

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

Das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz Eine Einführung anhand von Fallbeispielen

Von RAin Dr. Katrin Hagemann, Minden 204

Öffentliches Recht

Verfassungsjubiläen und Grund-/Menschenrechtsjubiläen – Ein (Aus-)Blick auf die Jahre 2018/2019 als historischer Rückblick

Teil 1: Verfassungsjubiläen

Von Akad. Mitarbeiter Marcel Jäkel, Heidelberg 207

Strafrecht

Die historische Entwicklung der Rechtsprechung zur faktischen Geschäftsführung

Von Wiss. Mitarbeiter Alexander Mayr, LL.M.oec., Berlin 212

Allgemeines

Vermeidbare Fehler

Eine Analyse der Form und Sprache wissenschaftlicher Arbeiten im Schwerpunktbereich mit Beispielen

Von Dr. Daniel Kaiser, Heidelberg 221

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Das neue BGB-Reiserecht

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Jannik Otto, Düsseldorf 230

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Übungshausarbeit: Ärger in der Studentenbude

Von Wiss. Mitarbeiter Stephan Klawitter, Stud. Hilfskraft Rebecca
Julia Meyer, Berlin 239

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Anfängerklausur: Aufreibende Abrechnung

Von Stud. iur. Elli-Luise Haag, Wiss. Mitarbeiter Sebastian Henke, Akad. Rat a.Z. Jan Singbartl, München

251

Öffentliches Recht

Fortgeschrittenenklausur: „Boarder Control“ – Helmpflicht für Wintersportler an der Grenze der Verfassungsmäßigkeit?

Von Diplom-Wirtschaftsjurist (Univ.) Matthias Motzkus, LL.M., Frankfurt (Oder)

255

Anfängerklausur: Werbung für den Schwangerschaftsabbruch

Von Wiss. Mitarbeiter Alexander Hobusch, Düsseldorf

269

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Öffentliches Recht

BVerfG, Beschl. v. 28.9.2017 – 1 BvR 1510/17 (LSG Berlin-Brandenburg)

(Die unzutreffende Annahme einer Eilentscheidungskompetenz als Entzug des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG)

(Cand. iur. Christoph Halder, Cand. iur. Thomas Ittner, Passau)

275

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16

(Beteiligung an der industriellen Tötungsmaschinerie im Konzentrationslager Auschwitz)

(Prof. Dr. Janique Brüning, Kiel)

285

BGH, Beschl. v. 11.7.2017 – 2 StR 220/17

(Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe)

(Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau/Wiesbaden)

293

REZENSIONEN

Strafrecht

Johannes Kaspar, Strafrecht – Allgemeiner Teil – Einführung, 2. Aufl. 2017

(Wiss. Mitarbeiterin Julia Marinitsch, Mannheim/Göttingen)

298

Das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz

Eine Einführung anhand von Fallbeispielen

Von RAin Dr. **Katrin Hagemann**, Minden*

Das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (W BVG) ist ein Gesetz, mit dem die Studierenden im Rahmen ihrer Ausbildung allenfalls am Rande befasst sind. Eine Beschäftigung mit dem W BVG ist jedoch lohnend, da es – auch vor dem Hintergrund des demographischen Wandels – eine hohe praktische Relevanz hat. Laut Pflegestatistik des Statistischen Bundesamtes waren 2015 in der Bundesrepublik 2,9 Mio. Menschen pflegebedürftig. Hiervon lebten 783.000 in einem Heim, Tendenz steigend.¹ In diesem Beitrag sollen die wichtigsten Regelungen des W BVG anhand von Fallbeispielen kurz dargestellt werden, um den insoweit unerfahrenen Leser in den Grundzügen mit diesem Gesetz vertraut zu machen.

I. Allgemeines

Das W BVG ist ein Verbraucherschutzgesetz.² Ziel des Gesetzes ist der Schutz älterer, pflegebedürftiger oder behinderter Menschen über die Schaffung einer einheitlichen zivilrechtlichen Rechtsgrundlage für das Heimwesen.³ Es gilt für Verträge, bei denen die Überlassung von Wohnraum mit Pflege- und/oder Betreuungsleistungen kombiniert wird. Mit seinem Inkrafttreten am 1.10.2009 löste es die zivilrechtlichen Regelungen des Heimgesetzes ab. Die im Heimgesetz ebenfalls geregelten ordnungsrechtlichen Themen, wie z.B. die Qualifikation des Personals, wurden – nachdem durch die Föderalismusreform 2006 den Bundesländern die Gesetzgebungskompetenz für die *öffentliche* Fürsorge zugewachsen ist (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG) ist⁴ – überwiegend bereits durch Landesgesetze geregelt; in Nordrhein-Westfalen unter anderem im Wohn- und Teilhabegesetz. Die ordnungsrechtlichen Normen des Heimgesetzes gelten jedoch in jenen Bundesländern als Auffangregularium fort, die keine eigenen Landesgesetze hierzu erlassen haben.⁵

II. Anwendungsbereich

1. Personell

Das W BVG regelt gem. § 1 Abs. 1 W BVG die vertraglichen Beziehungen zwischen einem älteren, pflegebedürftigen oder behinderten Menschen als Verbraucher und einem Unternehmer als Anbieter von Wohn- und Betreuungsleistungen.

* Der Beitrag stellt die persönliche Meinung der *Autorin* dar und steht in keinem Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit.

¹ <file:///C:/Users/Stefan/Downloads/PflegeDeutschlandergebnisse5224001159004.pdf> (21.3.2018)

² *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 77. Aufl. 2018, Einl v W BVG, Rn. 3; *Tamm*, VuR 2016, 370; vgl. auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/12409, S. 1.

³ *Weber*, NZM 2010, 337 (338).

⁴ *Weber*, NZM 2010, 337 (338).

⁵ *Drasdo*, NZM 2013, 289 (290).

2. Sachlich

Gem. § 1 Abs. 1 S. 1 W BVG gelten die Regelungen des W BVG für Verträge, bei denen Wohn- und Betreuungsleistungen kombiniert angeboten werden. Abzugrenzen ist dieser Vertragstypus von Verträgen über betreutes Wohnen, für welche die Vorschriften des BGB gelten.⁶

Beispiel 1: Frau G schließt mit der Betreibergesellschaft des Heims „Abendfrieden“ einen Vertrag, in dem sie ein Einzelzimmer anmietet und Betreuungsleistungen nach Pflegegrad 2 in Anspruch nimmt. Auf diesen Vertrag, in dem Wohn- und Betreuungsleistungen vereinbart werden, ist das W BVG anzuwenden.

Beispiel 2: Das Ehepaar S mietet eine altersgerechte Wohnung in einer Seniorenresidenz an. Im Vertrag ist geregelt, dass eine Notrufanlage genutzt werden kann, Hausmeisterdienste in Anspruch genommen werden dürfen und der Betreiber der Seniorenresidenz bei Bedarf Pflege- und Betreuungsleistungen eines Pflegedienstes vermittelt. Für diese Fallgestaltung, in der neben der Vermietung von Wohnraum nur allgemeine Unterstützungsleistungen wie Notruf- und Hausmeisterdienste erbracht und die Pflege- und Betreuungsleistungen lediglich vermittelt werden, ist gemäß § 1 Abs. 1 S. 3 W BVG das W BVG nicht anzuwenden.

III. Rechtsnatur des Wohn- und Betreuungsvertrages

Wie unter II. 2. dargelegt, gilt das W BVG gem. § 1 Abs. 1 S. 1 W BVG für Verträge, bei denen Wohn- und Betreuungsleistungen in Kombination angeboten werden. Damit enthält ein Wohn- und Betreuungsvertrag durch die entgeltliche Überlassung von Wohnraum sowohl mietvertragliche Elemente als auch durch die Vereinbarung von Betreuungsleistungen dienstvertragliche Elemente.

Der Wohn- und Betreuungsvertrag wird daher als gemischter Vertrag angesehen.⁷ Der Interessenausgleich zwischen Unternehmer und Verbraucher wird durch eigene im W BVG geregelte vertragliche Regelungen geschaffen, welche von denen im BGB im besonderen Schuldrecht für die einzelnen Vertragstypen normierten Regelungen abweichen.⁸ Der Wohn- und Betreuungsvertrag ist damit ein eigenständiger, gesetzlich geregelter Vertragstyp.⁹

IV. Der Vertragsschluss

1. Die vorvertragliche Information nach § 3 W BVG

Der Unternehmer hat den Verbraucher rechtzeitig vor Vertragsschluss umfassend und in Textform über sein Leistungs-

⁶ *Lehmann-Richter*, MietRB 2011, 126 (126).

⁷ *Weidenkaff* (Fn. 2), § 1 W BVG Rn. 3.

⁸ *Tamm*, VuR 2016, 370 (370).

⁹ *Weidenkaff* (Fn. 2), § 1 W BVG Rn. 3.

angebot zu informieren, vgl. § 3 WVBG. Unterlässt der Unternehmer diese Information, darf der Verbraucher den Vertrag jederzeit ohne Einhaltung einer Frist kündigen, §§ 3 Abs. 4, 6 Abs. 2 S. 2 WVBG.

Der Gesetzgeber stärkt mit dem Erfordernis einer vorvertraglichen Information den Verbraucherschutz, da der zukünftige Heimbewohner durch die Information Angebote verschiedener Anbieter vergleichen kann. Durch die Vergleichsmöglichkeit wird eine autonome Entscheidung des zukünftigen Heimbewohners gefördert.

Beispiel 3: Herr S schließt einen Heimvertrag. Vor Vertragsschluss wurde er zwar über Entgelt und Betreuungsleistungen, nicht aber über Ausstattung und Lage des Gebäudes, in dem er wohnen würde, informiert. Da der Unternehmer gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 1 WVBG vorvertraglich auch über Ausstattung und Lage des Gebäudes hätte informieren müssen, darf Herr S gemäß §§ 3 Abs. 4, 6 Abs. 2 S. 2 WVBG seinen Vertrag jederzeit ohne Einhaltung einer Frist kündigen.

2. Mindestanforderungen an Form und Vertragsinhalt

Der Vertrag ist schriftlich abzuschließen (§§ 6 Abs. 1 S. 1 WVBG, 126 BGB). Ein Abschluss in elektronischer Form ist ausgeschlossen (§§ 6 Abs. 1 S. 2 WVBG, 126a BGB). Der Unternehmer hat dem Verbraucher eine Ausfertigung des Vertrages auszuhändigen (§ 6 Abs. 1 S. 3 WVBG).

Der Mindestinhalt des Wohn- und Betreuungsvertrages ist in § 6 Abs. 3 WVBG geregelt. Danach muss der Vertrag Angaben zu allen Leistungen des Unternehmers, die für diese Leistungen jeweils zu zahlenden Entgelte, die vom Unternehmer gegebenen vorvertraglichen Informationen nach § 3 WVBG als Vertragsgrundlage und eventuelle Abweichungen davon sowie Informationen nach § 36 des Verbraucherstreitbeilegungsgesetzes enthalten.

Wird der Vertrag nicht in schriftlicher Form geschlossen, sind zu Lasten des Verbrauchers von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarungen unwirksam. Zudem darf der Verbraucher den Vertrag jederzeit ohne Einhaltung einer Frist kündigen. Ist der schriftliche Vertragsschluss im Interesse des Verbrauchers unterblieben, muss der schriftliche Vertragsschluss unverzüglich nachgeholt werden (§ 6 Abs. 2 WVBG).

3. Vertragsdauer

Der Vertrag wird grundsätzlich auf unbestimmte Zeit geschlossen. Eine Befristung ist jedoch zulässig, wenn die Befristung den Interessen des Verbrauchers nicht widerspricht (§ 4 Abs. 1 S. 1 und 2 WVBG).

Die Regelung in § 4 WVBG dient dem Schutz des Verbrauchers.¹⁰ Ihm soll ein Wohnrecht auf Lebenszeit zustanden werden.

Beispiel 4: Die 81-jährige Frau B wird von ihrer Tochter T gepflegt. T ist wegen einer Operation mit anschließender

Reha für sechs Wochen verhindert. Daher schließt B einen auf sechs Wochen befristeten Vertrag über die Aufnahme in das Heim „Seniorenresidenz am Stadtpark“. Die zeitliche Befristung des Vertrages ist hier zulässig. Die Befristung widerspricht nicht den Interessen der B, denn sie plant, sich nach Ende des befristeten Vertrages wieder von ihrer Tochter pflegen zu lassen und hat kein Interesse an einem unbefristeten Vertrag.

4. Sicherheitsleistungen

Der Unternehmer darf von dem Verbraucher Sicherheitsleistungen verlangen, wenn dies im Vertrag vereinbart ist (§ 14 Abs. 1 S. 1 WVBG). Die Sicherheiten dürfen jedoch das Doppelte eines Monatsentgelts nicht übersteigen (§ 14 Abs. 1 S. 2 WVBG).

*Beispiel 5:*¹¹ Frau M hat mit dem Träger des Heims „Zur doppelstämmigen Eiche“ einen Wohn- und Betreuungsvertrag geschlossen. Der Heimträger fordert M nach Vertragsschluss auf, sich von ihrer Tochter eine sogenannte Beitrittserklärung unterzeichnen zu lassen. In der Beitrittserklärung heißt es: „Der Beitretende verpflichtet sich gegenüber dem Träger, selbstständig für alle Verpflichtungen des Pflegegastes aufzukommen.“ Eine derartige Verpflichtung war im eigentlichen Vertrag noch nicht gefordert worden. Eine derartige Erklärung darf allein deshalb nicht gefordert werden, weil der Beitritt im Wohn- und Betreuungsvertrag mit M nicht gefordert wurde. Zudem ist streitig, ob ein Schuldbeitritt überhaupt eine Sicherheit im Sinne des § 14 WVBG ist und ob die Haftung des Dritten nicht auf das doppelte Monatsentgelt des Wohn- und Betreuungsvertrages beschränkt werden müsste. Die Beitrittserklärung ist hier jedenfalls gem. § 16 WVBG unwirksam.

V. Vertragsdurchführung

1. Entgelterhöhung

Nach § 9 Abs. 1 S. 1 WVBG kann der Unternehmer eine Erhöhung des Entgelts verlangen, wenn sich die Berechnungsgrundlage verändert.

Hintergrundinformation: Entgelte für Pflegeeinrichtungen werden zwischen Unternehmen, Pflegekassen und Sozialhilfeträgern vereinbart. Sie werden in sogenannten Pflege-satzvereinbarungen festgelegt. Wenn ein Unternehmer das Entgelt erhöhen will, muss er darüber mit den Kostenträgern verhandeln und mit diesen eine neue Vereinbarung abschließen.

Der Unternehmer hat gem. § 9 Abs. 2 S. 1 und 2 WVBG dem Verbraucher die beabsichtigte Erhöhung des Entgelts schriftlich mitzuteilen und detailliert zu begründen. Der Verbraucher darf Einsicht in die Kalkulationsunterlagen nehmen, vgl. § 9 Abs. 2 S. 3 WVBG. Schließlich hat der Verbraucher ein Wahlrecht: Entweder er zahlt das erhöhte Entgelt oder er

¹⁰ Weidenkaff (Fn. 2), § 4 WVBG Rn. 1.

¹¹ In Anlehnung an BGH NJW 2015, 2573 ff.

kündigt gem. § 11 WBVG. Dabei kann die Zustimmung zum erhöhten Entgelt auch konkludent durch Zahlung des erhöhten Entgelts erteilt werden.¹²

*Beispiel 6:*¹³ Der Vertrag mit M enthält ferner eine Klausel, nach welcher der Heimträger das Entgelt einseitig erhöhen darf. Nach Ansicht der BGH¹⁴ stellt eine derartige Klausel eine Abweichung vom WBVG zu Lasten des Verbrauchers dar, so dass die Entgelterhöhungsklausel gem. § 16 WBVG unwirksam ist. Der BGH stellte zudem eine Unwirksamkeit der Entgelterhöhungsklausel nach § 307 BGB fest, da es sich im entschiedenen Fall um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt.

2. Vertragsanpassung bei Änderung des Pflege- und Betreuungsbedarfs

Häufig verschlechtert sich bei Bewohnern von Altersheimen im Laufe der Zeit ihr Gesundheitszustand, wodurch der Pflege- und Betreuungsaufwand steigen kann. Vertragsanpassungsmöglichkeiten bei einer Änderung des Pflege- und Betreuungsaufwandes sind in § 8 WBVG geregelt.

Beispiel 7: Als Herr L mit 78 Jahren in das Heim „Am stillen Bache“ zog, bestand nur geringer Pflegebedarf. Inzwischen ist L 84 Jahre alt und seine Kräfte lassen nach. Sein Zustand verschlechtert sich soweit, dass er beatmet werden muss. Der Heimträger kündigt den Vertrag mit dem Argument, L könne aufgrund seines gestiegenen Pflegebedarfs nicht mehr fachgerecht versorgt werden. Ob die Kündigung wirksam ist, hängt von Ausgestaltung des Vertrages ab. Zwar muss die Einrichtung grundsätzlich eine Anpassung der Leistungen anbieten, sofern sich der Pflege- und Betreuungsbedarf des Verbrauchers ändert, § 8 Abs. 1 WBVG. Die Kündigung wäre aber dann wirksam, wenn bei Vertragsschluss in gesonderter Vereinbarung festgelegt worden wäre, dass die Einrichtung keine Beatmung anbietet, der Unternehmer ein berechtigtes Interesse am Ausschluss der Pflege von beatmeten Personen hat und dieses in der Vereinbarung begründet hat, § 8 Abs. 4 WBVG.

VI. Vertragsende

Der Vertrag endet durch Zeitablauf, sofern er befristet wurde, vgl. § 4 Abs. 1 WBVG. Andernfalls wenn der Verbraucher verstirbt, vgl. § 4 Abs. 3 WBVG, oder wenn der Verbraucher oder der Unternehmer den Wohn- und Betreuungsvertrag kündigen.

1. Kündigung durch den Verbraucher

Für den Verbraucher gelten recht kurze Kündigungsfristen. Die ordentliche Kündigung ist (ohne Angabe von Gründen) zum Monatsende möglich, sofern sie dem Vertragspartner bis

zum dritten Werktag des Kalendermonats zugeht, § 11 Abs. 1 WBVG. Zudem darf der Verbraucher innerhalb der ersten zwei Wochen nach Beginn des Vertragsverhältnisses jederzeit kündigen, § 11 Abs. 2 S. 1 WBVG, sog. „Probewohnen“. Wird dem Verbraucher erst nach Beginn des Vertragsverhältnisses eine Ausfertigung des Vertrags ausgehändigt, beginnt die zweiwöchige Kündigungsfrist erst mit Aushändigung des Vertrags, § 11 Abs. 2 S. 2 WBVG. Ein Kündigungsrecht besteht auch bei fehlender oder unvollständiger vorvertraglicher Information, §§ 3 Abs. 4 S. 1, 6 Abs. 2 S. 2 WBVG. Auf die Kündigungsmöglichkeit wegen Erhöhung des Entgelts wurde ebenfalls bereits oben unter V. 1. hingewiesen. Die Kündigung erfolgt in diesem Fall zu dem Zeitpunkt, zu dem der Unternehmer die Erhöhung des Entgelts verlangt, vgl. § 11 Abs. 1 S. 2 WBVG. Schließlich kann der Verbraucher den Vertrag jederzeit aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn ihm die Fortsetzung des Vertrags bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zuzumuten ist (§ 11 Abs. 3 WBVG).

2. Kündigung durch den Unternehmer

Das Kündigungsrecht des Unternehmers ist auf eine Kündigung aus wichtigem Grund beschränkt. Die Kündigung muss schriftlich erfolgen und eine Begründung enthalten § 12 Abs. 1 WBVG. Die Kündigungsgründe sind in § 12 Abs. 2 WBVG abschließend aufgezählt. Eine Kündigung ist möglich bei einer Betriebseinstellung, wenn der Verbraucher eine vom Unternehmer angebotene Vertragsanpassung bei gestiegenem Pflege- oder Betreuungsbedarf ablehnt, wenn der Unternehmer bereits bei Vertragsschluss bestimmte Leistungen (z.B. Beatmung) ausgeschlossen hat und diese Leistungen nun erforderlich werden, wenn der Verbraucher seine vertraglichen Pflichten schuldhaft und gröblich verletzt und bei Zahlungsverzug des Verbrauchers in der nach § 12 Abs. 1 Nr. 4 a) oder b) WBVG bestimmten Höhe und Dauer.

VII. Fazit

Das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz enthält als Verbraucherschutzgesetz viele Schutzvorschriften zugunsten pflege- und betreuungsbedürftiger Menschen. Die wichtigsten Schutzvorschriften sind die vorvertraglichen Informationspflichten, das Erfordernis eines schriftlichen Vertrages mit Nennung der vertraglichen Pflichten, die Vertragsbeendigung mit dem Tode des Heimbewohners sowie das eingeschränkte Kündigungsrecht des Unternehmers.

¹² Drasdo, NZM 2017, 577 (579).

¹³ In Anlehnung an BGH NJW-RR 2016, 944 ff. und als Fortsetzung zu Fall 5.

¹⁴ BGH NJW-RR 2016, 944 ff.

Verfassungsjubiläen und Grund-/Menschenrechtjubiläen – Ein (Aus-)Blick auf die Jahre 2018/2019 als historischer Rückblick

Teil 1: Verfassungsjubiläen

Von Akad. Mitarbeiter **Marcel Jäkel**, Heidelberg*

Der Blick zurück nicht nur in die deutsche (Verfassungs-) Geschichte zeigt, dass das Ausklingen eines Jahrzehnts auf den Gebieten der Verfassungs- und Grund-/Menschenrechtsentwicklung oftmals den Grundstein für die weitere Zukunft gelegt hat. Und so stehen mit dem ausklingenden aktuellen Jahrzehnt sowohl das Jahr 2018, als auch das Jahr 2019 in vielerlei Hinsicht für historische Jubiläen, welche nicht nur zentrale Wendepunkte der Verfassungs- und Grund-/Menschenrechtsentwicklung markieren, sondern als solche auch die historische Grundlage des geltenden modernen Verfassungsstaates bzw. -verbundes bilden.

I. Verfassungsjubiläen

Zunächst soll der Blick auf diejenigen Jubiläen gerichtet werden, die in Zusammenhang mit der deutschen Verfassungsgeschichte bzw. -entwicklung im weiteren Sinne stehen.¹

1. Frühkonstitutionalismus (1818/1819)

Die Jahre 2018/2019 stehen in der Erinnerung der konstitutionellen Anfänge Deutschlands. Zwei Jahrhunderte sind vergangen, seit die Jahre 1818/1819 den Beginn des sog. deutschen (Früh-)Konstitutionalismus markierten. Erstmals bildete sich, in Ausführung des Art. 13 der Deutschen Bundesakte (DBA), auch in den (süd-)deutschen Ländern ein Maß an Herrschafts- und Staatstrukturierung heraus, welches über den bloß ständisch-vertraglichen Charakter hoheitlicher Machtbeschränkung hinausging. Für diese erste frühe „Konstitutionalisierungswelle“ stehen insbesondere die Bayerische Verfassung vom 26.5.1818 sowie die Badische Verfassung vom 22.8.1818 und die Württembergische Verfassung vom 25.9.1819.²

* Der Autor ist Akad. Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Staatsrecht, Verfassungslehre und Rechtsphilosophie der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und dort tätig am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie (Prof. Dr. Martin Borowski).

¹ Der Fokus der vorliegenden Betrachtung liegt dabei auf den Entwicklungen tatsächlicher „Verfassungen“ im engeren Sinne. Zumindest Erwähnung finden soll jedoch auch der im Jahr 2018 anstehende 370. Jahrestag des Westfälischen Friedens des Jahres 1648, da die in den Friedensverträgen enthaltenden Regelungen zu integralen Bestandteilen der „Verfassungsordnung“ des Heiligen Römischen Reiches geworden sind, vgl. insofern Link, JZ 1998, 181 sowie Pieroth, in: Holzhauser (Hrsg.), Europa 1648–1998: Von Münster nach Maastricht, S. 82 ff.

² Den Anfang der frühkonstitutionellen Verfassungsentwicklung machten indes bereits einige Jahre zuvor einige Kleinstaaten, namentlich Nassau (1814), Schwarzburg-Rudolstadt, Schaumburg-Lippe, Waldeck und Sachsen-Weimar (jeweils

Gemeinsam war den Verfassungen des deutschen Frühkonstitutionalismus dabei ihre Systematik, welche nach wie vor die Unverletzlichkeit der Monarchie vorsah, deren Machtausübung jedoch in einen gewissen (konstitutionellen) Rahmen setzte, welcher das monarchische Staatsoberhaupt bei der Ausübung seiner hoheitlichen Machtbefugnisse beschränkte.³ Insgesamt gesehen brachte diese Zeit des Frühkonstitutionalismus allerdings noch keinen – im Folgenden den Fokus der Betrachtung bildenden – bürgerlich-liberalen Verfassungsstaat hervor. Vielmehr stand diese Zeit für den Beginn eines Zwischenzustands, das heißt für eine Übergangszeit zwischen monarchischem Staat und monarchischer Legitimität einerseits und demokratischem Staat und demokratischer Volkssouveränität andererseits.⁴ Der Monarch blieb zwar Inhaber der Staatsgewalt, wurde aber konstitutionell, das heißt verfassungsrechtlich, eingebunden und beschränkt.⁵

2. Märzrevolution und Paulskirchenverfassung (1848/1849)

Einen spürbaren Wandel der Legitimationsmuster bringt erst das nächste zu betrachtende Jubiläum. So ruft spätestens der Monat März des Jahres 2018 den Beginn der Deutschen Revolution der Jahre 1848/1849 (sog. „Märzrevolution“) in Erinnerung, deren Anfänge sich in diesem Jahr zum 170. Mal jähren. Ausgehend von der französischen Februarrevolution des Jahres 1848, und verstärkt durch die amerikanischen Debatten über die Themen Verfassung, Rechtsstaat und Menschenrechte, greift die bürgerlich-revolutionäre Stimmung in diesen Jahren auch auf die Staaten des Deutschen Bundes über. Die aufkommende Revolution barg den Drang zu einer nationaldemokratischen und liberalen Um- bzw. Neugestaltung der deutschen Bundesverfassung und -ordnung, welche bis in das Jahr 1847 hinein unangefochten durch die deutsche

1816), welche allerdings in ihrer Wirkung den Verfassungen der süddeutschen Staaten um einiges nachstanden, vgl. hierzu Frottscher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, 16. Aufl. 2017, Rn. 282. Die zweite vormärzliche Konstitutionalisierungswelle schloss sich sodann in den Jahren 1831–1833 mit den Verfassungen von Kur-Hessen, Sachsen, Braunschweig und Hannover an, vgl. hierzu näher Württemberg, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. 1, 2004, § 2 Rn. 21 ff.

³ Vgl. Hilker, Grundrechte im deutschen Frühkonstitutionalismus, S. 24; Willoweit, Deutsche Verfassungsgeschichte – Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands, 7. Aufl. 2013, S. 241 ff.

⁴ Wahl, Der Staat 1979, 347; Böckenförde, in: Böckenförde (Hrsg.), Moderne deutsche Verfassungsgeschichte, 2. Aufl. 1981, S. 159.

⁵ Maurer, JZ 1999, 689 (691).

Bundesakte vom 8.6.1815 bestimmt war.⁶ Das alte System mit seinen obrigkeitlichen und polizeistaatlichen Bedrückungen erhob im März 1848 allerdings vermehrt die Führer der liberalen Opposition an die Spitze der Regierungen vieler deutscher Staaten.⁷ Die „Märzforderungen“ beliefen sich auf fundamentale demokratische und rechtsstaatliche Garantien, wie die Freiheit der Presse, die Garantie der Vereins- und Versammlungsfreiheit, der Einrichtung von Schwurgerichten, der Volksbewaffnung, des Verfassungseides des Heeres und nicht zuletzt der Wahl einer verfassungsgebenden Nationalversammlung.⁸ Gemeinsames Ziel war es letztlich einen (gesamt-)deutschen Nationalstaat auf der Grundlage der Volkssouveränität zu begründen, das heißt durch Wahl eines Nationalparlaments.⁹ In verfassungsgeschichtlicher Hinsicht markiert daher insbesondere der 18.5. einen besonders historischen Tag. Vor 170 Jahren trat an diesem Tag im Jahr 1848 die „deutsche verfassungsgebende Nationalversammlung“ in der Frankfurter Paulskirche zusammen, um die Beratungen für eine Verfassung aufzunehmen. Obgleich der Ruf nach Um- bzw. Neugestaltung der Verfassungsordnung die verschiedensten Lager einte, gestalteten sich die Verfassungsberatungen der Nationalversammlung von vornherein sehr schwierig. Sie waren durch Gegensätze belastet, die nur schwer zu überbrücken waren; Kompromisse mussten nicht zuletzt zwischen unitarischen und föderalistischen, wie auch demokratischen und monarchischen Bestrebungen gefunden werden.¹⁰ Und so bleibt auch das Konzept der Paulskirchenverfassung neben dem Fundament der Volkssouveränität noch zum Teil geprägt von der geschichtlich überkommenen Staatsmacht des monarchischen Elements.¹¹

Seinen Abschluss findet das 170. Jubiläum der Paulskirchenjahre (sieht man von den sich anschließenden Bestrebungen der sog. Reichsverfassungskampagne einmal ab) schließlich am 28.3. des kommenden Jahres. Dieses Datum markiert den 170. Jahrestag der Verkündung der „Verfassung des deutschen Reiches“ des Jahres 1849, der sog. „Paulskirchenverfassung“. Die Paulskirchenverfassung erlangte in der deutschen Staatsrechtsgeschichte als „erste vollentwickelte Konzeption einer deutschen Gesamtstaatsverfassung national-bürgerlicher Prägung“¹² einen beachtlichen Rang, obgleich sie in ihrer zeitgenössischen Wirkung für den Moment nicht über den Status eines Konzeptes hinausgekommen ist. Ihre tatsächliche Akzeptanz und Etablierung als gesamtdeutsche Verfassung scheiterte nämlich mit der Ablehnung der Kaiserkrone durch den preußischen König *Friedrich Wilhelm*

IV. In ihrer Verbindung national- wie rechtsstaatlicher Elemente stellte sie allerdings ein demokratisches Verfassungsmodell dar, an welchem sich alle späteren Verfassungen, sogar (und insbesondere) das Grundgesetz des Jahres 1949, orientierten.¹³ Der ambitionierte Versuch der Frankfurter Nationalversammlung die großen Prinzipien der Freiheit, Gleichheit und Einheit staats- bzw. verfassungsrechtlich zu verbinden, verlor im politischen Denken und Handeln Deutschlands mithin nie seine bestimmende Kraft und Vorbildfunktion.¹⁴

3. Weimarer Republik und Reichsverfassung (1918/1919)

Dies zeigt sich sodann auch direkt im nächsten zu betrachtenden Jubiläum, für welches der Blick bereits ein wenig weiter in die jüngere Verfassungsgeschichte wandert. Das 170. Jubiläum der „Achtundvierziger-Revolution“ samt dem Versuch der Etablierung einer nationaldemokratischen und liberalen Verfassung für ganz Deutschland liegt bereits weit zurück, wenn der Blick auf ein besonderes, 100. Jubiläum wandert, und damit auf die verspätete Verwirklichung des revolutionären Wunsches der Jahre 1848/1849 auf Begründung eines (gesamt-)deutschen Staates auf (nunmehr ausschließlich) demokratischer Grundlage. Zum einhundertsten Mal jährt sich im kommenden Jahr am 31.7. der Beschluss, am 11.8. die Ausfertigung und am 14.8. schließlich die Verkündung der „Weimarer Reichsverfassung“ (WRV) des Jahres 1919.

Den Verfassungs- und Revolutionsbestrebungen der Jahre 1848/1849 war, wie bereits erwähnt, gerade kein Erfolg vergönnt. Vielmehr verblühten mit dem endgültigen Scheitern der Revolution im April 1849 nicht nur die Träume der Errichtung eines deutschen Nationalstaates auf der Grundlage der Volkssouveränität, auch die in den einzelnen Staaten im vormärzlichen Revolutionsverlauf bereits vorgenommenen Veränderungen der Regierungsverfassung und Regierungspolitik wurden bis auf wenige Ausnahmen wieder umgekehrt.¹⁵ Der vorrevolutionäre Verfassungszustand wurde in dieser Spätphase des wiedereingesetzten Deutschen Bundes mithin weitgehend wiederhergestellt. Erst 1866 kam es zunächst zur Gründung des Norddeutschen Bundes, ehe sich im Jahr 1871 die Gründung des Deutschen Kaiserreichs anschloss. Erst Letzteres brachte dabei die bereits 1848/1849 erstrebte deutsche (Teil-)Einheit hervor; von den weiteren Zielen der nationalrevolutionären und nationaldemokratischen bürgerlichen Revolution fand sich hier jedoch nicht viel wieder. Vielmehr war der Charakter der Reichsgründung geprägt als eine aus der fürstlichen Souveränität entspringende Handlung.¹⁶ Erst die Weimarer Epoche sollte mithin an die alten Forderungen wieder anknüpfen. Bereits der November des Jahres 1918 markiert dabei einen abermaligen Wen-

⁶ Vgl. Kühne, Die Reichsverfassung der Paulskirche: Vorbild und Verwirklichung im späteren deutschen Rechtsleben, 2. Aufl. 1998, S. 32 f.

⁷ Laufs, JuS 1998, 385 (387).

⁸ Laufs, JuS 1998, 385 (387).

⁹ Menger, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit: eine Einführung in die Grundlagen, 8. Aufl. 1993, Rn. 262.

¹⁰ Vgl. Zippelius, Kleine deutsche Verfassungsgeschichte: vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart, 7. Aufl. 2006, S. 115 f.

¹¹ Kühne, in: Merten/Papier (Fn. 2), § 3 Rn. 28.

¹² Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 2, 3. Aufl. 1988, S. 821.

¹³ Vgl. Huber (Fn. 12), S. 821. Zeitweilen bestanden sowohl 1866, als auch 1918 Überlegungen, die Verfassung gänzlich oder jedenfalls im Wesentlichen wieder in Kraft zu setzen, vgl. Kühne, NJW 1998, 1513 (1514).

¹⁴ Huber (Fn. 12), S. 821.

¹⁵ Frotscher/Pieroth (Fn. 2), Rn. 353.

