernabsatz erworbenes Verbrauchsgut für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands bereitzustellen hat. Dieser Ort muss für eine unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands binnen einer angemessenen Frist ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher geeignet sein, wobei die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind. Insoweit ist das nationale Gericht verpflichtet, eine mit der Richtlinie 1999/44 vereinbare Auslegung vorzunehmen und gegebenenfalls auch eine gegestigte Rechtsprechung zu ändern, wenn diese auf einer Auslegung des nationalen Rechts beruht, die mit den Zielen dieser Richtlinie unvereinbar ist.

2. Art. 3 Abs. 2–4 der RL 1999/44 ist dahin auszulegen, dass das Recht des Verbrauchers auf eine „unentgeltliche“ Herstellung des vertragsgemäßen Zustands eines im Fernabsatz erworbenen Verbrauchsgutes nicht die Verpflichtung des Verkäufers umfasst, wenn das Verbrauchsgut zum Zweck der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands an den Geschäftssitz des Verkäufers transportiert wird, einen Vorschuss auf die damit verbundenen Kosten zu leisten, sofern für den Verbraucher die Tatsache, dass er für diese Kosten in Vorleistung treten muss, keine Belastung darstellt, die ihn von der Geltendmachung seiner Rechte abhalten könnte; dies zu prüfen ist Sache des nationalen Gerichts.

3. Art. 3 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 5 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 1999/44 ist dahin auszulegen, dass in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens der Verbraucher, der dem Verkäufer die Vertragswidrigkeit des im Fernabsatz erworbenen Verbrauchsgutes mitgeteilt hat, dessen Transport an den Geschäftssitz des Verkäufers für ihn eine erhebliche Unannehmlichkeit darstellen könnte und der dem Verkäufer dieses Verbrauchsgut an seinem Wohnsitz zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands bereitgestellt hat, mangels Abhilfe binnen einer angemessenen Frist die Vertragsauflösung verlangen kann, wenn der Verkäufer keinerlei angemessene Maßnahme ergriffen hat, um den vertragsgemäßen Zustand des Verbrauchsgutes herzustellen, wozu auch gehört, dem Verbraucher den Ort mitzuteilen, an dem er ihm dieses Verbrauchsgut zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands bereitstellen muss. Insoweit ist es Sache des nationalen Gerichts, anhand einer mit der RL 1999/44 vereinbaren Auslegung sicherzustellen, dass

der Verbraucher sein Recht auf Vertragsauflösung ausüben kann.
(Amtliche Leitsätze)

AEUV Art. 267
RL 1999/44/EG Art. 3 Abs. 3
BGB § 269

*EuGH, Urt. v. 23.5.2019 – C-52/18*¹

I. Problemaufriss

Liefert ein Verkäufer eine mangelhafte Sache, so steht dem Käufer nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB ein Anspruch auf Nacherfüllung zu. Er kann sodann entweder die Beseitigung des Mangels im Rahmen einer sog. Nachbesserung (§ 439 Abs. 1 Fall 1 BGB) oder die Lieferung einer anderen mangelfreien Sache im Rahmen der sog. Nachlieferung (§ 439 Abs. 1 Fall 2 BGB) verlangen. Hierbei handelt es sich nach wohl zutreffender Auffassung² um eine Wahlschuld, bei der der Gläubiger Gestaltungsberechtigter ist. Hat der Käufer von seinem Gestaltungsrecht Gebrauch gemacht (sog. verhaltener Anspruch), stellt sich die Frage, wo die Nacherfüllung stattzufinden hat.

Die Antwort dieser Frage ist vor allem dann von entscheidender Bedeutung, wenn der Käufer die Gestaltungsrechte der zweiten Ebene – also die Kaufpreisminderung und ggf. auch den Rücktritt – geltend machen möchte. Da dem Verkäufer ein Recht zur zweiten Andienung zusteht, jenes darin zum Ausdruck kommt, dass der Käufer dem Verkäufer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzen muss, trifft den Käufer zugleich eine Mitwirkungsobliegenheit mit dem Inhalt, dem Verkäufer die Kaufsache am richtigen Nacherfüllungsort zur Verfügung zu stellen.³ Hat dieser eine angemessene Nachfrist gesetzt und ein Nacherfüllungsverlangen vortautbar, stellt die Kaufsache aber nicht am richtigen Nacherfüllungsort zur Verfügung, dann kann der Verkäufer dem Käufer insoweit treuwidriges Verhalten (§ 242 BGB) vorhalten, weil dieser gerade durch sein eigenes Verhalten die geforderte Nacherfüllung vereitelt. Die Nachfristsetzung wäre damit unwirksam.

Schon seit der Schuldrechtsreform zum 1.1.2002 gehört die Frage nach dem richtigen Nacherfüllungsort zu einer der umstrittensten, denn eine ausdrückliche Regelung dazu sucht man im Bürgerlichen Gesetzbuche vergebens. Aus diesem Grunde ist der Meinungsstand hierzu seither besonderes

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2019, 2007 ff. und online abrufbar unter <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=214392&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1> (18.9.2019).

² Siehe bloß: *Berger*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 439 Rn. 17–19; *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Ring, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2019, § 439 Rn. 19; stattdessen für eine elektive Konkurrenz: *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 77. Aufl. 2018, § 439 Rn. 5 m.w.N.

³ Vgl. *Augenhofer*, NJW 2019, 1988 (1989).

mannigfaltig: Die einen⁴ halten den Belegenheitsort der Sache für den Ort der Nacherfüllung, während nach anderer Auffassung⁵ es sich bei einem Nacherfüllungsanspruch der Sache nach nur um einen modifizierten Erfüllungsanspruch handle, sodass der Leistungsort der Nacherfüllung immer der ursprüngliche Erfüllungsort der Hauptpflicht sein solle.

Der Bundesgerichtshof hat sich mit seinem Urteil⁶ vom 13.4.2011 einer vermittelnden Lösung angeschlossen, wonach in erster Linie die von den Parteien getroffenen Vereinbarungen entscheidend sind. Fehlen vertragliche Abreden über den Erfüllungsort, ist auf die jeweiligen Umstände, insbesondere die Natur des Schuldverhältnisses, abzustellen. Lassen sich auch hieraus keine abschließenden Erkenntnisse gewinnen, ist der Erfüllungsort letztlich an dem Ort anzusiedeln, an welchem der Verkäufer zum Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz (§ 269 Abs. 1 a.E. BGB) oder seine gewerbliche Niederlassung (§ 269 Abs. 2 BGB) hatte.

Zu den maßgebenden Umständen zählen die Ortsgebundenheit und Art der vorzunehmenden Leistung, die Verkehrs-sitte, örtliche Gepflogenheiten, eventuelle Handelsbräuche und speziell im Kaufrecht auch das Ausmaß der Unannehmlichkeiten, die die Durchführung des Transports oder dessen Organisation für den Käufer verursacht. Letzteres folgt aus den Vorgaben gemäß Art. 3 Abs. 3 der mit der Schuldrechtsreform 2002 in das deutsche Recht umgesetzten europäischen Verbrauchsgüterkaufrichtlinie⁷.

Begründet wird dies damit, dass die Verpflichtung zur Lieferung einer mangelfreien Sache nicht bedeute, dass dem Verkäufer die Erfüllung einer Bringschuld auferlegt wird⁸. Auch kann nicht aus § 439 Abs. 2 BGB der Schluss gezogen werden, dass die Regelung Einfluss auf den Erfüllungsort der Nacherfüllung hat; handelt es sich bei dieser Vorschrift ledig-

lich um eine reine Kostentragungsregelung⁹, wonach der Verkäufer allein die Übernahme der Kosten und nicht den Transport schuldet¹⁰.

Seine Auffassung hat der Bundesgerichtshof zuletzt im Jahre 2017 bestätigt¹¹ und zugleich damit dem Käufer einen Kostenvorschuss für die nach § 439 Abs. 2, 3 BGB anfallenden Aufwendungen zugestanden.¹²

Mit viel Getöse wurde das Grundsatzurteil aus dem Jahre 2011 im Hinblick auf die nicht vorgenommene Vorlage beim EuGH, ob eine solche Praxis mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vereinbar ist, kritisiert.¹³ Diese wurde nunmehr vom Amtsgericht Norderstedt nachgeholt.¹⁴

II. Sachverhalt

In dem Fall, den das Amtsgericht Norderstedt zu entscheiden hatte, kaufte ein Verbraucher bei einem Unternehmer ein mangelbehaftetes Zelt (5 x 6 m groß). Der Käufer forderte deshalb den Verkäufer auf, an seinem Wohnsitz den vertragsgemäßen Zustand des Zelts herzustellen. Nach dem der Käufer eine Nachfrist gesetzt hatte und seinen Rücktritt erklärte, hielt der Verkäufer ihm entgegen, der Rücktritt sei unwirksam, weil der Käufer das Zelt für die Durchführung der Nacherfüllung an seinen Geschäftssitz zu verschicken hätte. Der Verkäufer informierte jedoch nicht den Verbraucher darüber, als dieser ihn zur Nacherfüllung aufforderte, sondern schwieg und reagierte gar nicht, woraufhin der Käufer Klage erhob.

III. Rechtliche Würdigung

Das Amtsgericht Norderstedt wandte vorliegend, geleitet von entsprechender Praxis des Bundesgerichtshofes¹⁵, § 269 BGB an und kam zu dem Ergebnis, dass der Nacherfüllungsort am Geschäftssitz des Verkäufers liegen müsste und der Verbraucher das Zelt somit zurücksenden müsse.

Zweifel hatte das Amtsgericht Norderstedt jedoch, ob das Ergebnis mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, insbesondere mit dessen Art. 3, der eine eingehende Regelung der Rechtsbehelfe des Käufers, insbesondere für die Nacherfüllung, enthält, vereinbar ist. Aber auch in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sucht man eine explizite Aussage zum Nacherfüllungsort vergebens. Dies lässt sich vor allem damit erklären, dass das Ziel der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie keineswegs die Vereinheitlichung der Zivilrechtsordnungen der Mitglied-

⁴ OLG München NJW 2006, 449 (450); Höpfner, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.7.2019, § 439 Rn. 32 ff.; Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 439 Rn. 7; Büdenbender (Fn. 2), § 439 Rn. 29 f.; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 192; Matusche-Beckmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2015, § 439 Rn. 30; siehe ferner: Lorenz, NJW 2009, 1633 (1635), der einen vom Nacherfüllungsort unabhängigen Ausgleichsanspruch im Hinblick auf die anfallenden Transportkosten nach § 439 Abs. 2 BGB vorschlägt.

⁵ OLG München NJW 2007, 3214 f.; Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2002, S. 374 f.; Unberath/Cziupka, JZ 2008, 867 ff.; i.E. auch: Reinking, NJW 2008, 3608 (3611).

⁶ BGHZ 189, 196; siehe dazu auch Anmerkung von Artz, ZJS 2011, 274 ff.

⁷ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

⁸ BGH NJW 2011, 2278 (2279) = BGHZ 189, 196 (202 Rn. 22).

⁹ A.A.: Lorenz, NJW 2009, 1633 (1635), der keine klarstellende, sondern eine eigenständige Kostenregelung annimmt mit der Konsequenz, dass dem Käufer unabhängig vom Nacherfüllungsort keine Kosten entstehen dürften.

¹⁰ BGH NJW 2011, 2278 (2280) = BGHZ 189, 196 (203 Rn. 23).

¹¹ BGH NJW 2017, 2758 ff.

¹² Der Anspruch des Käufers auf Kostenvorschuss wurde zum 1.1.2018 in § 475 Abs. 6 BGB normiert.

¹³ Statt vieler: Purnhagen, EuZW 2011, 626 (630); Faust, JuS 2011, 748 (750); Augenhöfer/Appenzeller/Holm, JuS 2011, 680 (685); Staudinger/Artz, NJW 2011, 3121 (3123).

¹⁴ AG Norderstedt, Vorlagebeschl. v. 27.12.2017 – 47 C 31/16.

¹⁵ Vgl. BGH NJW 2011, 2278 (2279) = BGHZ 189, 196 ff.

staaten ist,¹⁶ sondern die Angleichung der einzelstaatlichen Regelungen an das internationale Kaufrecht, um ein hohes Verbraucherschutzmindestniveau zu realisieren und Wettbewerbsverzerrungen zu vermindern.¹⁷ Demnach ist es – wie im Übrigen auch schon zu Recht angenommen – im Kompetenzbereich des nationalen Gesetzgebers, eine Regelung zu treffen, was der deutsche Gesetzgeber mit § 269 BGB hinreichend erledigt hat. Dennoch entbindet diese Tatsache nicht davon, dass eine solche Regelung richtlinienkonform und im Geiste des Telos derer ausgelegt werden muss.

Insoweit ist festzustellen, dass zwar Art. 3 Abs. 3 RL 1999/44/EG nicht den Ort bestimmt, an dem ein vertragswidriger Gegenstand dem Verkäufer zur Nachbesserung oder für eine Ersatzlieferung bereitzustellen ist; gleichwohl stellt diese Vorschrift bestimmte Bedingungen, die einen Rahmen für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands bilden sollen.¹⁸ So muss jede Nachbesserung oder jede Ersatzlieferung unentgeltlich und innerhalb einer angemessenen Frist sowie ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen. Dieses dreifache Erfordernis ist Ausdruck des offenkundigen Willens des Unionsgesetzgebers, einen effektiven Verbraucherschutz zu gewährleisten.¹⁹

1. Erstes Kriterium: Unentgeltlichkeit

Was erstens das Erfordernis betrifft, den vertragsgemäßen Zustand „unentgeltlich“ herzustellen, komme es hierfür nicht darauf an, an welchem Ort der Verbraucher dem Verkäufer einen im Fernabsatz erworbenen Gegenstand zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands bereitzustellen hat.²⁰ Mit „unentgeltlich“ ist gemeint, dass jede finanzielle Forderung des Verkäufers im Rahmen der Erfüllung dieser Verpflichtung unabhängig davon ausgeschlossen ist, ob dies durch eine Nachbesserung oder eine Ersatzlieferung für den vertragswidrigen Gegenstand geschieht. Hierdurch soll der Verbraucher vor drohenden finanziellen Belastungen geschützt werden, die ihn in Ermangelung eines solchen Schutzes davon abhalten könnten, seine Ansprüche geltend zu machen.²¹

Gem. Art. 3 Abs. 4 RL 1999/44/EG bezeichnet der Begriff „unentgeltlich“ die zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes notwendigen Kosten, insbesondere Versand-, Arbeits- und Materialkosten.²² Dies bedeutet aber nicht, dass dadurch die Verpflichtung des Verkäufers begründet wird, dass er systematisch für die damit verbundenen Kosten in Vorkasse zu treten habe, wenn das im Fernabsatz erworbene vertragswidrige Verbrauchsgut an den Ge-

schaftssitz des Verkäufers transportiert wird.²³ Eine solche Verpflichtung wurde aber vom Bundesgerichtshof bis zuletzt angenommen.²⁴

Einen Kostenvorschuss muss der Verkäufer solange nicht leisten, wie die Transportkosten keine Belastung darstellen, welche einen Durchschnittsverbraucher davon abhalten könnten, seine Rechte geltend zu machen.²⁵ Die Feststellung, wann dies der Fall ist, ist Sache der nationalen Gerichte und ist im Einzelfall zu ermitteln. Hieraus folgt das Gebot künftig § 475 Abs. 6 BGB einschränkend und richtlinienkonform auszulegen.

2. Zweites Kriterium: Angemessenheit der Nacherfüllungsfrist

In Bezug auf das Erfordernis, dass der vertragsgemäße Zustand des Verbrauchsgutes „innerhalb einer angemessenen Frist“ herzustellen ist, sei darauf hingewiesen, dass diese Herstellung des vertragsgemäßen Zustands je nach dem Ort, an dem der Verbraucher dem Verkäufer den Gegenstand hierfür bereitstellen muss, unterschiedlich schnell ausfallen kann.²⁶

Unter bestimmten Umständen, insbesondere wenn sich das Verbrauchsgut in einem anderen Land als der Geschäftssitz des Verkäufers befindet, könne es eine erhebliche Zeit dauern, bis der Verkäufer eine Untersuchung des Verbrauchsgutes im Hinblick auf dessen Nachbesserung oder eine Ersatzlieferung an dem Ort durchführen könnte, an dem dieses sich befindet. In einem solchen Fall ist nicht ausgeschlossen, dass eine schnellere Herstellung des vertragsgemäßen Zustands dadurch sichergestellt werden kann, dass das Verbrauchsgut dem Verkäufer an seinem Geschäftssitz bereitgestellt wird. Auch müssen insoweit die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigt werden. Verfügt der Verkäufer beispielsweise bereits über ein Kundendienst- oder ein Transportnetz an dem Ort, an dem sich das Verbrauchsgut befindet, so könnte die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands schneller erfolgen, wenn der Verkäufer es dort untersucht oder dessen Transport an seinen Geschäftssitz selbst durchführt.²⁷

Dagegen kommt der Verkäufer seiner Verpflichtung, innerhalb einer angemessenen Frist für Abhilfe zu sorgen, bei deren Nichterfüllung der Verbraucher berechtigt ist, nach Art. 3 Abs. 5 zweiter Gedankenstrich RL 1999/44/EG die Vertragsauflösung zu verlangen, nicht nach, wenn er keine angemessene Maßnahme ergreift, um den vertragswidrigen Gegenstand wenigstens zu untersuchen. Hierzu gehört auch, dem Verbraucher binnen einer angemessenen Frist mitzuteilen, an welchem Ort das vertragswidrige Verbrauchsgut zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands bereitzustellen ist.²⁸

¹⁶ Mitteilungen der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht v. 11.7.2001, KOM (2001) 398 endgültig; *Basedow*, AcP 200 (2000), 445 (474); *Sturm*, JZ 2001, 1097 (1101).

¹⁷ So: *Säcker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, Einl. BGB Rn. 257.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 23.5.2019 – C-52/18, Rn. 32.

¹⁹ Hierzu: EuGH, 16.6.2011 – C-65/09 und C-87/09.

²⁰ EuGH, Urt. v. 23.5.2019 – C-52/18, Rn. 34.

²¹ Vgl. in diesem Sinne: EuGH, 17.4.2008 – C-404/06, Rn. 34; verwiesen sei in diesem Zusammenhang auch auf die Anmerkung von *Staudinger*, ZJS 2008, 310 ff.

²² EuGH, Urt. v. 23.5.2019 – C-52/18, Rn. 50.

²³ EuGH, Urt. v. 23.5.2019 – C-52/18, Rn. 54.

²⁴ BGHZ 189, 196 ff.; BGH NJW 2017, 2758 ff.

²⁵ EuGH, Urt. v. 23.5.2019 – C-52/18, Rn. 56.

²⁶ EuGH, Urt. v. 23.5.2019 – C-52/18, Rn. 36 f.

²⁷ EuGH, Urt. v. 23.5.2019 – C-52/18, Rn. 38.

²⁸ EuGH, Urt. v. 23.5.2019 – C-52/18, Rn. 66.

3. Drittes Kriterium: Vermeidung von Unannehmlichkeiten

Als Drittes verlangt Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 RL 1999/44/EG, dass die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher“ zu erfolgen hat, „wobei die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind“.²⁹ Betont sei an dieser Stelle insbesondere, dass dem Verbraucher lediglich keine erheblichen Unannehmlichkeiten entstehen dürften. Wohl sind aber solche Belastungen vom Verbraucher hinzunehmen, die nicht geeignet sind, einen durchschnittlichen Verbraucher von der Geltendmachung seiner Ansprüche abzuhalten.³⁰ Dies ergibt sich schon aus dem Telos der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die nämlich einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen des Verbrauchers und denen des Verkäufers herstellen soll, indem sie dem Verbraucher als schwächere Vertragspartei einen umfassenden und wirksamen Schutz dagegen gewährt, wenn der Verkäufer seine vertraglichen Verpflichtungen schlecht erfüllt, aber sie zugleich erlaubt, die vom Verkäufer angeführten wirtschaftlichen Überlegungen zu berücksichtigen.³¹ Entscheidend sind mithin die Umstände des Einzelfalles.³² So kann bei kompakten Kaufsachen dem Verbraucher durchaus zugemutet werden, diese an den Verkäufer zurückzusenden.³³ Umgekehrt könne in bestimmten Fällen sowohl wegen der Art der Verbrauchsgüter, etwa weil sie besonders schwer, sperrig oder zerbrechlich sind, oder weil im Zusammenhang mit dem Versand besonders komplexe Anforderungen zu beachten sind, als auch wegen des Zwecks, für den ein Durchschnittsverbraucher sie benötigt und für den sie möglicherweise vorab aufgebaut werden müssen, ihre Beförderung an den Geschäftssitz des Verkäufers für einen Verbraucher eine mit den Erfordernissen des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 RL 1999/44/EG unvereinbare erhebliche Unannehmlichkeit darstellen.³⁴

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Um eine bahnbrechende Entscheidung handelt es sich vorliegend mitnichten und, ob daraus mehr Rechtssicherheit für die Rechtsanwender resultiert ist, ist mehr als zweifelhaft. Der EuGH stellt zwar wertungsoffene Kriterien dar, anhand derer zu bestimmen ist, ob ggf. eine mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie unvereinbare erhebliche Belastung bzw. Unannehmlichkeit für den Verbraucher vorliegt, weist aber zugleich darauf hin, dass die Bestimmung im Einzelfall durch die nationalen Gesetzgeber der Mitgliedstaaten zu erfolgen habe.