¹⁶ Frotscher/Pieroth (Fn. 2), Rn. 406.

depunkt in der deutschen Staats- und Verfassungsentwicklung. Und so steht auch bereits der November des Jahres 2018 für ein besonderes Verfassungsjubiläum: den 100. Jahrestag der Proklamation der Republik. Am frühen Nachmittag des 9.11.1918 riefen sowohl *Philipp Scheidemann* als auch *Karl Liebknecht* die Republik aus.¹⁷ Mit der Proklamation der Republik endete die Epoche der Monarchie in Deutschland; mit dem Ende des Ersten Weltkriegs zugleich das lange 19. Jahrhundert.¹⁸ Die neue deutsche Verfassung hingegen sollte erst ein Jahr später beschlossen werden. Hierfür markiert insbesondere der 19.1.1919 einen weiteren wichtigen Schritt auf dem Weg in eine neue Verfassungsordnung. Auf Grundlage des neuen Wahlrechts kam es zu einem Sieg der Kräfte, die für eine parlamentarische Demokratie standen: SPD, Zentrum und DDP.¹⁹ Am 6.2.1919 trat die gewählte Nationalversammlung in Weimar zu ihrer konstituierenden Sitzung zusammen. Am 11.2.1919 wurde Friedrich Ebert zum ersten Reichspräsidenten gewählt und trat sein Amt noch am gleichen Tag an.²⁰ Am 13.2.1919 berief er *Philipp Scheidemann* zum ersten Ministerpräsidenten des Reichs, welcher an die Spitze der aus den Parteien der „Weimarer Koalition“ (SPD, Zentrum und DDP) gebildeten Reichsregierung trat.²¹ Nachdem die Nationalversammlung den Verfassungsentwurf am 31.7.1919 angenommen hat, wurde die WRV am 11.8.1919 ausgefertigt und am 14.8.1919 im Reichsgesetzblatt verkündet.²²

Obleich die Weimarer Republik in ihrer Staatlichkeit an das Kaiserreich anknüpfte²³, stand die Verfassungsordnung nicht in der Tradition von 1871, sondern vorrangig in der von 1848/1849.²⁴ Die „Paulskirchenverfassung“ hatte der WRV mithin in vielen Punkten als Vorbild gedient.²⁵ Die Verfassung sah allerdings nicht mehr eine Monarchie samt erblichem Staatsoberhaupt vor; vielmehr ging die Staatsgewalt nunmehr gänzlich vom Volk aus. Die demokratische Volkssouveränität war mithin hergestellt und das monarchische System endgültig aus der deutschen Verfassungsordnung verbannt; mit Art. 1 der WRV: „Das Deutsche Reich ist eine Republik“ wurde das Faktum der Novemberevolution nunmehr auch normativ verankert.²⁶ Insgesamt war die neue Verfassung durch zahlreiche historische wie zeitgenössische

Gestaltungsideen geprägt und auf die Zusammenführung ganz unterschiedlicher (verfassungs-)politischer Strömungen angelegt; das „Verfassungslaboratorium“ Weimar war mithin in vielerlei Hinsicht experimentell.²⁷ Was in der Weimarer Republik geltendes Verfassungsrecht war, war allerdings durch den Text der WRV nur ansatzweise festgelegt und soll daher an dieser Stelle auch gar nicht im Einzelnen betrachtet werden. Ihre konkretisierungs- und ausgestaltungsbedürftigen Vorgaben waren in ihrer Verwirklichung ohnehin in hohem Maße das Ergebnis des Zusammenwirkens verschiedener Interpreten.²⁸ Die WRV sah mit dem Reichstag, dem Reichspräsidenten, der Reichsregierung und dem Reichsrat insgesamt vier Reichsorgane vor. Neben dem Reichstag nahm dabei insbesondere der Reichspräsident als „Ersatzkaiser“ eine beherrschende Stellung ein.²⁹ Dabei kann es allerdings im Nachhinein wohl als ein besonders Unglück für die Weimarer Republik bezeichnet werden, dass sie mit *Paul von Hindenburg* einen Reichspräsidenten hatte, welcher – anders als die Verfassung selbst – der Tradition von 1871 mehr verbunden war, als der von 1848/1849.³⁰

Die kurze³¹ Weimarer Epoche nahm ihr Ende sodann ebenfalls in einem anstehenden (tragischen) Jubiläum. Mit dem folgenreichen New Yorker Börsencrash vom 24. bzw. 25.10.1929, welcher sich im kommenden Jahr zum 90. Mal jährte, nahm die Weltwirtschaftskrise ihren Anfang. Infolge dessen stürzte auch die wirtschaftliche und soziale Ordnung Deutschlands, welche sich gerade erst entfaltet hatte, wieder in das Chaos.³² Folge war eine zunehmende politische Radikalisierung, welche schließlich bei den Reichstagswahlen vom 31.7.1932 ihren Höhepunkt fand, indem die NSDAP ihren Stimmanteil als mit Abstand stärkste Fraktion auf gut 37 % steigern konnte.³³ Nicht selten wurden die Ursachen jener Entwicklungen dabei auch (oder gerade) in der WRV gesucht. Als „überforderte Verfassung“ sei sie, nicht zuletzt aufgrund ihrer Interpretations- und Ausgestaltungsoffenheit, den Anforderungen an Staatlichkeit und Staatsgewalt nicht hinreichend gerecht geworden und damit nicht in der Lage gewesen, die nötigen Staats- und Verfassungszwecke zu erfüllen.³⁴ Die sich anschließenden Jahre des Nationalsozialismus stehen sodann für einen einmaligen Systembruch, welcher sowohl die politisch-kulturellen Bestände der huma-

¹⁷ Vgl. *Kotulla*, Deutsche Verfassungsgeschichte – Vom Alten Reich bis Weimar (1495–1934), Rn. 2241.

¹⁸ Vgl. *Stolleis*, Der lange Abschied vom 19. Jahrhundert: Die Zäsur von 1914 aus rechtshistorischer Perspektive.

¹⁹ *Schneider*, in: Isensee/Kirchhof, HStR I, 3. Aufl. 2003, § 5 Rn. 7.

²⁰ *Kotulla* (Fn. 17), Rn. 2256.

²¹ *Frotscher/Pieroth* (Fn. 2), Rn. 515.

²² Vgl. *Schneider* (Fn. 19), § 5 Rn. 16 f.

²³ Vgl. schon *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, Einl. S. 2 f.

²⁴ *Frotscher/Pieroth* (Fn. 2), Rn. 517; Gleichwohl nahm die WRV auch nicht wenige Vorschriften aus der Kaiserzeit auf, vgl. v. *Lewinski*, JuS 2009, 505 (505).

²⁵ *Frotscher/Pieroth* (Fn. 2), Rn. 517.

²⁶ *Dreier*, in: Merten/Papier (Fn. 2), § 4 Rn. 1; *Frotscher/Pieroth* (Fn. 2), Rn. 519.

²⁷ Hierzu *Gusy*, Der Staat 2016, 291 (301 ff.).

²⁸ Vgl. *Gusy*, Der Staat 2016, 291 (310).

²⁹ Vgl. zur Stellung des Reichspräsidenten v. *Lewinski*, JuS 2009, 505 (506).

³⁰ Vgl. *Frotscher/Pieroth* (Fn. 2), Rn. 552 und 572; *Bickenbach*, JuS 2008, 199 (201), relativierend v. *Lewinski*, JuS 2009, 505 (506, insb. Fn. 12).

³¹ *Dreier* (Fn. 26), § 4 Rn. 2, spricht von einem „immerhin“ vierzehnjährigen Bestand der Verfassung.

³² *Frotscher/Pieroth* (Fn. 2), Rn. 553.

³³ Vgl. *Huber*, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 4, 3. Aufl. 1992, Nr. 533; vgl. auch *Willoweit* (Fn. 3), S. 322 ff.

³⁴ Nicht zuletzt in der jüngeren verfassungsgeschichtlichen Bewertung wird jedoch ein differenzierteres Bild gezeichnet, eingehend hierzu *Gusy*, Der Staat 2016, 291 ff.

nistischen Aufklärung als auch die Verfassungsentwicklungen und -bestrebungen der Jahre 1848/1849 sowie 1918/1919 ins Gegenteil pervertiert, ohne dafür allerdings jemals eine eigene (geschriebene) nationalsozialistische „Verfassung“ etabliert zu haben.³⁵

4. Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (1948/1949)

Mit dem nächsten Jubiläum wandert der Blick der Betrachtung daher weiter auf den jüngsten verfassungshistorischen und damit auch gegenwartswirksamen Anknüpfungspunkt. Exakt ein Jahrhundert nach den Märzrevolutionen und Verfassungsbestrebungen der Paulskirchenjahre 1848/1849 steht Deutschland in den Jahren 1948/1949 erneut im Mittelpunkt zweier Schicksals- und Entscheidungsjahre. Deren vorläufigen Abschluss markiert der 23. bzw. 24.5. des kommenden Jahres, an welchem sich die Verkündung bzw. das Inkrafttreten (vgl. Art. 145 Abs. 2 GG) des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland (GG) zum 70. Mal jährt.

Seinen verfassungshistorisch anknüpfbaren Ursprung findet der Erlass des Grundgesetzes hingegen schon ein knappes Jahr früher.³⁶ Bereits am 1.7.1948 wurden die elf westdeutschen Ministerpräsidenten von den Westmächten in den sog. „Frankfurter Dokumenten“³⁷ als verfassungspolitisches Resultat der Londoner Sechs-Mächte-Konferenz beauftragt die Einberufung einer verfassungsgebenden Versammlung zur Ausarbeitung einer gemeinsamen Verfassung für die drei Westzonen vorzubereiten.³⁸ Deren Inhalt stieß allerdings sowohl bei den beauftragten Ministerpräsidenten als auch der westlichen Parteienlandschaft auf erheblichen Widerspruch. Insbesondere wurde in der hierin liegenden Weststaatskonzeption und den damit verbundenen Weichenstellungen teilweise das „Begräbnis“ der Deutschen Einheit gesehen.³⁹ Auf Wunsch der beauftragten Ministerpräsidenten wurde

daher im sog. „Frankfurter Kompromiss“⁴⁰ von der Wahl einer solchen „endgültigen“ verfassungsgebenden Versammlung abgesehen. Stattdessen wurde vereinbart durch einen Parlamentarischen Rat auf Grundlage des im August 1948 vom sog. „Herrenchiemseer Verfassungskonvent“ entworfenen „Herrenchiemseer-Entwurfs“⁴¹ ein bloß vorläufiges (Grund-)Gesetz für die aus den drei Westzonen zu schaffende, interimistisch verstandene Bundesrepublik ausarbeiten zu lassen.⁴² Es sollte nach dem Willen der Ministerpräsidenten „alles vermieden werden [...], was dem zu schaffenden Gebilde den Charakter eines Staates verleihen würde“; vielmehr sollte unmissverständlich zum Ausdruck kommen, dass „es sich lediglich um ein Provisorium handelt sowie um eine Institution, die ihre Entstehung lediglich dem augenblicklichen Stand der mit der gegenwärtigen Besetzung Deutschlands verbundenen Umständen verdankt“.⁴³ Dies schloss indes nicht aus, mit dem Grundgesetz ein Dokument zu schaffen, welches hinsichtlich seiner zu schaffenden Konzeption als Vollverfassung ausgestaltet war.⁴⁴

Der Parlamentarische Rat kam auf dieser Grundlage am 1.9.1948 unter dem Vorsitz des späteren Bundeskanzlers Konrad Adenauer in Bonn zusammen.⁴⁵ Die Verfassungsberatungen waren insgesamt von dem Willen getragen, die Konstruktionsfehler der ersten Republik unter der WRV zu vermeiden und verfassungsrechtlich eine ähnliche Fehlentwicklung wie in den dreißiger Jahren möglichst auszuschließen.⁴⁶ Und so sind Inhalt und Aufbau des Grundgesetzes auch durch verschiedenste historische Neuschöpfungen geprägt. Dies gilt zum einen für dessen ersten Abschnitt (Art. 1–19 GG), welcher direkt und ausschließlich den Grundrechten gewidmet ist und neben Freiheits- und Gleichheitsrechten auf die Aufnahme sozialer Grundrechte verzichtet. Darüber hinaus gilt dies insbesondere für die Struktursicherungsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG, welche die wesentlichen Grundsätze der Art. 1 und 20 GG im Sinne einer „Ewigkeitsgarantie“ auch einer Änderung durch den verfassungsändernden Gesetzgeber entzieht.⁴⁷ Eine vollumfängliche Verfassungsdisposition des Gesetzgebers, wie sie die WRV in ihrem Glauben an gesetzesgemäß zustande gekommene Entscheidungen teilweise kannte, und wie sie nicht nur zu Verfassungsänderungen sondern auch -durchbrechungen

³⁵ Die WRV ist niemals ausdrücklich außer Kraft gesetzt worden. Sie verlor jedoch ihre Geltung als Grundordnung des deutschen Staatswesens im Jahre 1933 in einem Prozess der Ignorierung, Relativierung und sukzessiven Beseitigung, vgl. *Schneider* (Fn. 19), § 5 Rn. 85; *Gusy*, *Der Staat* 2016, 291 (296); *Dreier* (Fn. 26), § 4 Rn. 75.

³⁶ Obgleich die politischen und wirtschaftlichen Weichen freilich auch zu diesem Zeitpunkt schon gestellt waren, vgl. *Stolleis* in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 19), § 7 Rn. 3 f.; vgl. ferner eingehend zu den reorganisierenden Umständen und Entscheidungen des „Schicksalsjahres“ 1948, insbesondere zur Organisation und Gestaltungskraft des Vereinigten Wirtschaftsgebietes *Stern*, *DÖV* 1998, 795 ff. sowie zu den Verfassungsentwicklungen in den Ländern bis zum Zusammenreten des Parlamentarischen Rates *Diestelkamp*, *NJW* 1989, 1312 ff.

³⁷ Eingehend zu den Umständen und Inhalten der Dokumente *Stern*, *DÖV* 1998, 795 (800 ff.).

³⁸ *Katz*, *Staatsrecht*, 18. Aufl. 2010, § 6 Rn. 125; vgl. ferner *Pieroth*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. 3, 2009, § 25 Rn. 8 ff.

³⁹ Vgl. *Stern*, *DÖV* 1998, 795 (801).

⁴⁰ Abgedruckt in: *Der Parlamentarische Rat, 1948–1949, Akten und Protokolle*, Bd. 1, *Vorgeschichte*, S. 273 ff.

⁴¹ Größtenteils abgedruckt in: *Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle*, Bd. 2, *Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee*, S. 504 ff.

⁴² *Katz* (Fn. 38), § 6 Rn. 125; vgl. auch *Ipsen*, *JöR* (38) 1989, 1 (3).

⁴³ Vgl. den Nachweis der beiden Äußerungen in: *Der Parlamentarische Rat 1948–1949* (Fn. 40), S. 143 f.

⁴⁴ *Stern*, *DÖV* 1998, 795 (805).

⁴⁵ *Katz* (Fn. 38), § 6 Rn. 125.

⁴⁶ Vgl. v. *Lewinski*, *JuS* 2009, 505 ff.; *Katz* (Fn. 38), § 6 Rn. 126; Eingehend *Fromme*, *Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz*, 3. Aufl. 1999.

⁴⁷ Vgl. auch *Kirchhof*, *DVBl.* 2009, 541 (549).

führte, sollte der Vergangenheit angehören.⁴⁸ Eine völlige Neuschöpfung war das Grundgesetz allerdings freilich nicht. Vielmehr knüpfte es in vielerlei Hinsicht sowohl an die westliche, als auch die deutsche Verfassungstradition an und entschied sich nicht zuletzt in vielen Bereichen, im Verständnis seiner staatsrechtlichen Kontinuitätsvorstellung, für die Übernahme überkommenden Rechts (vgl. insbesondere die Art. 33 Abs. 5, 123, 124, 125, 139, 140 GG).⁴⁹

Am. 8.5.1949 – genau 4 Jahre nach der bedingungslosen deutschen Kapitulation – nahm der Parlamentarische Rat den Entwurf des Grundgesetzes an. Das Grundgesetz, entstand insofern zwar aus der Bedingtheit und Offenheit der deutschen (Nieder-)Lage der Nachkriegszeit.⁵⁰ Insgesamt wurde es jedoch nicht bloß als Provisorium, sondern – auch und insbesondere dann, wenn es mit Ausnahmelagen konfrontiert war – als stabile Verfassung und damit als „Glücksfall“ wirksam.⁵¹ Unter seiner Geltung ist der europäische und internationale Frieden bewahrt, die Freiheit gewährleistet und der deutsche Wohlstand verbreitet worden.⁵² Seit der Wiedervereinigung im Jahr 1990 ist es zur gesamtdeutschen Verfassung geworden.⁵³

5. Vertrag von Lissabon (2009)

Zwar markiert das Inkrafttreten des Grundgesetzes im Mai 1949 den vorläufigen Schlusspunkt der deutschen Verfassungsentwicklung im engeren Sinne; nicht aber der deutschen Staats- und Verfassungsentwicklung im weiteren Sinne. Deswegen soll auch nicht das Inkrafttreten des Grundgesetzes den Schlusspunkt der vorliegenden Betrachtung an „Verfassungsjubiläen“ bilden, sondern vielmehr das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zum 1.12.2009, welches im kommenden Jahr sein 10-jähriges Jubiläum feiert. Anders als vielleicht noch seine soeben näher dargestellten Vorgänger, ist das Grundgesetz nämlich zu keiner Zeit die „holistische Rechtsgrundlage eines ganzheitlichen Nationalstaates“ gewesen; vielmehr war es von Beginn an überstaatlichen Bedingungen unterworfen.⁵⁴ Das Grundgesetz präsentiert sich mithin aufgrund seiner „Europarechtsfreundlichkeit“ als Teil eines „Europäischen Verfassungsverbundes“ und aufgrund seiner „Völkerrechtsfreundlichkeit“ als Teil einer internationalen Ordnung.⁵⁵ Da die Staats- und Verfassungsentwicklung Deutschlands seit Inkrafttreten des Grundgesetzes insbesondere durch die Mitgliedschaft in der Europäischen Gemeinschaft bzw. Union geprägt ist und auch weiterhin entscheidend hierdurch geprägt sein wird, soll der durch den Vertrag

von Lissabon etablierte unionale „Verfassungsrahmen“ hier den Schlusspunkt der Betrachtung bilden. Obgleich er keine „Verfassung“ im engeren Sinne schafft, welche der gescheiterte Verfassungsvertrag des Jahres 2004 auch nur seinem Namen nach gebracht hätte, markiert der Vertrag von Lissabon daher den Schlusspunkt der vorliegend betrachteten Verfassungsjubiläen. Der Lissabonner Reformvertrag hat wesentliche Änderungen des gescheiterten Verfassungsvertrages aufgenommen und – beschnitten um dessen Verfassungsornamentik – in die europäischen Verträge umgesetzt.⁵⁶ Ein noch älteres gemeinschaftliches Jubiläum ist freilich bereits zu Beginn des Jahres 2018 zu verzeichnen gewesen. Der 1. Januar markierte den 60. Jahrestag⁵⁷ des Inkrafttretens der Römischen Verträge zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (EAG) sowie zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) zum 1.1.1958. Der Vertrag von Lissabon hat die Europäische Gemeinschaft und die Europäische Union (mit Ausnahme der EAG) sodann allerdings zu einer einheitlichen Europäischen Union zusammenggeführt (Art. 1 EUV), mit Rechtspersönlichkeit ausgestattet (Art. 47 EUV) und damit den unionalen Verfassungsrahmen des ausklingenden Jahrzehnts bestimmt. Die Frage danach, wie sich dieser Rahmen der künftigen EU 27 in der näheren Zukunft entwickeln wird und sollte, ist momentan offen⁵⁸ und wird nicht zuletzt auch die Wahlen zum Europäischen Parlament im (voraussichtlich) Mai 2019 bestimmen.

⁴⁸ Vgl. auch v. *Lewinski*, JuS 2009, 505 (508); differenzierend-klarstellend diesbezüglich *Dreier* (Fn. 26), § 4 Rn. 38 ff.

⁴⁹ Vgl. *Ipsen*, JöR (38) 1989, 1 (5).

⁵⁰ *Ipsen*, JöR (38) 1989, 1 (4 f.).

⁵¹ *Kirchhof*, DVBl. 2009, 541 (541 f.).

⁵² *Ipsen*, JöR (38) 1989, 1 (40).

⁵³ Vgl. *Stern*, DÖV 1998, 795 (805) sowie *Kirchhof*, DVBl. 2009, 541 (542 f.).

⁵⁴ *Kämmerer*, NVwZ 2015, 1321; vgl. ferner *Dreier*, DVBl. 1999, 667.

⁵⁵ Eingehend zu diesen beiden Grundsätzen *Knop*, Völker- und Europarechtsfreundlichkeit als Verfassungsgrundsätze.

⁵⁶ Vgl. *Schorkopf*, Der Europäische Weg: Grundlagen der Europäischen Union, 2. Aufl. 2015, S. 30.

⁵⁷ Vgl. hierzu die Reflexionen bei *Schorkopf*, ZSE 2017, 16 ff.

⁵⁸ Vgl. hierzu das Weißbuch zur Zukunft Europas der Europäischen Kommission, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/weissbuch_zur_zukunft_europas_de.pdf (20.5.2018)

Die historische Entwicklung der Rechtsprechung zur faktischen Geschäftsführung

Von Wiss. Mitarbeiter Alexander Mayr, LL.M.oec., Berlin*

I. Einleitung

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich kritisch mit der Entwicklung der Rechtsprechung zur faktischen Geschäftsführung. Diese nimmt laut *Achenbach* eine „gesetzesgleiche Position fragloser Selbstverständlichkeit“¹ ein – eine Einschätzung aus dem Jahr 1989, die nach wie vor gültig erscheint, trotz aller Kritik, die ihr entgegengebracht wurde. Erst im November letzten Jahres wurden beispielsweise in einem öffentlichkeitswirksamen Prozess die Kinder von Anton Schlecker auf Grundlage dieser Rechtsfigur unter anderem wegen Bankrottes zu Bewährungsstrafen verurteilt.²

Objektiv betrachtet sind über die Jahrzehnte alle Versuche durch die Lehre gescheitert, eine weitere Ausdehnung der Strafbarkeit über die Wortlautgrenze hinaus zu verhindern. Aber auch wenn man sich nicht in den Kanon derer einreihen möchte, die materielle Kritik üben, ist eine tiefere Auseinandersetzung mit der Entwicklung der Rechtsprechung für die Rechtspraxis essentiell. Denn sie zeigt anschaulich, wie der Bundesgerichtshof primär mit Hilfe wiederholter Verweise auf die eigene Rechtsprechung und die des Reichsgerichtes den Anwendungsbereich einer Rechtsfigur immer weiter ausgedehnt hat, ohne sich vertieft mit der mannigfaltigen Kritik auseinander zu setzen.

II. Zur Problematik der faktischen Organe

1. Problemstellung

Für Delikte, die von jedermann begangen werden können, ist die Rechtsfigur der faktischen Geschäftsführung unbeachtlich.³ Die Problematik taucht dort auf, wo das Gesetz für die Strafbarkeit an eine bestimmte Position bzw. Pflichtenstellung des Täters anknüpft, sog. echte Sonderdelikte.⁴

Das ist immer dann der Fall, wenn die einschlägigen Straftatbestände zur Umgrenzung des Täterkreises Statusbezeichnungen verwenden, so z.B. die Stellung als „Arbeit-

geber“ in § 266a StGB.⁵ Im Gegensatz zu *Allgemeindelikten* wirkt ausschließlich diese besondere Eigenschaft täterschaftsbegründend: Personen, die diese Rolle bzw. Pflichtenstellung nicht innehaben, können allenfalls Teilnehmer sein.⁶

Problematisch wird es nun, wenn de facto eine andere Person die Geschicke des Unternehmens (mit-)lenkt, als dies nach der Papierlage der Fall zu sein scheint.⁷ Denn neben diversen Tatbeständen, die formelle Statusbezeichnungen adressieren (sog. Vertretersondertatbestände des Nebenstrafrechts),⁸ orientiert sich auch die Regelung des § 14 StGB zunächst an formellen Gesichtspunkten.

Handelt nun jemand de facto und nicht aufgrund einer formellen Bestellung z.B. als Geschäftsführer, können dadurch Strafbarkeitslücken entstehen, da er mangels formeller Bestellung eigentlich nicht Normadressat ist.

Die Ausgestaltung dieser Normen als Sonderdelikte birgt demzufolge die Gefahr, dass es den eigentlichen Drahtziehern möglich ist, „handelsrechtliche Vorschriften als Schild für den Rechtsmissbrauch zu benutzen“⁹, indem man z.B. einen untätigen, formellen Mitgeschäftsführer (sog. Strohmännchen)¹⁰ vorschiebt.¹¹ Die strafrechtliche Problematik liegt also darin, ob und unter welchen Voraussetzungen Strafvorschriften, die an die besondere Eigenschaft des Täters anknüpfen, auf den nicht bestellten, faktischen Geschäftsführer anwendbar sind.¹²

* Der *Verf.* ist Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, ausländisches Strafrecht und Strafrechtstheorie (Prof. Dr. Luis Greco, LL.M.) an der Humboldt-Universität zu Berlin und Wiss. Mitarbeiter in einer Berliner Kanzlei.

¹ *Achenbach*, NStZ 1989, 497 (497).

² Sog. „Schleckerprozess“, siehe Pressemitteilung des LG Stuttgart v. 27.11.2017, LG Stuttgart, Urt. v. 27.11.2017 – 11 KLS 152 Js 53670/12, abrufbar unter

<http://www.landgerichtstuttgart.de/pb/Lde/Startseite/Aktuelles/Urteil+im+Schleckerprozess/?LISTPAGE=1195716> (24.5.2018).

³ *Löffler*, wistra 1989, 121 (121); *Groß*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit faktischer Vertretungsorgane bei Kapitalgesellschaften, 2007, S. 34.

⁴ Siehe z.B. *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 6 Rn. 70; *Achenbach*, in: *Achenbach/Ransiek/Rönnau* (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, Teil 1 Kap. 3 Rn. 7 ff.

⁵ *Momsen/Laudien*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Ed., Stand: 3.7.2007, § 14 Rn. 13; die Umgrenzung des Täterkreises muss jedoch nicht ausdrücklich über Statusbezeichnungen erfolgen, sondern kann sich vielmehr auch aus dem Sachzusammenhang ergeben, vgl. *Radtke*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 14 Rn. 36.

⁶ *Wittig* (Fn. 4), § 6 Rn. 71; *Lauterwein/Xylander*, in: *Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis* (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, Kommentar mit Steuerstrafrecht und Verfahrensrecht, 2017, HGB § 331 Rn. 36; ausführlich *Hoyer*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2017, § 14 Rn. 32 ff.

⁷ *Wegner*, PStR 2008, 39 (39).

⁸ z.B. „Geschäftsführer“ in § 82 GmbH, „Mitglied des Vorstandes“ in § 399 AktG, vgl. *Radtke* (Fn. 5), § 14 Rn. 44.

⁹ BGHSt 21, 101 (105).

¹⁰ Zur Strafbarkeit des Strohmännchens siehe z.B. *Groß* (Fn. 3), S. 173 ff.; zuletzt auch ausführlich BGH NStZ 2017, 149 (149).

¹¹ Es wird zumeist am erforderlichen Vorsatz des Strohmännchens fehlen, vgl. *Groß* (Fn. 3), S. 33; auch eine Lösung über die mittelbare Täterschaft versagt, da bei Sonderdelikten die Täterschaft eindeutig ausgeschlossen ist, wenn der Hintermann die Sondereigenschaft nicht in eigener Person aufweist (mag auch der Ausführende sie haben), vgl. *Heine/Weißer*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 25 Rn. 49 m.w.N.

¹² *Dierlamm*, NStZ 1996, 153 (153).

2. Fallkonstellationen

Es sind dabei primär drei Fallkonstellationen denkbar, in denen man über eine faktische Geschäftsführung nachdenken kann: beim nichtigen Bestellungsakt, der Bestellung durch eine nichtige Gesellschaft sowie bei dem gänzlich unterbliebenen Bestellungsakt.

Die Fallgruppe des nichtigen Bestellungsaktes sind die Fälle fehlerhaft bestellter Organe, d.h. solche, bei denen der Bestellungsakt aus rechtlichen Gründen unwirksam ist.¹³ Dabei ist in der Regel eine ordnungsgemäße Bestellung einer Person als Organ oder Organmitglied beabsichtigt gewesen und lediglich die Einsetzung nach den Regeln des Gesellschaftsrechts unwirksam geblieben.¹⁴ Dies kann etwa passieren, wenn die Bestellung gegen die Satzungsvorschriften des Gesellschaftsvertrages verstößt, wirksam angefochten wurde oder der für die Bestellung zugrunde liegende Gesellschafterbeschluss nichtig ist.¹⁵

Von der faktischen Geschäftsführung ist auch dann die Rede, wenn eine nichtige Gesellschaft einen Geschäftsführer bestellt hat.¹⁶ *Groß* bezeichnet dies zutreffend als „Scheinproblem“¹⁷, da bereits aus gesellschaftsrechtlicher Sicht kein (eigenständiges) Problem besteht. Es ist heute allgemein anerkannt,¹⁸ dass auch eine „nichtige“ Kapitalgesellschaft eine tatsächlich und rechtlich bestehende Organisationseinheit darstellt.¹⁹ Nichtigkeit einer eingetragenen Gesellschaft in dem Sinne, dass die Gesellschaft rechtlich als von Anfang nicht existent anzusehen wäre (ex tunc), gibt es nicht.²⁰ Die Nichtigkeit tritt nicht ipso iure ein,²¹ sondern ist im Wege eines Gestaltungsurteils für die Zukunft nach den Vorschriften der §§ 275 ff. AktG, §§ 75 ff. GmbHG herbeizuführen.²² Bis zu diesem Zeitpunkt sind die Geschäftsführer bzw. Vorstandsmitglieder einer solchen Gesellschaft als wirksam bestellte Organe anzusehen, die die Gesellschaft rechtswirksam vertreten. Das wird auch im Gesetz deutlich, da die Gesellschaft im

Verfahren jeweils durch die Geschäftsführer²³ bzw. den Vorstand²⁴ vertreten werden soll. Daher sind praktische Überlegungen hinsichtlich faktischer Organe in der Konstellation der nichtigen Gesellschaft nicht notwendig.

Hochgradig problematisch und umstritten ist die Fallgruppe des unterbliebenen Bestellungsaktes bei gleichzeitiger tatsächlicher Übernahme der institutionellen Organposition: In dieser Konstellation übt eine Person die Organ Tätigkeit aus, obwohl sie nicht formell zum Gesellschaftsorgan bestellt worden ist und ein formeller Bestellungsakt auch niemals geplant war.²⁵ Es fehlt ausdrücklich an einem Bestellungsakt. Dazu zählen insbesondere sog. Strohmann-Fälle, die dadurch gekennzeichnet sind, dass ein „pro forma“ eingetragener Geschäftsführer oder Vorstand existiert, z.B. die Ehefrau²⁶ oder der Schwiegersohn²⁷, während die Geschäfte des Unternehmens aber maßgeblich von einem Hintermann geführt werden.²⁸

Die Gründe für eine derartige Konstellation sind vielfältig. Das relevanteste Beispiel ist die sog. Inhabilität des Hintermannes nach § 76 Abs. 3 S. 3 und 4 AktG bzw. § 6 Abs. 2 S. 2–4 GmbHG. Die darin normierten Ausschlussgründe stehen einer Bestellung als Vorstand bzw. Geschäftsführer zwingend entgegen, etwa eine vorangegangene Verurteilung wegen einer Insolvenzstraftat. Daneben ist beispielsweise eine Gewerbeerlaubnis für Makler, Bauträger und Baubetreuer gem. § 34c Abs. 2 Nr. 1 GewO in Folge einer relevanten Verurteilung zu versagen.

Über die Behandlung dieser Fälle, in denen ein Bestellungsakt gänzlich unterblieben ist, herrscht seit Jahrzehnten Uneinigkeit. Es geht dabei im Kern letztlich um die grundlegende Frage, ob eine derart „kreative“ Nutzung gesellschaftsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten überhaupt strafbar sein soll.²⁹

III. Die historische Entwicklung der Rechtsprechung

Nachfolgend sollen nun die wichtigsten Entscheidungen im Bereich des Wirtschaftsstrafrecht betrachtet werden, die jeweils einen relevanten Beitrag zur weiteren Ausdehnung oder Präzisierung des Anwendungsbereiches geliefert haben.

Trennt man dabei die höchstrichterliche Rechtsprechung in die Phase des Reichsgerichts³⁰ und die des Bundesgerichtshofs³¹, fällt auf, dass man die Phase des RG tendenziell „restriktiv“ beschreiben kann, die Judikatur des BGH dagegen „extensiv“.³²

¹³ *Radtke* (Fn. 5), § 14 Rn. 117.

¹⁴ Davon zu trennen ist die Nichtigkeit des Anstellungsvertrages; ist dieser nichtig, die Organbestellung hingegen wirksam, stellt sich die Problematik nicht, vgl. *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz*, 21. Aufl. 2017, § 35 Rn. 9.

¹⁵ *Schmucker*, *ZJS* 2011, 30 (35) m.w.N.

¹⁶ *Groß* (Fn. 3), S. 37; ebenso *Löffler*, *wistra* 1989, 121 (123).

¹⁷ *Groß* (Fn. 3), S. 37; in der Sache ähnlich m.w.N.; *Hoyer* (Fn. 6), § 14 Rn. 87.

¹⁸ Das war zur Zeit der Entscheidung RGSt 43, 407 noch nicht der Fall.

¹⁹ Ausführlich dazu *Koch*, in: *Goette/Habersack* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Bd. 4, 4. Aufl. 2016, § 275 Rn. 7.

²⁰ *Rühland*, in: *Heidinger/Leible/Schmidt* (Hrsg.), *GmbH-Gesetz, Kommentar*, Bd. 2, 3. Aufl. 2017, § 75 Rn. 2; für das AktG siehe *Koch* (Fn. 19), § 275 Rn. 8; für den Gleichlauf bei GmbH und AG spricht zudem die Verweisungstechnik des § 75 Abs. 2 GmbHG, der auf das AktG verweist.

²¹ *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen, GmbH-Gesetz, Kommentar*, 8. Aufl. 2015, § 75 Rn. 5.

²² *Rühland* (Fn. 20), § 75 Rn. 2.

²³ Siehe §§ 75 Abs. 2 GmbHG i.V.m. 246 Abs. 2 AktG.

²⁴ §§ 275 Abs. 4 i.V.m. 246 Abs. 2 AktG.

²⁵ *Groß* (Fn. 3), S. 38.

²⁶ Vgl. BGHSt 3, 32.

²⁷ Vgl. BGHSt 31, 118.

²⁸ *Löffler*, *wistra* 1989, 121 (121).

²⁹ *Groß* (Fn. 3), S. 38.

³⁰ Im Folgenden abgekürzt als „RG“.

³¹ Im Folgenden abgekürzt als „BGH“.

³² Ebenso z.B. *Habetha*, *Bankrott und strafrechtliche Organhaftung*, 2014, S. 117; *Dierlamm*, *NSStZ* 1996, 153 (154).

I. Rechtsprechung des Reichsgerichts („Restriktive Phase“)

Die untersuchten Urteile des RG nimmt der BGH in seinen ersten Urteilen als Grundlage,³³ welche damit indirekt bis heute fortwirken.³⁴ Dabei ist vorab zu erwähnen, dass § 14 Abs. 3 StGB zur Zeit der reichsgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht existierte. Daher musste das RG insbesondere für die Fallgruppe des nichtigen Bestellungsaktes besonderen Argumentationsaufwand leisten.

a) RGSt 16, 269

Das Urteil beschäftigt sich mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit eines Vorstandsmitglieds einer Genossenschaft. Der Angeklagte war gewählt und bestellt worden, allerdings war seine Bestellung deshalb rechtlich unwirksam, da er vorher aus der Genossenschaft ausgetreten war.³⁵ Fraglich war also, ob er Adressat einer Konkursstrafat allein deswegen sein konnte, weil er „nur tatsächlich aufgrund der erfolgten Wahl die Funktion des Vorstandsmitgliedes ausübte“³⁶.

Das RG bejahte dies im Wesentlichen mit zwei Argumenten: Zum einen sei der Norm ihrem Wortlaut nach nicht die geringste Andeutung zu entnehmen, dass ein Mangel in der Wahl oder der rechtlichen Qualifikation des betreffenden Mitgliedes als Ausschließungsgrund gelten solle.³⁷ Zum anderen würde es gerade dem Zweck der Strafvorschriften der Konkursordnung widersprechen, würde man den fehlerhaft bestellten Vorstand nicht mit einbeziehen. Argumentativ wird angeführt, dass immerhin ein weiterer, „innerer Grund“ für die Einbeziehung zu finden sei: Die erfolgte Wahl als Vorstandsmitglied und dessen Annahme dieser Wahl.³⁸

Das RG führte aus, dass jeder Adressat der Norm sei, „welcher überhaupt durch die erfolgte und angenommene Wahl zu dieser Stellung gelangt ist“³⁹ und es verfehlt sei, dass der „innere, rechtliche Mangel der Wahl des Angeklagten für sich allein geeignet war, dessen Verantwortlichkeit aufzuheben“⁴⁰. Aus dieser Formulierung wird deutlich, dass hier keine Grundsatzentscheidung zu faktischen Organen gefallen war, sondern vielmehr der heute in § 14 Abs. 3 StGB Gesetz gewordene Fall des nichtigen Bestellungsaktes umfasst werden sollte.

Eine substantielle Auseinandersetzung damit, dass man sich möglicherweise über den Wortlaut des § 214 KO hinwegsetzt, blieb das RG schuldig. Der Verweis darauf, dass sich Gegenteiliges dem Wortlaut nicht entnehmen ließe, ist eine bloße Feststellung ohne Erklärungsgehalt. Nach dem damals gültigen Wortlaut war es ebenso möglich, in der Formulierung eine Regelung für *wirksam bestellte* Vorstandsmitglieder zu sehen, da die Norm ausdrücklich „Mitglieder

des Vorstandes“, die in dieser Eigenschaft gehandelt haben, adressierte.⁴¹

b) RGSt 43, 407

In der Entscheidung ging es unter anderem um die Frage, ob Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat einer mit einem Nichtigkeitsgrund behafteten Aktiengesellschaft nach dem Vertretersondertatbestand § 314 Nr. 1 HGB a.F. strafrechtlich verantwortlich sein können. Die strafbewehrten Pflichten des Vorstandes, der wirksam bestellt wurde und seine Tätigkeit aufgenommen hat, obliegen diesem uneingeschränkt auch dann, wenn die Aktiengesellschaft trotz erfolgter Eintragung „mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet zustande gekommen ist“⁴². Argumentiert wurde dabei mit dem Schutzbedürfnis derer, die in einer rechtlichen Beziehung mit der (nichtigen) Aktiengesellschaft stehen.⁴³ Das Schutzbedürfnis bestehe unabhängig von der Wirksamkeit der Gesellschaft.⁴⁴

Es muss dabei beachtet werden, dass die Grundsätze der „fehlerhaften Gesellschaft“ noch nicht bekannt waren, wonach heute einhelliger Meinung eine nichtige Gesellschaft als rechtlich wirksam angesehen wird.⁴⁵ Ausgangspunkt des RG war es, die strafbewehrten Pflichten des HGB von dem Erfordernis der Wirksamkeit der Aktiengesellschaft zu lösen. Das Problem lag daher mehr in der Anerkennung der nichtigen Gesellschaft als Rechtsträger und weniger in der argumentativen Einbeziehung eines nur faktisch handelnden Organs. Daher ist das Urteil für die Beurteilung der Fälle nichtiger bzw. unterbliebener Bestellungsakte nur bedingt aussagekräftig,⁴⁶ zumal sich aus heutiger Sicht die gesellschaftsrechtliche Dogmatik grundlegend geändert hat.⁴⁷

c) RGSt 71, 112

In der Entscheidung ging es um die Frage, ob die zur Prokuristin bestellte Angeklagte für unordentliche Buchführung strafrechtlich verantwortlich gemacht werden konnte.⁴⁸ Es war zwar ein formeller Geschäftsführer bestellt worden, fak-

³³ Vgl. BGHSt 3, 32.

³⁴ Ebenso *Montag*, Die Anwendung der Strafvorschriften des GmbH-Rechts auf faktische Geschäftsführer, 1994, S. 28 ff.

³⁵ RGSt 16, 269 (270).

³⁶ RGSt 16, 269 Leitsatz.

³⁷ RGSt 16, 269 (271).

³⁸ RGSt 16, 269 (271).

³⁹ RGSt 16, 269 (271).

⁴⁰ RGSt 16, 269 (270).

⁴¹ § 214 KO, Bekanntmachung vom 10.2.1877, RGBl. 1877, S. 351: „Die Strafvorschriften der §§ 209 bis 211 finden gegen die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft [...], welche ihre Zahlungen eingestellt hat, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Anwendung, wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben.“

⁴² RGSt 43, 407 (416).

⁴³ RGSt 43, 407 (415).

⁴⁴ RGSt 43, 407 (415).

⁴⁵ Zur fehlerhaften bzw. faktischen Gesellschaft ausführlich z.B. *Roth*, in: Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 38. Aufl. 2018, § 105 Rn. 75 ff.

⁴⁶ Anders das RG in der Folgeentscheidung und dem folgend der BGH, die daraus ein Erst-Recht-Argument bilden, siehe unten und *Montag* (Fn. 34), S. 31 Fn. 15.

⁴⁷ Ebenso *Montag* (Fn. 34), S. 31.

⁴⁸ RGSt 71, 112 (112); in Abrede stand § 240 Abs. 1 Nr. 3 KO.

tisch leitete jedoch sie die Geschicke der Gesellschaft, die Geschäftsführung „lag allein in den Händen der Angeklagten“.⁴⁹ In der Sache stellt die Konstellation also einen Fall des gänzlich unterbliebenen Bestellungsaktes dar.

Zu erwähnen ist der Zeitpunkt der Entscheidung: Im Jahr 1937 existierte mit § 2 RStGB eine Regelung, die Analogieschlüsse auch im Strafrecht erlaubte.⁵⁰ Das Gericht bejahte die Strafbarkeit unter Anwendung dieser rechtsstaatsfeindlichen Vorschrift. Es würde dem „gesunden Volksempfindens“ widersprechen, wenn die Angeklagte und damit beide Geschäftsführer straflos ausgingen.⁵¹

Die Entscheidung gibt eindrücklich Aufschluss über das Verständnis der Rechtsprechung: Zunächst, dass das RG im Umkehrschluss davon ausging, dass ohne (verbotene) Analogie eine Strafbarkeit zu verneinen gewesen wäre.⁵² Das RG musste sich mit § 2 RStGB weiterhelfen, da es jedenfalls an einem fehlgeschlagenen Bestellungsakt mangelte.⁵³ Es erklärte ausdrücklich,⁵⁴ dass Fälle des unterbliebener Bestellungsakt wesentlich anders zu behandeln seien als bereits entschiedene Fälle im Zusammenhang mit fehlgeschlagenen Bestellungsakten⁵⁵. Folglich sei auch die im beschränkten Umfang ausdehnende Auslegung durch die bisherige Rechtsprechung nicht auf den vorliegenden Fall anzuwenden.⁵⁶ Im Ergebnis damit eine Absage an die weitere Ausdehnung einer nur faktischen Betrachtungsweise.

d) RGSt 72, 187

Das RG bezog in der Entscheidung Stellung zu Fragen, die später auch den BGH beschäftigen sollten: Zum einen wurde die Frage aufgeworfen, ob ein faktischer Geschäftsführer strafrechtlich für einen verspäteten Insolvenzantrag verantwortlich sein könne, obwohl es ihm als nur faktisches Organ an der rechtlichen Möglichkeit fehlte, formell eine rechtzeitige Konkursanmeldung vorzunehmen.⁵⁷ Zum anderen äußerte sich das Gericht zur Behandlung eines faktischen Geschäfts-

führers einer GmbH, die parallel einen formell korrekt bestellten und verantwortlichen Geschäftsführer hatte.⁵⁸

Das Gericht verneinte die Strafbarkeit mangels Rechtspflicht zum Einschreiten (d.h. Konkursanmeldung), was sich bereits daraus ergebe, dass ihm „keine rechtlichen Möglichkeiten zu Gebote standen“.⁵⁹ Das Vorhandensein eines weiteren, verantwortlichen Geschäftsführers führe zudem dazu, dass der Fall anders als in RGSt 71, 112 zu beurteilen sei und immerhin ein Geschäftsführer zur Verantwortung gezogen werden könne.⁶⁰

e) Bewertung

Aus den Urteilen des RG wird deutlich, dass man zumindest ausdrücklich *die Fallgruppe des nichtigen Bestellungsaktes* mit einbeziehen wollte.⁶¹ In den Entscheidungen wurde nach formellen Anhaltspunkten gesucht, die eine Ausweitung auf nichtige Bestellungsakte rechtfertigte. Dabei wendete das RG die faktische Betrachtungsweise als Form teleologischer Auslegung in Verbindung mit einer kriminalpolitisch gefärbten Argumentation an.⁶²

In Relation zur Rechtsprechung des BGH damit eine restriktive Phase, in der die Einbeziehung solcher Geschäftsführer, die ohne jeden Bestellungsakt tatsächlich Organfunktionen ausübten, nicht vorgesehen war.⁶³ Man beschränkte sich auf strafrechtliche Verantwortung, bei der zumindest irgendein förmlicher, wenn auch zivilrechtlich unwirksamer Bestellungsakt auszumachen war.⁶⁴

2. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs („Extensive Phase“)

Der BGH hat bereits früh⁶⁵ im Anschluss an die Rechtsprechung des RG ebenfalls eine eigene Spruchpraxis zur faktischen Geschäftsführung begründet.⁶⁶ Dabei hat der BGH anders als erstinstanzliche Gerichte die Strafbarkeit faktischer Organe stets bejaht.⁶⁷ Die Strafbarkeit wurde in den Jahrzehnten sowohl extensiv für diverse Straftatbestände bestätigt als auch für neue Normen weiterentwickelt.⁶⁸

⁴⁹ RGSt 71, 112 (112).

⁵⁰ § 2 RStGB wurde durch das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28.6.1935 eingeführt und lautete: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.“

⁵¹ RGSt 71, 112 (113); die Strafbarkeit der „Strohfrau“ scheidete an mangelndem Vorsatz.

⁵² Ähnlich i.E. argumentierte bereits Hoyer, NStZ 1988, 368 (370); Montag (Fn. 34), S. 34 f.

⁵³ I.E. ebenso BGHSt 3, 52.

⁵⁴ RGSt 71, 112 (113).

⁵⁵ Das RG zitiert ausdrücklich RGSt 16, 269 und das ähnlich gelagerte Urteil RGSt 64, 81.

⁵⁶ RGSt 71, 112 (113).

⁵⁷ Die Vorinstanz hatte eine Strafbarkeit mit der Begründung angenommen, es habe zumindest die Pflicht bestanden, den formellen Geschäftsführer „rechtzeitig zur Anmeldung des Konkurses zu veranlassen“, siehe RGSt 72, 187 (191).

⁵⁸ Vgl. RGSt 72, 187, 3. Leitsatz.

⁵⁹ RGSt 72, 187 (192).

⁶⁰ Vgl. RGSt 72, 187 (192); die Aussicht auf Straflosigkeit von Strohmann und faktischem Geschäftsführer war ein zentrales Argument für die Annahme der Strafbarkeit in RGSt 71, 112.

⁶¹ So in RGSt 64, 81 noch einmal ausdrücklich bestätigt; ebenso Montag (Fn. 34), S. 36.

⁶² Habetha (Fn. 33), S. 116.

⁶³ Vgl. i.E. ebenso BGHSt 3, 32, der die Frage dann dahinstehen lassen wollte, vgl. dazu unten.

⁶⁴ Ebenso Dierlamm, NStZ 1996, 153 (154).

⁶⁵ BGHSt 3, 32 mit BGH, Urt. v. 24.6.1952 – 1 StR 153/52.

⁶⁶ Habetha (Fn. 33), S. 118.

⁶⁷ Groß (Fn. 3), S. 45.

⁶⁸ Vgl. zu § 15a InsO BGH NJW 2015, 712; ebenso Dierlamm, NStZ 1996, 153 (154).

a) BGHSt 3, 32

In der ersten Entscheidung des BGH ging es um die Strafbarkeit wegen eines Konkursdeliktes. Der Angeklagte war nicht im Gesellschaftsvertrag bestellt worden und auch nicht im Handelsregister eingetragen. Das Landgericht hatte im Urteil festgestellt, dass er dessen ungeachtet „die Seele des Geschäfts“ war, der „auf sämtliche Geschäftsvorgänge bestimmenden Einfluss nahm und auch nach außen „als Geschäftsführer auftrat“. Der mitangeklagte Schwiegersohn sei nur „Strohmann“ gewesen. Dieser hatte dem Angeklagte eine Generalvollmacht ausgestellt, der Angeklagte unterschrieb wichtige Schriftstücke mit dem Namen des Mitangeklagten. Außerdem erhielt der Angeklagte „ein Gehalt wie ein Geschäftsführer“.

Der BGH führte aus, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Geschäftsführereigenschaft des Angeklagten verneint. Zunächst wurden unter Verweis und Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung des RG⁶⁹ die Frage aufgeworfen, ob es Voraussetzung für die Strafbarkeit eines (faktischen) Geschäftsführers bzw. Vorstandes sei, dass eine „irgendwie geartete Bestellung zu diesem Amte“ stattgefunden habe.⁷⁰ Anstatt aber nun an dieser Stelle ausdrücklich die Rechtsprechung des RG aufzugeben, das an der Voraussetzung eines zumindest nichtigen Bestellungsaktes immer festgehalten hatte, behalf sich der BGH an dieser Stelle mit einem vermeintlich eleganten „Kunstgriff“⁷¹ und erweiterte so – ohne es freilich ausdrücklich zu erwähnen – trotzdem den Anwendungsbereich.⁷²

Das Einnehmen der Geschäftsführerstellung *im Einverständnis aller Gesellschafter* sei eine „ausreichende Bestellung zum Geschäftsführer“. Das sei zusammen mit der tatsächlichen Erfüllung der Geschäftsführeraufgaben genug, um die Eigenschaft als Geschäftsführer anzunehmen. Es folgten sodann Mutmaßungen, dass der Angeklagte möglicherweise zivilrechtlich unwirksam (wegen Verstoß relevanter „Mindestvorschriften“) zum Geschäftsführer bestellt worden war. Dies kann jedoch nicht über den unrichtigen Schluss hinwegtäuschen, der gezogen wurde: Zum einen, was der BGH ausdrücklich erwähnt, gab es keinen Anhaltspunkt für einen Gesellschafterbeschluss, der zwingend notwendig gewesen wäre für die Begründung der Geschäftsführerstellung. Viel wichtiger ist aber die unzutreffende Anwendung des Zivilrechts an dieser Stelle.⁷³ Das bloße Einverständnis der Gesellschafter reicht eben gerade nicht aus, um die formelle Geschäftsführerstellung zu bejahen.⁷⁴ Der BGH antizipiert hier aus dem Einverständnis der Gesellschafter, dass irgendwann einmal eine konkludente Bestellung zum Geschäftsführer erfolgt sein müsste.

⁶⁹ Explizit mit den entsprechenden Argumenten wurden genannt RGSt 16, 269, RGSt 43, 407 und RGSt 43, 407.

⁷⁰ BGHSt 3, 32 (38).

⁷¹ Groß (Fn. 3), S. 44.

⁷² Dierlamm, NStZ 1996, 153 (154).

⁷³ Groß (Fn. 3), S. 46.

⁷⁴ Altmeyen (Fn. 21), § 84 Rn. 5; grundlegend Schmidt, in: Eyrich (Hrsg.), Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag, 1989, S. 425.

Damit rechtfertigt der *Senat* die Einbeziehung des faktischen Geschäftsführers. Es folgt nicht einmal eine kurze Auseinandersetzung mit dem Wortlaut des § 83 GmbHG („Geschäftsführer“), ebenso fehlt es an einer dezidierten Behandlung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, die eindeutig andere Sachverhalte betroffen hatte.⁷⁵ Die Argumentation wird dessen ungeachtet unreflektiert wiedergegeben. Dies wird besonders beim Verweis auf RGSt 43, 407 deutlich, in dem das Erst-Recht-Schluss-Argument des Organs einer nichtigen Gesellschaft entwickelt wurde. Zum einen lag dem Sachverhalt ein Bestellungsakt zugrunde – eine wirksame Bestellung war zumindest angestrebt worden. Wie Groß zutreffend feststellt, ist das Argument auch materiell unbefriedigend, denn entgegen der Auffassung des BGH ist in der Nichtigkeit der Gesellschaft kein „Mehr“ an Fehlerhaftigkeit zu erblicken.⁷⁶ Die Gesellschaft kann bis zu ihrer Auflösung wirksam Organe bestellen, diese Organe sind dann wirksam in die Gesellschafterposition eingerückt.⁷⁷ Einer weiteren Begründung bedurfte die Strafbarkeit nicht.

In seinem ersten Urteil erweiterte der BGH somit bereits den Anwendungsbereich und *löste sich vom Erfordernis eines fehlgeschlagenen Bestellungsaktes*,⁷⁸ indem er stattdessen das bloße Einverständnis der Gesellschafter genügen lies.

b) BGHSt 21, 101

Der Fortführung der Rechtsprechung aus BGHSt 3, 32 lag wieder eine „Strohmann“-Konstellation zu Grunde, mit der Besonderheit, dass der Sachverhalt sowohl eine GmbH als auch eine AG umfasste.⁷⁹ Der Angeklagte war formell weder zum Vorstand noch zum Geschäftsführer bestellt worden.

Die bestellten Geschäftsführer der GmbH nahmen keinerlei eigenständige Funktion war, sie wurden nur hinzugezogen, sowie dies zur Wahrung gesetzlicher Formvorschriften (z.B. bei Grundstückskaufverträgen) unerlässlich erschien.⁸⁰ Der Angeklagte führte sämtliche Geschäfte selbst, außerdem stand er hinter den Gesellschaftern, die seine Anteile nur treuhänderisch hielten.⁸¹ Hinsichtlich der Stellung als faktischer Geschäftsführer war bemerkenswert, dass der *Senat* dahinstehen ließ, ob ein Einverständnis der Gesellschafter (und damit nach Auffassung des BGH ein Bestellungsakt)⁸² überhaupt erforderlich war, da der Angeklagte selbst hinter den vorgeschobenen Gesellschaftern stand.⁸³ An anderer Stelle ist ausdrücklich von der bloßen möglichen „Duldung“ des

⁷⁵ Vgl. ebenso Dierlamm, NStZ 1996, 153 (154).

⁷⁶ Groß (Fn. 3), S. 47.

⁷⁷ Groß (Fn. 3), S. 47; argumentativ stützen diese Annahme auch die Ausführungen des Reichsgerichts selbst, vgl. insbesondere RGSt 43, 407 (415).

⁷⁸ Dierlamm, NStZ 1996, 153 (154).

⁷⁹ BGHSt 21, 101 = NJW 1966, 2225.

⁸⁰ BGHSt 21, 101 (103).

⁸¹ Dierlamm, NStZ 1996, 153 (155); an der Gründung der GmbH war der Angeklagte formell nicht beteiligt, die Gesellschaft war über die Strohmänner des Angeklagten gegründet worden.

⁸² Groß (Fn. 3), S. 47.

⁸³ Vgl. BGHSt 21, 101 (104).

faktischen Organs durch die Gesellschafter die Rede die Rede.

Ebenso wurde die Eigenschaft des Angeklagten als „tatsächlicher Vorstand“ bejaht. Die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung wurde auf den Vorstand einer AG übertragen, der „im Einverständnis oder wenigstens mit Duldung des maßgebenden Gesellschaftsorgans (des Aufsichtsrats) die Stellung des Vorstands tatsächlich einnimmt“⁸⁴.

Begründet wurde dies mit dem Zweck der Vorschrift, der anstelle des eigentlichen Schuldners das „wirkliche“ verantwortliche Organ der Gesellschaft den Strafvorschriften unterwerfen will. Dies sei zudem „mit dem Wortlaut der Vorschrift noch vereinbar“.

Einmal mehr wurde ohne tiefere Auseinandersetzung mit dem Wortlaut der Anwendungsbereich der Rechtsfigur des faktischen Organs erweitert. Es fehlt eine Begründung, wie man den „faktischen Vorstand“ unter den Begriff des Vorstands subsumieren kann – die bloße Feststellung der Vereinbarkeit ist nicht als valides Argument einzuordnen.

Es folgte stattdessen eine ausführliche kriminalpolitische Begründung, warum eine gegenteilige Ansicht zu ungerechten (!) Ergebnissen führen könne⁸⁵ und dass handelsrechtliche Bestimmungen nicht zum Missbrauch im redlichen Geschäftsverkehr benutzt werden dürften. So viel Zustimmung diese Ausführungen rechtspolitisch auch verdienen, so treffen sie nicht den Kern des Problems: Die fehlende substantielle Begründung dieser als gerecht empfundenen Entscheidung.

c) BGHSt 31, 118

In der Entscheidung⁸⁶ ging es um die Frage, ob ein tatsächlicher Geschäftsführer Normadressat der Vertretersondertatbestände §§ 84 Abs. 1 Nr. 2, 64 Abs. 1 GmbHG sein konnte. Der BGH nahm dabei auch erstmals seit RGSt 72, 187 zur Frage der faktischen Mitgeschäftsführung Stellung.⁸⁷ Diese Fälle weisen die Besonderheit auf, dass der bestellte Geschäftsführer – neben dem faktischen und anders als bei „Strohmannern“ – weiter für die Gesellschaft tätig ist und unternehmensrelevante Aufgaben wahrnimmt.⁸⁸ Vorliegend ging es um einen Angeklagten, der als Bote und Hausmeister bei der GmbH angestellt war, während seine Frau die bestellte Geschäftsführerin war. Insbesondere wurde hervorge-

hoben, dass er keinen direkten Zugriff auf die Konten des Unternehmens hatte.⁸⁹

Nach einer ausführlichen Abwägung aller Tätigkeitsmerkmale kam der Senat zu der Erkenntnis, dass die Tatsache, dass die Frau als eingetragene Geschäftsführerin ebenfalls Geschäfte für die Gesellschaft vorgenommen hat, der Feststellung der faktischen (Mit-)Geschäftsführung nicht entgegensteht. Das soll „jedenfalls dann“ gelten, wenn der Angeklagte die „überragende Stellung“ in der Geschäftsführung einnahm.⁹⁰ Ist das der Fall, sei es gerechtfertigt, dass auch den faktischen Mitgeschäftsführer strafbewehrte Pflichten treffen.⁹¹ Es könne nicht auf die Rechte ankommen, die dem für die Gesellschaft Handelnden förmlich übertragen worden sind, sondern auf dessen tatsächliche Verfügungsmacht.⁹²

Im Mittelpunkt der Entscheidung stand die Begriffsbestimmung der „überragenden Stellung“ im Rahmen der Mitgeschäftsführung, wobei die Formulierung „jedenfalls“ zu beachten ist: Hier deutete sich an, dass der BGH das Erfordernis der „überragenden Stellung“ nicht als absolute Grenze faktischer Mitgeschäftsführung verstanden wissen, sondern eine Relativierung und damit Ausdehnung des strafbaren Bereichs faktischer Mitgeschäftsführung für die Zukunft nicht völlig ausschließen wollte.⁹³

Außerdem wurde der Rechtsfigur auf Tatbestände des GmbHG ausgeweitet, wieder mit einer argumentativ wenig unterfütterten Feststellung, der „auf strafrechtlichen Schutz abzielende Zweck des § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG komme in dessen Wortlaut auch hinreichend deutlich zum Ausdruck“⁹⁴. Eine weitere Begründung wird nicht geliefert. Insbesondere lässt man auch den zumindest anzusprechenden Fakt außer Acht, dass der Angeklagte formell keine Möglichkeit hatte, eine Konkursanmeldung selbst wirksam vorzunehmen.

d) BGH wistra 1984, 178

Das Merkmal der „überragenden Stellung“ wurde kurze Zeit später vom BGH aufgeweicht.⁹⁵ In der knappen Entscheidung ließ der BGH es genügen, dass der Angeklagte gegenüber seiner als Geschäftsführerin bestellten Frau „Geschäftsführungsaufgaben von Gewicht“ wahrgenommen hatte, wobei ein „Übergewicht“ genügen solle.⁹⁶ Ein solches Übergewicht sei schon dann gegeben, wenn der Angeklagte wie vorliegend die „laufende Buchhaltung“ erledigte, bei der „Einstellung von Buchhaltungskräften“ mitwirkte und auch „Auskünfte an Steuerberater“ erteilte.⁹⁷

Die Auffassung wurde weder näher begründet, noch wurde der Widerspruch zu BGHSt 31, 118 auch nur erwähnt. Mit der gegebenen Definition lassen sich z.B. jegliche Tätigkeiten

⁸⁴ BGHSt 21, 101 (104).

⁸⁵ Auch diese Feststellung ist schwerlich als brauchbares dogmatisches Argument zu klassifizieren.

⁸⁶ BGHSt 31, 118 = BGH NJW 1983, 240; die Entscheidung war Grundlage für *Dierlamms* vielbeachtete Untersuchung in NStZ 1996, 153. In der Literatur wird *Dierlamm* allerdings teilweise dahingehend falsch verstanden, dass die von ihm herausgearbeiteten Kriterien Voraussetzung für die „überragende Stellung“ bei der faktischen Mitgeschäftsführung seien, was allerdings ein Sonderproblem darstellt, vgl. m.w.N. *Lauterwein/Xyländer* (Fn. 6), HGB § 331 Rn. 52 Fn. 15.

⁸⁷ Ausführlich dazu, warum die faktische Mitgeschäftsführung als problematisch anzusehen ist, *Löffler*, wistra 1989, 121 (125).

⁸⁸ *Dierlamm*, NStZ 1996, 153 (156).

⁸⁹ BGHSt 31, 118 (119).

⁹⁰ Vgl. BGHSt 31, 118 (121).

⁹¹ BGHSt 31, 118 (121 f.).

⁹² BGHSt 31, 118 (121).

⁹³ Vgl. *Dierlamm*, NStZ 1996, 153 (156).

⁹⁴ BGHSt 31, 118 (120).

⁹⁵ Vgl. *Groß* (Fn. 3), S. 50.

⁹⁶ BGH wistra 1984, 178 (178).

⁹⁷ BGH wistra 1984, 178 (178); Vgl. *Dierlamm*, NStZ 1996, 153 (155).

eines angestellten Prokuristen als faktische Geschäftsführung werten, soweit er nur in der Buchhaltung mitwirkt. Zuzustimmen ist *Dierlamm*, der in aller Deutlichkeit ausführte, dass das „bloße Übergewicht“ die Konturen verschwimmen lässt und nahezu jede Entscheidung – je nach Bewertung und Gewichtung der vorhandenen Merkmale – begründbar macht.⁹⁸

e) BGHSt 46, 62

Dem Urteil⁹⁹ lag die Beurteilung einer Anstiftung zur Gründungs- und Kapitalerhöhungstäuschung nach § 82 Abs. 1 Nrn. 1 und 3 GmbHG zugrunde. Der Angeklagte leitete die Geschäfte der GmbH mittels einer Vollmacht von dem als Strohmann eingesetzten, alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter. Die in Abrede stehenden Anmeldungen im Handelsregister wurden durch den Strohmann vorgenommen, wobei dies auf Anweisung des Angeklagten geschah. Der Senat bestätigte die Übertragung der faktischen Betrachtungsweise auf die Auslegung des § 82 Abs. 1 Nrn. 1 und 3 GmbHG.¹⁰⁰

Unbeeindruckt jeglicher Kritik weitete die Rechtsprechung den Anwendungsbereich damit einmal mehr aus.¹⁰¹ Das Urteil stellt jedoch im Vergleich zur vorangegangenen Judikatur eine positive Ausnahme dar, da wesentlich mehr Begründungsaufwand geleistet wurde, um die umstrittene Rechtsauffassung zur faktischen Geschäftsführung zu festigen. Dabei sind insbesondere zwei Feststellungen positiv zu begrüßen, da damit Rechtsklarheit geschaffen wurde.

Zum einen wurde ausführlich auf das Verhältnis von formellen und faktischen Geschäftsführer eingegangen.¹⁰² Der faktische stehe dem formellen Geschäftsführer dann gleich, wenn sowohl betriebsintern als auch nach außen alle Dispositionen weitgehend vom faktischen Geschäftsführer ausgingen und er im Übrigen auf sämtliche Geschäftsvorgänge bestimmenden Einfluss nehme. *Die Unternehmensführung dürfe insbesondere nicht einseitig angemaßt sein, sondern müsse mit Einverständnis der Gesellschafter geschehen, was als „konkludente Bestellung“ zu werten sei. Der faktische Geschäftsführer müsse dabei eine überragende Stellung einnehmen, zumindest aber ein deutliches Übergewicht haben.*¹⁰³

Der Senat stellt damit Anforderungen an das Übergewicht auf, die der ausufernden Tendenz aus der vorangegangenen Entscheidung¹⁰⁴ entgegenwirkt. Auch das Bekenntnis zu einem zumindest „konkludenten Bestellsungsakt“ ist begrüßenswert, schafft sie doch an dieser Stelle Klarheit in Abgrenzung zu einer bloßen Duldung durch die Gesellschaf-

ter.¹⁰⁵ Richtigerweise muss irgendeine Legitimation durch ein Gesellschaftsorgan für die faktische Organstellung vorhanden sein, was der Senat auch anerkennt.¹⁰⁶

Kritisch anzumerken ist jedoch, dass an der Begründung die Inkonsistenz der bisherigen Argumentation zum Vorschein tritt. Würde der Senat seinem Argument konsequent folgen, dass ein Einverständnis eine konkludente Bestellung darstelle, wäre kein weiterer Begründungsaufwand hinsichtlich Normzweck und gleichmäßiger Auslegung notwendig gewesen.¹⁰⁷ Der Angeklagte wäre dann bestelltes Organ und nicht bloßer faktischer Geschäftsführer.

Auch die trotzdem angestellten Überlegungen zum Normzweck gehen im Urteil fehl und offenbaren die Bestrebungen, ein gewünschtes Ergebnis dogmatisch zu unterfüttern. Wie *Groß* zutreffend anführt, greift der BGH auf die hinter den Normen stehende Wertung zurück, deren Sinn und Zweck es sei, die Allgemeinheit vor Wirtschaftskriminalität zu schützen.¹⁰⁸ Unterstellt, dass dies der richtige Normzweck sei.¹⁰⁹ Damit ist jedoch nichts über die Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers gesagt – mit dieser Argumentation ließe sich nur belegen, vor *was* die Gesetze schützen sollen.¹¹⁰ Die Strafnormen des GmbHG sind aber als Sonderdelikte ausgestaltet, die Frage muss damit lauten: Vor *wem* sollen diese Normen schützen? Es wäre zu begründen gewesen, dass der Wortlaut auch den faktischen Geschäftsführer meint, was aber schon diverse Urteile haben vermissen lassen, wobei das vorliegende dabei keine Ausnahme bildet.¹¹¹

f) BGHSt 47, 318

In aller Kürze sei noch eine Entscheidung des BGH¹¹² zu erwähnen, die verdeutlicht, mit welcher Selbstverständlichkeit die Rechtsfigur angewandt wird. In der Sache ging es um die Strafbarkeit wegen § 266a StGB. Der Senat führte bezüglich der faktischen Geschäftsführung aus:¹¹³

„Das LG hat im Ergebnis zutreffend beide Angeklagte als strafrechtlich verantwortlich i.S. des § 14 StGB für die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge angesehen. Aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe wird ausreichend deutlich, dass der Angekl. B die internen kaufmännischen Angelegenheiten eigenständig erledigt hat. Seine Stellung als mit diesen Fragen auch tatsächlich befasster faktischer Geschäftsführer trägt bei ihm die Annahme einer strafrechtlich relevanten Verantwortlichkeit“¹¹⁴.

¹⁰⁵ In BGHSt 3, 32 war diese Frage noch ausdrücklich offengelassen worden.

¹⁰⁶ Vgl. *Lauterwein/Xylander* (Fn. 6), HGB § 331 Rn. 47.

¹⁰⁷ Ebenso *Groß* (Fn. 3), S. 52.

¹⁰⁸ BGHSt 46, 62 (65); *Groß* (Fn. 3), S. 52.

¹⁰⁹ Man kann bereits hier seine Zweifel hegen, vgl. z.B. ausführlich *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. -175 ff.

¹¹⁰ Vgl. *Groß* (Fn. 3), S. 52; *ders.* auch zum Folgenden.

¹¹¹ *Groß* (Fn. 3), S. 52 f.

¹¹² BGHSt 47, 318 = NStZ 2002, 548.

¹¹³ BGHSt 47, 318 (324).

¹¹⁴ Unter Verweis auf BGHSt 21, 101 (103).

⁹⁸ *Dierlamm*, NStZ 1996, 153 (155); ebenfalls ablehnend m.w.N. *Löffler*, wistra 1989, 121 (125).

⁹⁹ BGHSt 46, 62 = BGH NJW 2000, 2285.

¹⁰⁰ BGHSt 46, 62 (64).

¹⁰¹ Vgl. *Rönnau*, NStZ 2003, 535 (536).

¹⁰² BGHSt 46, 62 (65 f.).

¹⁰³ Diese Formulierung dient der Konkretisierung des Verhältnisses von faktischem und formellen Geschäftsführer.

¹⁰⁴ BGH wistra 1984, 178.

Mehr Begründungsaufwand wird nicht geleistet, was insoweit bemerkenswert ist, da die zitierte Entscheidung zu einem Vertretersondertatbestand ergangen war.¹¹⁵ In der vorliegenden Entscheidung ging es jedoch um ein Delikt des Kernstrafrechts in Zusammenhang mit § 14 StGB,¹¹⁶ was allerdings unerwähnt blieb.¹¹⁷ Ebenfalls unerwähnt blieb der unterschiedliche Anknüpfungspunkt der Sonderstellung, „Arbeitgeber“ und „Geschäftsführer“.¹¹⁸ Die bisherige, zu Vertretersondertatbeständen ergangene Rechtsprechung wurde damit mit einem einzigen Satz *auf das Kernstrafrecht und § 14 StGB übertragen*.

g) *BGH NZG 2015, 246*

Der *Senat* hatte in dem Beschluss¹¹⁹ die Frage zu entscheiden, ob der faktische Geschäftsführer einer GmbH als Täter einer Insolvenzverschleppung nach dem neu geschaffenen § 15a Abs. 4 InsO in Betracht kommt. In diesem Zusammenhang war zu klären, ob die bislang anerkannte Rechtsfigur bei unterlassener oder verspäteter Konkurs- oder Insolvenz-antragstellung mit der Einfügung des § 15a in die Insolvenzordnung durch das MoMiG¹²⁰ entfallen ist.