Die mit der Auslegung des nationalen Rechts betrauten nationalen Gerichte müssen bei dessen Anwendung sämtliche Rechtsnormen berücksichtigen und die im nationalen Recht anerkannten Auslegungsmethoden anwenden, um seine Auslegung so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der

Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auszurichten, damit das von ihr festgelegte Ergebnis erreicht und so Art. 288 Abs. 3 AEUV nachgekommen wird.³⁵

Käufer und Verkäufer steht es somit grundsätzlich im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs frei, den Ort der Nacherfüllung vertraglich zu bestimmen, solange die Wertungen des EuGH zum Schutz des Verbrauchers nicht umgangen werden. Dies dürfte insbesondere bei Kaufsachen der Fall sein, die nicht „kompakt“ und nur schwerlich zur transportieren sind.

Andererseits dürfte das Urteil aber auch Unternehmen freuen, da ihre Pflicht zur Vorschusszahlung an den Verbraucher nun mehr eingeschränkt worden ist, sofern der Nacherfüllungsort am Geschäftssitz des Verkäufers liegt.

Stud. iur. Lennart Deutschmann, Bochum

²⁹ EuGH, Urt. v. 23.5.2019 – C-52/18, Rn. 39.

³⁰ EuGH, Urt. v. 23.5.2019 – C-52/18, Rn. 40.

³¹ Siehe bloß: EuGH, 16.6.2011 – C-65/09, C-87/09, Rn. 75.

³² EuGH, Urt. v. 23.5.2019 – C-52/18, Rn. 45.

³³ EuGH, Urt. v. 23.5.2019 – C-52/18, Rn. 44.

³⁴ EuGH, Urt. v. 23.5.2019 – C-52/18, Rn. 43.

³⁵ EuGH, Urt. v. 23.5.2019 – C-52/18, Rn. 47.

Entscheidungsanmerkung

Primärrechtswidrigkeit der PKW-Maut

Die Bundesrepublik Deutschland hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Art. 18, 34, 56 und 92 AEUV verstoßen, dass sie die Infrastrukturabgabe für Personenkraftwagen eingeführt und gleichzeitig eine Steuerentlastung bei der Kraftfahrzeugsteuer in einer Höhe, die mindestens dem Betrag der entrichteten Abgabe entspricht, zugunsten der Halter von in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen vorgesehen hat.
(Amtlicher Leitsatz)

AEUV Art. 18, 34, 56, 92

*EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – C-591/17*¹

I. Einleitung

Kaum ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs in diesem Jahr wurde in einer rechtlich wie politisch hoch umstrittenen Frage mit solcher Spannung erwartet, wie dasjenige zur Vereinbarkeit der von der Bundesrepublik Deutschland beschlossenen PKW-Maut mit europäischem Primärrecht. Während Generalanwalt *Wahl* in seinen Schlussanträgen noch die Vereinbarkeit der Infrastrukturabgabe mit dem Unionsrecht bejahte,² stellte die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs eine Vertragsverletzung der Bundesrepublik Deutschland fest.³ In der Rechtssache ging es um ganz grundsätzliche Fragen zu Inhalt und Reichweite des allgemeinen Diskriminierungsverbots aus Art. 18 AEUV sowie der Grundfreiheiten – dies ist auch der Grund, warum sich das Urteil hervorragend für Prüfungszwecke eignet und daher eine vertiefte Auseinandersetzung verdient hat. Dabei wird sich im Rahmen dieser Urteilsbesprechung auf zentrale und prüfungsgerechte Argumentationsmuster beschränkt.

II. Sachlicher Hintergrund des Konflikts

Durch Gesetz vom 18.5.2017 wurde in § 1 des Infrastrukturabgabengesetzes (InfrAG)⁴ vorgesehen, dass von allen Benutzern der deutschen Autobahnen eine Abgabe für die Nutzung von Bundesfernstraßen gezahlt werden müsse. Während die Halter inländischer Fahrzeuge diese Abgabe durch den

Kauf einer Jahresvignette zu begleichen hatten, sollte für ausländische Fahrer die Möglichkeit bestehen, Zehntagesvignetten oder Vignetten mit einer Gültigkeitsdauer von zwei Monaten oder einem Jahr zu erwerben. Kohärent zu entsprechenden Zusagen im Bundestagswahlkampf 2013 sollte aber eine Mehrbelastung für inländische Kraftfahrzeughalter ausgeschlossen werden. Aus diesem Grund sah § 9 Abs. 6 des Kraftfahrzeugsteuergesetzes (KraftStG)⁵ eine Steuerentlastung vor, die dem Betrag entsprach, der durch die eingeführte Infrastrukturabgabe zu zahlen ist. Das Inkrafttreten dieser Bestimmung war von dem Beginn der Erhebung der Infrastrukturabgabe abhängig.⁶ Im Ergebnis sollten damit – dahin gingen auch entsprechende Wahlkampfaussagen – ausländische Autofahrer (also solche, deren Kraftfahrzeug in einem anderen Mitgliedstaat zugelassen ist) an den Kosten für die Instandhaltung der Infrastruktur beteiligt werden, ohne dass es zu einer Mehrbelastung deutscher Autofahrer käme.

Die Europäische Kommission sah in der Ausgestaltung der PKW-Maut zunächst die Möglichkeit eines Unionsrechtsverstoßes und initiierte ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV;⁷ stellte dieses jedoch ein und verzichtete auf eine Klage vor dem Europäischen Gerichtshof, nachdem der deutsche Gesetzgeber geringfügige Modifikationen an den Gesetzen vorgenommen hatte.

Allerdings kann ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 259 AEUV auch durch einen anderen Mitgliedstaat eingeleitet werden. Von dieser – sonst eher selten genutzten⁸ – Möglichkeit machte die Republik Österreich⁹ Gebrauch und verklagte die Bundesrepublik Deutschland vor dem Europäischen Gerichtshof mit dem Ziel, eine Vertragsverletzung – insbesondere eine verbotene mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit – festzustellen.

III. Die Urteilsaussagen des Europäischen Gerichtshofs

Die Republik Österreich berief sich zur Begründung ihres Klageantrags auf vier Klagegründe, auf die der Übersichtlichkeit wegen nacheinander getrennt eingegangen werden soll. Der wichtigste Klagegrund, der zudem auch die Weichen für die übrigen Klagegründe stellt, findet sich gleich zu Beginn.

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in EuGH NJW 2019, 2369 ff. und online abrufbar unter <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=420DEDF5D42E5E8CD432576C7AA01F17?text=&docid=215105&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11429098> (11.9.2019).

² Schlussanträge des Generalanwalts *Wahl* v. 6.2.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:99.

³ EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504.

⁴ Infrastrukturabgabengesetz v. 8.6.2015 (BGBl. I, S. 904), zuletzt geändert durch Art. 22 des Gesetzes v. 14.8.2017 (BGBl. I, S. 3122).

⁵ Kraftfahrzeugsteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 26.9.2002 (BGBl. I, S. 3818), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 6.6.2017 (BGBl. I, S. 1491).

⁶ Gesetz zur Änderung des Zweiten Verkehrsteueränderungsgesetzes v. 6.6.2017 (BGBl. I, S. 1493).

⁷ Allgemein zum Vertragsverletzungsverfahren z.B. *Classen*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 8. Aufl. 2018, § 13 Rn. 29 ff.

⁸ Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts *Wahl* v. 6.2.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:99, Rn. 4 und *Hobe*, Europarecht, 9. Aufl. 2017, § 11 Rn. 541.

⁹ Diese wurde vom Königreich der Niederlande als Streit-
helferin unterstützt.

1. Erster Klagegrund: Verstoß gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV wegen der kombinierten Wirkung der Belastung durch die Infrastrukturabgabe und der steuerlichen Entlastung

Zunächst und vor allem war die Frage zu beantworten, ob die konkrete Ausgestaltung der PKW-Maut mit der zwar für alle unterschiedslos geltenden Pflicht zur Zahlung einer Infrastrukturabgabe, aber mit der nur für inländische Halter vorgesehenen Möglichkeit, diese Kosten über eine entsprechende Senkung der Kraftfahrzeugsteuer zurückzuerhalten, eine verbotene mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit gemäß Art. 18 AEUV darstellte. Denn faktisch – und dies stand außer Streit – würden durch die beschlossenen Gesetzesmaßnahmen nur die Halter und Fahrer von nicht in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen belastet. Zwar war die Staatsangehörigkeit nicht das unmittelbare Unterscheidungskriterium, aber typischerweise sind die Halter von im Inland zugelassenen Fahrzeugen auch deutsche Staatsangehörige, sodass eine mittelbare Diskriminierung in Rede stand.¹⁰

Fraglich und umstritten war aber insbesondere, ob beide Maßnahmen – Einführung einer Infrastrukturabgabe einerseits und Steuerentlastung andererseits – überhaupt kumuliert betrachtet werden dürfen. Dies hatte der Generalanwalt noch entschieden abgelehnt und daher bereits aus grundsätzlichen Erwägungen das Vorliegen einer Diskriminierung verneint.¹¹ Gegen eine Einbeziehung der Senkung der Kraftfahrzeugsteuer in die Frage nach dem Vorliegen einer möglicherweise

¹⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 51.

¹¹ Siehe dazu die Schlussanträge des Generalanwalts Wahl v. 6.2.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:99, Rn. 48 ff.: „Die von der österreichischen Regierung vorgebrachten Argumente bezüglich einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung sind [...] in methodischer Hinsicht fehlerhaft. Zunächst ist die von der österreichischen Regierung gewählte *Vergleichsgröße* nicht geeignet. Halter inländischer Fahrzeuge sind sowohl Nutzer deutscher Straßen (und unterliegen somit der Infrastrukturabgabe) als auch deutsche Steuerzahler (da sie der Kraftfahrzeugsteuer unterliegen). Hingegen handelt es sich bei den Fahrern ausländischer Fahrzeuge um Steuerzahler anderer Mitgliedstaaten: Sie können als solche anderen Steuern oder Abgaben in ihrem jeweiligen Wohnsitzland unterliegen, aber sie werden niemals verpflichtet sein, deutsche Kraftfahrzeugsteuer zu zahlen. Daher sind die Halter inländischer Fahrzeuge und die Fahrer ausländischer Fahrzeuge im Hinblick auf die Benutzung der deutschen Autobahnen vergleichbar, aber sie sind nicht vergleichbar, wenn man sie im Licht beider Maßnahmen prüft, d.h., wenn man sie sowohl als Benutzer deutscher Autobahnen als auch als Steuerzahler betrachtet. Aus diesem Grund ist das Vorbringen der österreichischen Regierung widersprüchlich: Einerseits besteht sie darauf, dass die beiden Maßnahmen zusammen geprüft werden müssten, andererseits schaut sie bei der Ermittlung der Vergleichsgröße lediglich auf die Vergleichbarkeit der beiden Gruppen im Hinblick auf die Benutzung der deutschen Autobahnen durch diese.“ (*Hervorhebungen im Original*).

verbotenen Diskriminierung sprach insbesondere, dass es der Bundesrepublik Deutschland unbenommen ist, die Kraftfahrzeugsteuer gänzlich aufzuheben.¹² Der Europäische Gerichtshof bejaht allerdings einen hinreichenden engen Zusammenhang zwischen der Einführung der Infrastrukturabgabe und der beabsichtigten Senkung der Kraftfahrzeugsteuer: Beide Gesetze wurden am selben Tag beschlossen, die Steuersenkung entspreche dem Betrag der Infrastrukturabgabe und vor allem werde die Steuerentlastung erst mit dem Tag wirksam, ab welchem die Infrastrukturabgabe tatsächlich erhoben werde.¹³ Sodann stellt der Europäische Gerichtshof im Anschluss folgerichtig eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit fest und meint:

„Somit ergibt sich die festgestellte Ungleichbehandlung zum Nachteil der Halter und Fahrer von in anderen Mitgliedstaaten als Deutschland zugelassenen Fahrzeugen aus dem Umstand, dass die Halter von in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen aufgrund der Steuerentlastung, die ihnen zugutekommt, *de facto* nicht der wirtschaftlichen Belastung unterliegen, die die Infrastrukturabgabe bedeutet.“¹⁴

Eine festgestellte mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit kann dann gerechtfertigt werden, wenn sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit unabhängigen Erwägungen beruht und verhältnismäßig ist.¹⁵ Die beklagte Bundesrepublik Deutschland berief sich insbesondere auf einen Lastenausgleich zwischen deutschen Nutzern und ausländischen Nutzern zur Wahrung der Kohärenz des Steuersystems und auf eine Systemänderung hinsichtlich der Finanzierung der Verkehrsinfrastruktur. Dies weist der Europäische Gerichtshof allerdings mit dem Argument zurück, dass es keinesfalls zu einem Übergang von einem Finanzierungssystem aus allgemeinen Steuermitteln zu einem „Verursacher-“ respektive „Benutzerprinzip“ gekommen sei, weil inländische Halter unabhängig davon, ob sie tatsächlich eine Bundesautobahn befahren, eine Jahresvignette erwerben müssen – in Wahrheit gelte für im Inland zugelassene Fahrzeuge also weiterhin das Steuerfinanzierungsprinzip.¹⁶

Insgesamt stimmte der Europäische Gerichtshof also der ersten Rüge Österreichs zu und konstatierte insoweit eine Vertragsverletzung.

2. Zweiter Klagegrund: Verstoß gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV wegen der Ausgestaltung und des Vollzugs der Infrastrukturabgabe

Auch der zweite Klagegrund behandelt einen möglichen Verstoß gegen Art. 18 AEUV – hier rügte die Republik Österreich eine Verletzung des allgemeinen Diskriminierungs-

¹² Vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts Wahl v. 6.2.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:99, Rn. 65.

¹³ EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 44.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 52 (*Hervorhebungen im Original*).

¹⁵ EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 73.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 68 f. und 76 f.

verbots durch die verfahrensmäßige Ausgestaltung der PKW-Maut. Insbesondere störte sich Österreich an der Bestimmung des § 11 Abs. 7 InfrAG, nach welchem eine Sicherheitsleistung von ausländischen Fahrern verlangt werden könne, wenn die Erfüllung der Leistungspflicht hinsichtlich der Infrastrukturabgabe fraglich erscheine. Für diese unterschiedliche Behandlung erkannte der Europäische Gerichtshof allerdings eine Rechtfertigung in der besonderen Schwierigkeit der Eintreibung von offenen Forderungen, wenn ausländische Fahrer das Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland verlassen haben;¹⁷ die getroffene Regelung sei im Übrigen auch verhältnismäßig ausgestaltet.¹⁸ Der zweite Klagegrund Österreichs war damit nicht erfolgreich.

3. Dritter Klagegrund: Verstoß gegen Grundfreiheiten

Mit der dritten Rüge machte die Republik Österreich geltend, dass durch die Ausgestaltung der deutschen Infrastrukturabgabe für Personenkraftwagen die Grundsätze des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs verletzt würden.

a) Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 34 AEUV¹⁹

In Bestätigung der Dassonville-Formel²⁰ hält der Gerichtshof fest, dass eine verbotene Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne des Art. 34 AEUV dann vorläge, wenn eine Maßnahme geeignet ist, den innerunionalen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.²¹ Daneben darf unter keinen Umständen der Marktzugang behindert werden.²² Im Wege der Möglichkeit einer kumulierten Betrachtung der Pflicht zur Leistung einer Infrastrukturabgabe und der Entlastung bei der Kfz-Steuer konstatiert der Europäische Gerichtshof, dass Waren, die mit im Ausland zugelassenen Personenkraftwagen transportiert werden eine ungünstigere Behandlung erfahren, als Waren, die mit in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen befördert werden.²³ Die in Rede stehenden nationalen Maßnahmen sind geeignet, „den Zugang von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten zum deutschen Markt zu behindern. Die Infrastrukturabgabe, der tatsächlich nur die Fahrzeuge unterliegen, die diese Erzeugnisse befördern, ist nämlich geeignet, die Transportkosten und damit auch die Preise dieser Erzeugnisse zu erhöhen, und beeinträchtigt damit deren Wettbewerbsfähigkeit.“²⁴

Es handele sich nicht um eine bloße Verkaufsmodalität²⁵ und die sich ergebenden Folgen seien – entgegen den Ausführungen in den Schlussanträgen des Generalanwalts – auch nicht zu ungewiss und mittelbar.²⁶ Da ein rechtfertigender Grund für die Beschränkung nicht ersichtlich sei, verstoße die PKW-Maut gegen die Warenverkehrsfreiheit des Art. 34 AEUV.²⁷

b) Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV²⁸

In Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV heißt es, dass dem Verbot alle nationalen Maßnahmen unterlägen, die die Ausübung dieser Grundfreiheit verbieten, behindern oder weniger attraktiv machen.²⁹ Wenn allerdings Maßnahmen einzig zusätzliche Kosten für eine Leistung verursachen, ist der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit nicht betroffen.³⁰ So läge der Fall hier aber nicht, sondern die Ausgestaltung der deutschen PKW-Maut ist geeignet, „den Zugang von aus einem anderen Mitgliedstaat als Deutschland stammenden Dienstleistungserbringern und -empfängern zum deutschen Markt zu behindern. Die Infrastrukturabgabe kann nämlich aufgrund der Steuerentlastung bei der Kraftfahrzeugsteuer, die Teil der streitigen nationalen Maßnahmen ist, entweder die Kosten der Dienstleistungen erhöhen, die von diesen Dienstleistern in Deutschland erbracht werden, oder die Kosten erhöhen, die sich für diese Dienstleistungsempfänger daraus ergeben, dass sie sich in diesen Mitgliedstaat begeben, um dort eine Dienstleistung in Anspruch zu nehmen.“³¹

Da auch bezüglich der Dienstleistungsfreiheit keine Rechtfertigungsgründe geltend gemacht wurden, ist auch diese Grundfreiheit verletzt.³² Die dritte Rüge hinsichtlich einer Verletzung der Grundfreiheiten des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs war damit ebenfalls erfolgreich.

4. Vierter Klagegrund: Verstoß gegen die „Stillhalteverpflichtung“ des Art. 92 AEUV

Der vierte Klagegrund betrifft die eher unbekannt – und im Pflichtfachstoff auch sicher nicht vorausgesetzte – Vorschrift des Art. 92 AEUV. Hiernach darf ein Mitgliedstaat bis zum Erlass der in Art. 91 Abs. 1 AEUV genannten Vorschriften, keine Normen erlassen, die in ihren unmittelbaren und mittel-

¹⁷ EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 101.

¹⁸ Siehe dazu EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 105 ff.

¹⁹ Siehe allgemein dazu *Herdegen*, Europarecht, 20. Aufl. 2018, § 15 und *Hobe* (Fn. 8), § 15 Rn. 725 ff.

²⁰ EuGH, Urt. v. 11.7.1974 – Rs. C-8/74, Slg. 1974, 837 (852 Rn. 5).

²¹ EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 120.

²² EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 121.

²³ EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 126.

²⁴ EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 127.

²⁵ EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 128 f.

²⁶ EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 130 ff.

²⁷ EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 133 f.

²⁸ Siehe allgemein dazu *Herdegen* (Fn. 19), § 17 und *Hobe* (Fn. 8), § 18 Rn. 871 ff.

²⁹ EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 136.

³⁰ EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 137.

³¹ EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 144.

³² EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 148 f.

baren Auswirkungen auf die Verkehrsunternehmer anderer Mitgliedstaaten im Vergleich zu inländischen Verkehrsunternehmen ungünstiger ausgestaltet sind. Während der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen einen Verstoß gegen diese Vorschrift durch die deutsche PKW-Maut noch ablehnte,³³ bejahte der Europäische Gerichtshof auch einen solchen, weil für den Leichtverkehr bis zu 3,5 t noch keine harmonisierende Regelung im Sinne des Art. 91 Abs. 1 AEUV getroffen wurde und faktisch allein ausländische Verkehrsunternehmer die Infrastrukturabgabe zahlen müssten.³⁴

IV. Bewertung und Hinweise für die Prüfungspraxis

Der springende und entscheidende Punkt in der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der von der Bundesrepublik Deutschland eingeführten PKW-Maut war die Frage, ob die Einführung einer Infrastrukturabgabe einerseits und die gleichzeitige Senkung des Kraftfahrzeugsteuersatzes andererseits als einheitliches Ganzes gewürdigt werden kann. Dies lässt sich mit guten Argumenten entweder bejahen oder bestreiten und eröffnet dem Kandidaten und der Kandidatin in der Prüfungssituation erheblichen Argumentationsspielraum.

Für die Rechtspraxis ist zu sagen, dass die politisch beabsichtigte Einführung einer PKW-Maut durchaus in unionsrechtskonformer Weise möglich gewesen wäre – selbst die klagende Republik Österreich gestand zu, dass ein Verstoß gegen Art. 18 AEUV und die Grundfreiheiten wohl dann ausgeschlossen gewesen wäre, wenn die Steuersenkung zu einem anderen Zeitpunkt und ohne ausdrückliche Verknüpfung mit der Einführung der Infrastrukturabgabe beschlossen worden wäre.³⁵ Insofern war die exakte Regelungs- und Verweisungstechnik des deutschen Gesetzgebers etwas unglücklich.

Ref. iur. Robert Pracht, Heidelberg

³³ Schlussanträge des Generalanwalts Wahl v. 6.2.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:99, Rn. 141 ff.

³⁴ EuGH, Urt. v. 18.6.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 160 ff.

³⁵ Vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts Wahl v. 6.2.2019 – Rs. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:99, Rn. 67.

Entscheidungsanmerkung

Täterschaft und Teilnahme durch passives Verhalten

1. Allein der Umstand, dass der bzw. die womöglich passiv gebliebene Angeklagte das Vorgehen des anderen beobachtete, innerlich billigte und hiergegen nichts unternahm, lässt keinen rechtlich tragfähigen Rückschluss auf einen in diesem Zeitpunkt konkludent gefassten gemeinsamen Tatentschluss und damit auf (sukzessive) Mittäterschaft zu.

2. Eine nach dem Sachverhalt grundsätzlich denkbare „psychische“ Beihilfe durch den unter Umständen „passiven“ Angeklagten würde voraussetzen, dass dieser die Tat objektiv gefördert oder erleichtert hat und dies dem Gehilfen bewusst war; zum Beleg bedürfte es genauer Feststellungen, insbesondere zur objektiv fördernden Funktion der Handlung sowie zur entsprechenden Willensrichtung des Gehilfen.

(Leitsätze der Verf.)

StGB §§ 13 Abs. 1, 27 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1

BGH, Beschl. v. 5.6.2019 – 5 StR 181/19¹

I. Sachverhalt

A und B wollen den vierjährigen, an einer Behinderung leidenden Sohn der A in der Duschwanne der gemeinsamen Wohnung baden. Einer der beiden steckt den Stöpsel in den Abfluss und lässt mindestens einige Zentimeter sehr heißes Wasser ein. A oder B ergreift das Kind unter den Armen und Kniekehlen, so dass das Gesäß des Kindes nach unten durchhängt und taucht es dann mit dem Gesäß zuerst in das mindestens 50 °C heiße Wasser. Obwohl das Kind sofort schreit, wird es mit Billigung des jeweils anderen weiter abgesenkt. Hierdurch erleidet das Kind schwere Verbrühungen am Gesäß, den Oberschenkeln und im Bereich des unteren Rückens. Am Nachmittag des Folgetages bringt B das Kind wegen eines geschwollenen Handgelenks ins Krankenhaus. Die Verbrühungen offenbart er dabei nicht. Diese werden erst bei der weiteren Untersuchung des Kindes entdeckt. Das Kind muss aufgrund der Verbrühungen mehrere Wochen lang stationär behandelt werden. Nachträglich ist nicht feststellbar, ob A oder B das Kind in das heiße Wasser setzte, wie lange sich das Kind darin befand und wie heiß genau das Wasser war.

II. Einführung in die Problematik

Der hiesige, vordergründig unscheinbar daher kommende Beschluss birgt bei genauerem Hinsehen eine Vielzahl examensrelevanter Probleme.

Ziel des Strafverfahrens ist es, eine auf der Wahrheit beruhende gerechte gerichtliche Entscheidung herbeizuführen.² Dadurch sollen der staatliche Strafanspruch verwirklicht und der Rechtsfrieden erhalten werden.³ In der Praxis – wie auch in der vorliegenden Konstellation – ist die zweifelsfreie Feststellung des Tathergangs aber nicht immer möglich. In diesem Fall ist die für den Täter unter strafrechtlichen Gesichtspunkten jeweils günstigste Sachverhaltskonstellation zugrunde zu legen.⁴ Das bedeutet für die vorliegende Entscheidung, dass für jeden Angeklagten anzunehmen ist, dass der jeweils andere das Kind in die Badewanne gesetzt hat. Daher geht es hier nur noch um die Frage, wie das rein passive Verhalten strafrechtlich zu bewerten ist. Denn jedenfalls dieses passive Verhalten kann für jeden der beiden Angeklagten angenommen werden. Strafrechtlich könnte das passive Verhalten ein mittäterschaftliches Verhalten, ein strafbares Unterlassen oder eine psychische Beihilfe darstellen.

I. Mittäterschaft

Das rein passive Verhalten könnte eine mittäterschaftliche Begehung nach § 25 Abs. 2 StGB in Form der sukzessiven Mittäterschaft begründen. Mittäterschaft zeichnet sich dadurch aus, dass mehrere Täter aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses arbeitsteilige zusammenwirken.⁵ Daraus ergibt sich folgendes Aufbauschema:

- | |
|----------------------------------------|
| I. Tatbestand |
| 1. Objektiver Tatbestand |
| a) Erfolg |
| b) Kausalität und objektive Zurechnung |
| c) Täterschaft |
| aa) Gemeinsamer Tatplan |
| bb) Wesentlicher Tatbeitrag |
| 2. Subjektiver Tatbestand |
| II. Rechtswidrigkeit |
| III. Schuld |

Die Rechtsprechung grenzt seit jeher Täterschaft und Teilnahme nach subjektiven Kriterien ab. Bereits das RG stellte auf den Täterwillen einer Person ab. Danach war Täter, wer die Tat als eigene und nicht nur als fremde wolle.⁶ Dabei hat der BGH über Jahrzehnte an der vom RG etablierten „Animus-Theorie“ festgehalten.⁷ Allerdings bedient sich der BGH

² BVerfG NStZ 1987, 419; Rüping/Dornseifer, JZ 1977, 417; Weigend, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989, S. 177.

³ Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 62. Aufl. 2019, Einl. Rn. 4.

⁴ Kudlich, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2014, Einl. Rn. 202.

⁵ Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 25 ff. Rn. 77; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 20 Rn. 99; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 189; Seher, JuS 2009, 304; Rönnau, JuS 2014, 109 (111).

⁶ RGSt 74, 84 (85).

⁷ Joecks, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 25 Rn. 20.

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NStZ-RR 2019, 271, veröffentlicht in BeckRS 2019, 14981 und abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=8a63084f088a8836b48579eb8599d9fb&nr=97607&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> (27.9.2019).

heute zur Bestimmung der Mittäterschaft nicht mehr nur subjektiver, sondern auch objektiver Kriterien und verwendet eine „normative Kombinationstheorie“⁸. Dabei muss jeder Täter seinen eigenen Tatbeitrag als Teil der Tätigkeit des jeweils anderen verstehen und umgekehrt die Tätigkeit des anderen als Ergänzung des eigenen Tatanteils wollen. Entscheidend seien die Umstände des Einzelfalls sowie der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft.⁹

Mit dem Rückgriff auf den Willen zur Tatherrschaft rückt der BGH näher an die von der h.L. vertretene „Tatherrschaftslehre“ heran. Den Ausgangspunkt dafür bildete bereits *Lobe*¹⁰, der neben dem Willen, die Tat als eigene zu begehen, forderte, dass die Tat unter der Herrschaft dieses Willens ausgeführt werde und der Täter auf diese Weise die zur Verwirklichung der Tat dienliche Ausführungshandlung beherrsche und lenke. Daran anknüpfend bestimmt sich nach *Roxin*¹¹ die Tatherrschaft des Mittäters nach seiner Funktion bei der Ausführung der Tat. Grundsätzlich übernimmt der Mittäter eine Aufgabe, die für die Verwirklichung des Tatplans wesentlich ist und ihm dadurch die Beherrschung des Gesamtgeschehens ermöglicht. Allerdings muss der Mittäter, in Abgrenzung zur Alleintäterschaft, nicht die letzte Entscheidung bezüglich aller Tatbestandsmerkmale fällen.¹² Voraussetzung für die Mittäterschaft ist, dass ein gemeinsamer Tatplan gegeben ist und jeder Mittäter einen wesentlichen Tatbeitrag leistet.

a) Gemeinsamer Tatplan

§ 25 Abs. 2 StGB fordert, dass die Tat „gemeinschaftlich“ begangen wird, was eine Willensübereinstimmung der Mittäter voraussetzt. Der gemeinsame Tatplan erfordert nach h.M. das gegenseitige, auf gemeinsamen Willen beruhende Einverständnis, eine bestimmte Tat als gleichberechtigte Partner durch gemeinsames, arbeitsteiliges Handeln zu begehen.¹³ Auch kann die Einigung zwischen den Mittätern erst bei oder nach Tatbeginn erfolgen.¹⁴ Es bedarf überdies keiner aus-

drücklichen Vereinbarung, vielmehr genügt ein konkludentes Einigsein.¹⁵

b) Wesentlicher Tatbeitrag

Weiterhin muss der Mittäter einen wesentlichen Tatbeitrag geleistet haben.¹⁶ Diese „Wesentlichkeit“ ist gegeben, wenn ein Beitrag den Tatablauf beeinflusst und dadurch eine durchgängige Abhängigkeit der Beteiligten untereinander begründet. Dies ist grundsätzlich der Fall, wenn dem Beitrag aufgrund des Tatplanes eine so bedeutsame Funktion zukommt, dass mit seinem Wegfall die Gesamttat nicht durchführbar oder wenigstens gefährdet ist.¹⁷ Ob der Tatbeitrag wesentlich ist, wird nicht aus einer ex-post-Perspektive beurteilt. Entscheidend ist vielmehr, ob der Tatbeitrag aus der ex-ante-Sicht der Tatplanung einen wesentlichen Beitrag darstellte.¹⁸ Da die Einigung zwischen den Mittätern auch noch nach Versuchsbeginn erfolgen und konkludent getroffen werden kann, ist eine *sukzessive Mittäterschaft*, in Form des nachträglichen Eintritts in die durch einen anderen bereits begonnene Delikttausführung, möglich.¹⁹ Nach ständiger Rechtsprechung muss dem Hinzutretenden jedoch die Förderung der Tat noch möglich sein. Ausreichend ist demnach ein Tatbeitrag im Beendigungsstadium.²⁰ Kann der Hinzutretende die Tat aber gar nicht mehr fördern, da der Andere bereits alles getan hat, um den tatbestandsmäßigen Erfolg selbst herbeizuführen und hat sein Tun keinen Einfluss mehr auf das Gesamtgeschehen, kommt eine Mittäterschaft des Hinzutretenden trotz Kenntnis, Billigung und Ausnutzung der durch den Anderen geschaffenen Lage nicht in Betracht.²¹

2. Unterlassen

Das passive Verhalten könnte aber auch eine Strafbarkeit durch Unterlassen nach § 13 Abs. 1 StGB begründen.²²

a) Nichtvornahme der Rettungshandlung trotz Handlungsfähigkeit

Der objektive Tatbestand verlangt zunächst den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges eines im Besonderen Teil kodifizierten Tatbestandes. Daran anschließend ist nach einer

⁸ Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 25 Rn. 6; Joecks (Fn. 7), § 25 Rn. 24.

⁹ BGH StV 1981, 275 (276); BGH NStZ 2003, 253 (254); BGH wistra 2003, 426 (428); BGH NStZ-RR 2009, 10; BGH StraFo 2012, 194 (195).

¹⁰ Lobe, in: Ebermayer/Lobe/Rosenberg, Reichs-Strafgesetzbuch nach seinen Abänderungen durch die neueste Gesetzgebung, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 1933, Einführung, S. 123.

¹¹ Roxin (Fn. 5), § 25 Rn. 188.

¹² Hoyer (Fn. 8), Vor § 25 Rn. 13.

¹³ RGSt 58, 279; BGHSt 6, 248 (249); Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 25 Rn. 33; Schild, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 25 Rn. 128.

¹⁴ Roxin (Fn. 5), § 25 Rn. 192.

¹⁵ BGHSt 37, 289 (292); BGH NStZ-RR 2011, 200.

¹⁶ BGH NStZ-RR 2002, 74 (75); BGH NStZ 2008, 273 (275).

¹⁷ Hoyer (Fn. 8), Vor § 25 Rn. 109; Schönemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 156; Roxin (Fn. 5), § 25 Rn. 188.

¹⁸ Joecks (Fn. 7), § 25 Rn. 223; Roxin (Fn. 5), § 25 Rn. 212.

¹⁹ BGHSt 2, 344 (345); BGH GA 1969, 214; 1989, 229; kritisch zu den Voraussetzungen der sukzessiven Beihilfe *Murmann*, ZJS 2008, 456.

²⁰ BGHSt 2, 344 (345); 3, 40 (43f.); BGH NStZ-RR 1997, 319; kritisch *Kühl* (Fn. 5), § 20 Rn. 127; Schönemann (Fn. 17), § 27 Rn. 42; Brüning, NStZ 2006, 253 (254).

²¹ BGHSt 2, 344 (346); BGH NStZ 1998, 565 (565 f.); BGH BeckRS 2014, 16935; BGH StV 2017, 443.

²² Zum Aufbau des Unterlassungsdelikts bereits Brüning, ZJS 2012, 691.

Handlung zu suchen, die diesen Erfolg verhindert hätte. Dabei ist zu prüfen, ob dem Täter die Vornahme dieser Handlung auch möglich war.²³ Die faktische Unmöglichkeit der Vornahme der gebotenen Rettungshandlung steht dabei der rechtlichen Unmöglichkeit gleich.²⁴ War der Täter nicht in der Lage, die gebotene Rettungshandlung zu realisieren, so ist nach einer anderen Handlungsmöglichkeit zu suchen, die der Täter hätte vornehmen können, aber gleichwohl nicht vorgenommen hat. Die Handlungsmöglichkeit bestimmt sich dabei nach der physisch-realen Lage, in der sich der Täter ex ante bei Nichtvornahme der gebotenen Handlung befindet.²⁵ Die Handlungspflicht wird hierbei durch die individuellen Fähigkeiten und Möglichkeiten des Täters begrenzt.²⁶

b) Garantenpflicht

Das Unterlassen einer Erfolgsabwendung hat nur dann die gleiche Unrechtsqualität wie das aktive Verursachen eines Erfolges, wenn der Täter im Sinne des § 13 StGB „rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt“. Das bedeutet, der Täter muss eine Garantenstellung innehaben, aus der eine Rettungspflicht, d.h. eine Garantenpflicht, resultiert. Der Umfang der Rettungspflicht kann bei den unterschiedlichen Garantenstellungen divergieren.²⁷ Im vorliegenden Fall könnte eine Beschützergarantenstellung aus familiärer Verbundenheit vorliegen.²⁸ Eine Garantenstellung steht für den leiblichen Elternteil, in dessen Obhut das Kind sich befindet, außer Frage.²⁹ Ist allerdings nur ein Elternteil berechtigt, die elterliche Sorge auszuüben, so ist auch nur dieser Elternteil Garant.³⁰ Für den nichtsorgeberechtigten Teil, wie den Lebensgefährten der Mutter bzw. der Lebensgefährtin des Vaters, kann sich eine solche Beschützergarantenstellung hingegen nur aus dem Gedanken der gegenseitigen Hilfszusage innerhalb der Lebensgemeinschaft ergeben.³¹

Hierbei handelt es sich um den Sonderfall der Verantwortlichkeit kraft Übernahme, wobei der Täter den Schutz bestimmter Rechtsgüter gegenüber dem Gefährdeten oder gegenüber einem Dritten zugunsten des Gefährdeten übernimmt.³² Die gegenseitige Hilfszusage kann je nach Zuschnitt des Zusammenschlusses der Personen auch stillschweigend

angenommen werden.³³ Allerdings muss sich in diesem Fall die Zusage, bei Gefahr einander Beistand zu leisten, aus dem Gesamtverhalten der Beteiligten ableiten lassen.³⁴

c) Unterlassen neben Begehungstäterschaft

Fraglich ist darüber hinaus, wie der Umstand zu bewerten ist, dass neben dem unterlassenden Täter eine weitere Person die Tat als Begehungstäter verwirklicht hat.

Die Rechtsprechung ist der Ansicht, dass die Abgrenzung wie bei der aktiven Begehung und daher nach dem Vorliegen von Täter- oder Teilnehmerwillen zu treffen ist. Wer die Tat als eigene will, ist Täter, wer sie als fremde will, ist Teilnehmer.³⁵

Das Schrifttum bemüht unterschiedliche Aspekte. Teilweise wird auf Kriterien der Tatherrschaftslehre zurückgegriffen. Hat der Garant selbst die Macht, den Erfolg abzuwenden, ist er Täter.³⁶

Einige wollen den Unterlassenden, der an einem Begehungsdelikt teilnimmt, immer als Gehilfen einordnen,³⁷ andere wegen der ihm obliegenden Garantenpflicht immer als Täter ansehen.³⁸

Schließlich wird nach der Art der Garantenstellung differenziert.³⁹ Der Beschützergarant sei stets Täter, da er das Rechtsgut vor jedem Schaden bewahren müsse, der Überwachungsgarant hingegen nur Teilnehmer, weil er lediglich für bestimmte Gefahrenquellen verantwortlich sei.⁴⁰

3. Psychische Beihilfe

Das passive Verhalten könnte allerdings auch eine – psychische – Beihilfe nach § 27 Abs. 1 StGB zur gefährlichen Körperverletzung darstellen.⁴¹ Als Tathandlung verlangt § 27 StGB ein einfaches „Hilfeleisten“. Hierbei besteht Einigkeit darüber, dass keine besonderen Anforderungen an die Beihilfehandlung zu stellen sind.⁴²

²³ Gaede, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 13), § 13 Rn. 12.

²⁴ Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015, § 11 Rn. 103; a.A. Roxin (Fn. 5), § 31 Rn. 14.

²⁵ Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 59 II. 2.

²⁶ BGHSt 4, 20 (24); Weigend, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 17), § 13 Rn. 65.

²⁷ Vgl. dazu etwa Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 13 Rn. 7 ff.; Weigend (Fn. 26), § 13 Rn. 24; Brüning, ZJS 2012, 691 (693).

²⁸ Ausführlich bereits Brüning, ZJS 2012, 691 (693).

²⁹ BGHSt 7, 268 (272); BGH NSTZ 1983, 454; BGH NSTZ 1999, 607; BGH NSTZ 2004, 94 (95).

³⁰ Weigend (Fn. 26), § 13 Rn. 26.

³¹ Roxin (Fn. 5), § 32 Rn. 55 f.; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 29/70.

³² Bosch (Fn. 27), § 13 Rn. 26; Joecks (Fn. 7), § 13 Rn. 173.

³³ Freund, in: Joecks/Miebach (Fn. 7), § 13 Rn. 174.

³⁴ Weigend (Fn. 26), § 13 Rn. 38.

³⁵ BGHSt 2, 150 (151); 4, 20 (21); 13, 162 (166); 48, 77 (91); BGH StV 1986, 59 (60); BGH NJW 1992, 1247; BGH NSTZ 2009, 321 (322).

³⁶ Joecks/Jäger, Studienkommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 2018, § 13 Rn. 84; Weigend (Fn. 26), § 13 Rn. 94; Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, Rn. 1214.

³⁷ Kühl (Fn. 5), § 27 Rn. 5; Jescheck/Weigend (Fn. 25), § 64 III. 5.

³⁸ Hoyer (Fn. 8), Vor § 25 Rn. 149; Roxin (Fn. 5), § 31 Rn. 140; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 14 Rn. 13.

³⁹ Heine/Weißer (Fn. 5), Vor §§ 25 ff. Rn. 95 ff.; Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 82 ff.

⁴⁰ Heine/Weißer (Fn. 5), Vor §§ 25 ff. Rn. 95 ff.

⁴¹ Zum Aufbau der Beihilfe bereits Brüning, ZJS 2018, 285 (288).

⁴² Heine/Weißer (Fn. 5), § 27 Rn. 1; Schünemann (Fn. 17), § 27 Rn. 1.

a) Hilfeleisten

In Bezug auf die in Betracht kommenden Mittel der Hilfeleistung wird zwischen physischer und psychischer Beihilfe unterschieden.⁴³ Unter *physischer Beihilfe* wird die *Beihilfe durch Tat* verstanden, d.h. hierbei handelt es sich um Mittel, die sich unmittelbar auf den äußeren Ablauf der Tat auswirken.⁴⁴ Die zweite Form der Beihilfehandlung – die *psychische Beihilfe* – zeichnet sich dadurch aus, dass sie nur über die Psyche des Haupttäters wirksam wird. Innerhalb der psychisch vermittelten Tatbeiträge ist wiederum zwischen der kognitiven Beihilfe durch technischen Rat und der voluntativen Beihilfe durch Bestärkung des Tatentschlusses zu unterscheiden.⁴⁵ Im Rahmen dieser voluntativen Beihilfe genügt es, wenn der Gehilfe lediglich bestärkend auf den bereits unbedingt zur Haupttat entschlossenen Täter einwirkt.⁴⁶ Allerdings besteht Einigkeit darüber, dass die bloße Anwesenheit am Tatort in Kenntnis und Billigung einer Straftat selbst nicht ausreicht, um eine Beihilfe im Sinne eines aktiven Tuns zu begründen.⁴⁷

b) Verknüpfung zwischen Hilfeleistung und Haupttat

Über die Frage, welche Anforderungen an die Verknüpfung zwischen Beihilfehandlung und Haupttat zu stellen sind, wird in Rechtsprechung und Literatur gestritten.