Der *Senat* bejaht die Fortgeltung der Rechtsprechung für alle Einzelgesetze und argumentiert mit dem Wortlaut und der Gesetzesbegründung. Nach dem Wortlaut des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO („Mitglieder des Vertretungsorgans“) sei der faktische Geschäftsführer nicht ausgeschlossen. Die Formulierung umschreibe zusammenfassend die Verantwortlichen verschiedener Gesellschaftsformen, was auch den Geschäftsführer einer GmbH umschließe, der wiederum „nach ständiger Rechtsprechung dem faktischen Geschäftsführer gleichsteht“. Gestützt sein soll diese Wertung auch durch die Gesetzesbegründung, nach der mit der Änderung durch das MoMiG eine Einschränkung der strafbewehrten Pflicht zur Antragsstellung nicht bezweckt war.

Der Beschluss ist die bisher letzte, unreflektierte Erweiterung der Rechtsprechung. Dem Wortlautargument des BGH muss an dieser Stelle unter Verweis auf die Ausführungen von *Bergmann* ausdrücklich entgegengetreten werden.¹²¹ Die Formulierung in § 15a Abs. 1 InsO ist „Mitglieder des Vertretungsorgans“ – unter diesen Wortlaut müsste also das faktische Organ zu subsumieren sein.

¹¹⁵ *Groß* (Fn. 3), S. 55.

¹¹⁶ Die Anwendung des § 14 StGB auf Vertretersondertatbestände wurde durch die Rspr. richtigerweise verneint, vgl. BGH NStZ 2000, 34 (36).

¹¹⁷ Das Urteil enthielt daneben jedoch nützliche Ausführungen zum Verhältnis von Strohmann und faktischem Geschäftsführer, vgl. *Groß* (Fn. 3), S. 57 f.

¹¹⁸ Vgl. *Radtke*, NStZ 2003, 154 (156) m.w.N.

¹¹⁹ BGH NZG, 2015, 246.

¹²⁰ Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG, BGBl. I 2008, S. 2026 [2037]) wurden die bis dahin bestehenden Vorschriften zur Insolvenzantragstellung in verschiedenen Einzelgesetzen in § 15a InsO zusammengefasst.

¹²¹ *Bergmann*, NZWiSt 2014, 81 (84).

Konnte man noch für „Vorstand“ bzw. „Geschäftsführer“ mithilfe einer faktisch-gegenständlichen Betrachtung argumentieren, das faktische Organ „führe die Geschäfte“ (Geschäftsführer) bzw. „stehe der AG vor“ (Vorstand),¹²² so ist der Wortlaut nach der Neufassung eindeutig eine rechtliche Statusbeschreibung.¹²³ „Mitglied des Vertretungsorgans“ beschreibt kein Verhalten, das von jedermann ausgeübt werden kann, sondern eine Eigenschaft aufgrund einer außerstrafrechtlichen Pflichtenstellung, die der Täter aufweisen muss.¹²⁴ Ein rein faktisch agierender Geschäftsführer ist nicht vom Wortlaut „Mitglied des Vertretungsorgans“ umfasst. Folgt man dieser Argumentation, trägt auch der Verweis auf die Gesetzesbegründung damit nicht, da der Wortlaut als äußerste Grenze der Auslegung anzusehen ist.¹²⁵

h) *Bewertung*

Der Kreis potentieller Normadressaten wurde durch den BGH erheblich erweitert.¹²⁶ Es ist dabei festzuhalten, dass der BGH die Ausdehnung der Strafbarkeit auf nicht bestellte Geschäftsführer bisher wenig überzeugend begründet hat.¹²⁷ In den neueren Urteilen wird immer auf eine angeblich gefestigte Rechtsprechung verwiesen, die jedoch nie überzeugend und dogmatisch sauber belegt wurde.¹²⁸ Gerade mit Blick auf das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG ist diese viel zu kriminalpolitisch gefärbte Argumentation bedenklich.¹²⁹ Die wiederholte Feststellung, dass eine Strafflosigkeit zu „ungerechten Ergebnissen“¹³⁰ führen würde, ist jedenfalls keine ausreichende Begründung.

Der Rückgriff auf den Grundgedanken der Norm vermag nichts dagegen auszurichten, dass der Begriff des „Geschäftsführers“ auf den rechtlichen Status und nicht auf die Handlungsfunktion des potentiellen Täters abstellt. *Hoyer* ist vollends zuzustimmen, wenn er argumentiert, dass diese zusätzlichen, „teleologisch möglicherweise sinnwidrigen, im Gesetz aber nun einmal verankerten Tatbestandseinschränkungen“ nicht hinweginterpretiert werden dürfen, indem die Bindung an zivilrechtlich festumrissene Statusbegriffe aufgegeben wird und stattdessen eine allein telosorientierte, tatsächliche Betrachtungsweise nach dem Motto verfährt: „Geschäftsfüh-

¹²² Ausführlich *Groß* (Fn. 3), S. 120 f., der ebenfalls auf den allgemeinen Sprachgebrauch abstellt und das Beispiel nennt, dass im Gastronomiebereich der Inhaber eines Restaurants vielfach als Geschäftsführer bezeichnet wird, ungeachtet der Gesellschaftsform; a.A. zum Begriff des „Vorstandes“, *Groß* (Fn. 3), S. 123.

¹²³ *Bergmann*, NZWiSt 2014, 81 (84) m.w.N.

¹²⁴ *Bergmann*, NZWiSt 2014, 81 (84).

¹²⁵ Siehe z.B. BVerfG NJW 2002, 1779 (1781).

¹²⁶ *Montag* (Fn. 34), S. 45.

¹²⁷ Ebenso *Groß* (Fn. 3), S. 56; a.A. wohl *Montag* (Fn. 34), S. 46 f.

¹²⁸ *Groß* (Fn. 3), S. 56.

¹²⁹ Im Zivilrecht ist die Erstreckung von Pflichten einfacher möglich, da hier Art. 103 Abs. 2 GG nicht gilt, vgl. *Hoyer*, NStZ 1988, 368 (370).

¹³⁰ Siehe z.B. BGHSt 21, 101.

rer ist, wer wie (ein Geschäftsführer handelt und demzufolge auch wie) ein Geschäftsführer haften soll!¹³¹.

IV. Stellungnahme und Fazit

Die Rechtsfigur des faktischen Geschäftsführers ist ein Paradebeispiel dafür, wie die höchstrichterliche Rechtsprechung expandiert, sofern nur ein regelungsbedürftiger Bereich vom Gesetzgeber lange genug ignoriert wird. Während sich das Reichsgericht noch restriktiv in der Ausweitung zeigte, expandierte der Anwendungsbereich in der Rechtsprechung des BGH fortlaufend. Das kriminalpolitische Bedürfnis der Anerkennung der Rechtsfigur liegt dabei auf der Hand. Es geht den Strafzwecken der Sonderdelikte gerade zuwider, die Möglichkeit der strafrechtlichen Ahndung durch missbräuchliche, gesellschaftsrechtliche Gestaltung zu umgehen. Ob diese rechtspolitisch notwendige Erweiterung in einem solchen Umfang allerdings tatsächlich der Rechtsprechung oblag, ist äußerst fraglich. Noch bedenklicher ist allerdings die Tatsache, dass im Verlauf der Zeit durch Verweis auf vorangegangene Entscheidungen Kritik schlicht übergangen wurde und Probleme wie eine möglicherweise überschrittene Wortlautgrenze mitunter gar nicht mehr angesprochen wurden. Stattdessen wurde auf die vorangegangenen Urteile verwiesen, was jedoch für sich genommen kein materielles Argument darstellen darf.

¹³¹ Hoyer, NSTZ 1988, 368 (370).

Vermeidbare Fehler

Eine Analyse der Form und Sprache wissenschaftlicher Arbeiten im Schwerpunktbereich mit Beispielen

Von Dr. Daniel Kaiser, Heidelberg*

Im Fußball wird immer wieder von „vermeidbaren Fehlern“ gesprochen. Es sind damit meist Fehler gemeint, die auf dem jeweiligen Niveau des Spiels eigentlich nicht mehr vorkommen dürften. In wissenschaftlichen Arbeiten wie den hier analysierten Studienarbeiten im Schwerpunktbereich könnte man darunter Fehler verstehen, die besonders überflüssig und ärgerlich sind, weil sie nicht den Kern des wissenschaftlichen Bemühens berühren, sondern „bloß“ die Form und die Art der Darstellung betreffen und mit wenig Aufwand hätten vermieden werden können. So hätten die studentischen Verfasser der Arbeiten einen Tippfehler im Titel der Arbeit sicherlich ebenso leicht vermeiden können wie das gehäufte Auftreten von Rechtschreib- und Grammatikfehlern, die nicht nur ein ungünstiges Licht auf die sprachlichen Fähigkeiten werfen, sondern sogar den Lesefluss erschweren. Darstellung und Argumentation sind natürlich eng mit dem Inhalt der wissenschaftlichen Ausarbeitung verbunden, so dass eine Abgrenzung nicht immer möglich ist. In die im Rahmen der Untersuchung angefertigte Statistik wurden Rechtschreib- und Tippfehler, Fehler in der Zeichensetzung, Formatierungsfehler, Fehler in Ausdruck (Stil) und Satzbau, in der Grammatik und eine vom Standard abweichende oder inkonsequente Zitierweise aufgenommen. Die Übergänge zwischen den Fehlerarten sind dabei oft fließend. Nicht immer fehlt die sprachliche Kompetenz, oftmals ist die Ursache schlicht das Auslassen eines letzten Arbeitsschrittes, in dem die Fehler hätten gefunden und der Text hätte „geglättet“ werden können. Die sprachliche Analyse von 401 größtenteils zwischen 2012 und 2014 an der Universität Heidelberg entstandenen Studienarbeiten (wissenschaftlichen Arbeiten im Schwerpunktbereich¹) hat gezeigt, dass bestimmte Fehler sehr häufig vorkommen. Es lohnt sich besonders, diese in den Blick zu nehmen. Studierende haben an anderer Stelle² die Möglichkeit, am guten Vorbild zu lernen oder sich mit der praktischen Herangehensweise³ der Studienarbeit zu beschäftigen. Die zahlreichen den untersuchten Studienarbeiten entnommenen Beispiele typischer Fehler sollen es Kandidatinnen und Kandidaten ermöglichen, aus den Fehlern anderer und den zitierten Korrekturanmerkungen zu lernen.

* Der Verf. ist Leiter des Prüfungsamts der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg.

¹ Weitere Bezeichnungen nach den Prüfungsordnungen der Fakultäten und Fachbereiche: „Hausarbeit“, „Häusliche Arbeit“, „Schriftliche Studienarbeit“, „Seminararbeit (im Schwerpunktbereich)“, „Studienabschlussarbeit“, „Wissenschaftliche Arbeit“, „Wissenschaftliche Hausarbeit („Bachelor-Thesis“).“

² Vergleiche die zahlreichen mustergültigen Arbeiten, die in der StudZR-WissOn veröffentlicht wurden, abrufbar unter https://www.studzr.de/wissson_lesen.php (5.5.2018).

³ Empfehlenswerte Beiträge von Schaub, ZJS 2009, 637 ff. und Scherpe-Blessing, JuS 2017, 624 ff.

I. Statistische Auswertung

Für die Untersuchung wurde ein Teilarchiv des Prüfungsamts ausgewählt, in dem die vollständigen Prüfungsakten mehrerer Semester abgelegt wurden. Von den 401 wissenschaftlichen Arbeiten wurden 394 Studienarbeiten an der Universität Heidelberg geschrieben; die Kandidatinnen und Kandidaten erreichten durchschnittlich 10,33 Punkte, also die Note „vollbefriedigend“. Sieben Arbeiten wurden während eines Gaststudiums an Universitäten im Ausland⁴ angefertigt und gem. § 31 Abs. 2 JAPrO als Studienarbeiten im Schwerpunktbereich anerkannt; diese wurden von den Prüfern der ausländischen Universitäten durchschnittlich mit 15,85 Punkten und damit mit der Note „gut“ bewertet. 291 Prüferinnen und Prüfer haben im Zuge der Bewertung die Arbeiten mit kurzen bis ausführlicheren Korrekturanmerkungen versehen, 201 Korrektorinnen und Korrektoren alternativ oder zusätzlich im Votum der meist mehrseitigen Begründung der Bewertung auf formelle Fehler Bezug genommen (siehe Tabelle auf S. 299).

In der Hälfte der Fälle erwähnten die Gutachter die Einhaltung der formellen Vorgaben und die Sprache der Arbeit gar nicht, was darauf hindeutet, dass diese Aspekte im Großen und Ganzen nicht zu beanstanden waren und sich jedenfalls nicht negativ auf die Bewertung der Arbeit ausgewirkt haben. Wenig überraschend ist die deutlich bessere Bewertung der Studienarbeiten, bei denen Form und Sprache gelobt wurden. Dies ist allerdings nicht durchgehend so. Beispielsweise wurde eine Arbeit mit der Bemerkung „Formal ist die Bearbeitung in Ordnung.“ mit 12 Punkten bewertet, eine andere Arbeit mit der Bewertung „Formal ist die Arbeit ansprechend gestaltet“ nur mit 7 Punkten. Die Bewertung von Form und Inhalt der Arbeiten korrelieren stark, im Einzelfall gibt es aber deutliche Abweichungen. So finden sich durchaus Arbeiten, die in Form und Sprache in keiner Weise zu beanstanden sind, inhaltlich aber schwach sind und oberflächlich bleiben. Andererseits übten die Korrektoren auch bei hoch bewerteten Arbeiten Kritik an Sprache und Flüchtighkeitsfehlern wie beispielsweise bei einer mit 15 Punkten bewerteten Arbeit („Die Neigung zu Manierismen und kleinere sprachliche Minderleistungen passen nicht recht zueinander.“) und einer Arbeit, für die 13 Punkte vergeben wurden: „Schwächen liegen verbreitet in der Methodik der Darstellung, der gelegentlich unverständlichen Abstraktionshöhe und in der letzten Durchsicht des Gesamttextes.“

In den meisten Fällen überzeugen die untersuchten Arbeiten in Form und Darstellung. Nur wenige Arbeiten unterschreiten das sprachliche Niveau und den wissenschaftlichen Standard. Der Korrekturmaßstab ist – wie bei universitären

⁴ University of Ottawa, Université du Luxembourg, Universidad CEU San Pablo (Madrid), Université de Montpellier, Université de Lausanne, China University of Political Science and Law (Beijing) und Jagiellonen-Universität (Krakau).

Abschlussarbeiten zu erwarten – sehr exakt. So werden auch bloße Tippfehler, fehlende oder doppelte Leerzeichen oder Punkte sowie falsche Satzzeichenauszeichnungen (oft wird „kursiv“ an falscher Stelle verwendet) angestrichen. In der Prüfungsordnung ist nicht festgelegt, ob und in welcher Weise Fehler in Form und Sprache bei der Benotung berücksichtigt werden müssen oder dürfen. Mehrere Voten der Prüfer deuten darauf hin, dass Fehler in Form und Ausdruck zumindest ergänzend als starkes Hilfskriterium für die Bewertung eine Rolle spielen, wenn nicht ohnehin die Verständlichkeit des Gedankengangs unter sprachlichen Fehlern leidet. Jedenfalls in Extremfällen führten Formfehler nach dem ausdrücklichen Votum des Korrektors⁵ zu Abwertungen. Von den 262 mit Anmerkungen versehenen Arbeiten waren vergleichsweise wenige (33) völlig fehlerfrei, während in 35 Arbeiten 50 Fehler und mehr gefunden wurden. „Spitzenreiter“ waren drei Arbeiten mit 103, 121 und 123 Fehlern. Man kann sich leicht ausmalen, welchen verheerenden Eindruck eine solche Vielzahl von Fehlern auf den Korrektor machen muss. Arbeiten mit mehreren Fehlern auf jeder Seite gleichen eher einer durchschnittlichen bis schlechten Schülerarbeit als der universitären Abschlussarbeit in einem sprachaffinen Fach wie der Rechtswissenschaft. Wie viele Fehler pro Seite sind aber noch akzeptabel? Wann muss der Kandidat mit Punktabzug rechnen? Kann man aus der Statistik eine schlechtere Bewertung von Arbeiten herleiten, die viele Fehler in Sprache und Form aufweisen? 192 von 288 (67 %) Arbeiten weisen maximal einen halben Fehler pro Seite auf, deutlich höhere Fehlerquoten kommen selten vor. Die Trendlinie der Graphik stellt dar, dass im oberen Notenbereich die durchschnittliche Zahl an Fehlern jedenfalls abnimmt (siehe *Graphik 1* auf S. 299).

Deutlicher als bei Gesamtfehlerzahl tritt der Zusammenhang zwischen den Ausdrucksfehlern und der Bewertung zutage (siehe *Graphik 2* auf S. 300).

Die Statistiken geben jedenfalls einen deutlichen Hinweis auf den Einfluss von formellen Mängeln auf die Bewertung der Leistung. Zudem gehen Nachlässigkeiten in der Form oftmals mit dürftigem Inhalt einher. Beides lässt sich kaum trennen, zumal der Korrektor im Rahmen der Bewertung nicht über die fachlichen Kompetenzen des Kandidaten spekulieren, sondern nur das Geschriebene bewerten kann. Da nach *Rudolf v. Jhering* die Form der Inhalt von Seiten seiner Sichtbarkeit ist⁶, sollte jeder Kandidat in gleicher Weise und

in gleichem Umfang nach einer perfekten Form wie nach der bestmöglichen Bearbeitung der Aufgabenstellung streben.

Die Bewertung der Studienarbeit fließt in Heidelberg in erheblichem Umfang⁷ in die Endnote der Universitätsprüfung im Schwerpunktbereich ein. Die Studierenden haben daher sicherlich eine hohe Motivation und arbeiten innerhalb der vierwöchigen Bearbeitungszeit erfahrungsgemäß sehr intensiv an der Studienarbeit. Sollte man – im Rahmen der formellen Vorgaben – auch möglichst viel schreiben und das Thema möglichst vollumfänglich beleuchten? Das kann man sicherlich nicht sagen. Zwar ist das Thema meist ergiebig genug, die vorgegebene maximale Seitenzahl (in Heidelberg 20–30 Seiten, von vielen Aufgabenstellern auf 20, 25 oder 30 begrenzt, nur wenige lassen mehr Text zu) auszuschöpfen. Auf den ersten Blick scheint dies auch die Statistik zu bestätigen, die grundsätzlich eine höhere Bewertung bei mehr Seiten zeigt (Balken und Trendlinie, linke y-Achse). Jedoch sieht das Ergebnis anders aus, wenn man die Punkte durch die Seitenzahl teilt (Kurve, rechte y-Achse). Neben den besonders knappen Arbeiten (unter 20 Seiten) erzielten die Kandidaten die beste „Punkteausbeute“ pro Seite, die die jeweiligen Vorgaben (20 und 25 Seiten) exakt einhielten oder mit 21–23 bzw. 28 Seiten knapp unter der meist geltenden Maximalzahl blieben (siehe *Graphik 3* auf S. 300).

II. Ratschläge

Was soll man Kandidatinnen und Kandidaten einer juristischen wissenschaftlichen Abschlussarbeit raten? Zur Vermeidung „unnötiger“ Fehler sollte man fünf Ratschläge beherzigen:

1. Vermeiden Sie Flüchtigkeitsfehler

Die weit überwiegende Zahl der hier festgestellten Fehler sind Flüchtigkeitsfehler. Ihr Grund liegt weder in der fehlenden wissenschaftlichen Durchdringung noch in sprachlichem Unvermögen, sondern in mangelnder Sorgfalt beim Verfassen und Überarbeiten des Textes.

Es macht keinen guten Eindruck, wenn in einer arbeitsrechtlichen Studienarbeit an sechs Stellen „Arbeitgeber“ und „Arbeitnehmer“ verwechselt werden. Auffällig häufig werden die Vor- und Nachnamen der zitierten Autoren falsch geschrieben, was dem Leser des meist der Arbeit vorgestellten Literaturverzeichnisses bereits bei Beginn der Lektüre vermittelt, hier sei oberflächlich gearbeitet worden. In vielen Rechtsbereichen gibt es Bezeichnungen, die vom allgemeinen Sprachgefühl oder dem Alltagsgebrauch abweichen, so beispielsweise das Fehlen des Fugenlauts „s“ im Steuerrecht in Begriffen wie „Körperschaftsteuer“ oder „Verbrauchssteuer“. Im Europarecht muss man wissen, dass die EU derzeit 28

⁵ „Handwerklich und sprachlich weist die Arbeit ganz erheblich Mängel auf. Die Formulierungen sind vielfach unbeholfen und manche Sätze geradezu falsch. Die Zeichensetzung lässt sehr zu wünschen übrig und auch die Rechtschreibung ist an vielen Stellen fehlerhaft. An nicht wenigen Stellen fehlen die erforderlichen Nachweise. In äußerlich-formaler Hinsicht befindet sich die Arbeit damit kaum mehr innerhalb normaler Toleranzgrenzen, die bei der Bewertung keine Berücksichtigung finden müssten.“

⁶ v. *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung Teil 2, Bd. 2, 1858, S. 498: „unter Form verstehen wir den Inhalt von Seiten seiner Sichtbarkeit. Eben darum aber setzt die Form stets den Inhalt vo-

raus; es gibt weder einen Inhalt ohne Form, noch eine Form ohne Inhalt.“

⁷ Nach §§ 11 Nr. 1, 16 der Satzung über Ausbildung und Prüfung in den Schwerpunktbereichen vom 8.3.2004 zu 40 %, nach §§ 11 Nr. 1, 15 S. 1 der gleichnamigen Satzung vom 26.3.2015 sogar zu 50 %.

Mitgliedstaaten (ohne „Fugen-s“⁸) hat. Zerstören Sie nicht den aus Ihrem wissenschaftlichen Bemühen resultierenden Eindruck, bereits ein Experte auf einem bestimmten Rechtsgebiet zu sein, indem Sie hier Fehler machen.

Sie haben (bei einer Bearbeitungszeit von vier Wochen) genug Zeit, sorgfältig zu formulieren und sich Ihre Arbeit vor der Abgabe mehrfach durchzulesen. Die Korrektorinnen und Korrektoren haben in 291 Studienarbeiten insgesamt 5.064 Fehler gefunden, also durchschnittlich über 17 Fehler pro Arbeit. Dies ist viel zu viel. Der positive Eindruck einer kenntnisreichen Auseinandersetzung mit dem Thema wird hierdurch eingetrübt. Immer wieder findet man in den ausführlichen Begründungen der Bewertung (Voten) Formulierungen wie „Licht und Schatten“.

Lesen Sie sich den Text nochmals mit den Augen eines Fachfremden durch. So wird vielleicht an einigen Stellen deutlich, dass Sie bereits zu sehr in „Prüfungsschemata“ schreiben und dabei Logik und Verständlichkeit des Textes vernachlässigen. So würde dem juristisch ungeschulten Leser bei dem Satz „Dabei wird allerdings verkannt, dass immer nach dem Tatgeschehen ermittelt wird, an dessen Ende gegebenenfalls eine Anklage steht [...]“ wohl auffallen, dass bei einem Tatgeschehen üblicherweise kein Staatsanwalt anwesend ist, der eine Anklageschrift unterzeichnet.

Verlassen Sie sich weder auf die Rechtschreibprüfung noch die Silbentrennung von Textverarbeitungsprogrammen. So moniert Word beispielsweise nicht das Wort „Beihilfe“, auch hält das Programm die Trennung „Zweitwohnungs-teuer“ für sinnvoll.

Ebenso wenig verhindert der Computer Verwechslungen wie „Konversationsflächen“ (statt Konversionsflächen), „statisch“ (statt statistisch), „Wahneffekt“ (statt Warneffekt), „Organ der Rechtsprechung“ (statt der Rechtspflege, vgl. § 1 BRAO), „Missverständnis“ (statt Missverhältnis), „Selbstvereitelung“ (statt Strafvereitelung) und „Art und Weise der Tatausführung“ (statt Art und Weise). Word kontrolliert zwar sowohl die Rechtschreibung als auch (ansatzweise) die Grammatik, nicht aber den sinnvollen Wortgebrauch an der konkreten Stelle und weiß daher nicht, wann es „mit Nichten“ heißt, wann „mitnichten“, auch wird „zu förderst“ nicht als falsche Schreibweise von „zuvörderst“ erkannt. Nicht alle Textverarbeitungsprogramme beanstanden zudem „Übertragung“ statt „Übertragung“, „wiederrum“ statt wiederum, „Kappstadt“ statt Kapstadt, „hinten angestellt“ statt „hintangestellt“, „Betreiben“ statt „Betrieben“, „Hirnfälligkeit“ statt „Hinfälligkeit“. Zudem sollte man wissen, dass die automatische Fehlerkorrektur der Textverarbeitung Fehler produziert. In juristischen Texten wirkt sich negativ aus, dass Word (in einigen Versionen) „StPO“ zu „stopp“ korrigiert, nach einem Punkt immer ein Großbuchstabe folgt und in Abkürzungen der zweite Großbuchstabe zu einer Minuskel wird („BverfG“). Achten Sie beim Korrekturlesen auf solche Fehler, die von Textverarbeitungsprogrammen stammen, oder schalten Sie die Autokorrekturfunktion gleich aus.

2. Seien Sie mutig in der Kritik und zurückhaltend in der Formulierung

Häufig werden Arbeiten als „bloß deskriptiv“ kritisiert, ein Vorwurf, der eine Bewertung im höheren Notenbereich ausschließt. Es ist zu vermuten, dass nicht immer fehlende wissenschaftliche Qualifikation oder eine zu oberflächliche Beschäftigung mit der Aufgabe der Grund dafür ist, dass die Bearbeiter sich auf die Beschreibung der Probleme des Themas beschränken. Vielmehr ist zu vermuten, dass sich nicht wenige Bearbeiterinnen und Bearbeiter nicht trauen, selbst etwas zu dem Meinungsstreit oder anderen Problematiken beizutragen. Natürlich will der Korrektor keine bloße Meinung im Sinne einer persönlichen Wertung ohne Sachbezug. Als Ergebnis einer Problemanalyse darf (und muss!) sich der Bearbeiter aber eine Meinung erlauben, diese erwartet der Aufgabensteller geradezu⁹ – ob er dieser im Ergebnis nun persönlich beipflichtet oder nicht. Noch bedenklicher ist die bloße, unkritische Übernahme der in der Literatur gefundenen Ausführungen¹⁰, was bei mangelnder Kennzeichnung ein Plagiat darstellt. Nachdem Sie zunächst in alle Richtungen recherchiert haben, sollte sich recht bald eine These herausbilden (wie beispielsweise das besprochene Urteil überzeugt/überzeugt nicht, die gesetzliche Regelung ist verfassungswidrig/das neue Gesetz wird in der Praxis bestimmte Folgen zeitigen, wie ist das Problem rechtsdogmatisch einzuordnen etc.), deren Richtigkeit sich aus der Untersuchung ergibt und im Schlusskapitel als Fazit (Ergebnis der Arbeit, Conclusio) ausdrücklich formuliert wird. Da Wissenschaft grundsätzlich ergebnisoffen sein muss, darf man nicht enttäuscht sein, wenn das Ergebnis weder überraschend noch bahnbrechend ist. Dies ist nicht schlimm, wenn dieser Schluss Ergebnis eingehender Analyse und eigener gedanklicher Leistung ist. Falsch wäre es in diesem Fall jedenfalls, das Ergebnis künstlich aufzuwerten, indem man den Schluss spektakulärer darstellt als er wirklich ist. Vertrauen Sie darauf, dass der Aufgabensteller ein Thema gewählt hat, das wenigstens so ergiebig ist, um im Rahmen einer Studienarbeit behandelt werden zu können. Scheuen Sie sich nicht, Kritik zu äußern, auch wenn Sie (noch) keine wissenschaftlichen Autoritäten an Ihrer Seite wissen, wie dies oftmals bei bisher noch wenig diskutierten Themen der Fall ist.

Sprachlich sollte die Wertung aber ohne übertriebene Emphase, also möglichst schlicht vorgebracht werden. Formulieren Sie mit Bedacht und schnörkellos. So wurde „eine sensationelle rechtliche Neuerung“ vom Korrektor ebenso kritisiert wie das biblische¹¹ „Niemand kann zwei Herren dienen!“ (Korrekturanmerkung „Der Vergleich hinkt stark!“), den „Nimbus der Unternehmensgründung ohne physische Präsenz“ konnte ein Korrektor nicht sehen und „fortschrittlicher“ war für einen anderen „ein schillerndes Prädikat – mutig“.

⁹ „Auch wäre ein eigener Standpunkt zu [...] wünschenswert gewesen.“ „die eigene Position d. Verf. [hätte] aber deutlicher herausgearbeitet werden können.“

¹⁰ „An vielen Stellen werden Textstellen aus der Literatur paraphrasierend hintereinandergestellt [...]“

¹¹ Matthäus 6, 24.

⁸ Ebenso: „Sekundärrechtsetzung“

3. Schreiben Sie wissenschaftlich

Wissenschaftliches Schreiben bedeutet vor allem exaktes Formulieren. Die Sprache der Wissenschaft ist nicht die tagtägliche Umgangssprache¹², auch nicht die juristische Umgangssprache. „Juristenjargon“ wie „hM“ oder – noch schlimmer – „ghM“ dient vielleicht dazu, die Gliederung oder das Lösungsschema einer juristischen Klausur kürzer und übersichtlicher zu gestalten, in einer wissenschaftlichen Arbeit haben diese Abkürzungen nichts zu suchen.

Auch journalistischer Schreibstil sollte vermieden werden. So könnte man die Formulierung „Aufgrund der aktuellen Brisanz hat sich auch Brüssel dem Thema ‚Sammelklage‘ angenommen.“ durchaus in deutschen Leitmedien lesen (dort würde „Thema“ aber im Genitiv stehen), in einer juristischen Qualifikationsschrift wird „Brüssel“ allerdings unterschlängelt. Hierzu zählt auch der elliptische Stil, bei dem Satzteile, vor allem das Prädikat, ausgelassen werden: „Worte seiner Rücktrittserklärung:“ Dies wird in Studienarbeiten ebenso angestrichen wie die in der Presse¹³ häufig verwendete Aufwertung von Nebensätzen (mit ihrer Satzstellung) zu Hauptsätzen wie bei „Wohingegen der Arbeitnehmer bei Ausscheiden nach der vereinbarten Befristung des Arbeitsverhältnisses mit der BQG¹⁴ unproblematisch Arbeitslosengeld erhält, da hier keine Sperrfrist vorgesehen ist.“ und „Wodurch unmittelbare Auswirkungen auf den Bundes- und Landeshaushalt zu befürchten sind.“. Dieser Stil ist kritikwürdig, da man keinen „journalistischen Sound“¹⁵ oder eine Beschleunigung der Lesegeschwindigkeit anstreben, sondern eine dem Thema angemessene Sprache suchen sollte. Kreative, bildhafte Sprache und ein „flotter Schreibstil“ werden bei juristischen Abschlussarbeiten meist als unpassend angesehen.

Bemühen Sie sich um den exakten, wissenschaftlichen Wortgebrauch, im juristischen Bereich ist dies meist der vom Gesetz selbst gebrauchte Terminus. Es ist falsch, dass das Haager Abkommen „von der Republik Iran nicht unterzeichnet“ worden ist, es ist von ihr nicht „ratifiziert“ worden. Die „Revision“ ist nicht „abgelehnt“ worden, sondern im Falle der Unbegründetheit „zurückgewiesen worden“ (siehe im Zivilverfahren ausdrücklich in §§ 552a, 561 ZPO Revisionszurückweisung), ein Urteil des EuGH ist kein „EuGH-Entscheid“.

¹² Wo Formulierungen wie „keine großartigen Schwierigkeiten [in der Praxis]“ oder „Egal ob die Änderung der Gesetzeslage“ [statt „Gleichgültig [...]“] vielleicht gerade noch durchgehen, ebenso in Schwaben „Erfüllungsgehilfen mit *arg* eingeschränkter Selbstständigkeit“.

¹³ „Ein weiteres Indiz für eine politisch verunsicherte Premierministerin. [Absatz] Die an diesem Donnerstag in Warschau ist, wo sie ein bilaterales Verteidigungsabkommen schließen will.“ *Stefanie Bolzen*: „Die bittere Pointe des Machtverlusts“ in Welt Online, abrufbar unter <https://www.welt.de/politik/ausland/article171802386/Theresa-May-Die-bittere-Pointe-des-Machtverlusts.html> (5.5.2018).

¹⁴ „Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft“.

¹⁵ *Martin*: „Mit Halbsätzen texten wie James Salter“ <http://sage-und-schreibe.dorismaertin.com/mit-halbsaetzen-texten-wie-james-salter/> (5.5.2018).

Humor bereichert das Leben, an der richtigen Stelle (*dulce est desipere in loco*¹⁶) auch das Studium an Hochschulen. Eine wissenschaftliche Arbeit ist jedoch nicht die Stelle, an der humoristische Ausführungen oder augenzwinkernde Formulierungen wie „allerlei Strafverfolgungsinteressen“ oder „eingemottete Mitbestimmungsdebatte“ geschätzt werden. Ebenso wenig haben flapsige Formulierungen wie „Laxheit“ (des englischen Gesellschaftsrechts) oder „Vertrauen ist gut – Vertrag ist besser, denn ‚pacta sunt servanda‘.“ oder „Auch wenn diese Definition prima facie fortschrittlich überkommt [...]“ ihren Platz in einer Studienarbeit. Geschriebenes Wort und gesprochenes Wort unterscheiden sich. Ein guter Vortrag ist nicht zwangsläufig auch ein guter Lesetext, ein wissenschaftlicher Aufsatz muss nicht zugleich als Vortrag „funktionieren“. Vermeiden Sie daher einen „rhetorischen“ Stil. In Vorträgen kann man zur Erzeugung von Aufmerksamkeit und zur Veranschaulichung eine deutlich bildreichere Sprache und gewagtere Formulierungen nutzen als in der Schriftsprache. „Die jetzige Messlatte hängt fast am Boden“ sollte man daher eher sagen als schreiben, das ungewöhnliche „Patient als Klammer“ nicht zur Überschrift in einer medizinrechtlichen Studienarbeit machen und „die Rechte des Kampfgegners mit Füßen zu treten“ ist zu martialisch für eine Arbeit zum Arbeitskämpfrecht.