Die überwiegende Ansicht im Schrifttum verlangt, dass zwischen Gehilfenhandlung und Haupttat Kausalität im Sinne der Äquivalenztheorie vorliegt. Ausreichend sei dabei eine Mitursächlichkeit dergestalt, dass der Tatbeitrag des Gehilfen die in der Haupttat liegende Rechtsgutsverletzung ermöglicht oder verstärkt hat. Man spricht von sog. Zufluss- oder Verstärkungskausalität.⁴⁸

Die Rechtsprechung verlangt hingegen, dass die Beihilfehandlung die Herbeiführung des Taterfolges durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert, ohne dass sie für den Erfolg selbst ursächlich sein muss.⁴⁹

Es ließe sich die These vertreten, dass sich die Ansichten faktisch nicht unterscheiden.⁵⁰ Denn wenn die Rechtsprechung eine Förderung verlangt, so setzt dies notwendigerweise eine Mitursächlichkeit des Gehilfenbeitrags voraus.⁵¹

⁴³ Schild (Fn. 13), § 27 Rn. 9; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 45 Rn. 84; Heinrich (Fn. 36), Rn. 1322.

⁴⁴ Joecks (Fn. 7), § 27 Rn. 6; Kühl (Fn. 5), § 20 Rn. 224.

⁴⁵ Hoyer (Fn. 8), § 27 Rn. 11.

⁴⁶ Schild (Fn. 13), § 27 Rn. 9; Roxin (Fn. 5), § 26 Rn. 197.

⁴⁷ BGH NStZ 1996, 563 (564); BGH NStZ 1998, 622; BGH NStZ 2002, 139; OLG Düsseldorf NStZ-RR 2005, 336; Joecks (Fn. 7), § 27 Rn. 12.

⁴⁸ Claß, in: Spindel (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag am 8. Mai 1966, 1966, S. 115 (125 f.); Roxin (Fn. 5), § 26 Rn. 185.

⁴⁹ RGSt 6, 169 (170); BGH NStZ 1983, 462; BGH NStZ 2007, 230 (232).

⁵⁰ Geppert, Jura 1999, 266 (268); Fischer (Fn. 13), § 27 Rn. 14b.

⁵¹ Fischer (Fn. 13), § 27 Rn. 14a; Roxin (Fn. 5), § 26 Rn. 187.

Wird auf die Feststellung der Kausalität verzichtet, so würde man die Kausalität durch ein Risikourteil ersetzen und die Beihilfe faktisch zum Gefährdungsdelikt degradiert und die Strafbarkeit zu weit ausgedehnt. Letztlich kreist der Streit um die Frage, wie stark die Anforderungen an die Kausalität zu stellen sind.⁵²

III. Die Entscheidung

Das Landgericht hat die Angeklagten (A und B) jeweils wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Die Revisionen der Angeklagten haben mit der Sachrüge Erfolg.

Zunächst befasst sich das Gericht mit den tatsächlichen Problemen des Falls.⁵³ Die Vorinstanz vermochte nicht festzustellen, welcher der beiden Angeklagten (A oder B) das Kind in das heiße Wasser setzte, wie lange sich das Kind darin befand und wie heiß genau das Wasser war. Zugunsten der Angeklagten (A und B) geht das Gericht davon aus, dass die Temperatur des Wassers zuvor nicht geprüft worden war. Ohne dies ausdrücklich zu erwähnen, geht der BGH davon aus, dass der bzw. die jeweils andere Person das Kind aktiv in das Badewasser gehalten hat.

Sodann widerspricht der BGH der von der Vorinstanz getroffenen Entscheidung für den untätig gebliebenen Angeklagten (A oder B) und verneint eine Strafbarkeit für ein mit-täterschaftliches Handeln, da für diesen bzw. diese weder ein vorab gefasster gemeinsamer Tatentschluss noch ein konkreter Tatbeitrag festgestellt worden sei. Da das LG die (gefährliche) Körperverletzung durch den handelnden Angeklagten mangels Überprüfung der Wassertemperatur erst im Zeitpunkt des Schreiens des Kindes als verwirklicht ansieht, kann nach Ansicht des Gerichts auch für den passiv gebliebenen Angeklagte nur auf diesen Zeitpunkt abgestellt werden. Der BGH verweist in diesem Zusammenhang für den passiven Angeklagten auf die Grundsätze der (sukzessiven) Mittäterschaft⁵⁴ und bezieht sich auf den Zeitpunkt, als der aktive Angeklagte das Kind trotz Schreiens weiter in das heiße Wasser absenkte. Eine sukzessive Mittäterschaft lehnt das Gericht im Ergebnis mit der Begründung ab, sie setze voraus, dass ein mindestens konkludent gefasster gemeinsamer Tatentschluss festgestellt werden müsse, der nicht allein daraus geschlussfolgert werden könne, dass der passive Angeklagte das Vorgehen des jeweils anderen beobachtet, innerlich gebilligt und hiergegen nichts unternommen habe.⁵⁵

Zu einer in Betracht kommenden Strafbarkeit des passiven Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen sei der Entscheidung der Vorinstanz nichts zu entnehmen. Dem passiven Angeklagten muss hier ein Einschreiten zumindest möglich gewesen sein. Diese Möglichkeit des Einschreitens verstehe sich dabei nicht von selbst.

⁵² Fischer (Fn. 13), § 27 Rn. 14b.

⁵³ BGH, Beschl. v. 5.6.2019 – 5 StR 181/19, Rn. 6 = BeckRS 2019, 14981.

⁵⁴ BGH StV 2017, 443.

⁵⁵ BGH, Beschl. v. 5.6.2019 – 5 StR 181/19, Rn. 8 = BeckRS 2019, 14981.

Hierzu müsse auf die Wassertemperatur und Einwirkdauer eingegangen werden, wobei nicht auszuschließen sei, dass die Tat so schnell erfolgt sei, dass der passive Angeklagte sie objektiv nicht hätte verhindern können.⁵⁶

Der BGH verweist das Urteil zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurück an die Vorinstanz.⁵⁷ Für die neue Verhandlung weist der BGH darauf hin, dass für den passiven Angeklagten prinzipiell eine „psychische“ Beihilfe in Betracht komme, wenn dieser die Tat des aktiv Handelnden objektiv gefördert oder erleichtert hat und dies dem Gehilfen bewusst war.⁵⁸ Ferner fordert der BGH Feststellungen „zur entsprechenden Willensrichtung des Gehilfen“.

Darüber hinaus sei vom neuen Tatgericht zu prüfen, ob sich die Angeklagten nicht einer zumindest versuchten Körperverletzung durch Unterlassen strafbar gemacht haben, weil sie nicht unverzüglich nach der Verbrühung des Kindes für dessen ärztliche Behandlung sorgten. Mit in den Blick zu nehmen sei dafür die Tatsache, dass der Angeklagte B dem Krankenhauspersonal die schweren Verbrühungen des Kindes nicht offenbarte.⁵⁹

IV. Bewertung der Entscheidung

Zu Recht wird die erstinstanzliche Entscheidung aufgehoben und zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

1. Mittäterschaft

Eine Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung in Mittäterschaft gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1 und 4, 25 Abs. 2 StGB lässt sich jedenfalls dann nicht begründen, wenn man davon ausgeht, dass das Wasser eine Temperatur von 60 °C aufwies und das Kind nur ganz kurz ins Wasser gehalten wurde. In dem Moment, in dem das Kind im Anschluss an das nur sekundlich dauernde Eintauchen in das Wasser wieder aus der Badewanne herausgenommen wurde, wäre die Tat beendet gewesen. Daher geht der BGH zu Recht davon aus, dass eine Mittäterschaft, auch eine sukzessive Mittäterschaft, ausscheidet, weil diese nach Beendigung der Tat nicht mehr möglich ist.

Über eine Strafbarkeit wegen einer (aktiv begangenen) gefährlichen Körperverletzung in Mittäterschaft könnte man nur dann nachdenken, wenn man davon ausginge, dass das schreiende Kind länger als eine Sekunde in dem heißen Wasser gebadet wurde. Denn ein gemeinsamer Tatentschluss muss gerade nicht „vorab“ gefasst werden. Ausreichend ist auch ein konkludentes Einigsein nach Beginn der Tatausführungen.

Auf der Grundlage der Ausführungen ist aber – anders als der BGH offenbar meint – ein solches konkludentes Einig-

sein nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Zustimmung verdient zwar die Annahme, dass man aus einer rein innerlich gebliebenen Billigung keinen rechtlich tragfähigen Rückschluss auf einen in diesem Zeitpunkt konkludent gefassten gemeinsamen Tatentschluss führen kann. Der BGH hält aber in seinen abschließenden Ausführungen eine psychische Beihilfe für denkbar. Eine psychische Beihilfe verlangt aber auch mehr als das bloße Einverständnis mit Gewalthandlungen und die Billigung einer bereits verwirklichten Tat. Dann aber schließt der BGH gerade nicht aus, dass mehr vorliegt, als eine rein innerlich gebliebene Billigung, so dass auch die Annahme eines Tatentschlusses nicht völlig ausgeschlossen erscheint. Dies aber ist eine Tatfrage, die das neue Tatgericht wird klären müssen.

Selbst wenn man aber einen gemeinsamen Tatentschluss annehmen könnte, stellte sich die Frage, ob ein reines passives „Danebenstehen“ oder ggf. aktives Bestärken des Verhaltens ausreicht, um die zweite Voraussetzung der Mittäterschaft, das Vorliegen eines wesentlichen Tatbeitrages, zu begründen. Auch dies ist letztlich eine Tatfrage. Es erscheint aber nicht von vornherein ausgeschlossen, dass ein wie auch immer gelagerter – vom BGH aber auch nicht ausgeschlossener – fördernder Tatbeitrag das heiße Baden dergestalt verlängert hat, dass dieser aus der ex-ante-Sicht der Tatplanung einen wesentlichen Beitrag darstellte.

2. Unterlassen

Die in der vorliegenden Entscheidung ausgeführten Gesichtspunkte zur Strafbarkeit durch Unterlassen sind hingegen nachvollziehbar.

Zunächst ist davon auszugehen, dass beide Tatbeteiligte eine Beschützergarantenstellung innehatten: die Mutter aufgrund familiärer Verbundenheit, der Lebensgefährte der Mutter kraft Übernahme.

Geht man von der für die Tatbeteiligten „günstigsten“ Sachverhaltskonstellation aus, und zwar, dass die Verbrennungen des Kindes nur durch das sekundliche Halten in das 60 °C heiße Wasser entstanden sind, so ist dem Gericht zuzustimmen, dass es in diesem Fall nicht möglich gewesen wäre, die Verbrennungen durch das heiße Wasser zu verhindern.

Zu Recht weist das Gericht jedoch darauf hin, dass zu prüfen ist, ob sich die Angeklagten aber einer – zumindest versuchten – gefährlichen Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1 und 4, 22, 23 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, weil sie nicht unverzüglich nach der Verletzung des Kindes für dessen ärztliche Behandlung gesorgt haben.

Zum allgemein gesicherten Erfahrungswissen zählt, dass schwere Verbrennungen starke Schmerzen verursachen und dass sie die Haut so sehr in Mitleidenschaft ziehen, dass diese unwiderruflich geschädigt wird.

Unabhängig davon, ob ein schnelles Eingreifen des passiven Tatbeteiligten das Ausmaß der Verletzungen an der Haut reduziert hätte, darf als gesichert angenommen werden, dass jede Art von eingeleiteten Hilfsmaßnahmen jedenfalls die Schmerzen des Kindes gelindert hätte. Nimmt man weiter an, dass auch die Aufrechterhaltung erheblicher Schmerzen eine körperliche Misshandlung im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB

⁵⁶ BGH, Beschl. v. 5.6.2019 – 5 StR 181/19, Rn. 9 = BeckRS 2019, 14981.

⁵⁷ BGH, Beschl. v. 5.6.2019 – 5 StR 181/19, Rn. 10 = BeckRS 2019, 14981.

⁵⁸ BGH, Beschl. v. 5.6.2019 – 5 StR 181/19, Rn. 12 = BeckRS 2019, 14981.

⁵⁹ BGH, Beschl. v. 5.6.2019 – 5 StR 181/19, Rn. 13 = BeckRS 2019, 14981.

begründet,⁶⁰ ist das unverzügliche Herbeirufen ärztlicher Hilfe die Handlung, die möglich und erforderlich gewesen wäre, um die Schmerzen zu lindern. Ferner ist anzunehmen, dass eine derart gravierende Wunde, deren Heilung einen mehrwöchigen stationären Krankenhausaufenthalt erforderte, besser und schneller verheilt wäre, wenn sie frühzeitig ärztlich versorgt worden wäre.

Spätestens als B das Kind ins Krankenhaus brachte, hätte er auf die Wunden hinweisen müssen, um eine schmerzlindernde und wundheilende Behandlung zu ermöglichen.

Nimmt man hingegen an, dass das Kind länger in das heiße Wasser gehalten wurde, hätte der passive Tatbeteiligte bereits die Möglichkeit gehabt, schwerere Verbrennungen zu verhindern, indem er oder sie das Kind aus dem Wasser genommen bzw. insoweit auf den aktiv handelnden Täter eingewirkt hätte. In diesem Fall hätte sich auch der passive Teil einer vollendeten gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1 und 4, 13 Abs. 1 StGB schuldig gemacht. Ob diese Möglichkeit bestand, ist eine Tatfrage und muss ggf. geklärt werden. In diesem Fall ginge es um das Verhindern weiterer Verbrühungen.

Dann müsste allerdings die Frage beantwortet werden, wie der Umstand zu bewerten ist, dass neben dem unterlassenden Täter eine weitere Person die Tat als Begehungstäter verwirklicht hat. Die von der Rechtsprechung vertretene subjektive Theorie geht davon aus, dass alle Ursachen eines Taterfolges, d.h. alle Tatbeiträge der Beteiligten, gleichwertig seien und demnach die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme nur im subjektiven Bereich festgestellt werden könne. Dabei ist aber nach neuerer Rechtsprechung der Wille zur Tatherrschaft ein Indiz für den Täterwillen.⁶¹ Wenn die Rechtsprechung aber annimmt, dass es einen Willen zur Tatherrschaft gibt, dann setzt dies voraus, dass es eine Tatherrschaft gibt, die wiederum objektiv festgestellt werden muss. Damit ist aber der Ausgangspunkt der subjektiven Theorie bereits verschlossen, wonach im objektiven Bereich keine Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme getroffen werden kann.

Folglich stellt sich die Frage, welche der in der Literatur vertretenen Ansichten am überzeugendsten ist. Weder der Wortlaut des § 13 StGB noch der des § 25 StGB kann dabei Aufschluss geben. Anders hingegen § 8 S. 1 StGB, wonach eine Tat zu der Zeit begangen ist, zu welcher der Täter oder der Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen. Daraus ergibt sich, dass das StGB die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme auch beim Unterlassungsdelikt zumindest vorgesehen hat. Dies spricht jedenfalls gegen die Ansichten, die Beteiligung durch Unterlassen pauschal immer als Täter bzw. als Teilnehmer einordnen wollen.⁶²

Aber auch eine Unterscheidung nach den Garantstellungen vermag nicht zu überzeugen. Hier ist zu berücksichti-

gen, dass man auch umgekehrt argumentieren kann als diese Ansicht es tut. Gerade weil der Beschützergarant das Rechtsguts rundum vor Schaden bewahren muss und diese Pflicht wesentlich schwerer zu erfüllen ist, verwirklicht er das geringere Unrecht, und zwar das Teilnehmerunrecht, wenn er diese Pflicht nicht erfüllt.⁶³

Damit verbleibt nur die Möglichkeit auf das Tatherrschaftskriterium abzustellen.⁶⁴ Insoweit ist aber auch einzuwenden, dass die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme faktisch auf positive Handlungen zugeschnitten ist und bei Unterlassungen keine Parallele findet.⁶⁵ Wer die Tat eines anderen nicht verhindert, „hilft“ dem anderen nicht im Sinne des § 27 StGB, sondern unterlässt nur die Abwendung des Deliktserfolgs.

Nimmt man an, dass die Tatherrschaft beim Unterlassungsdelikt immer vorliegt, wenn der Unterlassende die Tat hätte verhindern können, so wären die Voraussetzungen der Tatherrschaft immer gegeben. Denn eine Strafbarkeit nach § 13 StGB verlangt ja gerade, dass der Täter die Möglichkeit hat, den Erfolg zu verhindern.⁶⁶

Dagegen kann man wiederum einwenden, dass der Unterlassende trotz seiner Garantstellung neben einem aktiv Handelnden stets nur „Randfigur“, nicht aber Zentralgestalt des Geschehensablaufes ist. Im Vergleich zum Begehungstäter hat er damit zwar weniger Tatherrschaft, aber dies ändert nichts an der Tatsache, dass er die Tatmacht hat, den Erfolg zu verhindern. Letztlich kann es für die Strafbarkeit nach § 13 StGB nicht darauf ankommen, ob der Schaden für das Rechtsgut aktiv durch eine dritte Person oder eine Naturgewalt verursacht wird. Daher ist auf das Tatherrschaftskriterium im Sinne der Tatmacht abzustellen.⁶⁷ Folglich wäre in dieser Sachverhaltskonstellation der nicht helfende Tatbeteiligte Täter eines Unterlassungsdelikts.

3. Psychische Beihilfe

Die Überlegungen zur psychischen Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1 und 4, 27 StGB sind auf den ersten Blick zwar nachvollziehbar, vermögen aber auf den zweiten Blick deswegen nicht so recht zu überzeugen, weil die Ausführungen im Widerspruch zu den Annahmen im Rahmen der Mittäterschaft stehen. Sollte der Tatbeitrag eine objektiv fördernde Funktion gehabt haben, so ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund sich a priori ausschließen lässt, dass es am gemeinsamen Tatentschluss und wesentlichen Tatbeitrag mangelt.

Indem der BGH Feststellungen des neuen Tatgerichts „zur entsprechenden Willensrichtung des Gehilfen“ verlangt, macht der BGH beiläufig deutlich, dass er Täterschaft und Teilnahme vor allem anhand von subjektiven Kriterien ab-

⁶³ Krüger, ZIS 2011, 1 (7).

⁶⁴ Stein, in: Wolter (Fn. 8), Vor § 13 Rn. 54; Weigend (Fn. 26), § 13 Rn. 94; Rengier (Fn. 43), § 51 Rn. 18 ff.; Heinrich (Fn. 36), Rn. 1214.

⁶⁵ Stein (Fn. 64), Vor § 13 Rn. 54.

⁶⁶ Rengier (Fn. 43), § 51 Rn. 20.

⁶⁷ Joecks (Fn. 7), § 25 Rn. 280 f.; Weigend (Fn. 26), § 13 Rn. 95.

⁶⁰ Fischer (Fn. 13), § 223 Rn. 5.

⁶¹ BGH StV 1981, 275 (276); BGH NStZ 2003, 253 (254); BGH wistra 2003, 426 (428); BGH NStZ-RR 2009, 10; BGH StraFo 2012, 194 (195).

⁶² Mit ähnlicher Begründung Heinrich (Fn. 36), Rn. 1215.

grenzt, wobei auf die fehlende Tragfähigkeit dieses Abgrenzungskriteriums bereits unter IV. 2. hingewiesen wurde.

V. Fazit und Ausblick

Probleme der Täterschaft und Teilnahme sowie des Unterlassungsdelikts gehören zum Standardrepertoire abfragbaren Wissens in strafrechtlichen Prüfungen.

Der Fall illustriert dabei hervorragend, dass es nicht sinnvoll ist, Ergebnisse höchstrichterlicher Entscheidungen auswendig zu lernen. Sachverhaltskonstellationen können sich beliebig verändern, mit der Folge, dass ganz unterschiedliche Probleme zum Tragen kommen. Wichtig ist, die Grundstruktur von Problemen zu kennen, diese zu verstehen und zu wissen, wo man diese im Prüfungsaufbau verortet.

Schließlich bietet der Fall noch die Gelegenheit, die Voraussetzungen des § 224 Abs. 1 Nrn. 1 und 4 StGB zu wiederholen, worauf in der vorliegenden Besprechung aus Gründen des Umfangs verzichtet wurde.

Prof. Dr. Janique Brüning, Wiss. Mitarbeiterin Marie Hädrich, Kiel

Entscheidungsanmerkung

Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung und fahrlässiger Körperverletzung durch illegalen Verkauf von Waffen (Münchener Amoklauf)

Die Zurechnung des Erfolgsintritts ist [...] nicht deshalb ausgeschlossen, weil nicht die Handlung des Angeklagten unmittelbar zum Eintritt des Erfolgs führte, sondern ein Dritter [...] im Rahmen eines vorsätzlichen Handelns eine eigene für den Angeklagten insoweit nicht steuerbare Ursache hierfür setzte (Fallgruppe des vorsätzlichen Dazwischentretens eines Dritten).

Entgegen des teilweise vertretenen Verantwortungsprinzips, wonach jede Person ihr Verhalten nicht darauf auszurichten habe, dass nicht weitere Personen fremde Güter gefährden [...], führt eine Mitverantwortung Dritter nur dann zum Wegfall des Zurechnungszusammenhangs zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten des Täters und dem eingetretenen Erfolg, wenn das für den Erfolg ebenfalls kausale Verhalten des Dritten außerhalb jeder Lebenserfahrung liegt. Erforderlich ist demnach, dass die vom Täter ursprünglich gesetzte Ursache trotz des in den Kausalverlauf eingreifenden Verhaltens des Dritten wesentlich fortwirkt, der Dritte also hieran anknüpft [...]. Hiervon ist jedenfalls in solchen Fallgestaltungen auszugehen, in denen sich in dem pflichtwidrigen Handeln des Dritten gerade das Risiko der Pflichtwidrigkeit des Täters selbst verwirklicht [...].