Vermeiden Sie „Marotten“ jeglicher Art: Zwar ist beispielsweise die Einleitung der Ort, an dem man eine Frage formulieren kann, die dann im Verlauf des Textes beantwortet wird. Dies darf aber nicht dazu führen, dass an zahlreichen Stellen der Arbeit immer wieder direkte Fragen¹⁷ formuliert werden. Ein zu häufig genutztes Stilmittel wirkt unbeholfen, oft ist es sogar schädlich, da es vom Inhalt ablenkt.

Wissenschaftlich soll nicht nur das Ergebnis sein, auch das Schreiben selbst sollte wissenschaftlichen Anforderungen genügen. Wer einen Autor zitiert und dies mit einer Fußnote belegt, sollte den Aspekt überhaupt erst dann in seine Arbeit einfließen lassen, wenn er den Text selbst gefunden und gelesen hat. Wenn der Korrektor als Belegstelle „S. !!!!!!!!!!!!!!!“ liest, weiß er, dass hier blind zitiert wurde und sich der Verfasser wohl vorgenommen hatte, die Fundstelle noch nachzuprüfen. Bei der Fußnote „*Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindung im GmbH-Recht, S. 263. → andere Fn. finden“ kann man vermuten, dass hier nur der zweitbeste Beleg verwendet wurde, eine bessere Belegstelle wurde dann aber offenbar nicht mehr gefunden. Ersparen Sie dem Korrektor derartige Einblicke in Ihre Arbeitsmethode! Suchen Sie gegen Ende der Bearbeitungsfrist alle versteckten „Arbeitsaufträge“¹⁸ und prüfen Sie, ob Sie das Zitat noch belegen können oder nicht. Eine pragmatische Lösung dieser Problematik ist es, entweder „Konzept“ und „Reinschrift“ in unterschiedlichen Dateien strikt zu trennen oder im Text immer entsprechende

¹⁶ *Horaz*, Carmina 4, 12, 27–28.

¹⁷ Korrekturanmerkung „Sehr störend wirken darüber hinaus die ständigen direkten Fragen, die in einem wissenschaftlichen Text grundsätzlich vermieden werden sollten.“

¹⁸ Wie beispielsweise „Hier mal noch mehr über die Anwachsung lesen.“

„Steuerzeichen“ voranzustellen (wie „qwertz“ oder „#“) und nach diesen in einem späten Arbeitsschritt zu suchen.

Vermeiden Sie „copy and paste“. Hierfür gibt es mehrere gewichtige Gründe: Man erzeugt bei der Verwendung der „Kopieren und Einfügen“-Funktion erst ein Plagiat, das man dann nachträglich durch inhaltliche Bearbeitung zum Nicht-Plagiat ändern muss. Das ist gefährlich, weil man nicht sicher sein kann, dass am Ende der Bearbeitungsfrist noch genügend Zeit für die beabsichtigten Arbeitsschritte bleibt und man alle „copy and paste-Stellen“ findet. Man übernimmt zudem vor-schnell Dinge, ohne sie hinreichend auf ihre Relevanz für die zu bearbeitende Aufgabe und die Argumentation an der konkreten Stelle geprüft zu haben. Die Übertragung führt schnell zu vielen Aspekten, die in irgendeiner Weise mit dem Thema zusammenhängen, und zu viel Text. Dies erzeugt bereits in einer frühen Arbeitsphase Unübersichtlichkeit und bereitet Autoren Probleme, die nicht gut kürzen können. Meist fällt es ungeübten Schreibern schwer, sich von Lesefrüchten zu trennen und Text zu streichen. Es erscheint daher günstiger, das Schreiben zu „entschleunigen“, indem die aufgenommenen Texte zunächst durch den „Flaschenhals“ des eigenen Abtip-pens oder (noch besser) des händischen Abschreibens gegan-gen sind. Das Exzerpieren ist sinnvoll, um den Kern des Ar-guments zu übernehmen und nicht lediglich Formulierungen, die bei oberflächlicher Betrachtung zu passen scheinen. Bei der Übertragung aus anderen Texten können auch fremde Formatierungen und Formatierungszeichen bzw. im anderen Textsystem nur unzureichend abgebildete Zeichen übertragen werden, was unschön aussieht und Ihre Arbeitsmethode ver-rät. Insbesondere führt „copy and paste“ oftmals zu falschen („englischen“ oder „geraden“) Anführungszeichen.

Sie schreiben einen wissenschaftlichen Text zu einem Thema, das – soweit vorhanden oder bereits absehbar – Rele-vanz in der Praxis der Rechtsberatung und in der Rechtspre-chung der Gerichte hat. Auf diese Auswirkungen sollte man immer wieder zu sprechen kommen. Falsch wäre es hinge-gen, Wissenschaft und Praxis mit Einleitungen wie „Zwar mögen die gemachten Ausführungen auf den ersten Blick vor allem akademischer Natur sein, [...]“ gegeneinander in Stel-lung zu bringen.

4. Schreiben Sie Deutsch

Unsere Wissenschaftssprache ist die deutsche Sprache. Im Idealfall¹⁹ ist sie auch allgemein verständlich, allerdings nicht immer voraussetzungslos. Formulieren Sie klar und präzise. Vermeiden Sie es, Ihrem Text einen „wissenschaftlichen An-strich“ zu geben. Der Satz „Es wird sich bewahrheiten, dass das Besondere eine konkretisierende Variation des Allgemei-nen ist und also auf diesem be-(ruht).“ soll wohl gelehrt er-scheinen, die Korrekturanmerkung „analytische (=Null) Aus-sage“ zeigt hingegen, dass der Aufgabensteller diesen Ein-druck nicht bekommen hat. Die an Studienarbeiten zu stel-lenden Ansprüche sind nicht mit den Anforderungen an eine Dissertation oder Habilitation vergleichbar. Wissenschaftlich überambitionierte Gedankengänge sind daher ebenso abzu-

¹⁹ Und daher preiswürdig (vgl. „Klaus Tschira Preis für ver-ständliche Wissenschaft“).

lehnen²⁰ wie die bloße Wiedergabe fremder Meinungen im umgangssprachlichen Plauderton.

Legen Sie die Unarten der heutigen Umgangssprache ab und schulen Sie sich am stilistisch guten Vorbild. Zu den Eigenheiten der Umgangssprache gehört die Verwendung von Füllwörtern wie beispielweise „Zwar kommt es bei den Freigängen *real* zu den meisten Missbräuchen [...]“, „Die Angaben der Plan-UP-RL zur Abschichtung sind *eigentlich* unbestimmt.“ „[...] wo innerhalb eines sehr kurzen Zeitraums *wirklich* viele Menschen erreicht werden können.“. Viele Füllwörter wie „wohl“, „eigentlich“, „am ehesten“ und „ir-gendwo“ machen die jeweilige Aussage gewollt oder unge-wollt unbestimmt, was sich nicht mit der auf Exaktheit ange-wiesenen Wissenschaftssprache verträgt und dem Ziel der Aufgabe widerspricht, inhaltlich „Farbe zu bekennen“. Auch die den Gang der Untersuchung erläuternden Füllwörter werden in der Schriftsprache als überflüssig angesehen: „Im Rahmen dieser Urteilsbesprechung soll *nun* zunächst der Tatbestand [...] untersucht werden.“ „*Zunächst einmal* ist ... eine Definition erforderlich.“ „*Fortlaufend* soll zunächst die allgemeine Bedeutung der *perpetuatio fori* dargestellt werden [...]“ Falsch sind zudem Steigerungen, die aus dem Wunsch nach rhetorischer Verstärkung der Aussage entspringen und statt des Superlativs den nicht standardsprachlichen „Hyper-lativ“ gebrauchen wie „optimalste Mittel“ und „vollste Über-zeugung“. Falsche Steigerungsformen wirken unbeholfen, der Leser fragt sich zudem, aus welchem Grund der Autor nach einer Verstärkung gesucht hat. Traute er dem eigenen Ar-gument nicht? Versuchte er, Zweifel des Lesers zu zerstreuen?

Schreiben Sie weder Englisch noch „Denglisch“. Nur we-nige aus dem Englischen stammende Begriffe der letzten Jahr-zehnte sind bereits in den Wortschatz der Hochsprache eingeflossen wie beispielsweise „Computer“. Zwar kann man neue Begriffe mit Anführungszeichen kenntlich machen, je-doch leidet darunter der Stil: „Mit steigender Informations-menge steigt auch die Möglichkeit, die Informationen zu filtern und zu „*framen*“.“ Auch das verbreitete „Sinn ma-chen“ (wohl vom englischen „to make sense“ inspiriert) ist ein Anglizismus, der von Korrektoren angestrichen wird.

In wissenschaftlichen Prüfungsarbeiten sollte man keine Neologismen bilden. Benutzen Sie nur Wörter, die in einem Wörterbuch zu finden sind. Sicherlich hat sich der Autor des Satzes „Das Verständnisziel bleibt unerreichbar, sodass die Vorgaben des BGH letztendlich auf ein faktisches Verbot solcher Produkte hinauslaufen.“ um sprachliche Exaktheit bemüht. Bereits das ungewöhnliche Wort „Verständnisziel“ verunklart jedoch die Textaussage und schadet der Erkennt-nis. Weitere Beispiele für Wortschöpfungen, die man in kei-nem Wörterbuch findet, sind „Klagepartei“, „Verzivilrechtli-chung“, „Produkterfindungsgeist“, „Zerredung“, „nichtmals“, „allgemeinhin“, „nichtsdestotrotz“, wobei letztgenanntes Wort im alltäglichen Sprachgebrauch durchaus geläufig ist,

²⁰ Korrekturanmerkung: „Auch der Versuch, ein eher über-schaubares rechtsdogmatisches Problem, das sich mit dem berühmten Federstrich des Gesetzgebers lösen ließe, mit der Nikomachischen Ethik in Verbindung zu bringen, erscheint fernliegend.“

allerdings nur der Umgangssprache, nicht der Hochsprache angehört. Ungewöhnliche, ausschließlich in dem Kontext selbst geprägte Formulierungen wie „Fortpflanzungsbesitzer“ im Zusammenhang mit der archaischen Herrschaft des Mannes über die Frau müssen zwingend in Anführungszeichen gesetzt werden.

Führen Sie jedes Fremdwort auf die Herkunftssprache (meist Latein oder Griechisch) zurück und überprüfen Sie, ob die geplante Verwendung des Wortes noch mit der ursprünglichen Bedeutung in Übereinstimmung gebracht werden kann. In der Überschrift „Der Konsens der Mitbestimmungskonzeptionen von SE und SCE“ fällt bei der Verwendung von „Konsens“ (von „cum-sentire“, „cum“ = „mit“, „zusammen“, „sentire“ = „fühlen, merken, meinen“) auf, dass Gesellschaftsformen keine Meinung haben können und sich dieses Wort daher auf Menschen beziehen muss. Daher müsste man vorliegend „Übereinstimmung der Mitbestimmungskonzeptionen“ formulieren. Auch wenn Fremdwörter zu passen scheinen, müssen Sie noch prüfen, ob der Begriff auch tatsächlich das trifft, was Sie ausdrücken wollen. So hat „Der Große Senat [...] hat die historisch oszillierende Auslegung dieses Merkmals [...]“ die Korrekturbemerkung „zwischen welchen Polen oszilliert die Auslegung?“ provoziert. Da Latein in der Schule weiterhin auf dem Rückzug ist, werden selbst verbreitete lateinische Begriffe nicht mehr korrekt verwendet. Oft verwechseln die Verfasser Singular und Plural – „Ein Extrema wäre, dass der Leistung des Schuldners gerade einmal eine wirtschaftlich wertlose Gegenleistung gegenübersteht.“ oder die Verbindung von Fremdwort und deutschem Wort führt zu sinnlosen Zusammenstellungen wie „kooperative Zusammenarbeit“, „potentielle Nutzungsmöglichkeit“, „Territorialgebiet“ oder „Schlussfazit“. Mangelnde Lateinkenntnisse führten wohl auch zu der Formulierung, ein Gericht habe „obiter dictum festgestellt“ – hier muss man, um das Verb des Sagens nicht zu doppeln, das „dictum“ streichen. „Alter“ ist im Lateinischen der eine von zweien; wenn es eine Alternative gibt, existieren also insgesamt zwei Möglichkeiten. Falsch ist daher: „Für die Gemeinde ergeben sich zwei mögliche Alternativen.“ Bildungssprachliche Ausdrücke sollten korrekt gebraucht werden. So sind das Ausmistern des Augiasstalls und der Atomausstieg²¹ „herkulische Aufgaben“, nicht „herkuleische Aufgaben“. Dies gilt auch für deutsche Wörter, die im täglichen Sprachgebrauch selten vorkommen, was dazu führen kann, dass beispielsweise der Verfasser einer Arbeit zum Gesellschaftsrecht etwas anderes sagt als er eigentlich sagen möchte: „Es müssen nicht sämtliche Gesellschafter der Familienbande angehören, soweit der bestimmende Einfluss der Familie durch die Stimmrechtsverteilung in der Gesellschaft gesichert ist.“

Da juristische Studienarbeiten zum Großteil fremde Gedanken wiedergeben, ist die Arbeit typischerweise über weite

²¹ Schäfer, „Seehofers neue Energiewelt: Die ‚herkulische Aufgabe‘ Atomausstieg“, in: F.A.Z. online vom 22.5.2011, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/politik/energiepolitik/seehofers-neue-energiewelt-die-herkulische-aufgabe-atomausstieg-1640219.html> (5.5.2018).

Strecken in indirekter Rede gehalten, soweit nicht – was nur selten der Fall sein sollte – ein wörtliches Zitat angebracht ist. Die indirekte Rede zu beherrschen, setzt keine vertieften Grammatikkenntnisse voraus, der fehlerhafte Gebrauch der Modi gehört daher zu den leicht vermeidbaren Fehlern.²² In den untersuchten Studienarbeiten kommen diesbezügliche Fehler vergleichsweise oft vor, zum Teil wird durchgehend der falsche Modus verwendet. Falsche Formen in der indirekten Rede führen nicht nur zu schlechtem Stil, sie widersprechen auch in besonderem Maße dem Ziel, exakt zu formulieren, insbesondere das Zitierte genau wiederzugeben. Unklar wird dadurch auch, wie der Autor selbst zum Zitat steht und ob das Zitierte bedingungsfrei ist oder von bestimmten Umständen abhängt. Beispiel: „Danach wurde es wieder eine längere Zeit still um das Thema bis 1975 das LG Verden dem BVerfG gem. Art. 101 I GG die Frage vorlag [sic], ob § 211 I [StGB] verfassungsgemäß wäre.“ Die falsche Verwendung des Konjunktivs II (wäre) an Stelle des Konjunktivs I (sei) provoziert die Rückfrage des Lesers, ob die Verfassungswidrigkeit denn (für den Verfasser) schon feststeht, die Verfassungskonformität der Strafvorschrift für sehr unwahrscheinlich gehalten wird oder dies von bestimmten (welchen?) weiteren Voraussetzungen abhängen soll. Der Konjunktiv II wird in der indirekten Rede nur eingesetzt, wenn der Konjunktiv I sich nicht vom Indikativ des Verbs unterscheidet, ansonsten wird der Konjunktiv II als Irrealis oder als Höflichkeitsform gebraucht.

Grammatikfehler resultieren oftmals nicht aus Unkenntnis der Regeln, sondern sind Ergebnis mehrfacher Umformulierungen von Textbausteinen unterschiedlicher Herkunft. Es kommt dann nicht mehr zu einer sprachlichen Überarbeitung, so dass Kasus, Numerus und Genus des Adjektivs oder Possessivpronomens nicht mehr an das Substantiv angeglichen werden (Beispiele: „Die Strafrechtswissenschaft verfolgt das Ziel, in seinen strafrechtlichen Verhaltensnormen [...]“, „Wenn man aus der Art und Weise des Sittenverstößes, also leichtfertigen und gewissenlosen Verhalten, auf den Vorsatz ableitet [...]“). Fehler gibt es des Öfteren auch bei der Unterscheidung von starken und schwachen Verben („In den Jahren der Kubakrise [...] wurden [...] Sanktionen gegen Kuba verhängen.“), im Geschlecht weniger geläufiger Fremdwörter („der Telos“ statt das Telos) und beim Kasusgebrauch („kraft Rechtsgeschäft“ [Genitiv-„s“ fehlt]/„mangels Auftreten“ Dativ-Gebrauch zumindest zweifelhaft, aber ohnehin nicht schön formuliert).

Leicht zu vermeidende Stilfehler liegen in der sprachlich ungeschickten Wiederholung von Wörtern in benachbarten Sätzen und im Gebrauch von Wörtern mit dem gleichen Stamm (meist Subjekt oder Objekt und Prädikat) im selben Satz: „Seit einigen Jahren werden in Freiheit Angebote zur Schadensreduzierung beim Drogenkonsum angeboten.“ „Die Öffentlichkeitsarbeit hat einen wesentlichen Beitrag zur Sensibilisierung der Bevölkerung für das Thema häusliche Gewalt beigetragen.“ Das Risiko ist „zu gleichen Teilen zu verteilen“. Manche Wörter zeigen logische Verknüpfungen an (z.B. Vergleichssätze) und setzen daher zwingend ein

²² Sehr lesenswert hierzu Schnapp, Jura 2002, 32–35.

bestimmtes weiteres Wort voraus. So muss auf „je“ „desto“ folgen, auf „sowohl“ immer „als auch“, auf „entweder“ zwingend „oder“, auf „zwar“ „aber“ (und nicht „doch“ oder „jedoch“).

5. Schreiben Sie wenig

Studierende der Rechtswissenschaft, Wissenschaftler und Praktiker haben meist keine Mühe, viele Seiten zu füllen. Die statistische Auswertung der Studienarbeiten hat zwar gezeigt, dass die meisten Kandidatinnen und Kandidaten die vorgegebene Seitenbeschränkung ausreizen und sie gute Noten für ihre Arbeiten bekommen, nicht aber, dass das eine auf dem anderen beruht. Im Gegenteil wurde in den Voten niemals positiv erwähnt wenn viel, sondern wenn dicht²³ geschrieben wurde. Eine Studienarbeit ist weder eine abschließende Monographie noch ein Kurzlehrbuch²⁴. Es ist daher von vornerein falsch, vor allem nach Vollständigkeit der Bearbeitung zu streben.

Die Kunst liegt darin, einerseits alles Notwendige eines nicht selten ausufernden Themas zu schreiben, sich andererseits aber auf das Wesentliche zu beschränken. Jede Aufgabenstellerin und jeder Aufgabensteller weiß, dass niemals eine abschließende Darstellung des Themas erwartet werden darf. Sowohl die zeitliche Beschränkung durch die vorgegebene Bearbeitungsfrist als auch die in fast allen Fällen vorhandene Seitenbegrenzung schließen dies aus. Das Sicherheitsbedürfnis vieler Kandidaten lässt diese fast „automatisch“ eher zu viel als zu wenig schreiben. Jedoch wiegt, je mehr man schreibt, der Vorwurf immer schwerer, dass einzelne Aspekte nicht behandelt wurden oder Wichtiges zu knapp dargestellt wurde. Auf Masse zu setzen ist daher riskant.

Unter einem Zuviel leidet die Übersichtlichkeit der Darstellung, wenn zum Zwecke des Ausnutzens der maximalen Seitenzahl die in den Vorgaben nicht definierten Ränder (meist oben, unten und links) zu knapp ausfallen, zu wenige Absätze und Unterüberschriften gemacht werden oder eine platzsparende aber leserunfreundliche Formatierung (Zeichensatz mit geringer Laufweite, zu kleine Fußnoten) gewählt wird. Solche „Tricks“, im Rahmen der Vorgaben den maximalen Textumfang unterzubringen, fallen dem Korrektor sofort auf und erwecken den Eindruck, dass der Autor nicht souverän mit der Aufgabenstellung umgehen, nämlich ein begrenztes Thema auf begrenztem Raum darstellen konnte. Der Korrektor weiß als Aufgabensteller um die zeitlichen und räumlichen Grenzen einer Bearbeitung des Themas und richtet danach seinen Erwartungshorizont aus. Ein schönes Lob des Korrektors ist daher eine Kritik, dass einzig auf Grund des beschränkten Raumes einzelne (Rand-)Aspekte fehlen, während es einen erheblichen Kritikpunkt darstellt, wenn der Verfasser ein vergleichsweise wenig ergiebiges Thema – was es durchaus gibt – in extenso ausgewalzt hat.

²³ „Gelungene, sehr dicht geschriebene Bearbeitung.“

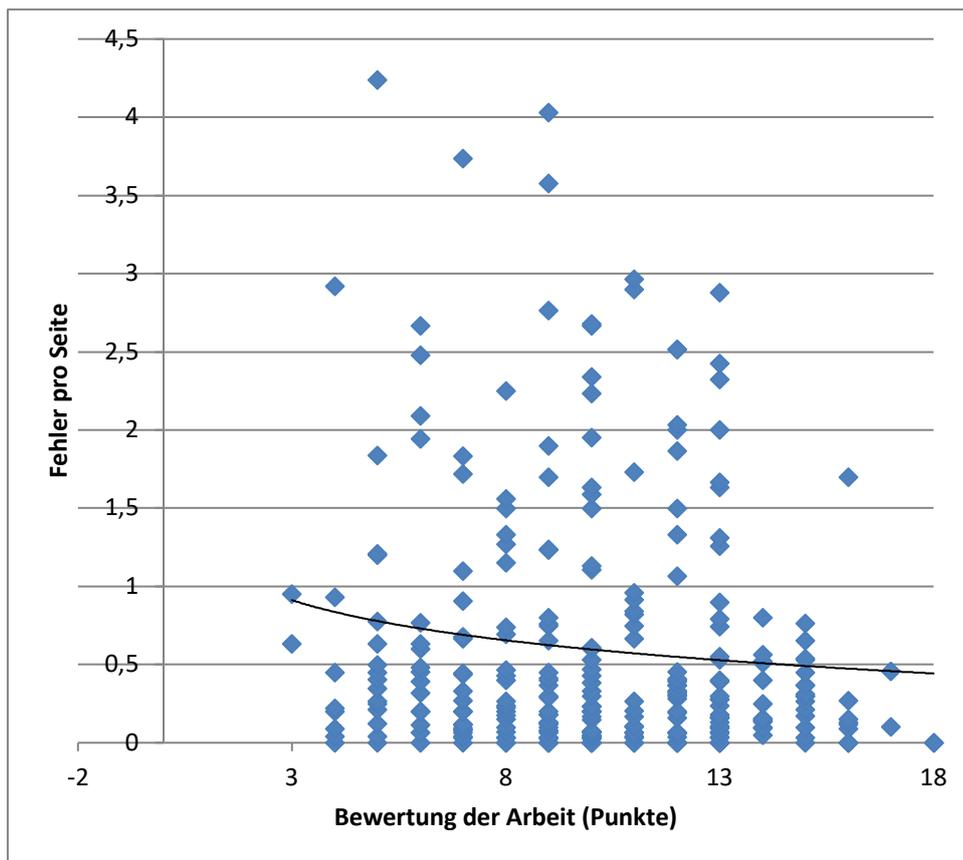
²⁴ So aber ausdrücklich im Fazit einer Studienarbeit „abschließend erfolgt ein kurzlehrbuchartiger Vorschlag, wie mit betrieblichen Übungen künftig zu verfahren ist.“ – was vom Korrektor entsprechend kritisiert wurde.

Kürzen und „Nachverdichten“ sind wichtige Arbeitsschritte nach Ausformulierung des Textes. Letztgenannte Methode sollte allerdings nicht zu Lasten einer flüssigen Lesbarkeit des Textes gehen. Wie dies erfolgen kann ist größtenteils fachspezifisch und aufgabenabhängig. Entfernt liegende Aspekte kann man schlicht weglassen, Meinungen, die sich im Laufe der Untersuchung als randständig und nicht zielführend erwiesen haben, zusammenfassen, ganze Abschnitte nach ihrer Bedeutung für den Fall kürzen oder ausführlicher gestalten. So können beispielsweise rechtsgeschichtlich und rechtsvergleichend interessierte Verfasser zu diesen – im Übrigen für fast jede Aufgabe wichtigen – Themen mehr zusammengetragen haben als es das Thema erfordert. Hier von muss man sich dann ebenso trennen wie von einer zu ausführlichen Darstellung des Falles bei Urteilsbesprechungen.

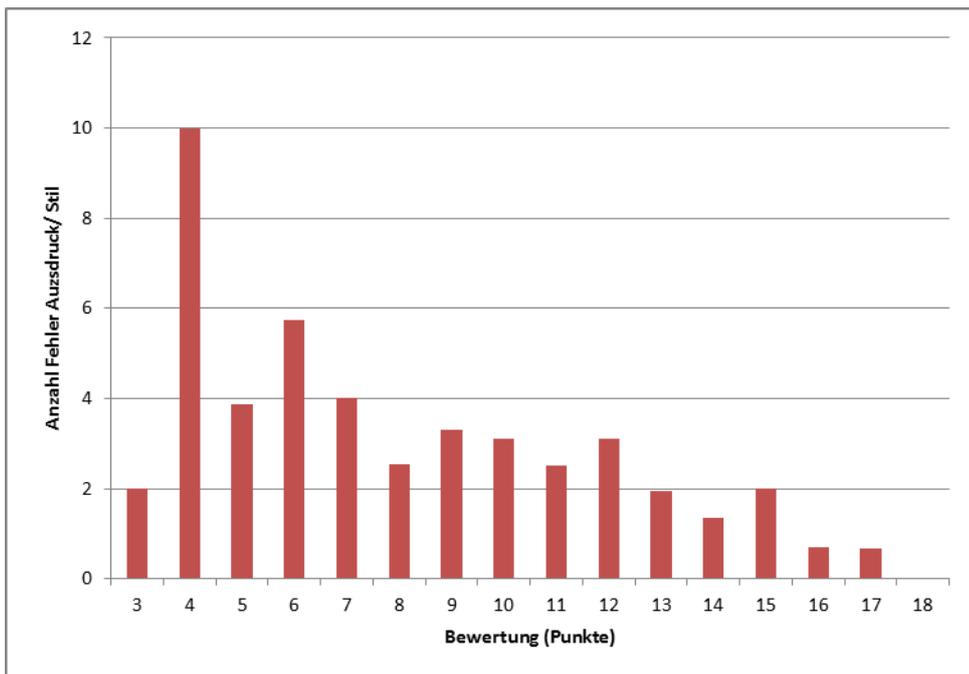
Tabelle

Bewertung	Zahl	Beispiele (Zitate)	Durchschnittliche Bewertung
Keine Anmerkung	200		10,70 Punkte
erhebliche Kritik	49	„Ferner finden sich zahlreiche Fehler in Orthographie, Interpunktion und Grammatik bzw. Syntax, durch welche die Lesbarkeit der Arbeit nicht unerheblich beeinträchtigt wird.“ / „Deutliche Mängel in sprachlicher und handwerklicher Hinsicht.“	6,86 Punkte
Kritik	47	„Hinzu kommen Mängel auf der Darstellungsebene.“ / „Im Falle größerer Sorgfalt bei Sprache und Formalia wäre noch eine höhere Bewertung in Betracht gekommen.“	9,51 Punkte
Lob	77	„In formaler Hinsicht ist alles in Ordnung.“ / „Sprachlich ist die Arbeit bis auf wenige Unebenheiten (siehe Randbemerkungen) ansprechend gelungen.“	11,42 Punkte
besonderes Lob	28	„Auch sprachlich und formal vollauf gelungen.“ / „Deshalb verdient die auch sprachlich und formal makellose Untersuchung das höchste Prädikat.“	13,50 Punkte

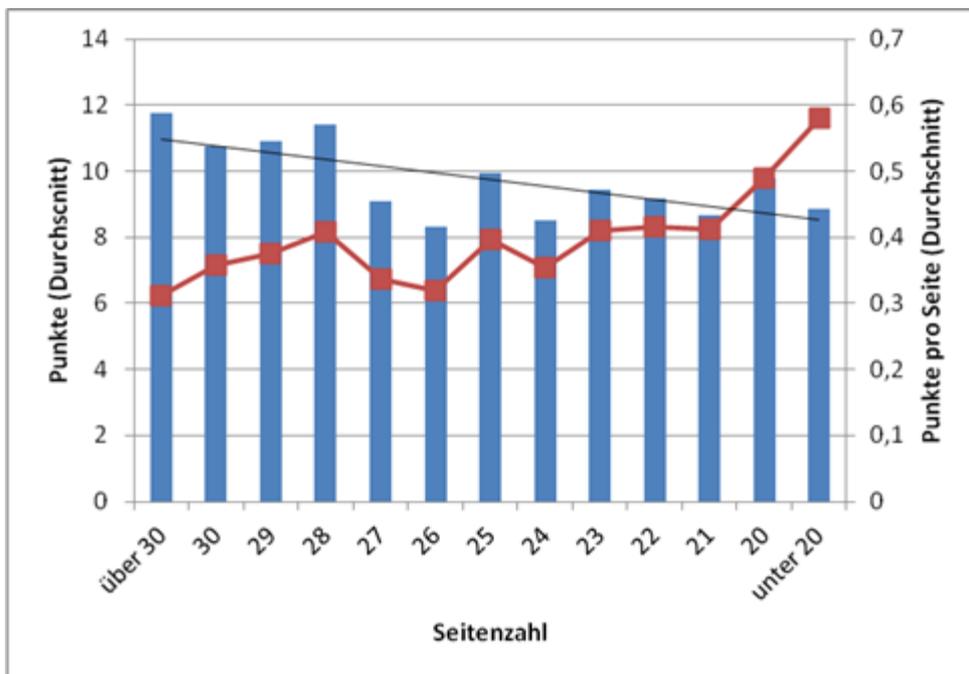
Graphik 1



Graphik 2



Graphik 3



Das neue BGB-Reiserecht

Von Akad. Rat a.Z. Dr. **Jannik Otto**, Düsseldorf*

Das Reisevertragsrecht wird zum 1.7.2018 geändert. Dieser Beitrag will in die wesentlichen klausurrelevanten Neuerungen einführen und dabei erste Auslegungsfragen näher untersuchen. Dabei werden auch die Grundzüge des Reiserechts wiederholt.

I. Einleitung

Am 1.7.2018 treten neue reiserechtliche Vorschriften in Kraft.¹ Dieser Beitrag möchte für die (Examens-)Klausurvorbereitung die maßgeblichen Änderungen vorstellen und dabei zugleich an einige Eckpfeiler des Reisevertragsrechts erinnern. Dabei liegt der Fokus auf der Qualifizierung des Vertragstypus und dem Gewährleistungsrecht.²

Das Dritte Gesetz zur Änderung reiserechtlicher Vorschriften ist zur Umsetzung der EU-Pauschalreiserrichtlinie³ notwendig geworden. Die Richtlinie zielt unter anderem darauf ab, ein einheitliches Verbraucherschutzniveau zu etablieren und das Reisevertragsrecht unionsweit an die Verbrauchergewohnheiten, den Urlaub vermehrt im Internet zu buchen, anzupassen. Das die Richtlinie umsetzende⁴ Änderungsgesetz will den bereits bestehenden⁵ Verbraucherschutz, soweit erforderlich, anpassen und auch auf diese Verträge, mit denen der Reisende nicht bloß eine vorab zusammengestellte Pauschalreise bucht, sondern sich seine Reise sukzessive selbst zusammenstellt, erstrecken. Der Verbraucherschutz besteht vor allem in umfangreichen Informationspflichten des Unternehmers, einem Insolvenzschutz sowie einem gegenüber einer Aufspaltung der Mängelrechte gegen die einzelnen Leistungserbringer vor Ort einheitlichen Gewährleistungsrecht gegen denselben Reiseveranstalter.

Das Änderungsgesetz teilt dazu unter anderem das Reiserecht des BGB in drei Vertragstypen auf, passt die Systematik der Gewährleistungsrechte sowie den Mangelbegriff an die Konzeption im Kauf- und Werkvertragsrecht an und lässt die einmonatige Ausschlussfrist für Minderungsrechte und Schadensersatzansprüche ersatzlos entfallen. Hinzu treten Änderungen in Begleitgesetzen wie dem EGBGB. Insbesondere die Erweiterung des Reisevertragsrechts auf die neuarti-

gen digitalen Vertriebsmodelle sowie der Ansatz des Richtliniengebers, Verbraucherschutz maßgeblich über (vorvertragliche) Informationspflichten herbeizuführen, führt dabei zu einer steigenden Komplexität der §§ 651a ff. BGB. Dies führt zu einem Anwachsen bis § 651y BGB n.F.

II. Pauschalreisevertrag

Die Überschrift des Untertitels 4 wird in „Pauschalreisevertrag, Reisevermittlung und Vermittlung verbundener Reiseleistung“ umbenannt und nennt damit bereits die drei Konstellationen mit denen sich das neue Reiserecht befasst.

1. Pauschalreise, § 651a BGB n.F.

Für den bislang schlicht als „Reisevertrag“ bezeichneten Pauschalreisevertrag stellt das Änderungsgesetz nunmehr ausdrücklich klar, worum es auch zuvor ging: nicht um sämtliche Reisen, sondern um Pauschalreisen. Hier sah und sieht der Gesetzgeber weiterhin das höchste Schutzbedürfnis des Verbrauchers. Der Pauschalreisevertrag tritt mithin an die Stelle des bisherigen Reisevertrags.

a) Voraussetzungen

Eine Pauschalreise ist im Grundsatz „eine Gesamtheit von mindestens zwei verschiedenen Arten von Reiseleistungen für den Zweck derselben Reise“, § 651a Abs. 2 S. 1 BGB n.F. Die Buchung von zwei verbundenen Flügen wird damit erst dann zu einer Pauschalreise, wenn etwa eine Übernachtung für dieselbe Reise hinzugebucht wird. Dabei geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Reiseleistungen vom Unternehmer als Bündel zusammengestellt wurden. Eine Pauschalreise liegt allerdings entsprechend der bisherigen Rechtsprechung⁶ auch vor, wenn der Reisende die Zusammenstellung übernimmt oder Vorgaben hierzu macht, § 651a Abs. 2 S. 2 BGB n.F., was das dynamische Bündeln der Reiseleistungen unmittelbar vor Vertragsschluss (sog. dynamic packaging) einschließt⁷. Über die bislang geltende Rechtslage hinaus darf die Auswahl der Reiseleistungen auch noch nachträglich erfolgen (§ 651a Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB n.F.), was vor allem sog. Reise-Geschenkböden miteinschließt.⁸

Die Reiseleistungen als „Bausteine“ einer Pauschalreise werden nun in § 651a Abs. 3 S. 1 BGB n.F. erstmalig gesetzlich definiert. Sie sind Beförderungsleistungen (Nr. 1), Beherbergung (Nr. 2), Vermietung von Kraftfahrzeugen und -rädern (Nr. 3) sowie jede touristische Leistung, die nicht Reiseleistung im Sinne der vorgenannten Nummern ist (Nr. 4). Nicht als Reiseleistungen gelten gem. § 651a Abs. 3 S. 2 BGB n.F. Reiseleistungen, die wesensmäßig Bestandteil

* Der Verf. Dr. Jannik Otto ist Akad. Rat a.Z. am Institut für Kartellrecht der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

¹ Drittes Gesetz zur Änderung reiserechtlicher Vorschriften vom 17.7.2017, BGBl. I 2017, S. 2394.