Sinn und Zweck der waffenrechtlichen Vorschriften ist gerade die Verhinderung des Waffenbesitzes von Personen, die hierzu nicht geeignet sind, um einen vorsätzlichen Missbrauch der Waffe durch diese zu verhindern. Dies gilt auch für § 52 WaffG, der den illegalen Handel mit Schusswaffen und Munition unter Strafe stellt. Dabei wird insbesondere der bereits aufgrund der Eigenart von Schusswaffen besonderen Gefährlichkeit Rechnung getragen.

(Leitsätze des Verf.)

StGB §§ 222, 229

LG München I, Urt. v. 19.1.2018 – 12 KLs 111 Js 239798/16¹

I. Einführung – Kontext und Ausbildungsrelevanz

Am 22.7.2016 verübte D.S. in München einen Amoklauf², bei dem neun Personen getötet und fünf weitere schwer verletzt wurden. Da er sich anschließend selbst das Leben nahm, war – wie in solchen Fällen sehr häufig – eine unmittelbare

juristische Aufarbeitung im Sinne eines Strafverfahrens gegen den Hauptverantwortlichen der Tat nicht möglich. Während im Fall des Amoklaufs von Winnenden die strafrechtliche Aufarbeitung im Prozess gegen den Vater des Amokläufers erfolgte,³ so kam es in München zum Verfahren gegen die Person, die dem Amokläufer illegal die Waffen verkauft hatte, die dieser bei der Tat verwendet hat. Der Verkäufer P.P.K. wurde wegen mehrerer Waffendelikte verurteilt, im Falle des Verkaufs an D.S. Tateinheitlich mit fahrlässiger Tötung in neun Fällen und fahrlässiger Körperverletzung in fünf Fällen. Im Gesamtstrafenausspruch wurde er zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt, die Einzelstrafe betreffend die Tat (im prozessualen Sinne) im Zusammenhang mit D.S. beträgt vier Jahre und acht Monate Freiheitsstrafe. Die gegen das Urteil eingelegte Revision wurde vom 1. Strafsenat des BGH ohne Begründung verworfen;⁴ das Urteil ist rechtskräftig.

Ausbildungsrelevant sind vor allem die Ausführungen der 12. Großen Strafkammer des LG München I zur Zurechenbarkeit der Todes- und Körperverletzungserfolge des Amoklaufs. Insoweit handelt es sich um „klassische“ Fragen des Allgemeinen Teils. Dass die Argumentation teilweise durch den waffenrechtlichen Kontext des Geschehens aufgeladen ist, ändert daran nichts; insoweit handelt es sich um Erwägungen, die von Studierenden auch ohne vertiefte Kenntnis des Waffenrechts erwartet werden können. Daher bietet die Entscheidung einen geeigneten Anlass, um grundlegende Fragen, insbesondere der Erfolgsszurechnung, zu rekapitulieren.

II. Der entscheidungserhebliche Sachverhalt

Soweit für die hier zu besprechenden Fragen relevant, lag der Entscheidung folgender Sachverhalt zugrunde:⁵

Der Angeklagte trat im Sommer 2012 erstmalig in Kontakt zur Waffenhändlerszene im Darknet, gelangte schließlich zur Plattform „Deutschland im Deep Web“ und erwarb in der Folge mehre illegale Waffen aus dem Ausland. Aus finanziellen Gründen begann er schließlich nicht mehr nur Waffen zu sammeln, sondern unter dem Pseudonym „Rico“ auch mit ihnen zu handeln.

Der in mehrerlei Hinsicht psychisch kranke D.S. entwickelte während seiner Schulzeit einen Hass auf türkisch- und balkanstämmige Personen. 2015 registrierte er sich unter dem Pseudonym „Maurächer“ bei „Deutschland im Deep Web“. Er versuchte mehrfach (erfolglos), eine Pistole der Marke Glock zu erwerben. Schließlich nahm er auch Kontakt mit dem Angeklagten auf. Über den verschlüsselten Nachrichtendienst „Bitmessage“ intensivierten die beiden die Verkaufsverhandlungen, die letztlich zur Vereinbarung eines persönlichen Treffens führten.

¹ Über beck-online abrufbar (BeckRS 2018, 5795); Anmerkung *Fahl*, JuS 2018, 531.

² Zur kriminologischen Einordnung vgl. *Bannenber*, Die Amoktat des David (Ali) Sonboly, Kriminologische Betrachtung der Tat in München am 22. Juli 2016, Gutachten, unter: <http://www.uni-giessen.de/fbz/fb01/professuren-forschung/professuren/bannenber/news/seminar-extremismus> (13.9.2019).

³ LG Stuttgart, Urt. v. 10.2.2011 – 18 KLs 112 Js 21916/09; BGH, Beschl. v. 22.3.2012 – 1 StR 359/11 = NStZ 2013, 238; LG Stuttgart, Urt. v. 1.2.2013 – 7 KLs 112 Js 21916/09.

⁴ BGH, Beschl. v. 8.1.2019 – 1 StR 356/18 = BeckRS 2019, 206.

⁵ Nach LG München I, Urt. v. 19.1.2018 – 12 KLs 111 Js 239798/16.

Am 20.5.2016 trafen die beiden sich am Busbahnhof in Marburg. Trotz warmen Wetters trug D.S. einen langen schwarzen Ledermantel und wirkte nervös. Im Rahmen des folgenden Gesprächs äußerte er, er suche etwas, „womit er direkt losballern“ könne. Schließlich veräußerte der Angeklagte dem D.S. eine voll funktionsfähige halbautomatische Pistole des Modells Glock 17 Gen 4 Kaliber 9 x 19 mm zuzüglich ca. 200 bis 217 Schuss Munition gegen 4.000,- € in bar. Er fragte dabei nicht nach der Gebrauchsabsicht; D.S. äußerte aber von sich aus, er werde in eine unsichere Gegend ziehen und brauche daher eine Waffe zum Selbstschutz. Außerdem sei sein Auto von „Kanaken“ zerkratzt worden. Der Angeklagte kannte den Tatplan des D.S. nicht und rechnete auch nicht mit einer solchen Tat unter Verwendung der von ihm verkauften Waffe.

Kurze Zeit später trat D.S. wieder an den Angeklagten mit dem Wunsch heran, weitere Munition zu kaufen, woraufhin es zu einem weiteren Treffen in Marburg am 18.7.2016 kam. Bei dem Treffen trug D.S. ein Boss-Hemd, Lackschuhe und eine Bügelfaltenhose und trat wesentlich selbstsicherer und gelöster auf als beim ersten Treffen. Er erzählte dem Angeklagten, er wolle die Munition mit Freunden im Urlaub verschießen und sofern im Anschluss noch etwas übrig sei, „vielleicht ein paar Kanaken“ abknallen, was er jedoch sofort relativierte. Der Angeklagte fragte mehrfach nach, ob D.S. „wirklich keine Scheiße damit bau[e]“, woraufhin dieser mehrfach beteuerte, er habe den Satz nicht ernst gemeint. Schließlich verkaufte der Angeklagte ihm ca. 350 weitere Patronen zum Preis von 350,- €.

Keiner der beiden verfügte über eine waffenrechtliche Erlaubnis, was dem Angeklagten auch bewusst war. Am 22.7.2016 verübte D.S. mit der vom Angeklagten erworbenen Pistole und der zugehörigen Munition den Amoklauf in München. Dabei tötete er neun Personen und verletzte fünf weitere schwer; anschließend tötete er sich selbst.

III. Die Entscheidung des LG München I

In Bezug auf die Geschäfte mit D.S. hat die Kammer den Angeklagten wegen vorsätzlichen unerlaubten Handeltreibens mit Waffen und Munition (§§ 2 Abs. 2, 21 Abs. 1 S. 1, 52 Abs. 1 Nr. 2 lit. c WaffG i.V.m. Anlage 2 Abschnitt 2 Unterabschnitt 1 S. 1 zum WaffG) in Tateinheit mit fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) in neun Fällen und in Tateinheit mit fahrlässiger Körperverletzung (§ 229 StGB) in fünf Fällen verurteilt.

Die Kammer begründet im Rahmen einer ausführlichen Beweiswürdigung, dass der Angeklagte nicht in dem für (bedingten) Gehilfenvorsatz erforderlichen Maß erkannt hat, dass D.S. einen Amoklauf mit der erworbenen Waffe und Munition verüben wollte. Hingegen habe der Angeklagte in Bezug auf die Tötungen und Körperverletzungen durch D.S. fahrlässig gehandelt. Der illegale Waffenhandel stelle bereits „eindeutig ein pflichtwidriges objektives Fehlverhalten dar“ und sei „damit bereits im Grundsatz sorgfaltswidrig“. „Zusätzlich“ habe „keine ausreichende Kontrolle der Zuverlässigkeit des Käufers“ stattgefunden, „was auch, aber nicht nur an den der konkreten Verkaufssituation zugrundeliegenden Rahmenbedingungen (Anbahnung des Kaufs über einen ab-

geschotteten Teil des Internets, der für beide Parteien größtmögliche Anonymität garantiert) festzumachen“ sei.

Die Begehung von Tötungen und Körperverletzungen durch D.S. sei objektiv vorhersehbar gewesen. Denn zu solchen Handlungen sei die Pistole gerade geeignet und bestimmt. Insoweit beruft die Kammer sich auf einen Erstrecht-Schluss zur „Winnenden“-Entscheidung des BGH: Wenn bereits die unzulängliche Verwahrung einer Waffe den Vorwurf der Fahrlässigkeit begründe, so müsse dies auch und insbesondere für die aktive Übergabe gelten. Zudem sprächen die „konspirativen“ Umstände für die Vorhersehbarkeit der Taten, da durch den illegalen Waffenhandel gerade die Erfordernisse eines legalen Waffenerwerbs – insbesondere der Erwerb eines Waffenscheins und einer Waffenbesitzkarte – umgangen worden seien.

Die Zurechnung der Tode und Körperverletzungserfolge werde nicht dadurch ausgeschlossen, dass D.S. – trotz seiner psychischen Erkrankungen – eigenverantwortlich und vorsätzlich die Taten verübte. „Entgegen des teilweise vertretenen Verantwortungsprinzips“ führe eine eigenverantwortliche Tat des Dritten „nur dann zum Wegfall des Zurechnungszusammenhangs [...], wenn das für den Erfolg ebenfalls kausale Verhalten des Dritten außerhalb jeder Lebenserfahrung“ liege. Entscheidend sei, ob „die vom Täter ursprünglich gesetzte Ursache trotz des in den Kausalverlauf eingreifenden Verhaltens des Dritten wesentlich fortwirk[e]“. Zweck des strafbewehrten Verbots ungenehmigten Waffenhandels sei „gerade die Verhinderung des Waffenbesitzes von Personen, die hierzu nicht geeignet sind, um einen vorsätzlichen Missbrauch der Waffe durch diese zu verhindern“. Aus diesem Grund habe sich in dem Amoklauf des D.S. „gerade das Gefahrenpotenzial des strafbaren Verkaufs einer Schusswaffe und Munition“ realisiert. „[D]aher“ habe der Erfolgseintritt auch nicht außerhalb jeglicher Lebensgefahr gelegen; auch sei das Waffengeschäft vermeidbar gewesen.

Auch subjektiv sei der Amoklauf vorhersehbar und vermeidbar gewesen. Dies ergebe sich daraus, dass der Angeklagte gegenüber einem Dritten geäußert habe, dass es im Darknet viele „Spinner“ gebe und er gewusst habe, dass auch die bei den Anschlägen in Paris verwendeten Waffen möglicherweise über „Deutschland im Deep Web“ verkauft worden waren. Zudem habe er das „zweifelnde[] und ungewöhnliche[] Auftreten“ des D.S. beim ersten Treffen bemerkt. Außerdem habe er die Tatgeneigtheit des D.S. durch seine Äußerungen im Rahmen des zweiten Treffens erkennen können.

Der Tod des D.S. selbst sei dem Angeklagten nicht zuzurechnen, weil dieser sich eigenverantwortlich getötet habe und insoweit ein Erstrecht-Schluss zur Straflosigkeit der Suizidbeihilfe gelte.

In konkurrenzrechtlicher Sicht stelle die „Klammerwirkung“ der fahrlässigen Tötungen und Körperverletzungen „Idealkonkurrenz“ zwischen den beiden rechtlich selbstständigen Verkaufsgeschäften am 20.5.2016 und 18.7.2016 her.

IV. Rechtliche Würdigung

Mag der Entscheidung auch im Ergebnis weitestgehend zuzustimmen sein, so weist die Begründung doch einige Schwächen auf.

1. Die Zurechenbarkeit der Tode und Körperverletzungen

Kern der Entscheidung ist die Frage, ob dem Angeklagten die durch D.S. verübten Tötungen und Körperverletzungen objektiv zugerechnet werden können. Insoweit ist hervorzuheben, dass die Kammer teilweise explizit von „Zurechnung“ spricht. Dies ist keineswegs selbstverständlich, da die Rechtsprechung überwiegend nicht auf die Lehre von der objektiven Zurechnung zurückgreift, sondern anderweitig (z.B. auf subjektiver Ebene) argumentiert.⁶ Allerdings kleidet sie die Ausführungen insgesamt in die Prüfung der Fahrlässigkeit ein.

Die Frage der Zurechnung stellt sich unabhängig davon, ob ein Vorsatz- oder ein Fahrlässigkeitsdelikt vorliegt, denn in jedem Fall muss der tatbestandsmäßige Erfolg der betreffenden Person zuzurechnen sein. Die Kausalität der Verkaufsgeschäfte steht insoweit nicht in Frage; hätte der Angeklagte die Waffe und die Munition nicht verkauft, hätte D.S. sie nicht verwenden können. Andere Waffen standen D.S. nicht zur Verfügung und der Umstand, dass er möglicherweise anderweitig an eine vergleichbare Waffe hätte gelangen können, darf als hypothetische Ersatzursache nicht hinzugedacht werden.

Schwierigkeiten bereitet dagegen die normative Zurechnung, weil D.S. – trotz seiner psychischen Erkrankungen – eigenverantwortlich und vorsätzlich handelte. Es stellt sich die Frage, ob dieser Umstand dazu führt, dass der Zurechnungszusammenhang zum Angeklagten unterbrochen wird.

a) Strenges Selbstverantwortungsprinzip: Keine Zurechnung

Zu diesem Ergebnis kommt die Auffassung, die ein strenges „Verantwortungsprinzip“⁷ oder „Autonomieprinzip“⁸ vertritt. Danach kann jeder immer nur für sein eigenes Verhalten, niemals aber für das Verhalten Dritter verantwortlich sein. Hierfür werden das freiheitliche Menschenbild des Rechtsstaates sowie das Schuldprinzip angeführt.⁹ Bemüht wird diese Argumentation vor allem in der Diskussion, ob es einen „Täter hinter dem (voll verantwortlichen) Täter“¹⁰ geben kann.

An dieser Auffassung ist zutreffend, dass jedermann nur sein eigenes Verhalten (im Sinne von Schuldhaftigkeit) vorgeworfen werden kann. Verstößt jemand gegen ein an ihn

gerichtetes Gebot oder Verbot, obwohl er sich wie gefordert hätte verhalten können, ist sein Verhalten in vorwerfbarer Weise rechtswidrig. Da das Strafrecht nur die ultima ratio der Rechtsordnung darstellt, wird nicht jedes rechtswidrige Verhalten unter Strafe gestellt, sondern nur ausgewählte Verstöße und nur unter zusätzlichen Voraussetzungen. Eine solche Voraussetzung kann der Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolges sein; die Rechtsordnung will das schärfste Schwert des Staates erst dann benutzen, wenn der Regelverstoß auch die befürchteten Konsequenzen, zu deren Vermeidung es das Ge- oder Verbot überhaupt gibt, gezeitigt hat. Welche Konsequenzen dies sind und unter welchen Voraussetzungen sie als zurechenbare Folge der Verhaltenspflichtverletzung des Normadressaten anzusehen sind, ist eine von derjenigen der persönlichen Schuld für das Verhalten, an das der Vorwurf geknüpft wird, zu trennende Frage.¹¹ Es geht also gerade nicht darum, die Schuld des D.S. dem Angeklagten zuzurechnen, sondern darum, ob die Tötungen und Körperverletzungen normativ als solche Konsequenzen des Verhaltens des Angeklagten anzusehen sind, die die (Vollendungs-)Strafbarkeit auslösen sollen.

Daher wird ein derart streng verstandenes Verantwortungsprinzip überwiegend abgelehnt. Das bedeutet aber nicht, dass die Zurechnung der Tode und Körperverletzungen als Verhaltensfolgen der Verkaufsgeschäfte durch den Angeklagten unproblematisch wäre. Denn angesichts des eigenverantwortlichen Handelns des D.S. ist die Annahme eines Zurechnungszusammenhanges immer noch begründungsbedürftig. Insoweit werden in der Literatur im Wesentlichen¹² zwei verschiedene Ansätze diskutiert, unter welchen Voraussetzungen eine Zurechnung möglich sein soll.

b) Zurechnung, sofern die verletzte Verhaltenspflicht gerade auf die Verhinderung des Drittverhaltens abzielt

Nach einer Ansicht kommt es darauf an, ob die Verhaltenspflicht, gegen die der Angeklagte verstoßen hat, gerade zum Zweck hat, ein eigenverantwortliches Verhalten eines Dritten zu verhindern.¹³

Hierauf stellt auch die Kammer ab und verweist auf den illegalen Verkauf der Waffe und der Munition, der auch gem. § 52 Abs. 1 Nr. 2 lit. c WaffG strafbar sei. „Sinn und Zweck der waffenrechtlichen Vorschriften“ sei „gerade die Verhinderung des Waffenbesitzes von Personen, die hierzu nicht geeignet sind, um einen vorsätzlichen Missbrauch der Waffe durch diese zu verhindern. Dies [gelte] auch für § 52 WaffG,

⁶ Vgl. dazu eingehend v. *Atens*, Objektive Zurechnung und Tatherrschaft, passim (erscheint demnächst); vgl. auch bereits *M. Wagner/Drachler*, ZJS 2011, 530 (531).

⁷ Bspw. *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. 2004, § 4 Rn. 49.

⁸ Bspw. *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 73.

⁹ Bspw. *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 1.

¹⁰ Dagegen bspw. *Jeschek/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 62 I. 2. (S. 664); zum Ganzen *Greco*, ZIS 2011, 9.

¹¹ So in der Sache wohl auch *Greco*, ZIS 2011, 9 (10).

¹² Teilweise werden die Ansätze auch kombiniert, vgl. *Jäger*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 131.

¹³ So bspw. *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 52 Rn. 58 ff.; *Rudolphi*, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, S. 132 ff., 168; *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 210 f.; *ders.*, JA 1975, 715 (718); *Walter*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor §§ 13 ff. Rn. 108 f.

der den illegalen Handel mit Schusswaffen und Munition unter Strafe stellt. Dabei w[er]de insbesondere der bereits aufgrund der Eigenart von Schusswaffen besonderen Gefährlichkeit Rechnung getragen.“ „Zusätzlich“¹⁴ habe „keine ausreichende Kontrolle der Zuverlässigkeit des Käufers statt[gefunden], was auch, aber nicht nur an den der konkreten Verkaufssituation zugrundeliegenden Rahmenbedingungen (Anbahnung des Kaufs über einen abgeschotteten Teil des Internets, der für beide Parteien größtmögliche Anonymität garantiert) festzumachen“ sei.

Diese auf den ersten Blick einleuchtende Argumentation verfängt bei näherer Betrachtung nicht.

Erstens ergibt sich zum einen nicht aus § 52 Abs. 1 Nr. 2 lit. c WaffG selbst ein Verbot, sondern die Vorschrift flankiert lediglich die Verhaltensanforderungen, die sich aus § 21 Abs. 1 S. 1 WaffG ergeben. Danach bedarf der Waffenhandel, „der gewerbsmäßig oder selbstständig im Rahmen einer wirtschaftlichen Unternehmung“ erfolgt, einer behördlichen Genehmigung. Zum anderen erscheint fraglich, ob diese Vorschrift tatsächlich Leib und Leben anderer davor schützen soll, dass diese durch eine verkaufte Waffe verletzt werden. Denn Straftaten können auch mit solchen Waffen begangen werden, die von jemandem verkauft wurden, der über die entsprechende behördliche Erlaubnis verfügt. Vielmehr geht es bei der Erlaubnispflicht für den gewerbsmäßigen Waffenhandel darum, dass eine behördliche Kontrolle ermöglicht wird; sichergestellt werden soll dabei in erster Linie die waffenrechtliche Zuverlässigkeit des Verkäufers selbst.¹⁵

Zweitens wäre es widersinnig, wenn das vor dem Verhalten Dritter schützende Verbot von der Gewerbsmäßigkeit abhinge. Das würde bedeuten, dass der Angeklagte nicht strafbar wäre, wenn er die Waffen nicht verkauft, sondern verschenkt hätte.

Drittens führte dies auch zu Wertungswidersprüchen in Bezug auf den Strafraum. Verstöße gegen das Waffenrecht gem. § 52 Abs. 1 WaffG sind mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bedroht, die fahrlässige Tötung gem. § 222 StGB hingegen mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Besteht zwischen beiden Delikten Tateinheit, führt dies gem. § 52 Abs. 2 StGB dazu, dass der strengere Strafraum des § 52 Abs. 1 WaffG zugrunde gelegt wird. Das bedeutet, dass der Umstand, dass das Risiko sich verwirklicht hat und ein anderer Mensch durch die illegal verkaufte Waffe (fahrlässig) getötet wurde, nicht zu einer Verschiebung des Strafraums führt, sondern nur innerhalb des Strafraums schärfend berücksichtigt werden kann.

Diese Widersprüche lösen sich auf, wenn man die richtige Verhaltensnorm zugrunde legt. Entscheidend ist nämlich nicht das gewerbsmäßige Verhalten des Angeklagten, sondern der Umstand, dass er einer Person eine Waffe überlassen hat, die nicht dazu berechtigt ist. Dieses Verbot ergibt sich aus § 34 Abs. 1 S. 1 WaffG, wonach Waffen und Munition nur berechtigten Personen überlassen werden dürfen, was gem. S. 2 auch entweder offensichtlich sein oder nachgewiesen werden

muss. Dieses Verbot ist nicht in § 52 Abs. 1 WaffG, sondern in § 52 Abs. 3 Nr. 7 WaffG mit Strafe bewehrt, wobei der Strafraum milder ist als derjenige des Abs. 1, nämlich Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Legt man dieses Delikt zugrunde, löst sich auch der Wertungswiderspruch hinsichtlich des Strafraums auf: In dem Fall, in dem das Risiko des Überlassens der Waffe sich in Gestalt einer fahrlässigen Tötung durch den anderen Verwirklicht, verschärft die Strafobergrenze sich von drei auf fünf Jahre.

Anders als die eher gewerberechtlich einzuordnende Vorschrift § 21 WaffG dient das Überlassungsverbot gem. § 34 WaffG – ebenso wie die Aufbewahrungspflichten des § 36 WaffG¹⁶ – dem Schutz von Leib und Leben Dritter vor missbräuchlicher Verwendung der Waffe.¹⁷

Die Gewerbsmäßigkeit des Handelns des Angeklagten begründet daher nicht bereits den Verstoß gegen eine Verhaltensvorschrift, die gerade vor eigenverantwortlichem Handeln Dritter schützen soll. Dieser Umstand *qualifiziert* vielmehr den Verstoß gegen § 34 WaffG, was (erst) die gesteigerte Strafandrohung in § 52 Abs. 1 WaffG rechtfertigt.¹⁸

Folgt man der Auffassung, die die Zurechnung davon abhängig macht, ob die verletzte Verhaltensnorm gerade vor einem (auch) eigenverantwortlichen Handeln eines Dritten schützt, sind folglich alle Voraussetzungen gegeben.

Gegen diese Auffassung wird teilweise vorgebracht, Sinn und Zweck von Vorschriften wie § 34 WaffG sei es gerade nicht, demjenigen, der dagegen verstößt, die Folgen des Verstoßes zurechnen zu können. Vielmehr gebe es gerade die Strafbarkeit vorverlagernden Deliktstatbestände des jeweiligen Nebenstrafrechts (hier: § 52 Abs. 3 Nr. 7 StGB) deshalb, weil eine Zurechnung nicht möglich sei.¹⁹ Zudem würden Schutzzweckerwägungen somit von strafbarkeitsbegrenzenden in strafbarkeitsbegründenden Überlegungen verkehrt.²⁰ Diese Argumentation verkennt allerdings, dass sich keineswegs trennscharf abgrenzen lässt, wann ein Argument strafbarkeitseinschränkend, -begründend bzw. -schärfend wirkt.²¹

¹⁶ Gerlemann (Fn. 15), § 36 Rn. 1; LG Stuttgart, Urt. v. 1.2.2013 – 7 KLS 112 Js 21916/09, UA S. 75 (unveröffentlicht).

¹⁷ Eher in Richtung eines Kollektivrechtsguts tendierend aber BGH, Beschl. v. 5.5.2009 – 1 StR 737/08 = NStZ 2010, 456 (457): Das geschützte Rechtsgut sei „darin zu erblicken [...], dass im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (vgl. § 1 I WaffG) Waffen der vorliegenden Art nicht an unberechtigte Personen überlassen werden sollen“ (*Hervorhebung* nur hier).

¹⁸ In diese Richtung auch Heinrich, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 3. Aufl. 2018, WaffG § 52 Rn. 84; § 52 Abs. 1 Nr. 1 WaffG als „Spezialtatbestände“ gegenüber § 52 Abs. 3 Nr. 7 WaffG.

¹⁹ So bspw. Berster, ZIS 2012, 623 (626). Schumann (Fn. 9), S. 112 f. in Fn. 164; Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, S. 287 f.

²⁰ Berster, ZIS 2012, 623 (626).

²¹ Vgl. die Beiträge in Kuhli/Asholt (Hrsg.), Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster, 2017.

¹⁴ *Hervorhebung* nur hier.

¹⁵ Vgl. etwa Gerlemann, in: Steindorf, Waffenrecht, 10. Aufl. 2015, § 21 Rn. 1.

Zudem berücksichtigt sie nicht die dargestellten Unterschiede der Strafraumen und übersieht²², dass der Erfolg der Taten des Dritten noch nicht automatisch aufgrund der Pflichtverletzung zugerechnet wird, sondern nur dann, wenn gerade das spezifische Risiko seines Verhaltens sich darin auch verwirklicht.

c) Zurechnung bei erkennbarer Tatgeneigtheit

Einer anderen Auffassung nach sollen die Folgen der Taten des D.S. dem Angeklagten dann zugerechnet werden können, wenn dieser die Tatgeneigtheit des D.S. habe erkennen können.²³

Dieses Kriterium ist grundsätzlich berechtigter Kritik ausgesetzt (wie jedoch noch zu zeigen sein wird, nicht in der hier relevanten Fallkonstellation).²⁴ Zwar ist es richtig, dass es zwischen der Prüfung der objektiven Zurechnung und der (objektiven) Fahrlässigkeit einige Überschneidungen gibt;²⁵ stellt man aber für die Zurechnung auf die Vorhersehbarkeit einer (Vorsatz-)Tat des Dritten ab, werden beide Prüfungsschritte miteinander verschleift.²⁶ Dies wäre weniger problematisch, wenn diese Auffassung zugrunde legte, dass das Verhalten des „Hintermannes“ auch ungeachtet der erkennbaren Tatgeneigtheit rechtlich missbilligt sein muss. Tatsächlich aber wird nach dieser Ansicht durch die bloße Erkennbarkeit der Tatgeneigtheit des Anderen auch ein objektiv sozialadäquates Verhalten zu einem rechtlich missbilligten.²⁷ Dies

²² Gesehen allerdings von *Berster*, ZIS 2012, 623 (626).

²³ So etwa *Berster*, ZIS 2012, 623 (626); *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 49; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 24 Rn. 26 ff. m.w.N.

²⁴ Dagegen zutreffend bspw. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 13 ff. Rn. 101i; *Walter* (Fn. 13) Vor §§ 13 ff. Rn. 108.

²⁵ Darauf weist *Berster*, ZIS 2012, 623 (624 m.w.N.), hin.

²⁶ So auch zutreffend *Jäger* (Fn. 12), Vor § 1 Rn. 131.

²⁷ Dieses Problem ist freilich noch grundlegenderer Natur: Im Rahmen der Diskussion um „neutrale Beihilfe“ (dazu *Rotsch*, Jura 2004, 14) bzw. – unter diesem Schlagwort üblicherweise beteiligungsformübergreifend diskutiert – „Sozialadäquanz“ einer Handlung (dazu bspw. einleitend *Rönnau*, JuS 2011, 311; *Valerius*, JA 2014, 561) stellen sich im Wesentlichen zwei Fragen: (1) Unter welchen Voraussetzungen ist eine Handlung „neutral“ bzw. „sozialadäquat“? Und (2) welche genaue Konsequenz folgt daraus bzw. auf welcher Stufe im Deliktsaufbau wirkt dieser Umstand sich aus? Beide Fragen sind bislang nicht abschließend geklärt. Die Rechtsprechung geht mit Zustimmung von Teilen der Literatur davon aus, dass jedenfalls ein übliches berufliches Verhalten dann nicht mehr sozialadäquat ist und strafbar sein kann, wenn der Handelnde sicheres Wissen darüber hat, dass z.B. der Bankkunde das Konto für Steuerhinterziehung verwenden wird (BGH, Urt. v. 1.8.2000 – 5 StR 624/99 = BGHSt 46, 107; BGH, Urt. v. 19.12.2017 – 1 StR 56/17 = NSTZ 2018, 328) oder der Strafverteidiger sicher weiß, dass das ihm zur Begleichung der Anwaltsgebühren angebotene Geld aus einer Straftat i.S.d. § 261 StGB „herrührt“ (BVerfG, Urt. v. 30.3.2004 –

widerspricht der Wertung, die in § 138 StGB zum Ausdruck kommt: Vom gemeinen Bürger wird nur unter engen Voraussetzungen verlangt, noch nicht begangene Straftaten anzuzeigen. Vor allem ist nur derjenige, der von einer geplanten Tat „glaubhaft erfährt“, verpflichtet, die Tat anzuzeigen, nicht jedoch sie selbst aktiv zu verhindern. Diese Wertung würde unterlaufen, wenn sich jemand, der noch nicht einmal anzeigepflichtig ist, aufgrund eines Verdachtsmoments eine objektiv sozialadäquate Handlung nicht mehr vornehmen dürfte, ohne eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit zu riskieren.

Speziell für den Bereich des Waffenrechts greift diese Kritik am Kriterium der Erkennbarkeit der Tatgeneigtheit aber nicht durch, weil es in der Sache – begrenzt auf dieses spezielle Teilrechtsgebiet – der gesetzgeberischen Wertung entspricht. Denn gem. § 5 Abs. 1 Nr. 2 lit. a WaffG fehlt die waffenrechtliche Zuverlässigkeit auch demjenigen, „bei de[m] Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass [er] Waffen oder Munition missbräuchlich oder leichtfertig verwenden“ wird. Bei einer entsprechenden Prognose ist also auch derjenige, der im Übrigen über alle waffenrechtlich erforderlichen Fähigkeiten und Dokumente verfügt, nicht berechtigt und die Überlassung einer Waffe an ihn ein Verstoß gegen § 34 WaffG. Auch der legale Waffenhändler muss daher eine entsprechende Prognose treffen. (Nur) Im Bereich des Waffenrechts führt das Zurechnungskriterium der erkennbaren Tatgeneigtheit nicht dazu, dass legale Tätigkeiten über subjektive Einschätzungen im Einzelfall plötzlich rechtswidrig werden. In Bezug auf den hier relevanten Sachverhalt deckt der Ansatz sich jedenfalls im Ergebnis mit demjenigen der drittbezogenen Verhaltenspflicht.

d) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist der Kammer darin zuzustimmen, dass dem Angeklagten die durch den Amoklauf des D.S. herbeigeführten Tode und Körperverletzungen zugerechnet werden können.

2. Der Tod des D.S.

Hingegen hat die Kammer dem Angeklagten nicht den Tod des D.S. selbst zugerechnet, weil insoweit „von einer eigenverantwortlich gewollten und realisierten Selbsttötung“ auszugehen sei.²⁸

2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01 = BVerfGE 110, 226; BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschl. v. 28.7.2015 – 2 BvR 2558/14, 2 BvR 2571/14, 2 BvR 2573/14 = NJW 2015, 2949). Letztlich sprechen die besseren Gründe dafür, die Sozialadäquanz als Frage der Rechtswidrigkeit aufzufassen und ausschließlich anhand objektiver Maßstäbe zu bestimmen, ob ein Verhalten sozialadäquat ist oder nicht (eingehend *M. Wagner*, Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts, 2016, Rn. 308 ff.). Vgl. auch *Freund*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, Vor §§ 13 ff. Rn. 189: „Bloße böse Hintergedanken können aus einem erlaubten Verhalten kein verbotenes machen.“ (Hervorhebung entfernt).

²⁸ So explizit LG München I, Urt. v. 19.1.2018 – 12 KLS 111 Js 239798/16, UA S. 169.

Der rechtliche Ansatz ist insoweit zutreffend: Der Umstand, dass § 34 WaffG dem Grunde nach verhindern will, dass Unberechtigte die überlassene Waffe verwenden, sagt noch nichts darüber aus, in welchem Umfang dieses Verbot gilt. Geht man davon aus, dass der Suizid, sofern er freiverantwortlich erfolgt, eine Entscheidung ist, die jedermann im Wege seiner Persönlichkeitsentfaltung zusteht,²⁹ so handelt es sich dabei um ein rechtmäßiges Verhalten, das nicht von § 34 WaffG verhindert werden soll. Aus diesem Grund ist auch der (versuchte) Suizid – entgegen dem offenen Wortlaut der §§ 211 ff. StGB, die lediglich von der Tötung „eine[s]“ und nicht „eines anderen“ Menschen sprechen – nicht rechtswidrig und daher nicht strafbar.³⁰ Wenn aber in Ermangelung einer teilnahmefähigen Haupttat noch nicht einmal die vorsätzliche Beihilfe zur Selbsttötung strafbar wäre, so darf diese Wertung nicht über die Annahme einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit unterlaufen werden.³¹

Eine davon zu trennende Frage ist es aber, ob in der konkreten Situation die Voraussetzung dieser Argumentation – nämlich die Freiverantwortlichkeit – tatsächlich vorlag. Wie in der Literatur zutreffend in Bezug auf den Amokläufer von Winnenden vorgetragen,³² muss die Situation des D.S. gegen Ende des Amoklaufs sich für ihn als derart ausweglos dargestellt haben, dass an der Freiverantwortlichkeit seiner Selbsttötung erhebliche Zweifel bestehen.

3. Konkurrenzen

Keineswegs selbstverständlich sind die Ausführungen der Kammer zu den Konkurrenzen. Insoweit stellt sie einerseits klar, dass die beiden Waffengeschäfte zwar rechtlich selbstständig zu sehen seien. Da „beide Verkaufsgeschäfte nicht ausschließbar zum Erfolgseintritt der fahrlässigen Tötung bzw. fahrlässigen Körperverletzung geführt“ hätten, verklammere dieser Sachzusammenhang aber auch die beiden Waffengeschäfte, weshalb zwischen allen verwirklichten Delikten (dieses Tatkomplexes des Urteils) Idealkonkurrenz, also Tateinheit (§ 52 StGB) bestünde.³³

Tateinheit liegt gem. § 52 Abs. 1 StGB dann vor, wenn durch „dieselbe Handlung“ mehrere Deliktstatbestände verwirklicht werden und zwischen diesen keine Gesetzeskonkurrenz besteht (also z.B. das Grunddelikt durch den Qualifikationstatbestand verdrängt wird). In diesem Fall wird der anwendbare Strafraum aus der schwersten Ober- und Untergrenze der verwirklichten Delikte gebildet (§ 52 Abs. 2 StGB). Demnach gehen die weniger schweren Delikte im schwersten Delikt, das die höchste Strafgrenze benennt, auf (sog. Absorptionsprinzip); dass die weniger schweren Delikte ver-

wirklicht wurden, wirkt sich also (abgesehen von der Untergrenze, § 52 Abs. 2 S. 2 StGB) nicht im Strafraum aus, sondern kann allenfalls innerhalb dieses Rahmens strafschärfend berücksichtigt werden.³⁴

Anderes gilt bei Tatmehrheit („Realkonkurrenz“). Liegt kein Fall der Gesetzes- oder Tateinheit vor, wurden also durch mehrere Handlungen mehrere Delikte begangen, die gleichzeitig abgeurteilt werden, wird gem. §§ 53, 54 StGB eine Gesamtstrafe gebildet. Insoweit gilt das sog. Asperationsprinzip, wonach für jede Einzeltat eine eigenständige Einzelstrafe gebildet und anschließend die höchste dieser Einzelstrafen erhöht wird.³⁵ Eine Gesamtstrafe darf allerdings gem. § 54 Abs. 2 StGB weder die Summe der Einzelstrafen erreichen noch bestimmte Schwellenwerte überschreiten.

Die beiden Waffen- bzw. Munitionsverkäufe wurden jeweils an unterschiedlichen Tagen mit einem deutlichen zeitlichen Abstand vereinbart und vollzogen. Mithin liegen verschiedene Handlungen im natürlichen Sinne vor, die grundsätzlich zueinander in Tatmehrheit (§ 53 StGB) stehen. Eine normative Zusammenfassung zu einer Wertungseinheit ließe sich zwar etwa dann denken, wenn das Geschäft über alle Gegenstände auf einmal abgeschlossen worden wäre, die Waffe und Munition aber in mehreren Teillieferungen übergeben worden wären. Hier lag der Fall aber anders: Der zweite Munitionskauf basierte auf einem neuen Entschluss und erforderte eine neue Vereinbarung.

Die Annahme einer Tateinheit (§ 52 StGB) ist daher begründungsbedürftig und wird auf das Konzept der sog. „Klammerwirkung“ gestützt. Damit ist folgendes gemeint: Zwei rechtlich unabhängige Taten werden dadurch sachlich miteinander „verklammert“, weil beide jeweils eine Teilidentität mit derselben dritten Tat aufweisen (z.B., wenn der Täter im Rahmen einer einheitlichen Freiheitsberaubung sein Opfer einmal nötigt und einmal verletzt³⁶). Insoweit folgt die Rechtsprechung bis auf wenige Grundlinien keinem stringenten Konzept.³⁷ Hintergrund ist die folgende Überlegung: Nimmt man Tatmehrheit an, so steht das verklammernde Delikt *jeweils* mit den *beiden* selbständigen Delikten in Tateinheit und wird daher bei der Gesamtstrafenbildung dem Täter in der Sache doppelt angelastet.³⁸ Allerdings haben alle denkbaren Lösungsmöglichkeiten ihrerseits Schwächen: Stellt man nur Tateinheit des übergreifenden Delikts mit einem der beiden selbständigen Delikte her, so wird zwar die Doppelverwertung im Strafausspruch vermieden, aber im Schuldpruch wird der Zusammenhang mit dem anderen selbständigen Delikt nicht klargestellt.³⁹ Verklammert man hingegen –

²⁹ Vgl. den Überblick zur Diskussion bei Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, Vor § 211 Rn. 43 ff.

³⁰ Dazu bspw. Neumann (Fn. 29), Vor § 211 Rn. 37 ff.

³¹ Grundlegend BGH, Urt. v. 16.5.1972 – 5 StR 56/72 = BGHSt 24, 342.

³² Vgl. Mitsch, ZJS 2011, 128 (130); zust. Berster, ZIS 2012, 623 (626 mit Fn. 20).

³³ LG München I, Urt. v. 19.1.2018 – 12 KLS 111 Js 239798/16, UA S. 169.

³⁴ Vgl. v. Heitschel-Heinegg, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 52 Rn. 4 m.w.N.

³⁵ Vgl. etwa v. Heitschel-Heinegg (Fn. 34), § 54 Rn. 3.

³⁶ Bspw. BGH, Beschl. v. 4.4.2012 – 2 StR 70/12 = NSStZ 2013, 158.

³⁷ So die zutreffende Einschätzung bei v. Heitschel-Heinegg (Fn. 34), § 52 Rn. 103.

³⁸ So bspw. Sternberg-Lieben/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 24), § 52 Rn. 14 m.w.N.

³⁹ Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 33/11.

wie die Kammer – alle Delikte zu Tateinheit, so wird der Täter im Strafausspruch letztlich dafür privilegiert, dass er eine weitere Straftat begangen hat.⁴⁰ Daher ist das Konzept der Klammerwirkung bereits grundsätzlich kritisch zu sehen.

Es stellt sich aber bereits die Frage, ob die Gründe, die der Konstruktion der Klammerwirkung zugrunde liegen, im hiesigen Sachverhalt überhaupt durchgreifen, ob also überhaupt in der Annahme von Tatmehrheit zwischen den Verkäufen, die jeweils in Tateinheit mit fahrlässiger Tötung bzw. Körperverletzung stehen, eine unzulässige Mehrfachverwertung läge. Das hängt aber davon ab, ob für den Angeklagten insgesamt nur eine (§ 52 StGB) fahrlässige Tötung bzw. Körperverletzung (in mehreren Fällen) vorliegt oder in Bezug auf jedes Opfer eine eigenständige Tat zu sehen ist. Insoweit gilt, dass Tateinheit anzunehmen ist, wenn nur eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt, die aber mehrere Erfolge zeitigt, hingegen aber Tatmehrheit, wenn mehrere Sorgfaltspflichtverletzungen vorliegen, zwischen denen der Täter die Möglichkeit gehabt hätte, sein Verhalten anzupassen.⁴¹

Hier hätte der Angeklagte beim zweiten Verkaufstreffen die Möglichkeit gehabt, das Geschäft doch nicht durchzuführen. Das gilt insbesondere deshalb, weil D.S. ihm durch seine Äußerungen neuerlichen Anlass zu der Annahme gab, er werde die Munition in strafbarer Weise verwenden. Dies spricht für die Annahme von Tatmehrheit zwischen den beiden Treffen auch in Bezug auf die fahrlässigen Tötungen bzw. Körperverletzungen. Dann läge aber kein Wertungswiderspruch darin, eine Gesamtstrafe aus zwei Einzelstrafen zu bilden, bei denen jeweils schon die §§ 222, 229 StGB berücksichtigt wurden.