² Ein Gesamtüberblick findet sich etwa bei *Führich*, NJW 2017, 2945 ff.; *Staudinger/Ruks*, RRA 2018, 2 ff.; *Tonner*, MDR 2018, 305 ff.

³ RL 2015/2302/EU vom 25.11.2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der RL 2011/83/EU sowie zur Aufhebung der RL 90/314/EWG, ABl. EU 2015 Nr. L 326, S. 1.

⁴ In Abkehr von der Vorgängerrichtlinie hat sich der EU-Gesetzgeber für das Modell einer grundsätzlichen Vollharmonisierung entschieden, Art. 4 RL 2015/2302/EU.

⁵ Das bislang geltende Reiserecht setzte bereits die nunmehr abgelöste RL 90/314/EWG um.

⁶ EuGH, Urt. v. 30.4.2002 – Rs. C-400/00 (Club-Tour); BGH NJW 2015, 1444 (1445 f. Rn. 9 ff.).

⁷ Regierungsbegründung zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung reiserechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 18/10822, S. 66.

⁸ BT-Drs. 18/10822, S. 66; vgl. auch Erwägungsgrund 11 RL 2015/2302/EU.

einer anderen Reiseleistung sind. Klassische Fälle sind die Gepäckbeförderung im Zug oder der Zugang zum hoteleigenen Fitnessbereich bei einer Übernachtung.⁹ Ebenfalls keine Reiseleistung sind Reiseversicherungen.¹⁰

Der letztgenannte Tatbestand der touristischen Leistung (§ 651a Abs. 3 S. 1 Nr. 4 BGB n.F.) mutet für die Definition der Pauschalreise in § 651a Abs. 2 BGB n.F. etwas merkwürdig an. Die zweiklassige Aufzählung der Reiseleistungen und die damit verbundene „Minderwertigkeit“ des Merkmals der touristischen Leistungen erfährt ihren Sinngehalt erst durch die Negativdefinition des § 651a Abs. 4 BGB n.F. Unter weiteren Voraussetzungen an die touristische Leistung oder touristischen Leistungen liegt nämlich keine Pauschalreise vor, wenn lediglich eine weitere Reiseleistung nach § 651a Abs. 3 S. 1 Nr. 1–3 BGB n.F. Teil der Pauschalreise ist. § 651a Abs. 4 Nr. 1 BGB n.F. stellt dabei darauf ab, ob die touristischen Leistungen als wesentlicher Baustein der Reise und (kumulativ) mehr als 25 Prozent des Reisepreises (§ 651a Abs. 4 S. 2 BGB n.F.) ausmachen. Der Richtlinien-gesetzgeber hatte bei den touristischen Leistungen nach § 651a Abs. 3 S. 1 Nr. 4 BGB n.F. weniger die geführte Großwildsafaris als Eintrittskarten für Konzerte oder auch Wellnessbehandlungen vor Augen,¹¹ für deren Hinzutreten zu einer der übrigen Reiseleistungen er den hohen Schutzstandard einer Pauschalreise bzw. spiegelbildlich die damit verbundenen Pflichten des Unternehmers noch nicht als gerechtfertigt ansah. § 651a Abs. 4 Nr. 2 BGB n.F. will hingegen verhindern, dass erst nachträglich, unter Umständen erst „vor Ort“, der Vertrag zu einem Pauschalreisevertrag wird, auf den die besonderen Schutzvorschriften auch schon vor Vertragsschluss hätten Anwendung finden müssen.¹²

Schließlich nimmt § 651a Abs. 5 BGB n.F. bestimmte Reisen vom Anwendungsbereich der §§ 651a ff. BGB n.F. aus. Beispielfhaft genannt seien nur Tagesreisen, deren Reisepreis 500 Euro nicht übersteigt (§ 651a Abs. 5 Nr. 2 BGB n.F.).¹³ Für solche vom Reiserecht ausgeschlossenen Verträge gilt das allgemeine Zivilrecht.¹⁴

b) Analoge Anwendung auf Einzelleistungen?

Ausweislich der Regierungsbegründung¹⁵ hat der Gesetzgeber die Rechtsprechung des BGH zur analogen Anwendung des Reisevertragsrechts auf veranstaltermäßig vertriebene Einzelleistungen¹⁶ bewusst nicht ins Gesetz aufgenommen, obwohl es unter der Richtlinie¹⁷ möglich gewesen wäre. Ob

hierin bereits eine abschließende gesetzgeberische Entscheidung gesehen werden kann, die zur Planmäßigkeit einer Lücke führt und einer Analogie entgegensteht, erscheint fraglich.¹⁸ Vermeint man eine Analogie, wird man das Vertragsrecht der jeweiligen Einzelleistung anzuwenden haben.¹⁹

2. Reiseveranstalter

Die Parteien des Pauschalreisevertrags sind Reiseveranstalter und Reisender. Reiseveranstalter ist nach § 651a Abs. 1 S. 1 BGB n.F. der Unternehmer (§ 14 BGB), der sich verpflichtet, eine Pauschalreise zu verschaffen. Aus der Wortwahl „zu verschaffen“ folgt, dass der Unternehmer die Leistungen wie bislang auch²⁰ in eigener Verantwortung zu erbringen verspricht.²¹ Durch den weiten Begriff der Pauschalreise sind auch andere Unternehmer als die klassischen Reiseveranstalter wie Thomas Cook oder TUI, etwa ein einzelner Hotelbetrieb oder ein Busunternehmen, mitunter auch ein Reisebüro,²² Reiseveranstalter.

a) Abgrenzung zum Reisevermittler, § 651b BGB n.F.

Über das Tatbestandsmerkmal der Leistungserbringung in eigener Verantwortung grenzt sich der Reiseveranstalter vom bloßen Vermittler von Pauschalreisen ab, den das Gesetz in § 651v BGB n.F. als Reisevermittler definiert. Dieser vermittelt dem Reisenden lediglich Verträge mit den Leistungserbringern²³, welche alle oder einzelne Reiseleistungen ausführen sollen. Auf den Reisevermittler ist mit Ausnahme des § 651v BGB n.F. kein Reisevertragsrecht anwendbar.²⁴

Um Umgehungen des Schutzniveaus für Pauschalreiseverträge zu verhindern, enthält auch²⁵ das neue Reiserecht mit § 651b BGB n.F. eine Vorschrift, die es dem Unternehmer verbietet, sich vorschnell auf eine bloße Vertragsvermittlung zurückzuziehen. Hierfür gibt das neue Recht dem Rechtsanwender genauere gesetzliche Beurteilungskriterien an die Hand im Vergleich zu § 651a Abs. 2 BGB a.F. Grundvoraussetzung, den vermeintlichen Vermittler als Reiseveranstalter zu behandeln, ist, dass dem Reisenden mindestens zwei verschiedene Arten von Reiseleistungen für den Zweck derselben Reise erbracht werden sollen. Die Vermittlung einer weiteren Reiseleistung zu einer Pauschalreise genügt

⁹ BT-Drs. 18/10822, S. 67; Erwägungsgrund 17 RL 2015/2302/EU.

¹⁰ BT-Drs. 18/10822, S. 67; Erwägungsgrund 17 RL 2015/2302/EU.

¹¹ Erwägungsgrund 18 RL 2015/2302/EU.

¹² BT-Drs. 18/10822, S. 67 f.

¹³ Zum Gesetzgebungsverfahren hierzu siehe *Tonner*, MDR 2018, 305 (307).

¹⁴ *Staudinger/Ruks*, RRa 2018, 2 (5).

¹⁵ BT-Drs. 18/10822, S. 66.

¹⁶ BGH NJW 1985, 906; BGH NJW 1992, 3158; BGH NJW 1995, 2629.

¹⁷ Siehe Erwägungsgrund 21 RL 2015/2302/EU.

¹⁸ Eine Analogie ausschließend *Führich*, NJW 2017, 2945 (2946); *Staudinger/Ruks*, RRa 2018, 2 (4); *Tonner*, MDR 2018, 305 (307), in Einzelfällen für möglich haltend *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 13. Aufl. 2018, Rn. 718.

¹⁹ *Staudinger/Ruks*, RRa 2018, 2 (4); pauschal für Werkvertragsrecht *Tonner*, MDR 2018, 305 (307).

²⁰ Siehe nur BGH NJW 2011, 599 Rn. 9; *Looschelders* (Fn. 18), Rn. 720; *Schmid*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 651a Rn. 16.

²¹ BT-Drs. 18/10822, S. 65; *Führich*, NJW 2017, 2945 (2946); *Staudinger/Ruks*, RRa 2018, 2 (5 f.).

²² Hierzu etwa *Looschelders* (Fn. 18), Rn. 721 f.

²³ Diese Legaldefinition tritt damit an die Stelle des „Leistungsträgers“ aus § 651a Abs. 2 BGB a.F.

²⁴ Zum Vermittlungsvertrag noch unten III.

²⁵ Vgl. § 651a Abs. 2 BGB a.F.

dazu nicht.²⁶ Hinzutreten muss ein Moment, das diese Reiseleistungen zu einem Ganzen verklammert. Dies kann der zeitlich und räumlich²⁷ einheitliche Buchungsvorgang²⁸ (§ 651b Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F.), ein Gesamtpreis (Nr. 2) oder die Bewerbung etwa als „Pauschalreise“ oder „All-inclusive“²⁹ (Nr. 3) sein. Liegen diese Voraussetzungen vor, ist der vermeintliche Vermittler Reiseveranstalter, § 651b Abs. 1 S. 3 BGB n.F.

b) Ausweitung auf verbundene Online-Buchungsverfahren, § 651c BGB n.F.

Neu eingefügt wurde mit § 651c BGB n.F. eine Regelung zum sog. verbundenen Online-Buchungsverfahren. Der soeben beschriebene Gedanke der Verbindung verschiedener Reiseleistungen unter einem Dach rechtfertigt auch hier die Gleichbehandlung der Buchung von Reiseleistungen über bestimmte Internetportale im verbundenen Online-Buchungsverfahren mit der Buchung von Pauschalreisen. Im verbundenen Online-Buchungsverfahren beginnt der Verbraucher den Buchungsvorgang auf den Seiten des ersten Unternehmers und wird von dort auf die Buchungsseiten anderer Unternehmer geleitet und stellt sich so seine Gesamtreise zusammen (sog. Click-Through-Buchungen). Diese Weiterleitung vom ersten an den zweiten Unternehmer zum Zwecke der Buchung weiterer Reiseleistungen für dieselbe Reise, wird in § 651c Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. abgebildet. Eine zeitlich enge Verbindung sichert § 651c Abs. 1 Nr. 3 BGB n.F. § 651c Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. schließlich gewährleistet, dass die beteiligten Unternehmer in einer engen Geschäftsbeziehung stehen, um ihre Leistungen wertungsmäßig einer Pauschalreise gleichstellen zu können.³⁰ Anders als bei § 651b Abs. 1 S. 2 BGB n.F. sind diese drei Kriterien, die eine hinreichende Verbindung der Reiseleistungen sicherstellen, bei § 651c Abs. 1 BGB n.F. kumulativ zu erfüllen.

Die geschlossenen Verträge werden nach § 651c Abs. 2 BGB n.F. einheitlich als Pauschalreisevertrag im Sinne des § 651a Abs. 1 BGB n.F. angesehen, sofern die Ausnahmenvorschriften der § 651a Abs. 4 und § 651b Abs. 1 S. 2 BGB n.F. nicht greifen. Dabei handelt es sich um eine Fiktion,³² da der Reisende mit jedem Unternehmer jeweils einen eigenen Vertrag

schließt. Gesetzeswortlaut wie Richtlinie nennen den Vertragspartner des Reisenden für diesen fingierten Pauschalreisevertrag indes nicht. Zunächst wird man den betreffenden Unternehmer, den § 651c Abs. 1 BGB n.F. als Reiseveranstalter ansieht, auch als Vertragspartner des fingierten Pauschalreisevertrags anzusehen haben. Unklar ist dabei allerdings, ob nur der erste Unternehmer, bei dem der Reisende seinen Buchungsvorgang begonnen hat, als Reiseveranstalter und mithin als Vertragspartner dieses fingierten Pauschalreisevertrags anzusehen ist, oder ob jedes spätere Glied einer denkbaren Unternehmernetz, für das die Voraussetzungen des § 651c Abs. 1 BGB n.F. vorliegen, als Vertragspartner eines jeweils separaten Pauschalreisevertrags anzunehmen ist.

Letzteres wird man zu verneinen haben.³³ Art. 250 § 8 EGBGB, der Mitteilungspflichten späterer Unternehmer an „den als Reiseveranstalter anzusehenden Unternehmer“ regelt, bringt zwar keine Aufklärung. Jedoch machen gerade § 651c Abs. 1 Nrn. 1 und 2 BGB n.F. deutlich, dass es vor allem auf die Weiterleitung und damit den Anstoß zu einem einheitlichen Buchungsvorgang ankommt, um einen Vermittler von Reiseleistungen oder einen Leistungserbringer als Reiseveranstalter anzunehmen, der auch für die nachfolgend gebuchten Reiseleistungen einzustehen hat. Diesem Gedanken ist es fremd, nachfolgende Unternehmer für die Leistungen der ihnen vorgehenden Unternehmer einstehen zu lassen. Dies aber wäre erforderlich für die von § 651c Abs. 2 BGB n.F. angestrebte Zusammenfassung aller Leistungen als Pauschalreise. Zudem ist auch der Ausgangsunternehmer der vom Reisenden bewusst ausgewählte Vertragspartner. Mit nachfolgenden Unternehmern agiert er unter Umständen nur deshalb, weil der für ihn vertrauenswürdige erste Unternehmer ihn dorthin verweist und dieser mit dem nachfolgenden Unternehmer kooperiert, wie § 651c Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. absichert. Schließlich scheint auch die Richtlinie auf den Unternehmer abzustellen, „mit dem der erste Vertrag geschlossen wurde“.³⁴ Nach Art. 3 Nr. 2 lit. b Ziff. v RL 2015/2302/EU liegt nämlich nur dann eine Pauschalreise vor, wenn dieser erste Unternehmer Daten des Reisenden an einen oder mehrere Unternehmer übermittelt. Im Umkehrschluss läge streng genommen keine Pauschalreise vor, wenn erst der Unternehmer, mit dem als zweites ein Vertrag geschlossen wurde, diese Daten weitergibt.

Ungeklärt ist ferner das Schicksal der Einzelverträge mit den übrigen Unternehmern.³⁵ Um sich dieser Frage zu nähern, sollte sich zunächst die Dreieckskonstellation beim Abschluss eines tatsächlichen Pauschalreisevertrags vor Au-

²⁶ *Tonner*, MDR 2018, 305 (310).

²⁷ Zum Begriff der Vertriebsstelle siehe § 651b Abs. 2 BGB n.F. Erfasst sind sowohl der stationäre Vertrieb (Nr. 1), Webseiten und Online-Plattformen (Nr. 2) als auch Telefondienste (Nr. 3).

²⁸ Der Buchungsvorgang beginnt nach § 651b Abs. 1 S. 4 BGB n.F. erst nach einem möglichen Beratungsgespräch, das allein der Ermittlung des Reisewunsches und der Beratung dient.

²⁹ Erwägungsgrund 10 RL 2015/2302/EU.

³⁰ BT-Drs. 18/10822, S. 70.

³¹ § 561c Abs. 3 BGB n.F. modifiziert dabei für verbundene Online-Buchungsverfahren § 651a Abs. 5 Nr. 2 BGB n.F. dahingehend, dass es auf die Höhe des Reisepreises nicht ankommt. Zu den Beweggründen vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 18/12600, S. 14.

³² BT-Drs. 18/10822, S. 70.

³³ Im Ergebnis ebenso *Führich*, NJW 2017, 2945 (2947); *Staudinger/Ruks*, RRA 2018, 2 (3); wohl auch BT-Drs. 18/10822, S. 70.

³⁴ Allerdings benennt die EU-Pauschalreiserichtlinie gem. Art. 3 Nr. 8 RL 2015/2302/EU wertungsfrei auch den Unternehmer, „der die Daten des Reisenden im [verbundenen Online-Buchungsverfahren] an einen anderen Unternehmer übermittelt“ als Reiseveranstalter.

³⁵ Diese und die nachfolgenden Fragen werfen auch *Staudinger/Ruks*, RRA 2018, 2 (4) auf, geben aber keine Antwort.

gen geführt werden. Reisenden und Reiseveranstalter verbindet hier ein Pauschalreisevertrag im Sinne des § 651a Abs. 1 BGB n.F. Zwischen dem Reisenden und den Leistungserbringern besteht in diesen Fällen indes keine Vertragsbeziehung. Sie werden nach überwiegender Auffassung³⁶ aus einem Werk-, Dienst-, Miet- oder sonstigen Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) des Reiseveranstalters mit dem Leistungserbringer berechtigt. Da eine solche Vertragsbeziehung zwischen dem ersten Unternehmer (Reiseveranstalter) und den nachfolgenden Unternehmern (Leistungserbringern) unter den Voraussetzungen des § 651c Abs. 1 BGB nicht zwingend besteht, sollten aus Gründen des Reisendenschutzes dessen Verträge mit den nachfolgenden Unternehmern fortbestehen, um dem Reisenden anstelle des Anspruchs aus dem Vertrag zugunsten Dritter einen eigenen Leistungsanspruch zu gewähren. § 651c Abs. 2 BGB möchte dem Reisenden allein einen über die Einzelverträge hinausreichenden Schutz zukommen lassen. Lediglich das Haftungsregime des möglichen Einzelvertrags mit dem ersten Unternehmer (Reiseveranstalter) wird durch den fingierten Pauschalreisevertrag wie im Fall eines tatsächlichen Pauschalreisevertrags³⁷ verdrängt.

Für den Fall des Regresses des ersten Unternehmers (Reiseveranstalters) bei einem nachfolgenden Unternehmer kommt es schließlich auf ihre Vertragsbeziehung an. § 651c Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. soll wie gesehen absichern, dass eine „verdichtete Geschäftsbeziehung“ vorliegt.³⁸ Läge indes keine Vertragsbeziehung des ersten Unternehmers (Reiseveranstalters) mit den weiteren Unternehmern vor, aufgrund derer er im Gewährleistungsfall gegenüber dem Reisenden Regress fordern kann, steht der fingierte Reiseveranstalter schlechter als das Vorbild nach § 651a Abs. 1 BGB n.F. Dieser steht mit den Leistungserbringern in vertraglicher Beziehung, die einen Regress ermöglicht. Um diesen Missstand auszuschließen, könnte man zum einen den Reisenden anhalten, seine Rechte aus dem Vertrag mit den weiteren Unternehmern (Leistungserbringern) geltend zu machen. Da dies aber dem Sinn und Zweck der Fiktion des § 651c Abs. 2 BGB n.F. zuwiderläuft, wird man vielmehr die „verdichtete Geschäftsbeziehung“ als solche Beziehung auszulegen haben, dass sie den vertraglichen Regress ermöglicht. Liegt hingegen keine Vertragsbeziehung zwischen erstem Unternehmer (Reiseveranstalter) und dem nachfolgenden Unternehmer vor, auf die – ggf. auch nach Auslegung – ein Regress zu stützen ist, so ist ein Regress des ersten Unternehmers (Reiseveranstalters) beim nachfolgenden Unternehmer über die Figuren der Gesamtschuld (§ 426 BGB) sowie der Drittschadensliquidation denkbar. Der nach § 651c Abs. 2 BGB n.F. fingierte Pauschalreisevertrag müsste dann zumindest als gleichstufige Leistungspflicht oder als aus Sicht des nachfolgenden Unternehmers zufällige Schadensverlagerung angesehen werden.

³⁶ Siehe etwa BGH NJW 1985, 1457; Schmid (Fn. 20), § 651a Rn. 21; Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 77. Aufl. 2018, § 651a Rn. 10; Tonner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 651a Rn. 39 ff.

³⁷ Dazu etwa Schmid (Fn. 20), Vor. § 651c Rn. 12.

³⁸ BT-Drs. 18/10822, S. 70.

3. Reisender

Zum Begriff des Reisenden bringt das Änderungsgesetz nichts Neues. Reisender ist nach Art. 3 Nr. 6 der Richtlinie jede Person, die einen Vertrag selbst schließen möchte oder auf dessen Grundlage zu einer Reise berechtigt ist. Wie bislang³⁹ können Dritte über die Figuren der Stellvertretung, des (echten) Vertrags zugunsten Dritter oder des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte aus einem Pauschalreisevertrag berechtigt werden.⁴⁰

Nicht zuletzt ein Umkehrschluss aus § 651a Abs. 5 Nr. 3 BGB n.F., wonach nur manche Geschäftsreisen aus dem Anwendungsbereich der §§ 651a ff. BGB n.F. genommen werden, zeigt, dass der Reisende auch Unternehmer sein kann.⁴¹ Vielfach werden Geschäftsreisen in der Praxis gleichwohl nicht als Pauschalreise gebucht.⁴²

4. Insolvenzschutz des Reisenden und Informationspflichten des Reiseveranstalters

Die §§ 651r bis 651t BGB n.F. bringen keine wesentlichen Änderungen zur Insolvenzversicherung des Reisenden gegenüber § 651k BGB a.F. mit sich.⁴³

Allerdings lässt das Änderungsgesetz nun auch den verbliebenen Restgehalt der BGB-InfoV auslaufen. Die dortigen Regelungsgehalte zu Transparenz- und Informationspflichten und Anforderungen an den Sicherungsschein, der den unmittelbaren Anspruch des Reisenden gegen den Kundengeldabsicherer bestätigt (siehe § 651r Abs. 4 BGB n.F.) und nicht etwa verbrieft⁴⁴, werden im Wesentlichen in Art. 250–253 EGBGB n.F. überführt, neugefasst und erweitert⁴⁵. Auf diese Vorschriften verweisen die Informationspflichten nach § 651d BGB n.F. sowie die Regelungen über den Sicherungsschein gem. § 651r Abs. 4 BGB n.F.

Wesentliche Rechtsfolge der Informationspflichten ist, dass die nach Art. 250 § 3 Nrn. 1, 3 bis 5 und 7 EGBGB n.F. gemachten Angaben gem. § 651d Abs. 3 BGB n.F. Inhalt des Pauschalreisevertrages werden, wenn die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbaren. So gewinnen sie auch für den Begriff des Reisemangels Bedeutung.

³⁹ Vgl. dazu etwa Schmid (Fn. 20), § 651a Rn. 18; Staudinger, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2016, § 651a Rn. 80 ff.

⁴⁰ Vgl. BT-Drs. 18/10822, S. 65.

⁴¹ BT-Drs. 18/10822, S. 65; Führich, NJW 2017, 2945 (2946); Looschelders (Fn. 18), Rn. 717; Staudinger/Ruks, RRa 2018, 2 (6). Zum alten Recht siehe nur Deppenkemper, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2017, § 651a Rn. 7; Tonner (Fn. 36), § 651a Rn. 11.

⁴² Tonner, MDR 2018, 305 (306).

⁴³ Dazu Führich, NJW 2017, 2945 (2949 f.); Staudinger/Ruks, RRa 2018, 2 (7); Tonner, MDR 2018, 305 (309 f.).

⁴⁴ Tonner, MDR 2018, 305 (309 m.w.N.) zum alten Recht.

⁴⁵ Neben der inhaltlichen Ausweitung der Informationspflichten wird eine zentrale Kontaktstelle eingerichtet, die Informationen zur Insolvenzversicherung verwaltet, Art. 253 EGBGB n.F.

5. *Vertragsänderungen*

Das Änderungsgesetz bringt in den §§ 651f, 651g BGB n.F. Neuerungen im Detail bezüglich der Änderung von Reisepreis und anderer Vertragsbedingungen, die in der Klausursituation trotz ihrer Komplexität durch sorgfältige Arbeit am Gesetz in den Griff zu bekommen sind.⁴⁶

Demgegenüber übernimmt im Wesentlichen die Vertragsübertragung gem. § 651e BGB n.F., wonach vor Reisebeginn ein Dritter in die Rechte und Pflichten aus dem Pauschalreisevertrag eintritt, die Vorgängerregelungen des § 651b BGB a.F.

Ebenfalls ohne wesentliche Änderungen wurden die Rücktrittsregelungen⁴⁷ des Reisenden vor Reisebeginn (Stornierung) und die Regelungen über eine dadurch ausgelöste angemessene Entschädigung des Reiseveranstalters in § 651h Abs. 1, 2 BGB n.F. übernommen. Weiterhin kann der Reisende jederzeit und ohne Angabe von Gründen vom Vertrag zurücktreten, § 651h Abs. 1 S. 1 BGB. Lediglich eine Regelung über den Entfall des Entschädigungsanspruchs für den Fall unvermeidbarer, außergewöhnlicher Umstände wurde ergänzt, § 651h Abs. 3 BGB n.F.

Der Reiseveranstalter kann vor Reisebeginn gem. § 651h Abs. 4 BGB n.F. vom Vertrag hingegen nur zurücktreten, wenn die vertraglich festgelegte Mindestteilnehmerzahl nicht erreicht wird (Nr. 1) oder wenn unvermeidbare, außergewöhnliche Umstände ihn an der Vertragserfüllung hindern (Nr. 2). Das Kündigungsrecht wegen höherer Gewalt nach § 651j BGB a.F. entfällt stattdessen.⁴⁸

6. *Gewährleistungsrechte des Reisenden*

Mit der Änderung passt der Gesetzgeber den Mangelbegriff auch im Reisevertragsrecht an den (seit der Schuldrechtsreform neuen) Mangelbegriff der §§ 434, 633 BGB an.⁴⁹ Die herkömmliche Unterscheidung zwischen dem Fehlen einer

zugesicherten Eigenschaft und einem Fehler, der den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Nutzen aufhebt oder mindert, wie sie sich prinzipiell noch im Mietrecht findet, wird damit aufgehoben. Zudem findet sich vergleichbar den §§ 437 und 634 BGB in § 651i Abs. 3 BGB n.F. die Zentralnorm der reiserechtlichen Gewährleistungsmängel. Dort sind die einzelnen Rechte aufgelistet, die durch Verweis auf die nachfolgenden Vorschriften weiter ausgefüllt werden. Inhaltlich bleiben die Gewährleistungsrechte weitgehend unverändert. Das neue Reiserecht hält somit auch weiterhin trotz der Neuformulierung nach dem Modell der §§ 433, 437 und 633, 634 BGB an der bislang etablierten sog. Einheitslösung⁵⁰ fest.⁵¹ Danach kommt den reiserechtlichen Vorschriften bereits ab Vertragsschluss der Vorrang vor dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht der §§ 275 ff. BGB zu. Deliktische Schadensersatzansprüche können wie bisher⁵² allerdings neben die reiserechtlichen Gewährleistungsansprüche treten. Für Schadensersatzansprüche nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB verbleibt hingegen wegen des weiten Begriffs des Reisemangels, der auch die Verletzung von für andere Vertragstypen klassischen Nebenpflichten umfasst, nur sehr wenig Raum.⁵³

a) *Reisemangel, § 651i Abs. 2 BGB n.F.*

Ein Reisemangel ist nunmehr in den Ergebnissen inhaltsgleich mit der alten Unterscheidung in zugesicherte Eigenschaft und Fehler nach dem aus dem Kauf- und Werkvertragsrecht bekannten Dreischritt zu ermitteln. Zunächst kommt es auf die vereinbarte Beschaffenheit an, dann auf die Eignung für den vertraglich vorausgesetzten Nutzen und schließlich auf die Eignung für den gewöhnlichen Nutzen und der üblichen und zu erwartenden Beschaffenheit, § 651i Abs. 2 BGB n.F. Weiterhin sind der Grund des Reisemangels sowie ein etwaiges Verschulden des Reiseveranstalters für den Begriff des Reisemangels ohne Belang.

b) *Gewährleistungsrechte, § 651i Abs. 3 BGB n.F.*

Die einzelnen Gewährleistungsrechte sind in § 651i Abs. 3 BGB n.F. nach dem Vorbild der §§ 437, 634 BGB aufgelistet. Anders als dort verweist § 651i Abs. 3 BGB allerdings mit Ausnahme des § 284 BGB nicht auf das allgemeine Leistungsstörungsrecht. Vielmehr werden die einzelnen reiserechtlichen Gewährleistungsrechte in den nachfolgenden Vorschriften spezialgesetzlich geregelt.

⁴⁶ Eingehend *Tonner*, MDR 2018, 305 (307 f.).

⁴⁷ Obwohl das reiserechtliche Gewährleistungsrecht nun dem kauf- und werkvertraglichen Modell angepasst wurde (siehe sogleich 6.), verbleibt die Terminologie des Rücktritts vor Reisebeginn irreführend. Zum einen kommt hier das sog. Einheitsmodell zum Ausdruck, nach dem dem Reiserecht ab Vertragsschluss der Vorrang vor dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht zukommt. Die Rückabwicklung richtet sich nämlich nach § 651h Abs. 2, 3 BGB n.F., nicht nach §§ 346 f. BGB. Zum anderen handelt es sich nicht um ein Gewährleistungsrecht, wie es nach § 437 Nr. 2 und § 634 Nr. 3 BGB der Fall ist. Vgl. auch § 648 BGB (Kündigung).

⁴⁸ Der Begriff der unvermeidbaren, außergewöhnlichen Umstände tritt bloß funktionell an die Stelle des Begriffs der höheren Gewalt und ist mit diesem nicht deckungsgleich (vgl. *Staudinger/Ruks*, RRA 2018, 2 [8]). Dies bedeutet eine Anpassung an die Fluggastrechte-VO (*Staudinger/Ruks*, RRA 2018, 2 [8]); *Tonner*, MDR 2018, 305 [308]; vgl. auch Erwägungsgrund 43 RL 2015/2302/EU).

⁴⁹ Dies verwundert insoweit nicht, als dass auch der kaufrechtliche Mangelbegriff auf Art. 2 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zurückgeht (vgl. *Tonner*, MDR 2018, 305 [308]).

⁵⁰ Dazu BGH NJW 1986, 1748; *Führich*, Reiserecht, 7. Aufl. 2015, § 7 Rn. 16; *Looschelders* (Fn. 18) Rn. 762 f.; *Sprau* (Fn. 36), Vor. §§ 651c ff. Rn. 9.

⁵¹ BT-Drs. 18/10822, S. 77 f.

⁵² Siehe nur *Looschelders* (Fn. 18), Rn. 754; *Sprau* (Fn. 36), Vor. §§ 651c ff. Rn. 11; *Tonner* (Fn. 36), § 651f Rn. 10.

⁵³ Siehe dazu (zum alten Recht) *Sprau* (Fn. 36), Vor. §§ 651c ff. Rn. 9; *Tonner* (Fn. 36), § 651f Rn. 4 ff., § 651a Rn. 78.

aa) Recht auf Abhilfe, § 651k BGB n.F.

Auch weiterhin kann der Reisende vom Reiseveranstalter Abhilfe verlangen, § 651i Abs. 3 Nr. 1 in Verbindung mit § 651k BGB n.F. Funktionell läuft die Abhilfe parallel zum kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch.⁵⁴ Das neue Reiserecht gibt dem Reiseveranstalter unter Verdrängung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts ein Leistungsverweigerungsrecht bei Unmöglichkeit (§ 651k Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB n.F.) und Unverhältnismäßigkeit (§ 651k Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB n.F.).

Wird die Abhilfe nach § 651k Abs. 1 S. 2 BGB n.F. verweigert, so hat der Reiseveranstalter dem Reisenden erstmals gem. § 651i Abs. 3 Nr. 3 in Verbindung mit § 651k Abs. 3 BGB n.F. Abhilfe durch Ersatzleistungen anzubieten. Bleiben diese hinter dem vertraglich Versprochenen zurück, hält § 651k Abs. 3 BGB n.F. Regelungen zur nun erforderlichen Anpassung der Vertragsäquivalenz bereit. Sind sie hingegen nicht mit dem geschuldeten Vertragsinhalt vergleichbar, kann der Reisende sie ablehnen (§ 651k Abs. 3 S. 4 BGB n.F.) und das Vertragsverhältnis richtet sich gem. § 651k Abs. 3 S. 5 BGB n.F. nach den beiderseitigen Pflichten nach einer (hypothetischen) Kündigung gem. § 651l Abs. 2, 3 BGB n.F.

Hinzu tritt eine Regelung zur in Ausnahmesituationen⁵⁵ notwendig gewordenen ersatzweisen Unterbringung des Reisenden, wenn die vertraglich geschuldete Rückbeförderung des Reisenden nicht möglich ist. Hierfür kann der Reisende nach § 651i Abs. 3 Nr. 4 in Verbindung mit § 651k Abs. 4, 5 BGB n.F. nunmehr ebenfalls Kostenersatz verlangen. Wegen dieser vorgenannten Regelungen konnte ein Kündigungsrecht wegen höherer Gewalt nach § 651j BGB a.F. nicht aufrechterhalten bleiben.⁵⁶ Anderenfalls hätte der Reiseveranstalter sich durch Kündigung diesen Pflichten entziehen können. Vor Reisebeginn gibt § 651h Abs. 4 Nr. 2 BGB n.F. dem Reiseveranstalter allerdings wie gesehen ein Rücktrittsrecht wegen unvermeidbarer, außergewöhnlicher Umstände, die ihn an der Vertragserfüllung hindern.

Nach einer angemessenen Fristsetzung kann der Reisende auch wie bisher selbst Abhilfe schaffen und Aufwendungsersatz verlangen, § 651i Abs. 3 Nr. 2 in Verbindung mit § 651k Abs. 2 BGB n.F.

bb) Kündigung des Reisenden, § 651l BGB n.F.

Wie nach altem Recht setzt die mangelbedingte Kündigung⁵⁷ des Reisenden nach § 651i Abs. 3 Nr. 5 in Verbindung mit

§ 651l BGB n.F. eine erhebliche Beeinträchtigung der Pauschalreise und ein grundsätzliches Fristsetzungserfordernis voraus. Es folgen in § 651l Abs. 2, 3 BGB n.F. wie bislang Rechte und Pflichten der Parteien nach der Kündigung.

cc) Minderung des Reisepreises, § 651m BGB n.F.