Andererseits konnte nicht festgestellt werden, ob die beim Amoklauf selbst verwendete Munition aus dem ersten, dem zweiten oder aus beiden Verkaufsgeschäften stammte.⁴² Im Zuge des Amoklaufs selbst gab D.S. insgesamt 59 Schüsse ab.⁴³ Vor der Tat hatte er zu Übungszwecken im Keller der Wohnung seiner Eltern 147 Patronen verschossen.⁴⁴ In Summe hat er damit 206 Schüsse abgefeuert. Bei dem ersten Verkaufsgeschäft am 20.5.2015 hatte der Angeklagte ihm zwischen 200 und 217 Patronen verkauft.⁴⁵ In dubio pro reo war daher davon auszugehen, dass D.S. die am 18.7.2016 gekaufte Munition letztlich überhaupt nicht verwendet und dieses Risiko sich nicht realisiert hat. Die besseren Gründe sprechen daher dafür, dass ausschließlich das Waffen- und Munitionsgeschäft vom 18.5.2016 in Tateinheit zu einer Tat gem. §§ 222, 229 StGB steht. Dann besteht aber kein Grund dafür, die Tat gem. § 52 Abs. 1 WaffG vom 18.7.2016 in

diese Tateinheit einzubeziehen, sondern diese steht in Tateinheit zu der Tat vom 18.5.2016 und wirkt sich daher im Rahmen der Gesamtstrafenbildung gem. § 54 StGB strafschärfend aus, ohne dabei einen Umstand unzulässigerweise doppelt zu verwerten.

Sieht man dies anders, steht der oben beschriebene Privilegierungseffekt der Annahme einer Klammerwirkung entgegen. Einen überzeugenden Lösungsweg, der sämtliche Widersprüche vermeidet, hat *Jakobs* entwickelt.⁴⁶ Richtigerweise ist zuerst die Gesamtstrafe der beiden tatmehrheitlichen Waffendelikte zu bilden und erst diese Strafe mit derjenigen aus §§ 222, 229 StGB in Tateinheit zu setzen.

V. Rechtspolitischer Ausblick

Geschehnisse wie der Münchener Amoklauf lösen in der Gesellschaft häufig ein Gefühl der Schutz- und Hilflosigkeit aus. In der Folge wird gefordert, „es müsse etwas getan werden“. Diesem Ruf der Wählerschaft kommt die Politik gerne nach. So war beispielsweise nach den Amokläufen von Erfurt und Winnenden eine Verschärfung des Waffenrechts gefordert worden und ist auch erfolgt.⁴⁷ Nach dem Amoklauf von München wurde „das“ Darknet zum Kulminationspunkt der Empörung. Kürzlich wurde auch der Betreiber von „Deutschland im Deep Web“ unter anderem wegen fahrlässiger Tötung und Körperverletzung hinsichtlich des Amoklaufs von D.S. verurteilt.⁴⁸ Zudem wird aktuell über mehrere Gesetzesentwürfe diskutiert, mit denen es unter Strafe gestellt werden soll, Plattformen im Internet bereitzustellen, über die illegale Geschäfte abgewickelt werden können.⁴⁹ Es steht zum einen zu befürchten, dass aus Gründen des populistischen Aktivismus⁵⁰ in verfassungswidriger Weise auch nicht strafwürdige Verhaltensweisen unter Strafe gestellt werden.⁵¹ Zum anderen bestehen Defizite insoweit weniger im materiellen Strafrecht denn im Bereich der strafprozessualen Ermittlungsmöglichkeiten, weshalb der Gesetzgeber sich auf diesen Bereich fokussieren sollte.⁵¹

*Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner, Gießen**

⁴⁶ *Jakobs* (Fn. 39), 33/12.

⁴⁷ Dazu exemplarisch *Braun*, JR 2013, 37 (39 f.).

⁴⁸ LG Karlsruhe, Urt. v. 19.12.2018 – 4 KLS 608 Js 19580/17 = BeckRS 2018, 40013; BGH, Beschl. v. 6.8.2019 – 1 StR 188/19.

⁴⁹ Vgl. BR-Drs. 33/19; BR-Drs. 33/1/19; BT-Drs. 19/9508; Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme (IT-Sicherheitsgesetz 2.0 – IT-SiG 2.0), abrufbar unter <https://kripoz.de/2019/04/04/referentenentwurf-eines-zweiten-gesetzes-zur-erhoehung-der-sicherheit-informationstechnischer-systeme-it-sicherheitsgesetz-2-0-it-sig-2-0/> (13.9.2019).

⁵⁰ Dazu *Oehmichen/Weißberger*, KriPoZ 2019, 174 ff.

⁵¹ Dazu *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241 ff.

* Der Autor dankt Frau Wiss. Mitarbeiterin *Jeannine Ann Boatright*, Frau Wiss. Mitarbeiterin *Clara Bosch*, Herrn Wiss. Mitarbeiter *Thomas Kolb*, Frau Wiss. Mitarbeiterin *Désirée Mehl* sowie Frau Stud. iur. *Irina Pommerenke* herzlich für wertvolle Hinweise und Anregungen.

⁴⁰ Klarstellend bspw. v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 34), § 52 Rn. 103; *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 38), § 52 Rn. 14.

⁴¹ Vgl. v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 34), § 52 Rn. 69 m.w.N.

⁴² Vgl. LG München I, Urt. v. 19.1.2018 – 12 KLS 111 Js 239798/16, UA S. 35.

⁴³ Vgl. LG München I, Urt. v. 19.1.2018 – 12 KLS 111 Js 239798/16, UA S. 35.

⁴⁴ Vgl. LG München I, Urt. v. 19.1.2018 – 12 KLS 111 Js 239798/16, UA S. 30.

⁴⁵ Vgl. LG München I, Urt. v. 19.1.2018 – 12 KLS 111 Js 239798/16, UA S. 27.

Buchrezension

Fleischer, Holger/Thiessen Jan (Hrsg.), Gesellschaftsrechts-Geschichten, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2018, 790 S., 99,- €.

I. Einleitung

Mit seinem Aufsatz „Gesellschaftsrechts-Geschichten – Annäherungen an die narrative Seite des Gesellschaftsrechts“¹ eröffnete *Holger Fleischer* eine gemeinsam mit *Jan Thiessen* betreute Forschungsreihe, deren Ergebnis nunmehr in einem beeindruckenden Sammelband vorliegt, mit dem die insgesamt 22 *Autoren* – jedenfalls im deutschsprachigen Rechtsraum – Neuland betreten.

Bereits mit seinem Aufsatz aus dem Jahr 2015 wollte *Fleischer* „dazu einladen, sich ausführlicher als bisher mit der narrativen Seite des Gesellschaftsrechts zu beschäftigen.“² Eine erzählerische Aufbereitung gesellschaftsrechtlicher Leitentscheidungen eröffne „anregende Forschungsperspektiven“³ und sei geeignet, „den dogmatisch dominierten Diskurs durch einen ungewöhnlichen Zugang in vielfältiger Weise zu befruchten“⁴. Den möglichen Erkenntnisgewinn beschrieb er wie folgt: Zunächst könnten Fallstudien Bewusstsein dafür schaffen, „abstrakt formulierte Leitsätze nicht ohne sorgfältige Reflexion aus ihrem konkreten Sachzusammenhang zu lösen“⁵, um so einer vorschnellen Verallgemeinerung zu begegnen, einer Gefahr, die sich etwa an der berühmten Holz-müller-Entscheidung des BGH⁶ ablesen lasse. Daran anknüpfend mahnte *Fleischer*, die rechtswissenschaftliche Literatur müsse ihren „gern gepflegten Leitsatzkult“⁷ hinterfragen, mit dem durch das ungefilterte Einspeisen höchstrichterlicher Leitsätze in die Kommentarliteratur der „voreiligen Ablösung rechtlicher Verhaltensmaßstäbe von ihrem Entscheidungskontext“⁸ Vorschub geleistet werde.

Daneben könne die Technik des „Storytelling“ zur Bewusstseinsbildung beitragen, so seien etwa die Thomas Mid-delhoff betreffenden Zivil- und Strafurteile „Lehrstücke für Geschäftsleiter im Umgang mit treuhänderisch anvertrautem Gesellschaftsvermögen“⁹. Selbstredend betonte *Fleischer* bereits in der Ankündigung des Projekts im Jahr 2015, dass die erzählerische Darstellung gesellschaftsrechtlicher Leitentscheidungen auch in besonderer Art und Weise für die Juristen-ausbildung geeignet sei.

II. Zum Inhalt

Der jetzt vorliegende Sammelband löst die geweckten Erwartungen ein. In insgesamt 23 Beiträgen greifen die mitwirkenden *Autoren* – vor allem die jüngere Riege der Gesellschafts-

rechtler*innen – bedeutende Entscheidungen der letzten 100 Jahre auf. Im Mittelpunkt stehen dabei in der Mehrzahl der Beiträge Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und hierbei insbesondere des 2. *Zivilsenats*, der das Gesellschaftsrecht aufgrund seiner Spezialzuständigkeit in den letzten Jahrzehnten wie kein anderer Spruchkörper geprägt hat.

Neben verborgenen Schätzen, die hier an das Tageslicht befördert werden, wie etwa der registerrechtlichen Anerkennung der GmbH & Co. KG durch das BayObLG im Jahr 1913¹⁰ haben viele der Aufsätze echte „Rechtsprechungs-Klassiker“ zum Gegenstand: Außer dem bereits erwähnten Holz-müller-Fall finden sich etwa Abhandlungen zu den Entscheidungen „ADAC“¹¹, „Girmes“¹², „ARGE Weißes Ross“¹³ oder auch zu der berühmten Feldmühle-Entscheidung des BVerfG¹⁴. Andere Beiträge, etwa zur Mannesmann-Entscheidung¹⁵, zur deliktischen Haftung der Deutschen Bank und ihres damaligen Vorstandsvorsitzenden Breuer gegenüber dem Medienunternehmer Leo Kirch¹⁶ oder zur persönlichen Haftung von Vorstandsmitgliedern im Falle unzureichender Compliance¹⁷ richten den Blick auf Fälle jüngeren Datums, die auch außerhalb des juristischen Fachpublikums Berühmtheit erlangt haben.

Das Versprechen, die Entscheidungen narrativ aufzubereiten, wird in allen Abhandlungen gekonnt eingelöst: Keiner der Beiträge bleibt bei den in den publizierten Entscheidungen mitgeteilten Sachverhalten stehen, vielmehr werden gerade Umstände beleuchtet, die sonst verborgen bleiben. Die Schwerpunkte fallen dabei unterschiedlich aus: Einige der Aufsätze erzählen den „Sachverhalt vor dem Sachverhalt“, indem die historischen Hintergründe oder die beteiligten Akteure näher beleuchtet werden (etwa die Abhandlung zum Fall „Tornado-Fabrik“¹⁸), andere zeichnen anhand von Archivunterlagen die Verfahrensgeschichte und den Entscheidungsprozess des Gerichts nach. Exemplarisch hervorgehoben sei insoweit der Beitrag des Mitherausgebers *Thiessen*, der anhand der Lufttaxi-Entscheidung¹⁹ genau schildert, wie die Verfahrensbeteiligten seinerzeit mit der streitrelevanten Frage gerungen haben, ob die Rückforderung eines Gesellschafterdarlehens im Fall der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft gegen § 242 BGB verstößt. Der diskursive und prozesshafte Charakter der Rechtsfindung tritt dabei plastisch zutage. Der aus einer erzählerischen Aufbereitung des Rechts resultierende Gewinn wird dabei unmittelbar greifbar.

Es ist ein großes Verdienst der *Autoren*, das Gesellschaftsrecht als eine lebendige und im Fluss befindliche Materie darzustellen. En passant werden dabei zahlreiche interessante Fragen aufgeworfen, etwa die von *Thiessen* anhand der Ent-

¹ *Fleischer*, NZG 2015, 769 ff.

² *Fleischer*, NZG 2015, 769 (769).

³ *Fleischer*, NZG 2015, 769 (769).

⁴ *Fleischer*, NZG 2015, 769 (775).

⁵ *Fleischer*, NZG 2015, 769 (776).

⁶ BGHZ 83, 122 ff.

⁷ *Fleischer*, NZG 2015, 769 (776).

⁸ *Fleischer*, NZG 2015, 769 (776).

⁹ *Fleischer*, NZG 2015, 769 (777).

¹⁰ BayObLGZ 13, 69 ff.

¹¹ BGHZ 85, 84 ff.

¹² BGHZ 129, 136 ff.

¹³ BGHZ 146, 341 ff.

¹⁴ BVerfGE 14, 263 ff.

¹⁵ BGHSt 50, 331 ff.

¹⁶ BGHZ 166, 84 ff.

¹⁷ LG München I NZG 2014, 345 ff.

¹⁸ RG DNotZ 1944, 195 ff.

¹⁹ BGHZ 31, 258 ff.

scheidung „Sternbrauerei Regensburg“²⁰ vertretene These, die Nachkriegszeit habe mit zum Teil „drastisch gelagerten“ Fällen dazu beigetragen, dass feste, verlässliche Regeln aus der Mode gekommen seien und in der Rechtsordnung die Stunde des Richterrechts geschlagen habe.²¹ Für zukünftige rechtsgeschichtliche Arbeiten sowie für engagierte Diskussionen in Wahlfachseminaren findet sich hier einiges an Inspiration.

III. Fazit

Das Fazit kann nach alledem kaum positiver ausfallen: Die umfangreiche und anspruchsvolle Lektüre ist der Mühe wert. Man kann die *Autoren* nur ermuntern, hier am Ball zu bleiben und ihr Projekt fortzuschreiben. Geeignete Sachverhalte hat die Rechtswirklichkeit auch in den letzten Jahren produziert und wird dies mit Sicherheit auch weiter tun – man denke etwa an die durch das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7.12.2011 (ESUG) geschaffene Möglichkeit, Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte auch gegen den Willen einzelner Gesellschafter in einen Insolvenzplan einzubeziehen, und seine prominente Anwendung im Suhrkamp-Fall²².

Ein Wermutstropfen bleibt gleichwohl. So sehr den Herausgebern und Autoren ein möglichst großes Publikum zu wünschen ist, so wird der Leserkreis gleichwohl beschränkt bleiben. Schon ob seines Umfangs handelt es sich um eine Publikation von Fachwissenschaftlern für Fachwissenschaftler. An Studierende der Rechtswissenschaft ist sie nicht primär gerichtet, obwohl gerade sie von einer erzählerischen Aufbereitung des Stoffs am meisten profitieren würden. Es bleibt deshalb zu hoffen, dass dieses Projekt Nachahmer finden wird, die den narrativen Ansatz auch für die Ausbildungsliteratur fruchtbar machen werden. Solange derartige Publikationen noch ausstehen, ist zu wünschen, dass Lehrende das vorliegende Werk ausgiebig rezipieren, um so seinen Geist in Vorlesungen und Seminare zu transportieren.

RiLG Dr. Thorsten Gerdes, Bielefeld

²⁰ BGHZ 9, 157 ff.

²¹ Thiessen, in: Fleischer/Thiessen (Hrsg.), Gesellschaftsrechts-Geschichten, 2018, S. 99 (115).

²² Vgl. BGH, Beschl. v. 17.7.2014 – IX ZB 13/14.

Buchrezension

Fahl, Christian/Winkler, Klaus, Meinungsstreite Strafrecht Allgemeiner Teil und Besonderer Teil, Bd. 1, 4. Aufl., C.H. Beck, München 2018, 153 S., 9,90 €.

Fahl, Christian/Winkler, Klaus, Meinungsstreite Strafrecht Allgemeiner Teil und Besonderer Teil, Bd. 2, 4. Aufl., C.H. Beck, München 2017, 171 S., 9,90 €.

Fahl, Christian/Winkler, Klaus, Meinungsstreite Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 3, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2015, 153 S., 9,90 €.

I. Einleitung

Die „Meinungsstreite Strafrecht“ aus der JuraKompakt Reihe des C.H. Beck Verlages wollen einen Beitrag im Kampf gegen das Vergessen in der juristischen Ausbildung leisten. Die *Verf.* stellen dazu, aufgeteilt in drei Kurzwerke, strafrechtlich relevante Meinungsstreitigkeiten dar und bedienen damit das Standardrepertoire strafrechtlicher Probleme mit Ausbildungs- und Prüfungsrelevanz. Die „Meinungsstreite Strafrecht“ richten sich vornehmlich an Studierende und Referendare, die sich der Wiederholung oder Vertiefung von erwähntem Standardwissen zuwenden möchten.

II. Zum Inhalt

Unterteilt in drei Kurzwerke wird im ersten Teil (Strafrecht Allgemeiner Teil und Besonderer Teil, Bd. 1) auf die Normen aus dem Allgemeinen Teil des StGB und dem Besonderen Teil bis zum Straftatbestand der Verletzung von Privatheimnissen, § 203 StGB, eingegangen.

Der zweite Teil (Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2) befasst sich mit dem Mordtatbestand, § 211 StGB, bis hin zu § 266b StGB mit dem Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten.

Der dritte Teil (Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 3) reicht von dem Tatbestand der Urkundenfälschung nach § 267 StGB bis zu § 357 StGB, der die Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat pönalisiert.

Die Werke sind allesamt nach der Reihenfolge der Paragraphen des StGB strukturiert und aufgebaut. Jedem Tatbestand vorangestellt ist ein kurzes Prüfungsschema, worauf in Tabellenform die Darstellungen der Meinungsstreitigkeiten folgen, die sich zu dem jeweiligen Tatbestand ergeben.

In der linken Tabellenspalte wird das jeweilige Problem mittels einer Problemfrage prägnant herausgestellt. In der rechten Spalte finden sich dann die vertretenen Auffassungen, die nach dem Muster „h.M.“, „e.M.“ und „a.M.“ in aller Kürze vorgestellt werden, wobei ein Gegenargument angeführt wird, um den Streit entscheiden zu können. Zu jedem Problem befinden sich Vertiefungshinweise zum eigenständigen Nachlesen des Problemkreises am Ende der Streitdarstellung.

Die Werke beinhalten jeweils ein umfassendes Stichwortverzeichnis, mit dessen Hilfe ein gesuchter Streitstand aufgefunden werden kann.

III. Stellungnahme

Die Kurzwerke des Rechtsanwalts *Dr. Klaus Winkler* aus München und des Professors an der Universität Greifswald *Dr. Christian Fahl* bieten einen Kompass zur schnellen, überblicksartigen Wiederholung von Standardproblemen, die aber angesichts der stark komprimierten Darstellung bereits im Vorfeld bekannt sein sollten. Die Kurzwerke folgen dem Gedanken des Karteikarten-Lernens und bieten lediglich eine Gedächtnis- und Erinnerungsstütze, ohne aber ein Lernen im Kontext leisten zu können.

Inhaltlich ist die Streitdarstellung sehr oberflächlich. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Problemen liefern die Werke nicht. Vielmehr folgen sie bei der Argumentation dem Dreiklang „Ja“, „Nein“, „Vermittelnd“ und liefern nur bedingt Argumente von Substanz, sodass der Anspruch, strafrechtliches Wissen zu vertiefen, so mit den Kurzwerken nicht erfüllt wird. Angesichts der Vielzahl der dargestellten Probleme sei darüber hinaus zu Bedenken gegeben, dass die Gefahr besteht, „vor lauter Bäumen den Wald nicht mehr zu erkennen“, wenn sich zum Beispiel auf das Auswendiglernen der Streitstände beschränkt werden sollte. Die Vertiefungshinweise am Ende der jeweiligen Streitdarstellungen sind ebenfalls sehr sparsam.

Wenn man sich allerdings dieses Horizonts bewusst ist und die Kurzwerke für das einsetzen möchte, für das sie gedacht sind, und zwar zur schnellen und überblicksartigen Wiederholung, dann sind diese Werke zu empfehlen.

Sie eignen sich zur Klausurvorbereitung in der Endphase oder auch zur Vorbereitung auf die mündliche Prüfung, wenn es darum geht, ein möglichst breites Spektrum des Lernstoffes innerhalb kürzester Zeit in Erinnerung zu rufen. Allerdings sei darauf hingewiesen, dass die „Meinungsstreite Strafrecht“ kein fehlendes vertieftes Studium der Sachmaterie ersetzen, sondern lediglich als erinnernde Ergänzung dienlich sein können.

Diplom-Jurist Christian Peter, Münster

B u c h r e z e n s i o n

Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, C.H. Beck, München 2017, 273 S., 24,90 €.

Sieht man sich in juristischen Seminaren um, stößt man auf eine Vielzahl (moderner) Klassiker, die sich mit den Vermögensdelikten beschäftigen; so etwa die Werke von *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (42. Aufl. 2019) oder von *Rengier* (21. Aufl. 2019). Daneben erscheinen gleichwohl immer wieder auch neue Werke, wie das Lehrbuch zu den Eigentums- und Vermögensdelikten von *Schramm* (2017). In die Reihe der Neuerscheinungen hat sich 2017 auch das Lehrbuch „Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2“ von *Eric Hilgendorf* und *Brian Valerius* eingereiht, das hier besprochen werden soll.

Das Werk knüpft an das Lehrbuch der *Autoren* zum Allgemeinen Teil¹ an, auf welches es bei Problemen, die primär dem Allgemeinen Teil zuzuordnen sind, verweist, und ist Teil einer Reihe, die durch ein weiteres Lehrbuch zum Besonderen Teil, Bd. 1 komplettiert werden soll, das die Delikte gegen höchstpersönliche Rechtsgüter und gegen die Rechtsgüter der Allgemeinheit zum Gegenstand hat.

Mit seinem überschaubaren Umfang von 273 Seiten erscheint es neben vielen anderen Lehrbüchern zu den Vermögensdelikten schlank. Die *Autoren* haben sich mit dem Werk zum Ziel gesetzt, „die behandelten Inhalte prägnant, übersichtlich und anschaulich darzustellen“². So soll das Werk vor allem diejenigen Studierenden erreichen, die sich erstmals mit den Vermögensdelikten konfrontiert sehen und darüber hinaus solche, die in der Examensvorbereitung aufgrund der Fülle des Stoffs darauf angewiesen sind, die Inhalte kompakt und zügig wiederholen zu können, um dem Strafrecht neben dem Zivilrecht und dem Öffentlichen Recht die notwendige Aufmerksamkeit schenken zu können.

Das Inhaltsverzeichnis verschafft einen guten Überblick über die Struktur des Werkes und das Vorgehen der *Autoren*. Es erfasst lediglich drei Gliederungsebenen und ermöglicht so das schnelle Auffinden und rasche Nachschlagen bestimmter Inhalte. Die *Autoren* widmen den einzelnen Straftatbeständen, aber auch Regelbeispielen und Qualifikationen einzelne Kapitel, die sie in Grundlagen, (sofern möglich) objektiven und subjektiven Tatbestand, Konkurrenzen und etwaige Besonderheiten unterteilen.

Die Kapitel selbst sind alphanummerisch gegliedert und ermöglichen es so vor allem Anfängern, dieses den Juristen eigene Gliederungssystem zu verstehen. Ein jedes Kapitel beginnt mit der grau unterlegten, abgedruckten Norm und einer kleinen Auswahl wichtiger Entscheidungen und eingehenderer Studienliteratur. Wegen der Kompaktheit des Werkes sei gerade Studienanfängern empfohlen, diesen Literaturempfehlungen, bei denen es sich vor allem um juristische Ausbildungszeitschriften handelt, zu folgen, um den Stoff zu vertiefen und in seiner Breite zu überblicken. Lässt sich an den

abgedruckten Normen aus pädagogischer Sicht kritisieren, dass den Studierenden so der Minimalaufwand der Arbeit mit und am Gesetz abgenommen wird, die sie doch gerade lernen sollen,³ ist positiv hervorzuheben, dass mit diesem Lehrbuch überall und jederzeit gelernt werden kann.

Die Darstellungen der Delikte enthalten Prüfungsschemata, in Kleinschrift vertiefende Hinweise sowie Empfehlungen zum Vorgehen in der Prüfung und grau unterlegt Beispiele. Die Prüfungsschemata verschaffen durch Verweise auf die entsprechenden Randnummern eine Übersicht über die dazugehörigen Kapitel. Auf die Darstellung von Beispielen in grau unterlegten Passagen wird vor allem dann zurückgegriffen, wenn die Bedeutung von Tatbestandsmerkmalen streitig ist oder scheinbar kleine Unterschiede im Sachverhalt zu unterschiedlichen rechtlichen Bewertungen der Fallvarianten führen. Auf diese Weise veranschaulichen die *Autoren* etwa bei dem Tatbestand des Diebstahls (§ 242 StGB), welche Auswirkungen ein *Vorsatzwechsel* hinsichtlich des Diebstahlsobjekts hat und welche Bedeutung es haben kann, wenn der ursprüngliche Diebstahlsvorsatz endgültig aufgegeben und daraufhin ein erneuter Entschluss gefasst wird.⁴ Die *Autoren* greifen dazu auf prägnante Sachverhalte zurück, die sie gegebenenfalls in unterschiedlichen Varianten darstellen, und erörtern deren unterschiedliche rechtliche Bewertung nach den vertretenen Ansichten. Auf diese Weise werden den Lesenden die Probleme nochmals eingängig anhand konkreter Beispiele vor Augen geführt. Bei wichtigen Schlagworten, deren Bedeutung bekannt sein sollte, verwenden die *Autoren* Kursivschrift.

Fundstellen, darunter auch eine Vielzahl aktueller Judikate, finden sich in den Fußnoten und stören so nicht den Lesefluss.

Besonders hervorzuheben ist zudem das Kapitel § 25, in welchem – sortiert nach Straftatbeständen und dem Aufbau des Lehrbuchs – die wichtigsten Definitionen unter Verweis auf die entsprechenden Stellen in den einschlägigen Kapiteln nochmals wiedergegeben werden.

Nach dem oben Gesagten lässt sich resümieren, dass es den *Autoren* gelungen ist, einen Neuling unter den Werken zu den Eigentums- und Vermögensdelikten zu verfassen, der es gerade wegen seiner Kompaktheit mit seinen gestandenen und schwergewichtigen Konkurrenten aufnehmen kann.

Das Lehrbuch eignet sich – wie von seinen *Verf.* gewünscht – gleichermaßen als Einstieg in die Materie und als Repetitorium. Durch seine Anschaulichkeit und lebendige Darstellung gelingt es den *Autoren*, die Komplexität zu reduzieren und so eine zielführende Wiederholung des Stoffes zu ermöglichen bzw. einen guten Einblick in die Materie zu verschaffen. Die Studierenden sind jedoch dazu aufgerufen, sich auch mit den Fundstellen, die die *Autoren* ausdrücklich zur weiterführenden Lektüre empfehlen, auseinanderzusetzen und sich bei Verständnisschwierigkeiten und Spezialproblemen

¹ *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2015.

² *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2017, S. V.

³ So *Mitsch*, ZJS 2015, 634 zu *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Allgemeiner Teil.

⁴ Siehe dazu das Beispiel in *Hilgendorf/Valerius* (Fn. 2), § 2 Rn. 56.

nicht vor dem Blick in ein „großes“, jedenfalls aber „größeres“ Lehrbuch zu scheuen.

Insgesamt lässt sich das Lehrbuch von *Hilgendorf/Valerius* uneingeschränkt empfehlen. Es hat das Zeug dazu, sich in den juristischen Seminaren zu etablieren und macht Lust auf mehr: Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1 ist für September 2019 angekündigt.

Jannik Funnemann, Hamburg

Erfahrungsbericht zum SEE-Projekt

Von Stud. iur. **Vanessa Hofmann**, Erlangen*

„To SEE“ bedeutet, anders als „to watch“, „wahrnehmen“, „verstehen“. Und um genau dieses Verstehen geht es bei dem Projekt SEE – der „Sammlung Examensrelevanter Entscheidungen“ – am Fachbereich Rechtswissenschaft der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

Im Rahmen des SEE-Projektes¹ werden Gerichtsentscheidungen mit hoher Examensrelevanz anhand interaktiver Lernvideos von Studierenden für Studierende didaktisch aufbereitet, um das Verständnis derselben zu erleichtern. Dabei kann zum einen auf die bereits erstellten Videobesprechungen zugegriffen werden; zum anderen besteht für die Studierenden aber auch die besondere Möglichkeit, selbst eine Gerichtsentscheidung zu analysieren und nach intensiver und lehrreicher Auseinandersetzung ein Besprechungsvideo zu erstellen.

Die Entscheidungen stammen dabei aus dem Zivilrecht sowie dem Zivilprozessrecht und werden zunächst anhand der im Urteil geklärten Frage und der Schilderung des Sachverhalts vorgestellt. Hierauf folgen ein bis zwei Verständnisfragen, die hilfreich sind, um den oft nicht unkomplizierten Sachverhalt noch einmal zu durchdenken und so sicher zu gehen, dass dieser korrekt verstanden wurde, bevor anschließend auf die rechtlichen Verhältnisse und die im Sachverhalt angelegten Probleme im Einzelnen eingegangen wird. Nachdem die Kernaussage der Entscheidung festgehalten wurde, stehen den Studierenden abschließend Verständnisfragen zur rechtlichen Würdigung des Falles zur Verfügung. Die Besprechung wird schließlich auch durch schriftliche Entscheidungsanalysen unterstützt, die als PDF-Datei heruntergeladen werden können.

Das Kernstück des SEE-Projekts bildet eine auf der ILIAS-Plattform StudOn angelegte Datenbank, in der alle bereits erstellten Entscheidungsbesprechungen aufgeführt sind und nach Gericht, Rechtsgebiet oder Stichwörtern gefiltert werden können. Auch erscheinen an dieser Stelle bereits das Aktenzeichen und das Datum sowie eine Bewertung der Examensrelevanz der jeweiligen Entscheidung. Alternativ kann auch ein thematischer Zugang genutzt werden, in dem die Entscheidungsvideos nach Kategorien gefiltert werden können. Ferner wird der Kursbereich durch ein eigenes Forum ergänzt, in dem Studierende Raum für ihre Fragen und Antworten finden sowie durch einen detaillierten Leitfaden zur Erstellung eigener Entscheidungsanalysen.

Die Vorteile des Projekts für Studierende liegen dabei auf der Hand: so erleichtert die SEE zum einen die inhaltliche

Auseinandersetzung mit examensrelevanten Urteilen und Thematiken; zum anderen bietet auch das Format interaktiver Lernvideos einen besonders angenehmen Einstieg in die Lektüre höchstrichterlicher Rechtsprechung. Gerade am Anfang stellt sich dies oft als recht mühsam dar und erschwert so den Zugang zum eigentlichen Inhalt. Diese anfängliche Hürde wird hier jedoch genommen: Die Videobesprechungen bieten eine hervorragende Unterstützung und erfreuen sich daher großer Beliebtheit.

Der Kursbereich ist, nach einer kurzen Registrierung, für jedermann unter www.jura-see.de zugänglich.

Aus dem SEE-Projekt ist zudem eine Publikation² entstanden, in der 68 ausgewählte Entscheidungsbesprechungen ein Nachschlagewerk aktueller Rechtsprechung bieten, welches sich ideal für die Prüfungs- und Examensvorbereitung eignet.

* Die Autorin ist Stud. Hilfskraft an der Serviceeinheit „Lehre und Studienberatung“, der zentralen Service- und Beratungseinrichtung der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

¹ Das Projekt „SEE“ wird gefördert im Rahmen des QuiS Projektes (Qualität in Studium und Lehre an der FAU) „Digitalisierung in der Lehre@FAU“ (Teilprojekt 08) unter dem Förderkennzeichen 01PL17017 im Förderprogramm Qualitätspakt Lehre (QPL) vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF).

² Abrufbar unter <http://buch.jura-see.de/> (18.9.2019).

Geistige Nahrung für alle

Die Akademische Mittagspause der Universität Heidelberg im Sommersemester 2019

Von Dr. Daniel Johannes Kaiser, Heidelberg

Bereits im Mittelalter waren die Heidelberger Gotteshäuser Orte der Lehre und des wissenschaftlichen Diskurses. In Kirchen und Kapellen der Stadt fanden die Vorlesungen der „Hohen Schule“ statt, auf den Emporen der Heiliggeistkirche war die „Bibliotheca Palatina“ aufgestellt¹, erinnert sei auch an die Heidelberger Disputation Luthers vor Augustinermönchen, Professoren, Studenten und Bürgern². In dieser Tradition organisieren unterschiedliche Fächer der Universität Heidelberg seit neun Jahren die „Akademische Mittagspause“, eine Vortragsreihe zur Mittagszeit in der Universitätskirche (Peterskirche)³. Unter dem Titel „Recht verstehen, Recht gestalten – Herausforderungen des juristischen Denkens“ hielten von April bis Juli 2019 Referentinnen und Referenten insgesamt 62 Kurzvorträge, von denen nun über 40 im YouTube-Kanal der Universität Heidelberg veröffentlicht wurden.⁴



Die Vortragsreihe war in acht Einheiten eingeteilt, wobei die Überschriften eher Rahmen als strikte thematische Vorgaben waren. Das Jahr 2019 bot mehrfach Jubiläen, die insbesondere verfassungsrechtliche Erinnerungen und Reflexionen ermöglichten: „Rückblicke: 1819, 1849, 1919 und das Vermächtnis von Weimar“. Die deutsche Verfassungsgeschichte ist aber nicht nur von Krise, Scheitern und Umbruch geprägt wie der thematisierte historische und moderne Antisemitismus, die gescheiterte Freiheitsbewegung des 19. Jahrhunderts oder die Weimarer Reichsverfassung insinuieren könnten. Mit der Reihe „Stabilität: 70 Jahre Bonner Grundgesetz“ wurde bewusst an die Leistungen der Verfassung erinnert, wobei

¹ *Mittler*, in: *Mittler/Werner* (Hrsg.), *Mit der Zeit, Die Kurfürsten von der Pfalz und die Heidelberger Handschriften der Bibliotheca Palatina*, 1986, S. 12.

² *Plathow*, *Das „Wort vom Kreuz“ und die Kreuzestheologien, Luthers „Heidelberger Disputation“ (April 1518) – fürs Heute neu bedacht*, 2. Aufl. 2018, S. 15.

³ *Schwieb*, in: *Strohm/Ehmann/de Lange* (Hrsg.), *Orte der Reformation, Heidelberg und die Kurpfalz*, Bd. 6, 2013, S. 74.

⁴ www.youtube.com/playlist?list=PLuRaSnb3n4kRhUO8cuj89trh2H7o7P_4Q (28.9.2019).

Defizite und Fehlentwicklungen keineswegs verschwiegen wurden wie die beklagenswerte Finanzausstattung der Länder und Kommunen. So wurde aus politikwissenschaftlicher Sicht die Verfassungswirklichkeit des Demokratieprinzips analysiert, es wurde dargestellt, wie differenziert man die Forderung nach einem „Burkaverbot“ im Kontext der Religionsfreiheit bewerten muss, sogar ein „postkonstitutionelles Zeitalter“ wurde prophezeit. Der Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts *Stephan Harbarth* referierte über die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes, die scheidende Vizepräsidentin des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte *Angelika Nußberger* „gratulierte“ am „Geburtstag“ des Grundgesetzes (23.5.), indem sie die Formulierung in der Präambel „als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa“ in Entstehungszeit und Gegenwart kontextualisierte.

„Die Sprache des Rechts und das Recht der Kunst“ wurde u.a. im Zusammenhang mit der Digitalisierung (Computersprache versus menschliche Sprache), deren Chancen und Risiken im Verwaltungsverfahren sowie hinsichtlich der strafrechtlichen Verantwortung autonomer Systeme (v.a. sog. „Bots“) erörtert sowie über die Unterschiede von gesprochener und geschriebener Sprache im Recht reflektiert. „Recht und Technik“ wurde u.a. in dem Vortrag zum Dieselfahrverbot vertieft, um „Recht und Strafe“ ging es in weiteren Referaten, wobei vor allem die Grenzen der Strafe (Strafzumessung, Deal im Strafverfahren, die mögliche Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB) thematisiert wurden. Das Wirtschaftsrecht war in dem Abschnitt „Recht und Geld“ u.a. mit den Fragen nach der Haftung von Konzernen für ihre Unternehmen und den Leistungen des Insolvenzrechts vertreten. Eng damit verbunden widmeten sich die Vorträge dem Lebensbereich „Arbeit“, beispielsweise der Rolle des Betriebsrats und dem Befristungsrecht sowie der möglichen „Väterdiskriminierung“ im Gleichbehandlungsrecht.

Der letzte Themenkreis „Die Öffnung des Rechts und die Zukunft Europas“ verdeutlichte explizit mehrere Aspekte der Gegenwart: die Internationalisierung („Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen“), die Konkurrenz von Rechtssystemen (Internationales Steuerrecht), der Beitrag des deutschen Rechts („Der internationale Siegeszug der Verhältnismäßigkeit“) und die Bedeutung nichtstaatlicher Konfliktregelungen (private Schiedsgerichte, Investitionsschiedsgerichtsbarkeit). Vor besonders großem Publikum erläuterte *Anja Seibert-Fohr*, die neue deutsche Richterin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, dass die Würde des Menschen trotz unterschiedlicher Definition in den einzelnen Ländern doch einen gemeinsamen Kern aufweise und als fundamentaler Achtungsanspruch auch in einer pluralen Welt universalisierbar sei.



Wirtschaftsweiser Lars P. Feld

„Recht verstehen.“ Die Vortragsreihe konfrontierte die Zuhörer mit einer Vielzahl juristischer Fragestellungen. Themenbedingt („Raser im Strafrecht“, „Hexenjagd gegen Hungernot?“) waren einige Vorträge im besten Sinne populär-wissenschaftlich, was weder einen Widerspruch darstellen muss, noch abwertend zu verstehen ist. Andererseits wurden den Hörerinnen und Hörern auch Referate vorgetragen, deren Gegenstände auch den juristisch gebildeteren Hörern nicht zwingend bekannt sein mussten wie die gescheiterte deutsch-österreichische Wiedervereinigung 1919 oder die Existenz der „Gemischten Schiedsgerichte“ als Ergebnis des Versailler Vertrages und ihre möglichen Nachwirkungen.

In den engen Grenzen der zeitlichen Vorgaben waren und sind die veröffentlichten Vorträge dazu geeignet, in ein spezielles Thema einzuführen (z.B. Dürremanagement), einen Überblick zu geben, juristische Allgemeinbildung (nicht nur) für die mündliche Prüfung zu vermitteln und klausurrelevante Themen zu vertiefen (z.B. § 217 StGB, Art. 28 GG, Föderalismusreformen).

Eine Stärke der Vortragsreihe war, dass aktuelle Streitthemen in der Öffentlichkeit wissenschaftlich diskutiert wurden. So war beispielsweise der Vortrag zur „Straffreiheit trotz neuer DNA-Beweise infolge des Doppelbestrafungsverbots?“ dazu geeignet, nicht nur das Verständnis *des* Rechts, sondern damit auch Verständnis *für* das Recht zu fördern, indem die schwer erträglichen, aber richtigen Konsequenzen wichtiger Verfahrensgrundsätze erläutert wurden. Mehrfach wurden die Ziele des Koalitionsvertrags des Jahres 2018 erwähnt und die bisherigen Umsetzungsbemühungen sowie die offenen rechtlichen Fragen ihrer Umsetzung dargestellt. So analysierte *Markus Stoffels*, ob und wie der im Koalitionsvertrag euphorisch gefeierte „Durchbruch bei den Verhandlungen über die sachgrundlose Befristung und Kettenverträge“ einer rechts-sicheren und dem Gleichheitssatz entsprechenden Normierung zugeführt werden könnte. Die Absicht der Koalitionsparteien, das Sanktionsrecht für Unternehmen neu zu regeln, besprach *Gerhard Dannecker* in seinem Beitrag zur „Strafbarkeit juristischer Personen“.

„Recht gestalten.“ Die Vorträge in der Peterskirche wurden auffällig oft mit starken Thesen abgeschlossen oder trugen diese bereits in ihrem Titel. Es handelte sich durchweg nicht um Sonntagsreden, sondern um meinungsstarke Vorträge. So forderte *Marc-Philippe Weller*, entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts Frankfurt a.M. (Urt. v. 25.9.2018)

dürfe Unmöglichkeit der Vertragserfüllung (§ 275 BGB) nicht angenommen werden, wenn diese antisemitisch motiviert sei. *Wolf Schünemann* prangerte an, dass es auf Bundesebene noch nie einen Volksentscheid gegeben habe, und sprach sich dafür aus, mehr Direktdemokratie zu wagen. *Lars Feld* kam schon im Titel zu dem Ergebnis seines Vortrags („Scheinföderalismus“) und scheute sich nicht, die Bundesstaatlichkeit in Deutschland liebevoll-kritisch „Folklore“ zu nennen. *Thomas Lobinger* bezeichnete bereits den dogmatischen Grundansatz des Bundesarbeitsgerichts zum Streikrecht als falsch, weshalb über die Fehlentscheidung zum „Flashmob“⁵ hinaus weitere Auswüchse des Arbeitskampfs zu befürchten seien. Dabei erschöpfte sich die Kritik nicht in Parlamentarier- oder Richterschelte, sie wurde sehr konkret und konstruktiv (so beispielsweise *Ekkehart Reimer*: „Die Zukunft der Länder“, *Wolfgang Kahl*: „Nachhaltigkeit in das Grundgesetz!“).



Grabstein des Staatsrechtslehrers und Rektors *Bartholdus Redlich*, gest. 1572: „beliebt bei den Hörern, getreuer Anwalt für jeden Klienten“⁶

Vortragsreihen wie die „Akademische Mittagspause“ können Diskussionen „aus dem Labor der Rechtswissenschaft“ (*Kai Cornelius*) in die Öffentlichkeit tragen. Ihnen ist ein langer Nachhall zu wünschen. Einen Beitrag hierzu kann die Veröffentlichung auf dem YouTube-Kanal der Universität leisten, eine zeitgemäße Form der Publikation, die den konkreten Ort des Diskurses, den *Genius loci*, aber nicht ersetzen kann.

⁵ BAG, Urt. v. 22.9.2009 – 1 AZR 972/08.

⁶ *Neumüllers-Klausner*, Die Inschriften der Stadt und des Landkreises Heidelberg, 12. Heidelberger Reihe, Bd. 4, 1970, Nr. 323.