Die Minderung nach § 651i Abs. 3 Nr. 6 in Verbindung mit § 651m Abs. 1 BGB n.F. kommt nunmehr ohne Verweis auf das Werkvertragsrecht aus, indem die Bestimmung der Minderungshöhe in § 651m Abs. 1 BGB n.F. selbst geregelt wird. Unverändert mindert sich der Reisepreis während der Dauer des Reisemangels kraft Gesetzes. § 651m Abs. 2 BGB n.F. regelt ferner unter Verweis auf §§ 346 Abs. 1, 347 Abs. 1 BGB den Rückforderungsanspruch wegen zu viel gezahlten Reisepreises.

dd) Schadens- oder Aufwendungsersatz, § 651n BGB n.F. und § 284 BGB

Nach § 651i Abs. 3 Nr. 7 in Verbindung mit § 651n BGB n.F. hat der Reisende auch weiterhin einen verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch. Auch an der Beweislastumkehr wird festgehalten.⁵⁸ Allerdings präzisiert § 651n Abs. 1 Nr. 1–3 BGB n.F. nun, wann der Reiseveranstalter den Mangel nicht zu vertreten hat. Dies ist der Fall, wenn der Reisende ihn zu vertreten hat (Nr. 1), ein Dritter, der nicht an der Erbringung der Reiseleistungen beteiligt ist, ihn verschuldet hat, was für den Reiseveranstalter nicht vorhersehbar oder nicht vermeidbar war (Nr. 2) oder der Reisemangel durch unvermeidbare, außergewöhnliche Umstände verursacht wurde (Nr. 3). Auch nach neuem Recht umfasst der Schadensersatz umfänglich Mangel- und Mangelfolgeschäden. Immaterielle Schäden sind unverändert nach § 651n Abs. 2 BGB n.F. ersatzfähig. Mit dem Wegfall des systemwidrigen Zusatzes des Schadensersatzes „wegen Nichterfüllung“ ist keine inhaltliche Änderung verbunden.⁵⁹

Neu ist die explizite Gleichstellung des Schadensersatzanspruchs mit einem Anspruch auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach § 651i Abs. 3 Nr. 7 BGB n.F. Damit kommt der Gesetzgeber nach dem Vorbild des werkvertraglichen § 634 Nr. 4 BGB Kritik im Schrifttum und ersten Tendenzen in der Rechtsprechung zur Anwendung des § 284 BGB nach.⁶⁰ Als Ausnahme im reiserechtlichen Gewährleistungsrecht stellt der Aufwendungsersatzanspruch einen Verweis in das allgemeine Leistungsstörungsrecht dar. Anders als § 284 BGB, wonach Aufwendungsersatz „[a]nstelle des Schadensersatzes statt der Leistung“ gewährt wird, ist das Reiserecht auch weiterhin nicht mit den Kategorien des Schadensersatzes statt und neben der Leistung vertraut. Dieser teilweise Einbruch in die sog. Einheitslösung ist aber nicht weiter schädlich, wenn man den „Schadensersatz“ im Sinne des

⁵⁴ Vgl. *Staudinger/Ruks*, RRA 2018, 2 (9).

⁵⁵ In solchen Ausnahmesituationen oder anderen Schwierigkeiten normiert § 651q BGB n.F. weitergehend eine Beistandspflicht des Reiseveranstalters.

⁵⁶ *Führich*, NJW 2017, 2945 (2949).

⁵⁷ Wie bereits der Begriff des Rücktritts vor Reiseantritt (siehe Fn. 47) ist der Begriff der Kündigung hier ebenfalls irreführend, weil er sich nicht in die allgemeine Terminologie (vgl. etwa § 314 BGB) einfügt. Danach betrifft die Kündigung eine Aufhebung des Schuldverhältnisses für die Zukunft ohne Rückabwicklung. § 651l Abs. 2, 3 BGB n.F. normiert indes ein spezielles Auflösungsregime. Zudem stellt die

Kündigung in den Modellregelungen des Kauf- und Werkvertragsrechts kein Gewährleistungsrecht dar.

⁵⁸ BT-Drs. 18/10822, S. 83.

⁵⁹ BT-Drs. 18/10822, S. 83.

⁶⁰ BT-Drs. 18/10822, S. 84.

§ 651n BGB n.F. als Oberbegriff⁶¹ versteht, der auch den Schadensersatz statt der Leistung umfasst.⁶² So ist lediglich für Aufwendungsersatzansprüche nach § 284 BGB der Schadensersatz als statt der Leistung zu qualifizieren.

c) Mängelanzeige, § 651o BGB n.F.

Das Kündigungsrecht setzte gem. § 651e Abs. 2 BGB a.F. grundsätzlich eine Fristsetzung, das Minderungsrecht nach § 651d Abs. 2 BGB a.F. eine Mängelanzeige des Reisenden voraus. Für Schadensersatzansprüche nach § 651f BGB a.F. war eine Mängelanzeige ebenfalls anerkannt, wengleich ungeschrieben.⁶³ Nunmehr regelt § 651o BGB n.F. für Minderung und Schadensersatz die Mängelanzeige einheitlich und ausdrücklich. Ein schuldhaftes Versäumnis der unverzüglichen Mängelrüge führt nunmehr zum Verlust der beiden Gewährleistungsrechte, soweit der Reiseveranstalter deswegen nicht Abhilfe schaffen konnte, § 651o Abs. 2 BGB n.F.

d) Ausschlussfrist und Verjährung, § 651j BGB n.F.

Die bislang in § 651g BGB a.F. geregelte Ausschlussfrist für Gewährleistungsansprüche entfällt ersatzlos. Sie konnte unter der vollharmonisierenden EU-Richtlinie nicht aufrechterhalten werden.⁶⁴

Die nunmehr allein maßgebliche, einheitliche zweijährige Verjährungsfrist besteht in § 651j BGB n.F. hingegen fort. Wie bisher auch schlägt diese Verjährung nicht auf konkurrierende deliktische Ansprüche durch.⁶⁵ Da nach § 651y S. 1 BGB n.F. grundsätzlich von den reiserechtlichen Vorschriften vollumfänglich nicht mehr zulasten des Reisenden abgewichen werden darf, entfällt die nach § 651m S. 2 BGB a.F. noch mögliche Verkürzung der Verjährungsfrist vor Mitteilung des Mangels auf ein Jahr.

e) Haftungsbeschränkung, § 651p Abs. 1, 2 BGB n.F.

§ 651p Abs. 1 BGB n.F. schränkt die Möglichkeit des Reiseveranstalters, seine Haftung für Schäden, die nicht Körperschäden sind, auf den dreifachen Reisepreis zu beschränken im Vergleich zu § 651h Abs. 1 BGB a.F. ein. Eine solche Haftungsbeschränkung ist nur noch möglich, wenn der Reiseveranstalter nicht schuldhaft gehandelt hat. Dies schließt eine Haftungsbeschränkung für (leicht) fahrlässiges Verhalten ebenso aus wie für zugerechnetes Verschulden eines Leistungserbringers, wie § 651h Abs. 1 BGB a.F. sie noch kannte.

⁶¹ So BT-Drs. 18/10822, S. 83.

⁶² Ähnlich unter Verweis auf § 536a Abs. 1 BGB *Looschelders* (Fn. 18), Rn. 756.

⁶³ Siehe nur BGH NJW 1985, 132; BGH NJW 2012, 2107 (2109 Rn. 24); *Deppenkemper* (Fn. 41), § 651f Rn. 4; *Looschelders* (Fn. 18), Rn. 753; *Schmid* (Fn. 20), § 651f Rn. 3.

⁶⁴ BT-Drs. 18/10822, S. 79.

⁶⁵ *Looschelders* (Fn. 18), Rn. 758.

III. Vermittlungsvertrag

Wie bereits gesehen sind Pauschalreiseverträge auch weiterhin von schlichten Vermittlungsverträgen abzugrenzen. Parafall der letzteren ist die Geschäftsbeziehung des Reisenden mit seinem Reisebüro.⁶⁶ Gegenstand eines Vermittlungsvertrags können eine Pauschalreise, einzelne Reiseleistungen oder verbundene Reiseleistungen sein. Während die Vermittlung einer einzelnen Reiseleistung keinen Sonderregelungen unterliegt, regelt § 651v BGB n.F. die Vermittlung einer Pauschalreise, § 651w BGB n.F. die Vermittlung einer verbundenen Reiseleistung und § 651x BGB n.F. die gemeinsame Schadensersatzpflicht für Buchungsfehler, die auch den Reiseveranstalter trifft.

§ 651b Abs. 1 S. 1 BGB n.F. verweigert ebenso wie bislang der BGH⁶⁷ eine rechtliche Qualifizierung des Vermittlungsvertrags von Reiseleistungen, indem schlicht auf die Anwendbarkeit der „allgemeinen Vorschriften“ verwiesen wird. Daraus wird nur deutlich, dass es mit Ausnahme der §§ 651v und § 651w BGB n.F. nicht die reiserechtlichen Sondervorschriften sind. Nach streitiger überwiegender Ansicht⁶⁸ sind solche Vermittlungsverträge als Geschäftsbesorgungsverträge, die einen Werkvertrag bzw. ein Rechtsgeschäft mit werkvertraglichem Charakter zum Inhalt haben, (§ 675 BGB) zu qualifizieren. Die nachfolgend dargestellten zwingenden (§ 651y BGB) gesetzlichen Pflichten des Vermittlers treten hinzu (§ 651b Abs. 1 S. 1 BGB n.F.: „unbeschadet“). Vertragsverhältnisse mit dem Reisenden über die Erbringung der Reiseleistungen kommen lediglich mit den jeweiligen Leistungserbringern zustande. Auf sie ist kein Reiserecht anzuwenden.

1. Reisevermittlung, § 651v BGB n.F.

Den Unternehmer, der eine Pauschalreise vermittelt, bezeichnet das Gesetz als Reisevermittler, § 651v Abs. 1 BGB n.F.⁶⁹ Ihn treffen nicht nur die Informationspflichten, die auch den Reiseveranstalter nach § 651d Abs. 1 BGB n.F. treffen (§ 651v Abs. 2 BGB n.F.),⁷⁰ sondern er gilt wegen seiner Nähe zum Reiseveranstalter aus Sicht des Reisenden etwa in Bezug auf Mängelanzeigen oder sonstige Rechtshandlungen als dessen Vertreter (§ 651v Abs. 3, 4 BGB n.F.). Vermittelt der Reisevermittler eine Pauschalreise eines Reiseveranstalters, der seinen Sitz außerhalb der EU und des EWR hat, so tritt er zum Schutz des Reisenden gem. § 651v Abs. 3 BGB

⁶⁶ In gewissen Fällen kann das Reisebüro gleichwohl Reisevermittler sein, siehe dazu Nachweis in Fn. 22.

⁶⁷ BGH NJW 2006, 2321 (2321 f. Rn. 7 ff.).

⁶⁸ *Schmid* (Fn. 20), § 651a Rn. 27; *Staudinger* (Fn. 39), § 651a Rn. 62 f.; *Tonner* (Fn. 36), § 651a Rn. 46; zum neuen Recht *Staudinger/Ruks*, RRA 2018, 2 (10); *Tonner*, MDR 2018, 305 (310).

⁶⁹ Zur Abgrenzung zum Reiseveranstalter siehe bereits oben 2. a).

⁷⁰ §§ 651v Abs. 1 S. 2, 651d Abs. 1 S. 2 BGB n.F. stellen dabei sicher, dass diese Pflichten nicht doppelt erfüllt werden müssen.

n.F. in dessen Pflichten ein, es sei denn, er weist die ordnungsgemäße Pflichterfüllung des Reiseveranstalters nach.

2. Vermittlung verbundener Reiseleistungen, § 651w BGB n.F.

Unterhalb der Vermittlung von Pauschalreisen hat die Richtlinie die Vermittlung verbundener Reiseleistungen neu eingeführt. Mit ihr befasst sich § 651w BGB n.F. Auch der Schutz des Reisenden verbleibt unterhalb desjenigen Niveaus, das bei der Vermittlung einer Pauschalreise erreicht wird, ist aber im Vergleich mit der bloßen Vermittlung einer Reiseleistung, d.h. gegenüber den allgemeinen Vorschriften, erhöht. Unter anderem hierüber muss der Reisende vorvertraglich aufgeklärt werden, § 651w Abs. 2 BGB n.F. in Verbindung mit Art. 251 § 2 EGBGB n.F. Neben insolvenzsichernden Vorkehrungen (§ 651w Abs. 3 BGB n.F.) unterliegt der Vermittler verbundener Reiseleistungen ggf. bei Verletzung dieser Pflichten in Teilen dem Recht der Pauschalreisen, § 651w Abs. 4 BGB n.F.

Wann in Abgrenzung zur Pauschalreise nur verbundene Reiseleistungen vorliegen, erscheint auf den ersten Blick etwas undurchsichtig. § 651w Abs. 1 BGB n.F., der die Vermittlung verbundener Reiseleistungen definiert, ist unter dem Blickwinkel zu lesen, dass vorrangig das Vorliegen einer Pauschalreise zu prüfen ist. Entsprechend soll vor allem der Einschub „die keine Pauschalreise ist“ zu verstehen sein.⁷¹ In beiden Fällen werden (mindestens) zwei Reiseleistungen nach § 651a Abs. 3 BGB n.F. zum Zwecke derselben Reise ausgewählt. Eine Pauschalreise ist gem. § 651a Abs. 2 BGB n.F. allerdings eine „Gesamtheit“. § 651w BGB n.F. befasst sich hingegen mit einer bloßen Verbindung derselben Bausteine. Nach § 651w Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. sind dieselben Bausteine dann keine Gesamtheit, wenn sie vor Begründung der Zahlungsverpflichtung noch nicht zu einer Einheit gebündelt sind. So kommt es nach § 651w Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. auf eine getrennte Auswahl der Reiseleistungen anlässlich eines einzigen Buchungsvorgangs an, wobei die Trennung bis zur Bezahlung (lit. a; Erfüllungsgeschäft) oder Begründung der Zahlungsverpflichtung (lit. b; Verpflichtungsgeschäft) fortbestehen muss. Nach § 651b Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. liegt bei Begründung der Zahlungsverpflichtung bereits eine Bündelung der Reiseleistungen vor. Ebenso geht bei § 651a Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB n.F. die Zusammenstellung der Reise bereits dem Vertragsschluss voraus („zusammengestellt wurden“).⁷²

§ 651w Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. nimmt vor allem auf § 651c Abs. 1 BGB n.F. Bezug⁷³ und grenzt die verbundenen Reiseleistungen von einer Pauschalreise im verbundenen Online-Buchungsverfahren ab. Anders als dort fehlt es hier an einer Datenübertragung vom ersten auf weitere Unternehmer. So fehlt es an der eine Pauschalreise rechtfertigenden engen Geschäftsbeziehung zwischen den Unternehmern. Die zeitliche und durch das Merkmal der Vermittlung einer weiteren

Reiseleistung⁷⁴ „in gezielter Weise“⁷⁵ sichergestellte sachliche Verbindung rechtfertigt aber gleichwohl als verbundene Reiseleistung ein erhöhtes Schutzniveau des Reisenden. Auf die Ausschlussgründe einer Pauschalreise nach § 651a Abs. 4, 5 BGB n.F. wird teilweise verwiesen, § 651w Abs. 1 S. 3, 4 BGB n.F.

IV. Sonstiges

Hinzuweisen ist schließlich noch auf die Anrechnungsregeln in § 651p Abs. 3 BGB n.F., nach denen sich der Reisende Erstattungszahlungen aufgrund supranationaler Regelwerke auf Schadensersatzansprüche und Rückzahlungsansprüche zu viel gezahlten Reisepreises nach Minderung für dasselbe Ereignis anrechnen lassen muss.⁷⁶ Diese Vorschrift dient der Abstimmung mit diesen Regelwerken und der Verhinderung der Doppelkompensation des Reisenden.⁷⁷

Ferner nimmt das Änderungsgesetz noch notwendige Anpassungen in den §§ 312, 312g BGB vor und behält die Regelungen über Gastschulaufenthalte in überarbeiteter Fassung in § 651u BGB n.F. bei. Anpassungen in weiteren Gesetzen sollen hier außer Betracht bleiben.

V. Zusammenfassung

Für die Falllösung ergeben sich durch das Dritte Gesetz zur Änderung reiserechtlicher Vorschriften weniger inhaltliche als systematische Neuerungen. Dies gilt vor allem für das Gewährleistungsrecht. An inhaltlichen Änderungen bleibt vor allem der Wegfall der Ausschlussfrist für Gewährleistungsansprüche herauszustellen. Es folgen die Anpassungen an online gebuchte Reisen sowie die neu eingeführte Kategorie der verbundenen Reiseleistungen.

Systematisch ist die Behandlung des Pauschalreisebegriffs, der den der Reise ablöst, mit einer sorgfältigen Arbeit am Gesetz in den Griff zu bekommen. Notwendig ist hier auch weiterhin eine Abgrenzung zu bloßen Vermittlungsver-

⁷⁴ Beachte: Ebenso wie der Unternehmer im verbundenen Online-Verfahren als Reiseveranstalter zum Vertragspartner des Pauschalreisevertrags mit dem Reisenden wird, auch wenn er ihm selbst eine Reiseleistung lediglich vermittelt hat (§ 651c Abs. 1 BGB n.F.), ist der Vermittler einer verbundenen Reiseleistung bloß Vermittler, auch wenn er gem. § 651w Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. mit dem Reisenden selbst einen Vertrag über eine Reiseleistung geschlossen hat.

⁷⁵ Dazu § 651w Abs. 1 S. 2 BGB n.F. Wie sich aus den Erwägungsgründen 12 und 13 RL 2015/2302/EU ergibt, hat die EU-Pauschalreiserichtlinie vor allem „kommerzielle Links“ vor Augen, für die ein Entgelt vom verlinkten auf den verlinkenden Unternehmer als unmittelbare Vergütung einer Vermittlung des Vertragsschlusses mit dem Reisenden fließt. Rein informatorische Verlinkungen etwa auf die Startseite eines anderen Unternehmers genügen danach nicht. Der verlinkte Inhalt muss vielmehr den Vertragsabschluss mit dem Reisenden zum Ziel haben.

⁷⁶ § 651p Abs. 3 BGB n.F. erfasst dabei beide Richtungen einer Anrechnung.

⁷⁷ BT-Drs. 18/10822, S. 86 f.

⁷¹ BT-Drs. 18/10822, S. 94.

⁷² Vgl. BT-Drs. 18/10822, S. 95.

⁷³ BT-Drs. 18/10822, S. 95.

trägen. Hierzu gibt der Gesetzgeber nunmehr einige gesetzliche Kriterien an die Hand, die zum Teil auf einer neuen Terminologie aufbauen (Beispiel Leistungserbringer).

Das Gewährleistungsrecht als besonders prüfungsträchtiger Ausschnitt des Reiserechts blieb nicht nur inhaltlich in weiten Teilen unverändert, sondern wurde systematisch an die vom Kauf- und Werkvertragsrecht bekannten Strukturen angepasst. Allerdings ist damit weiterhin keine Einbindung in das allgemeine Leistungsstörungenrecht verbunden (Stichwort sog. Einheitslösung).

Wie stets muss sich das auf dem Papier, zumal nach europäischen Vorgaben, entworfene neue Recht erst an den Fällen in der alltäglichen Rechtsanwendung bewähren. Dabei werden sich zahlreiche Auslegungsfragen stellen, die dann auch wieder Gegenstand von Klausuren werden können. Diese vorherzusagen war nicht Ziel dieses Beitrags, der lediglich in die klausurrelevanten Änderungen einführen sollte.

Übungshausarbeit: Ärger in der Studentenbude

Von Wiss. Mitarbeiter **Stephan Klawitter**, Stud. Hilfskraft **Rebecca Julia Meyer**, Berlin*

Die Hausarbeit, welche im Wintersemester 2016/2017 an der Humboldt-Universität Berlin im Rahmen des Grundkurses BGB Allgemeiner Teil und Allgemeines Schuldrecht gestellt wurde, bildet schwerpunktmäßig zwei jüngere BGH-Entscheidungen ab. Der erste Teil basiert auf der BGH Entscheidung zum konkludenten Vertragsschluss durch Stromentnahme des Mieters (BGH, Urt. v. 2.7.2014 – VIII ZR 313/13) und dreht sich schwerpunktmäßig um Fragen der allgemeinen Rechtslehre und der Anscheins- und Duldungsvollmacht. Im zweiten Teil geht es um ein Rechtsinstitut, welches in Praxis, Forschung und Ausbildung eine eher stiefmütterliche Rolle einnimmt: Die Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts. Auf Grundlage des Urteils des BGH v. 4.12.2015 – V ZR 142/14 steht die Frage der Konkurrenz der auf Rückabwicklung gerichteten Rechtsinstitute nach arglistiger Täuschung eines Verkäufers im Vordergrund. Das zusätzliche Fristenproblem erfordert eine dezidierte Auseinandersetzung mit dem Institut der Bestätigung; wer hier lediglich beim BGH abschrieb, übersah zentrale Probleme des Sachverhalts. Während der erste Teil – die Pflicht – auf eher durchschnittlichem Anforderungsniveau angesiedelt ist, ist der zweite Teil – die Kür – eher im oberen Schwierigkeitsbereich einzuordnen.

Sachverhalt – Teil 1

Der 19-jährige S aus Hamburg ist im September 2014 auf der Suche nach einer Wohnung in Berlin, wo er von der Humboldt-Universität eine Zulassung zum Jurastudium erhalten hat. Im Internet stößt er auf eine Anzeige des V aus Berlin Charlottenburg, welcher die in seinem Eigentum befindliche 2-Zimmer Wohnung in Berlin Moabit vermieten möchte. Zusammen mit seiner Mutter M besichtigt er die Wohnung am 19.9.2014 und ist hellauf begeistert. V ist bereit, S die Wohnung zu einem Mietzins von 560 € warm zu vermieten. Da S jedoch kein geregeltes Einkommen bezieht, verlangt V, dass neben S dessen Mutter M als zweite Mieterin in den Vertrag mit aufgenommen werden solle, damit diese notfalls wegen der aus dem Mietvertrag entstehenden Verbindlichkeiten als Vertragspartei in Anspruch genommen werden könne. M, die ihrem Goldjungen keinen Gefallen ausschlagen kann, unterzeichnet daher gemeinsam mit S den Mietvertrag über die Wohnung als Mieterin. Im schriftlichen Vertragsdokument ist als Vertragsbeginn der 1.10.2014 festgehalten.

Anfang Oktober 2014 bezieht S die Wohnung alleine und berichtet seiner Mutter in den allabendlichen, stundenlangen Skype-Gesprächen von seinem neuen Leben in der Haupt-

stadt. Dabei vergisst S aus Unachtsamkeit, einen Stromlieferungsvertrag mit einem der ortsansässigen Stromanbieter abzuschließen, obwohl der mit V abgeschlossene Mietvertrag eine Eigenversorgung durch die Mietparteien vorsieht. Umso überraschter ist S, als er am 25.5.2015 von der E-GmbH eine Abrechnung über die Stromnutzung für die Monate Oktober bis Dezember 2014 in Höhe von 120 € erhält. Die für das Grundstück als Grundversorger im Sinne des § 1 Abs. 3 StromGVV zuständige E-GmbH hatte diesen Betrag auf Grundlage der Zählerablesung und den für die Grundversorgung üblichen Stromgebühren berechnet. Da der zuständige Sachbearbeiter der E-GmbH schnell erkennt, dass bei dem mittel- und arbeitslosen Studenten S „nicht viel zu holen sei“, verlangt er im Namen der E-GmbH von M Zahlung von 120 € für die in der von ihr mitgemieteten Wohnung gezogenen Stromnutzungen. M ist zur Zahlung nicht bereit, schließlich habe sie mit der E-GmbH überhaupt keinen Stromlieferungsvertrag abgeschlossen. Außerdem würde sie die Wohnung gar nicht bewohnen, sondern sei lediglich aus Bonitätsgründen in das Mietverhältnis eingetreten.

Frage 1

Hat die E-GmbH gegen M am 1.6.2015 einen durchsetzbaren vertraglichen Anspruch auf Zahlung von 120 € für die nachweisbar ausschließlich von S in der Wohnung gezogenen Stromnutzungen von Oktober bis Dezember 2014?

Sachverhalt – Teil 2

Auch in der Folgezeit gibt es Ärger mit der Wohnung: Schon im Dezember 2014 entdeckt S in seinem Wohnzimmer einen sich rasch ausbreitenden Schimmelbefall an den Wänden. Er informiert unverzüglich den V über den Schimmel, welcher den Malermeister A mit der Erstellung eines Kostenvoranschlages beauftragt. A führt den Schimmelbefall auf winterbedingtes Schmelzwasser zurück und erklärt nach näherer Begutachtung in seinem Kostenvoranschlag, dass nur ein vollständiges Neuabdichten der Wände die Schimmelbildung nachhaltig verhindern könne. Da sich der ohnehin schon von Liquiditätsengpässen geplagte V eine vollständige Neuabdichtung der Wände allerdings nicht leisten kann, beauftragt er den A – in Rücksprache mit S – lediglich mit dem Überstreichen der Wände, was dieser auch tut.

Auch in der Folgezeit verbessert sich die finanzielle Schieflage des V nicht. Um wieder mehr liquides Vermögen zu besitzen, beschließt er, sich von der vermieteten Eigentumswohnung zu trennen. Er findet über eine Zeitungsannonce den kaufbereiten K, welcher nach eingehender Besichtigung die Wohnung zum Preis von 165.000 € kauft. Im notariellen Kaufvertrag vom 27.10.2015 vereinbaren V und K einen Ausschluss der Mängelgewährleistungshaftung. Der Kauf wird im November 2015 vollzogen, wobei K den Kaufpreis auf das Konto des V überweist.

Im Dezember 2016 entdeckt S erneut eine massive Schimmelbildung in seinem Wohnzimmer. Er informiert daraufhin unverzüglich seinen neuen Vermieter K, klärt ihn über die

* *Stephan Klawitter* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Familienrecht, Anwaltschaftliches Berufsrecht und Rechtssoziologie (Prof. Dr. Reinhard Singer) an der Humboldt-Universität zu Berlin. *Rebecca Julia Meyer* ist an ebendieser Universität stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, insbesondere Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. Katharina de la Durantaye).

Sachlage auf und übersendet ihm dabei sogleich den Kostenvoranschlag aus dem Jahr 2014. Am 4.1.2017 wendet sich K per Brief an V:

„Lieber V, ich habe gestern den Kostenvoranschlag zur Schimmelbeseitigung von S erhalten, welchen er mir freundlicherweise zugesendet hat. Ich habe bereits mit A gesprochen. Er wird zeitnah die Neuabdichtung der Wände veranlassen und damit sollten zukünftig die in der Winterzeit immer wiederkehrenden Schimmelprobleme in der Wohnung der Vergangenheit angehören. Mit dem Erwerb der Wohnung im vorletzten Jahr bin ich vollumfänglich zufrieden und bin froh, den Kaufvertrag unterschrieben zu haben.

Viele Grüße K“

Der Brief wird durch ein Versehen der Post erst eine Woche später, am 11.1.2017, in den Briefkasten des V geworfen. Schon kurz nach dem Absenden kommen K erste Zweifel an seiner eigenen Gutmütigkeit. Als ihm sein Sandkastenfreund F bei einer abendlichen Skatrunde vorhält, dass er sich bei dem Kaufvertrag doch „ziemlich hat über den Tisch ziehen lassen“, platzt ihm endgültig der Kragen. Er schreibt dem V am 8.1.2017 einen weiteren Brief, in dem er ihm vorhält, ihn über den massiven Schimmelbefall im Unwissen gelassen zu haben, obwohl er wusste, dass eine vollständige Beseitigung nur durch eine teure Neuabdichtung der Wände möglich war. Er bestehe deshalb auf unverzügliche Rückabwicklung des Kaufes. Dieses Schreiben wird dem V am 10.1.2017 in den Briefkasten geworfen.

V findet beide Schreiben bei seiner Rückkehr aus dem Winterurlaub am 14.1.2017 in seinem Briefkasten. Da sich seine Finanzlage weiterhin nicht verbessert hat, ist er entsetzt, als er zunächst von den Rückabwicklungsabsichten des K erfährt. Als er sodann den Brief vom 4.1.2017 liest, wittert er seine Chance: Er antwortet K mit Schreiben vom 16.1.2017, dass er aufgrund des Briefes vom 4.1.2017 davon ausgehe, dass K mit seinem Kauf trotz der Schimmelprobleme vollumfänglich zufrieden sei, und weise daher eine Rückabwicklung entschieden zurück.

K ist zunächst sprachlos aufgrund der Dreistigkeit des V. Er entscheidet sich schließlich, dass er dies nicht auf sich sitzen lassen wolle, und schreibt dem V am 16.2.2017 zurück, dass er weiterhin auf Rückzahlung bestehe. Die in seinem Schreiben vom 4.1.2017 gewählten Formulierungen habe er aus reiner Höflichkeit geäußert, um eine Lösung des Konfliktes zu erleichtern. Hingegen habe er damit nicht auf etwaige Ansprüche verzichten wollen, die aus dem vertragswidrigen Verhalten des V resultierten. Überdies sei es schließlich V gewesen, der ihn nicht hinreichend über den Zustand der Wohnung aufgeklärt habe.

Frage 2

Hat K gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 165.000 €?

Lösungsvorschlag zu Frage 1

Die E-GmbH könnte gegen M einen Anspruch auf Zahlung der Stromgebühren in Höhe von 120 € aus einem Stromlieferungsvertrag haben.

I. Rechtsfähigkeit der E-GmbH

Die E-GmbH kann als Kapitalgesellschaft gem. § 13 Abs. 1 GmbHG Trägerin von Rechten und Pflichten sein.

II. Wirksamer Abschluss eines Stromlieferungsvertrages

Zwischen der E-GmbH und M müsste ein wirksamer Stromlieferungsvertrag abgeschlossen worden sein. Voraussetzung hierfür sind wie bei allen zweiseitigen Verträgen zwei übereinstimmende Willenserklärungen, Antrag und Annahme.

1. Kein ausdrücklicher Antrag zum Vertragsschluss

Weder M noch die E-GmbH haben ausdrücklich erklärt, einen Stromlieferungsvertrag abschließen zu wollen.

2. Vertragsschluss nach der Lehre vom faktischen Vertragsschluss

Ein Vertrag zwischen M und der E-GmbH könnte hingegen nach der Lehre vom faktischen Vertragsschluss geschlossen worden sein. Danach soll im Massenverkehr ein Vertrag auch ohne Abgabe von Willenserklärungen, sondern allein durch die tatsächliche Inanspruchnahme einer bereitgestellten Leistung zustande kommen.¹

Dies erscheint jedoch bereits vor dem Hintergrund zweifelhaft, dass ein solcher Vertragsschlussmechanismus weder gesetzlich vorgesehen, noch mit dem Willensdogma der Rechtsgeschäftslehre vereinbar ist.²

Auf die Anwendbarkeit der Lehre vom faktischen Vertragsschluss kommt es vorliegend indes nicht an: In Ermangelung einer tatsächlichen Inanspruchnahme der Stromleitung durch M selbst fehlt es jedenfalls an den sachlichen Voraussetzungen eines Vertragsschlusses auf diesem Wege.

3. Konkludentes Angebot der E-GmbH gegenüber M

Die E-GmbH könnte M jedoch konkludent den Abschluss eines Stromlieferungsvertrages angetragen haben.

a) Bereitstellen von Strom als Realofferte zum Vertragsschluss

Ein Antrag im Sinne des § 145 BGB ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die auf den Abschluss eines Vertrages gerichtet ist. Eine konkludente Willenserklärung liegt vor, wenn das Gewollte nicht unmittelbar in einer Erklärung seinen Ausdruck findet, sondern der Erklärende Handlungen vornimmt, die mittelbar einen Schluss auf einen bestimmten Rechtsfolgwillen zulassen. Dies kann insbeson-

¹ BGHZ 21, 319 (333); grundlegend *Haupt*, in: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber zum 10. April 1940, Bd. 2, 1940, S. 1 ff.; *Tasche*, in: v. Gerber/Jhering (Hrsg.), Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd. 90, S. 101 (128); sowie *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 30 Rn. 21 ff.

² So *Lehmann*, NJW 1958, 1 (4 f.), der von einer „Atom-bombe zur Zerstörung gesetzestreu juristischen Denkens“ spricht.

dere dann der Fall sein, wenn dem potentiellen Vertragspartner die Leistung ohne vorherigen Vertragsschluss oder weitere, tatsächliche Erklärung tatsächlich zur Verfügung gestellt wird (sog. Realofferte). Die E-GmbH hat hier als Grundversorger im Sinne des § 1 Abs. 3 StromGVV entsprechend ihrer Pflicht aus § 36 Abs. 1 EnWG Energie an den Entnahmestellen in der Wohnung des S vorgehalten. Ein objektiver Erklärungsempfänger hat diese Bereitstellung als Antrag zum Abschluss eines Stromlieferungsvertrages zu verstehen.³ Für ein solches Verständnis spricht insbesondere auch § 2 Abs. 2 StromGVV, welcher die Möglichkeit des Vertragsschlusses durch Stromentnahme ausdrücklich vorsieht. Dieser trägt dem Umstand Rechnung, dass besonders im Bereich der öffentlichen leitungsgebundenen Versorgung die angebotene Leistung vielfach ohne ausdrücklich schriftlichen oder mündlichen Vertragsschluss in Anspruch genommen wird.⁴ Somit hat die E-GmbH mit der Bereitstellung des Stroms in der Wohnung des S einen Antrag zum Abschluss eines Stromlieferungsvertrages abgegeben.

b) M als Adressatin der Realofferte

Fraglich ist allerdings, ob M auch Adressatin dieses Antrages war. Kommen mehrere Personen als Adressaten einer konkludenten Willenserklärung in Betracht, so ist aus Sicht eines verständigen Dritten in der Position des möglichen Erklärungsempfängers zu ermitteln, an wen sich die Realofferte richtet. Leistungsangebote von Versorgungsunternehmen richten sich danach typischerweise an denjenigen, der die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss am Übergabepunkt ausübt.⁵ Inhaber dieser Verfügungsgewalt ist zwar regelmäßig der Eigentümer. Wird die tatsächliche Verfügungsgewalt allerdings im Rahmen eines Überlassungsvertrages (insbesondere Miete oder Pacht) auf einen anderen als den Eigentümer übertragen, so richtet sich der Antrag grundsätzlich an denjenigen, dem die tatsächliche Verfügungsgewalt vertraglich eingeräumt wurde.⁶ Etwas anderes gilt nur, wenn gegenläufige Anhaltspunkte vorhanden sind, welche aus Sicht eines verständigen Erklärungsempfängers im Einzelfall unübersehbar in eine andere Richtung weisen.⁷ Irrelevant ist dabei allerdings, ob dem Versorger die Identität des Inhabers der tatsächlichen Verfügungsgewalt bekannt ist, richtet sich sein Wille doch nach außen hin erkennbar auf einen Vertragsschluss mit dem Inhaber der tatsächlichen Verfügungsgewalt.⁸

Danach war jedenfalls S, der nach Abschluss des Mietvertrages mit V die Wohnung am Anfang Oktober 2014 allein bezog, als Inhaber der tatsächlichen Verfügungsgewalt Adressat der Realofferte. Es sind auch keine entgegenstehenden

Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass S die Bereitstellung des Stroms nicht als ein an ihn gerichtetes Vertragsangebot zu verstehen hatte. Vielmehr sah der mit M abgeschlossene Mietvertrag ausdrücklich eine Eigenversorgung mit Strom vor, weshalb S bewusst gewesen sein musste, dass ein anderweitiges Vertragsverhältnis über die Abgeltung der gezogenen Stromnutzungen nicht bestand.⁹

Daneben könnte allerdings auch M Adressatin des Antrages gewesen sein. Als zweite Vertragspartnerin des V war sie gleichsam wie S berechtigt, die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Wohnung auszuüben. Dagegen könnte allerdings sprechen, dass S die Wohnung in Berlin-Moabit Anfang Oktober 2014 alleine bezog und fortan auch alleine bewohnte, M also zu keiner Zeit die tatsächliche Verfügungsgewalt ausübte. Fraglich ist insoweit, ob dem Erfordernis der Verfügungsgewalt ein tatsächliches oder vielmehr ein normatives Verständnis zugrunde zu legen ist.¹⁰ Für ein tatsächliches Verständnis spricht zwar, dass der Mitmieter, welcher lediglich zum Zwecke der Sicherung der Forderungen aus dem Mietverhältnis Vertragspartei wird und die ihm eingeräumte Verfügungsgewalt selbst nicht ausübt, regelmäßig auch keine eigenen Nutzungen aus dem bereitgestellten Strom ziehen wird. Der Versorger würde willkürlich davon profitieren, welches Sicherungsmittel im Innenverhältnis zwischen den Mietvertragsparteien gewählt wurde; hätte M nämlich statt eines Vertragsbeitritts die Verbindlichkeiten des S mittels Bürgschaft abgesichert, wäre sie in Ermangelung der tatsächlichen Verfügungsgewalt nicht Adressatin der Realofferte der E-GmbH geworden. Ein Vertragsschluss mit dem bloß sichernden Mieter stellt sich somit aus Sicht des Versorgers als ein zufälliges Geschenk des Himmels dar.

Gegen eine rein tatsächliche Betrachtung sprechen allerdings Gründe des Verkehrsschutzes und das Interesse an der Vermeidung vertragsloser Zustände, welches in § 2 Abs. 2 StromGVV zum Ausdruck kommt.¹¹ Für den Grundversorger, dessen Leistungen durch den bewohnenden Mieter in Anspruch genommen werden, ist nicht erkennbar, wer zu welcher Zeit die vom Vermieter eingeräumte Verfügungsgewalt tatsächlich ausübt. Als einziger Anhaltspunkt für die Ermittlung des Stromnutzers bleibt ihm ein Auskunftsersuchen beim Vermieter über die Identität der Mieter. Hinzu kommt, dass für die Annahme einer tatsächlichen Verfügungsgewalt die Sachherrschaft zumindest von gewisser Qualität und Dauer sein müsste.¹² Dem Grundversorger wird der Nachweis einer solchen Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss nur schwerlich gelingen, was vor dem Hintergrund, dass er gem. §§ 36 Abs. 1 EnWG, 6 Abs. 2 S. 1 StromGVV zur Kontrahierung und somit auch zur Vorleis-

³ BGH NJW 2014, 1951 (1952).

⁴ Petersen, Jura 2015, 215 ff.; BGH NJW 2014, 1951 (1952); BGH NZM 2009, 195; BGH NJW-RR 2004, 928 (929).

⁵ BGHZ 202, 158 (163); BGH NJW 2014, 3148 (3149) = BGHZ 202, 17 (22).

⁶ BGHZ 202, 158 (163); BGH NJW 2014, 3148 (3149) = BGHZ 202, 17 (23).

⁷ BGH NJW 2014, 3148 (3149) = BGHZ 202, 17 (24).

⁸ BGH NJW 2014, 3148 (3149) = BGHZ 202, 17 (23).

⁹ Zurecht kritisch insoweit Szalai, VuR 2015, 32 (34), welcher im Hinblick auf die geltenden Auslegungsmethoden das bloße Bestehen anderweitiger Vertragsverhältnisse nicht ausreichen lassen will, sondern vielmehr zutreffend auf die Kenntnis des potentiellen Erklärungsempfängers von einem solchen abstellt.

¹⁰ Szalai, VuR 2015, 32 (34).

¹¹ Szalai, VuR 2015, 32 (34).

¹² Szalai, VuR 2015, 32 (34).

tung gezwungen ist, unbillig erscheint. Insofern liegt es nahe, auf die vom Eigentümer eingeräumte Möglichkeit der Inbesitznahme und nicht auf die vorübergehende Sachherrschaft abzustellen.¹³ Wer einen Mietvertrag abschließt, hat mit der Einräumung der Nutzungsbefugnis jedenfalls typischerweise die tatsächliche Sachherrschaft – sowohl über die gemieteten Räume als auch die darin vorhandenen Versorgungsanschlüsse – inne.¹⁴ Dies gilt auch, wenn mehrere Mieter mit in den Mietvertrag aufgenommen werden.¹⁵ Dann muss die Realofferte aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers auch so zu verstehen sein, dass sie sich an sämtliche Mieter richtet. M war somit ebenfalls Adressatin der Offerte der E-GmbH.

4. Annahme der M

Darüber hinaus müsste M den Antrag der E-GmbH auch angenommen haben. Das Leistungsangebot eines Versorgungsunternehmens wird von demjenigen konkludent angenommen, der aus dem Leitungsnetz des Versorgungsunternehmens Elektrizität, Gas, Wasser oder Fernwärme entnimmt.¹⁶ Eine eigenständige Annahme des Angebotes durch M kommt nicht in Betracht, da lediglich S Strom in der Wohnung verbraucht hat. Jedoch könnte S die Realofferte der E-GmbH konkludent sowohl im eigenen Namen als auch stellvertretend für M angenommen haben.

a) Abgabe einer Willenserklärung des Vertreters

Indem S aus dem Leitungsnetz der E-GmbH Strom bezog, gab er konkludent eine eigene Willenserklärung zum Abschluss eines Stromlieferungsvertrages ab. Unter Berücksichtigung der Verkehrssitte und der Wertung des § 2 Abs. 2 StromGVV war ein Zugang dieser Erklärung gem. § 151 S. 1 BGB für ihr Wirksamwerden entbehrlich.

b) Offenkundigkeit der Vertretung

Darüber hinaus müsste erkennbar gewesen sein, dass die Willenserklärung des S im Namen der M abgegeben wurde. Der Vertreter muss gem. § 164 Abs. 1 BGB offenlegen, dass er nicht (nur) für sich selbst, sondern (auch) für einen anderen handelt (sog. Offenkundigkeitsprinzip). Der Wille, im fremden Namen zu handeln, kann sich aus einer ausdrücklichen Erklärung oder aus den äußeren Umständen ergeben, § 164 Abs. 2 BGB. Vorliegend hat S – in Ermangelung einer Kommunikation mit der E-GmbH – nicht ausdrücklich erklärt, dass er als Stellvertreter der M tätig wird. Auch aus den Umständen vermochte die E-GmbH jedenfalls zum maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht erkennen, dass S bei der Abgabe seiner Willenserklärung auch seine Mutter vertreten wollte, ging ihr seine Erklärung schließlich nicht einmal zu. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass das Merkmal der Offenkundigkeit vor allem dem Schutz des Ge-

schäftsgegners und daneben auch dem Schutz des Rechtsverkehrs dient.¹⁷ Ist dem Geschäftsgegner die Identität seiner Vertragspartner zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gleichgültig, insbesondere wenn er, wie hier, zu einem Vertragsschluss mit sämtlichen Letztverbrauchern gesetzlich verpflichtet ist, dürfen die Anforderungen an das Offenkundigkeitsprinzip schon wegen seiner Schutzrichtung nicht überspitzt werden.¹⁸ Vielmehr muss es genügen, wenn anhand objektiver Umstände erkennbar ist, wer nach dem Willen des Erklärenden der Vertragspartner werden sollte.¹⁹ Hier war ein solcher Vertreterwille jedenfalls dem Umstand zu entnehmen, dass M gleichsam wie S Mietvertragspartei wurde und als solche zur Nutzung der Versorgungsanschlüsse vertraglich berechtigt war. Soweit sich aus diesem Umstand die Adressatenstellung von M und S hinsichtlich der Realofferte der E-GmbH ergibt, so muss sich aus demselben Umstand aus Sicht der Erklärungsempfängerin E die Absicht des S zur Doppelverpflichtung ergeben. Es würde den Schutzzweck des Offenkundigkeitsprinzips in sein Gegenteil verkehren, wenn man der E-GmbH einen Vertragsschluss mit M mit dem Argument verwehren würde, dass sie zum Abschlusszeitpunkt keine Kenntnis von der Identität der Mieter hatte. Es sind auch keine entgegenstehenden Interessen des Rechtsverkehrs erkennbar, welche eine strengere Beurteilung rechtfertigen würden. Folglich steht das Offenkundigkeitsprinzip einer wirksamen Stellvertretung hier nicht entgegen.

c) Vertretungsmacht

Ferner müsste S mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Die Vertretungsmacht kann durch Rechtsgeschäft begründet werden (Vollmacht, § 166 Abs. 2 BGB) oder auf Gesetz beruhen. Vorliegend wurde S weder eine Vollmacht gem. § 167 BGB erteilt, noch besteht eine gesetzliche Vertretungsmacht des S für die M. In Betracht kommt aber eine Bevollmächtigung kraft Rechtsschein.

Zwar bestand zugunsten des S nie eine Vertretungsmacht für den Abschluss eines Stromlieferungsvertrages namens der M, weshalb eine Rechtsscheinvollmacht nach Maßgabe der §§ 170 ff. BGB ausscheidet. Die Vertretungsmacht des S könnte sich jedoch nach den Grundsätzen über die Anscheins- und Duldungsvollmacht ergeben. Eine Duldungsvollmacht liegt vor, wenn der Vertretene es willentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt, und der Geschäftspartner dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin versteht und auch verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde zu den vorgenommenen Erklärungen bevollmächtigt ist.²⁰ Eines aktiven Verhaltens oder gar einer Willenserklärung bedarf es nicht; vielmehr genügt, dass der informierte Vertretene nicht einschreitet. Indem M den Miet-

¹⁷ Schubert, in: Münchener Kommentar zum BGB, 77. Aufl. 2015, § 164 Rn. 128.

¹⁸ Schubert (Fn. 17), § 164 Rn. 127 f.

¹⁹ Schubert (Fn. 17), § 164 Rn. 130; Schilken, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2014, Vor § 164 Rn. 53.

²⁰ BGHZ 202, 158 (166); BGH NJW 2002, 2325 (2327); BGH NJW-RR 2004, 1275 (1277); BGH NJW 2007, 987 (989).

¹³ Szalai, VuR 2015, 32 (34).

¹⁴ BGHZ 202, 158 (165).

¹⁵ BGHZ 202, 158, (165); BGH PM BB 2014, 1794.

¹⁶ Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 77. Aufl. 2018, § 145 Rn. 1; BGHZ 202, 158 (161); BGH NZM 2009, 195; BGH NJW 2014, 3148 = BGHZ 202, 17 (21).

vertrag unterschrieb und S in die Wohnung einziehen ließ, duldet sie es willentlich, dass er den – zur Nutzung der Wohnung zwingend erforderlichen – Strom entnahm, dadurch konsequenterweise Strom verbrauchte und somit das Angebot in Form einer Realofferte der E-GmbH annahm.²¹ Dass S in der gemeinsam gemieteten Wohnung tatsächlich Strom bezog, konnte M überdies jedenfalls dem Umstand entnehmen, dass beide regelmäßig stundenlange Internet-Telefonate führten, welche denkllogisch eine Stromnutzung voraussetzen. Mangels besseren Wissens dahingehend, dass M selbst die Wohnung nicht bewohnte, ist die E-GmbH auch in ihrem Vertrauen auf eine wirksame Bevollmächtigung schutzwürdig. Somit liegt eine Duldungsvollmacht vor, aus welcher sich die Vertretungsmacht des S ableitet.

Hinweis: Zu einem ebenso vertretbaren Ergebnis kommt, wer eine Duldungsvollmacht mit Hinweis darauf ablehnt, dass M nicht zwangsläufig bewusst war, dass S keinen Stromlieferungsvertrag abgeschlossen hatte und er deshalb einen solchen mit der Stromnutzung auch in ihrem Namen schließen würde. Dann muss man zumindest von einer Anscheinsvollmacht ausgehen, hätte M als Mietvertragspartei bei Wahrung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen können, dass sie durch die regelmäßigen Stromnutzungen des S vertraglich mitverpflichtet wurde. Anschließend wäre kurz zu erörtern, ob die Anscheinsvollmacht gleichsam der Duldungsvollmacht die Rechtswirkung einer Bevollmächtigung entfaltet.

d) Zwischenergebnis: Annahme der M

Somit hat S die M wirksam gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB vertreten und das Angebot der E-GmbH sowohl im eigenen Namen als auch namens der M angenommen.

5. Zwischenergebnis: Wirksamer Abschluss eines Stromlieferungsvertrages

Zwischen der E-GmbH und M ist ein Stromlieferungsvertrag zustande gekommen. Aus diesem hat die E-GmbH einen vertraglichen Zahlungsanspruch gegen M i.H.v. 120 €.

III. Durchsetzbarkeit des Anspruchs

Fraglich ist allerdings, ob der Anspruch am 1.6.2015 bereits fällig war. Grundsätzlich kann gem. § 271 Abs. 1 BGB eine Leistung, für die eine Zeit rechtsgeschäftlich nicht bestimmt ist, sofort verlangt werden. Etwas anderes kann sich jedoch aus der Rechtsnatur des Vertrages ergeben, soweit der Vertragstyp anderen Fälligkeitsregelungen unterliegt.

1. Stromlieferungsvertrag als Kaufvertrag über einen sonstigen Gegenstand

Beim Stromlieferungsvertrag könnte es sich um einen Kaufvertrag über einen sonstigen Gegenstand gem. §§ 453 Abs. 1 Alt. 2, 433 BGB handeln, dessen Gegenleistungspflicht in Ermangelung einer abweichenden Regelung mit Vertragsschluss fällig ist. Seinem grundsätzlichen Synallagma nach

stellt sich der Stromlieferungsvertrag als klassischer Austauschvertrag – Lieferung eines Gegenstandes gegen Zahlung eines Entgelts – dar, was eine Nähe zum Kaufvertrag begründet.²² Dies legt zunächst die Annahme nahe, dass Verträge über die Lieferung von Elektrizität, Gas, Wasser oder Fernwärme als Kaufverträge im Sinne des § 433 BGB einzuordnen sind.²³ Gegen eine unmittelbare Anwendung der §§ 433 ff. BGB ist allerdings einzuwenden, dass Strom keinen körperlichen Gegenstand und somit keine Sache im Sinne des § 90 BGB darstellt, weshalb ein Sachkauf nach § 433 BGB ausscheiden muss.²⁴ Soweit man mit diesem Argument Strom die Sachqualität absprechen möchte, kommt man jedoch nicht umhin, diesen jedenfalls als „sonstigen Gegenstand“ im Sinne des § 453 BGB zu qualifizieren.²⁵ Die §§ 433 ff. BGB finden bei Stromlieferungsverträgen somit entweder unmittelbar, jedenfalls aber über den Verweis in § 453 BGB Anwendung, weshalb es keiner weitergehenden Stellungnahme bedarf. In Ermangelung einer besonderen, kaufrechtlichen Fälligkeitsregelung wäre der Gegenleistungsanspruch sofort mit Entstehen, also mit Vertragsschluss und somit jedenfalls am 1.6.2015 fällig und damit durchsetzbar.

2. Spezialgesetzliche Fälligkeitsregel für Grundversorger-Verträge

Dem könnte allenfalls eine gesetzliche Sonderregelung für Stromlieferungsverträge entgegenstehen. Gem. § 17 Abs. 1 S. 1 StromGVV werden Rechnungen und Abschläge aus dem Grundversorgervertrag erst zu dem vom Grundversorger angegebenen Zeitpunkt, frühestens jedoch zwei Wochen nach Zugang der Zahlungsaufforderung fällig. Fraglich ist somit, ob und zu welchem Zeitpunkt M die Zahlungsaufforderung zugegangen ist. Der Begriff des Zugangs in § 17 StromGVV ist nicht als Tatsache, sondern als Rechtsbegriff gleichsam dem Zugangsbegriff des § 130 BGB zu werten; es kommt daher nicht darauf an, dass der Zahlungspflichtige von der Zahlungsaufforderung tatsächlich Kenntnis genommen hat.²⁶ Ausreichend ist vielmehr, dass diese Zahlungsaufforderung in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist und nach dem normalen Verlauf der Dinge mit der Kenntnisnahme zu rechnen war.²⁷

²² Beckmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2014, § 433 Rn. 39; Härting/Müßig, K&R 2009, 233 (236).

²³ Härting/Müßig, K&R 2009, 233 (236).

²⁴ Beckmann (Fn. 22), § 453 Rn. 39.

²⁵ Beckmann (Fn. 22), § 433 Rn. 39; Petersen, Jura 2015, 215 (215); Taplan/Baumgartner, NJOZ 2012, 881 (882); Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 433 Rn. 11; BGH NJW 1986, 3195 (3195); Schöne, in: v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 39. Aufl. 2017, Stromlieferungsverträge, Rn. 29; Wiedenkauff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 77. Aufl. 2018, § 453 Rn. 6.

²⁶ Hartmann, in: Danner/Theobald, Kommentar zum Energierecht, Bd. 2, § 17 StromGVV Rn. 9.

²⁷ Hartmann (Fn. 26), § 17 StromGVV Rn. 9; Ellenberger (Fn. 16), § 130 Rn. 5.

²¹ BGHZ 202, 158 (166).

Zwar wurde die Abrechnung am 25.5.2015 lediglich in der Wohnung des S zugestellt, welche M ihrerseits selbst nicht bewohnte. Insoweit ließe sich bereits einwenden, dass die Abrechnung gar nicht in den Machtbereich der M gelangt, dieser gegenüber demnach nicht zugegangen ist. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass M Vertragspartei des Mietvertrages war. Auch wenn sie die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Mietwohnung nicht ausübte, stand ihr das Recht hierzu jedenfalls vertraglich zu. Dass die M selbst die Mietwohnung nicht bewohnte, war der E-GmbH auch nicht bewusst; aus Sicht des Grundversorgers stellte sich die Wohnanschrift des S vielmehr als einziger bekannter Machtbereich der M dar.

Ob die Zahlungsaufforderung auch gegenüber M wirksam am 25.5.2015 zugegangen ist, kann jedoch hier dahinstehen. Denn selbst bei Zugang am 25.5.2015 war der Rechnungsbetrag am 1.6.2015 – also keine zwei Wochen später – noch nicht fällig. Der Anspruch ist somit mangels Fälligkeit nicht durchsetzbar.

IV. Ergebnis

Der Anspruch der E-GmbH auf Zahlung der 120 Euro ist am 1.6.2015 nicht durchsetzbar.

Lösungsvorschlag zu Frage 2

A. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 165.000 € gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

K könnte gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 165.000 € gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB haben.

I. Etwas erlangt

Dazu müsste der Bereicherungsschuldner V „etwas erlangt“ haben. Der Gegenstand der Bereicherung kann in jedem Vorteil bestehen. V hat K im November 2015 den Kaufpreis von 165.000 € auf dessen Konto überwiesen. Dadurch hat V eine Gutschrift in derselben Höhe auf seinem Konto erlangt,²⁸ um welche er bereichert ist.

II. Durch Leistung eines anderen

Ferner müsste der Bereicherungsschuldner V den Vorteil „durch Leistung eines anderen“, nämlich des Bereicherungsgläubigers K erlangt haben. Leistung im Sinne des § 812 BGB ist die bewusste und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens. K überwies V 165.000 €, um von der Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrag zwischen V und K befreit zu werden (solvendi causa). V erlangte die Gutschrift i.H.v. 165.000 € somit durch Leistung des K.

III. Ohne rechtlichen Grund

Der Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB setzt schließlich voraus, dass der Bereicherungsschuldner den Vorteil ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Rechtsgrund für die Zah-

lung der 165.000 € war ursprünglich der zwischen V und K abgeschlossene Kaufvertrag. Dieser Rechtsgrund könnte dadurch entfallen sein, dass die Willenserklärung des K infolge Anfechtung gem. § 142 BGB als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Dies setzt voraus, dass K seine Willenserklärung wirksam angefochten hat.

1. Anwendung des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB auf angefochtene Rechtsgeschäfte

Fraglich ist zunächst, ob die aufgrund eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts erfolgte Leistung nach erfolgter Anfechtung gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB (condictio indebiti) oder vielmehr nach Maßgabe des § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB (condictio ob causam finitam) zurückgefordert werden kann. Gegen letztere Auffassung spricht jedoch vor allem der Wortlaut des § 142 Abs. 1, der die Rückwirkung der Nichtigkeit des Kausalgeschäfts auf den Zeitpunkt von dessen Vornahme anordnet.²⁹ Daher kann die aufgrund eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts erbrachte Leistung nach erfolgter Anfechtung über § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zurückgefordert werden.

2. Anfechtungsgrund

K müsste ein Anfechtungsgrund zustehen.

a) Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften einer Sache gem. § 119 Abs. 2 BGB

In Betracht kommt zunächst das Vorliegen eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Kaufsache gem. § 119 Abs. 2 BGB. Zwar ging K bei Vertragsschluss davon aus, dass die Wohnungswände hinreichend abgedichtet waren, um eine Schimmelbildung zu vermeiden. Dies stellt auch grundsätzlich einen Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft dar. Das Anfechtungsrecht aus § 119 Abs. 2 BGB ist jedoch ausgeschlossen, wenn sich der Irrtum gleichzeitig auf einen Umstand bezieht, welcher den Käufer zur Geltendmachung von Mängelgewährleistungsansprüchen berechtigt.³⁰ Die Zulässigkeit einer Anfechtung gem. § 119 Abs. 2 BGB neben den §§ 437 ff. BGB würde dem Käufer nämlich eine mit § 439 BGB unvereinbare sofortige Lösung vom Kaufvertrag ermöglichen und die Verjährungsregelungen des § 438 BGB unterlaufen.³¹ Die unzureichende Abdichtung der Wände stellt einen Mangel dar, welcher K grundsätzlich zur Geltendmachung von Mängelgewährleistungsrechten berechtigt. Eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrturns aufgrund derselben Tatsachengrundlage ist daneben ausgeschlossen.

²⁹ Lorenz, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 812 Rn. 88.

³⁰ Ellenberger (Fn. 16), § 119 Rn. 28; Goren, Jura 2012, 987 (992); Müller, in: Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, 2006, S. 449 (466 f.); Wendtland, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, § 119 Rn. 8; BGH NJW-RR 2008, 222 (223).

³¹ Ellenberger (Fn. 16), § 119 Rn. 28.

²⁸ Schwab, in: Münchner Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 11.

b) Arglistige Täuschung gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB

K könnte stattdessen ein Anfechtungsgrund aus § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB zustehen. Anders als die Irrtumsanfechtung ist die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung auch neben den Mängelgewährleistungsrechten anwendbar.³²

aa) Täuschung

Zunächst müsste V den K getäuscht haben. Unter einer Täuschung im Sinne des § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB versteht man das vorsätzliche Erregen, Bestärken oder Aufrechterhalten eines Irrtums, um den Willensentschluss des Getäuschten zu beeinflussen. Eine Täuschungshandlung des V durch aktives Tun ist jedoch nicht ersichtlich. Ein Täuschen durch Unterlassen – also durch bewusstes Verschweigen von Tatsachen – ist allerdings dann einem aktiven Täuschen gleichzusetzen, wenn eine Rechtspflicht zur Aufklärung über diese Tatsache bestand. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Täuschende auf ausdrückliche Fragen des Vertragspartners, deren Beantwortung er nicht vollkommen ablehnt, unvollständig und damit unrichtig antwortet.³³ Fehlt es, wie hier, an solchen Nachfragen, besteht grundsätzlich keine allgemeine Aufklärungspflicht über potentiell geschäftsrelevante Tatsachen.³⁴ Eine Informationspflicht kann allerdings bei der Vertragsanbahnung auch ohne Nachfrage des Vertragspartners bestehen, wenn eine Aufklärung nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) und den im Verkehr üblichen Gewohnheiten geboten ist und der Vertragspartner daher mit einer Aufklärung der Sachlage nach den Umständen des Einzelfalls redlicherweise rechnen darf.³⁵ Eine solche Aufklärungspflicht wird insbesondere dann angenommen, wenn (a) zwischen den Vertragsparteien ein besonderes persönliches Vertrauensverhältnis besteht oder durch das abzuschließende Rechtsgeschäft begründet werden soll,³⁶ (b) zwischen den Vertragsparteien eine erkennbare Informationsasymmetrie besteht³⁷ oder (c) es sich um Tatsachen handelt, die für den Vertragspartner von offensichtlich ausschlaggebender Bedeutung sind (insbesondere solche Tatsachen, die geeignet sind, den Vertragszweck zu beeinträchtigen oder gar zu vereiteln)³⁸. Letzteres ist bei Kaufverträgen insbesondere dann der Fall, wenn es sich um für den Käufer nicht erkennbare Mängel handelt,

die den Wert der Kaufsache erheblich mindern oder diese gar unbrauchbar machen, da hierdurch der Vertragszweck erheblich beeinträchtigt würde.³⁹

V hat K den massiven Schimmelbefall sowie dessen Ursache – die unzureichende Abdichtung der Wohnungswände – verschwiegen. Von der unzureichenden Abdichtung der Wände und dem hierdurch wiederkehrenden, massiven Schimmelbefall gehen nicht nur gesundheitliche Gefahren für die Bewohner der Wohnung aus, es drohen überdies weitere Substanzbeeinträchtigungen an der Kaufsache selbst sowie an den hierin eingebrachten Sachen der Bewohner. Die zur Sicherung der Sachsubstanz erforderliche Neuabdichtung der Wände stellt den Käufer überdies vor große finanzielle Belastungen, welche den Wert der Wohnung erheblich mindern. Hinzu kommt, dass V den Schimmel durch A überstreichen ließ, wodurch dieser für K nicht erkennbar, eine hierauf bezogene Nachfrage somit auch nicht angezeigt war. Demnach bestand im konkreten Fall eine Aufklärungspflicht im Hinblick auf die mangelhafte Abdichtung der Wände, welcher V bei den Vertragsverhandlungen nicht nachgekommen ist. Eine Täuschung durch Unterlassen im Sinne des § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB liegt somit vor.

bb) Arglist

V war der Mangel infolge der von A durchgeführten Untersuchungen seit Dezember 2014 bewusst. Er verschwieg ihn demzufolge auch vorsätzlich und somit arglistig.

cc) Rechtswidrigkeit der Täuschung

Die Täuschung müsste darüber hinaus auch rechtswidrig sein. Die Rechtswidrigkeit einer Täuschung ergibt sich in der Regel ipso facto aus der Täuschung; für eine ausnahmsweise gerechtfertigte Täuschung sind keine Anhaltspunkte ersichtlich.

dd) Kausalität zwischen Täuschung und Willenserklärung

Die Täuschung war überdies auch kausal für die Abgabe der Willenserklärung des K, welcher diese in Kenntnis des Mangels jedenfalls nicht in dieser Form abgegeben hätte.

c) Zwischenergebnis: Anfechtungsgrund

K steht daher ein Anfechtungsgrund aus § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB zu.

3. Anfechtungserklärung gem. § 143 Abs. 1 BGB

Ferner müsste K gem. § 143 Abs. 1 BGB die Anfechtung gegenüber V erklärt haben. Die Anfechtungserklärung ist eine formfreie empfangsbedürftige Willenserklärung des Anfechtungsberechtigten gegenüber dem Anfechtungsgegner. Inhaltlich muss die Erklärung erkennen lassen, dass die Partei das Geschäft wegen eines Willensmangels nicht gelten lassen will. K wendet sich am 8.1.2017 mit einem Brief an V, in welchem er diesem vorhält, ihn über den massiven Schimmelbefall im Unwissen gelassen zu haben, und er daher auf

³² BGH NJW 2009, 1266 (1268 f.); *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 123 Rn. 89 m.w.N.

³³ *Singer/v. Finkenstein*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 123 Rn. 10.

³⁴ *Ahrens*, in: Prütting/Wegen/Weinrich, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2017, § 123 Rn. 8; *Ellenberger* (Fn. 16), § 123 Rn. 5; *Singer/v. Finkenstein* (Fn. 33), § 123 Rn. 10; BGH NJW 1971, 1795 (1799).

³⁵ *Singer/v. Finkenstein* (Fn. 33), § 123 Rn. 11; BGH NJW 1989, 763 (764); BGH NJW-RR 1991, 439 (440).

³⁶ So schon RGZ 77, 309.

³⁷ *Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 68.

³⁸ Ständige Rspr., vgl. BGH, Urt. v. 17.3.1954 – II ZR 248/53; *Emmerich* (Fn. 37), § 311 Rn. 66 m.w.N.

³⁹ *Singer/v. Finkenstein* (Fn. 33), § 123 Rn. 13; *Ahrens* (Fn. 34), § 123 Rn. 15; BGH NJW 1990, 975 (975).

die unverzügliche Rückabwicklung des Kaufes bestehe. Der Brief des K lässt erkennen, dass das Rechtsgeschäft wegen eines Willensmangels des K beseitigt werden soll.

Die Anfechtungserklärung müsste V gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB auch zugegangen sein. Zugang im Sinne der Vorschrift liegt vor, wenn die Willenserklärung so in den Bereich des Erklärungsempfängers gelangt ist, dass er Kenntnis nehmen kann und unter normalen Umständen mit der Kenntnisnahme zu rechnen ist. Auf die tatsächliche Kenntnisnahme und deren Zeitpunkt kommt es hingegen nicht an. Zum Machtbereich des Empfängers gehören auch die von ihm zur Entgegennahme von Erklärungen bereit gehaltenen Einrichtungen, insbesondere der Briefkasten.

Indem die Anfechtungserklärung am 10.1.2017 in den Briefkasten geworfen wurde, ist diese in den Machtbereich des V gelangt. Dass V infolge seines Winterurlaubs tatsächlich erst am 14.1.2017 Kenntnis vom Inhalt der Erklärung nahm, steht einem Zugang am 10.1. nicht entgegen; es genügt insoweit die tatsächliche Möglichkeit der Kenntnisnahme. Die Anfechtungserklärung ist somit am Abend des 10.1.2017 wirksam geworden.

4. Anfechtungsfrist gem. § 124 BGB

Darüber hinaus müsste die Jahresfrist zur Anfechtung gem. § 124 BGB gewahrt worden sein. Die Frist begann im Dezember 2016, als K vom Mangel der Kaufsache und der hierauf bezogenen Kenntnis des V erfuhr. Die am 10.1.2017 wirksam gewordene Anfechtungserklärung erfolgte somit innerhalb der Jahresfrist.

5. Kein Ausschluss der Anfechtung gem. § 144 Abs. 1 BGB

Die Anfechtung könnte jedoch infolge Bestätigung gem. § 144 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sein. Dazu müsste K vor Wirksamwerden seiner Anfechtungserklärung am 10.1.2017 eine einseitige Willenserklärung mit dem Inhalt abgegeben haben, dass er trotz Kenntnis der Anfechtbarkeit an dem fehlerhaften Rechtsgeschäft festhalten, ergo von seinem Anfechtungsrecht keinen Gebrauch machen möchte. Als Bestätigungserklärung kommt allenfalls das Schreiben des K vom 4.1.2017 in Betracht.

a) Bestätigungserklärung des K

Fraglich ist zunächst, ob dem Schreiben des K überhaupt ein solcher Erklärungswert beizumessen ist. Eine ausdrückliche Erklärung mit dem Inhalt, dass K trotz Anfechtbarkeit an dem Kaufvertrag festhalten will, lässt sich dem Schreiben nicht entnehmen. Eine Bestätigung kann allerdings auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen; indes sind strenge Anforderungen an die Annahme einer solchen Bestätigung zu stellen, pflegen Teilnehmer im Rechtsverkehr regelmäßig nicht ohne weiteres auf bestehende Gestaltungsmöglichkeiten zu verzichten.⁴⁰

Vorliegend hat K durch seinen Brief vom 4.1.2017 seine Zufriedenheit mit dem Kauf der Wohnung zum Ausdruck gebracht („vollumfänglich zufrieden“, „froh, den Kaufvertrag

unterschrieben zu haben“). Gleichzeitig bezieht er sich auf den wiederkehrenden Schimmelbefall sowie auf den Kostenvoranschlag des A aus dem Jahr 2014 und bringt damit erkennbar zum Ausdruck, dass er von einer Kenntnis des V von dem Mangel ausgeht. Dennoch erschöpft sich seine Erklärung nicht in einer bloßen Höflichkeitsfloskel, äußert er trotz dieser Umstände seine Zufriedenheit mit dem Vertragsschluss. Die Auslegung seiner Erklärung führt demnach dazu, dass K die Wirksamkeit des Vertrages trotz der ihm bekannten Schimmelprobleme nicht in Frage stellt, sondern er vielmehr an dem Vertrag festhalten möchte. Eine Bestätigungserklärung des K liegt somit in Form des Schreibens vom 4.1.2017 vor.

b) Wirksamwerden der Bestätigungserklärung

Fraglich ist weiterhin, ob die Bestätigungserklärung vor Zugang der Anfechtungserklärung am 10.1.2017 wirksam geworden ist. Dem könnte entgegenstehen, dass die Bestätigungserklärung tatsächlich erst am 11.1.2017 – und somit nach Zugang der Anfechtungserklärung – durch den Postboten in den Briefkasten des V eingeworfen wurde. Dies wäre jedenfalls dann zu spät, wenn die Bestätigungserklärung gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB erst mit Zugang beim abwesenden Erklärungsadressaten wirksam würde. Umstritten ist, ob es sich bei der Bestätigung um eine empfangsbedürftige oder eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung handelt.⁴¹

Die Gesetzesverfasser haben in der Bestätigung ausweislich der Gesetzesmaterialien eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung gesehen.⁴² Dem haben sich Rechtsprechung und Schrifttum angeschlossen.⁴³ Begründet wird diese Ansicht damit, dass der Bestätigende mit der Bestätigung nur über sein eigenes Anfechtungsrecht verfügt.⁴⁴ Die Gegenansicht hält es aus Gründen der Rechtssicherheit jedoch für erforderlich, dass der Anfechtungsgegner erkennen können muss, ob das anfechtbare Rechtsgeschäft nun gelten soll oder nicht und bejaht daher eine Empfangsbedürftigkeit.⁴⁵ Entscheidend gegen die Empfangsbedürftigkeit spricht allerdings der Schutzzweck des Anfechtungsrechts: Dieses steht dem Getäuschten deshalb zu, da er bis zum Zeitpunkt der Kenntniserlangung von der Täuschung seinen tatsächlichen Willen noch nicht fehlerfrei bilden konnte. Bildet der Getäuschte in voller Kenntnis der Sachlage nun erneut den Willen, das geschlossene Rechtsgeschäft abzuschließen (bzw. es gelten zu lassen), ist der ursprüngliche Fehler bei der Willensbildung geheilt und der Getäuschte nicht mehr schutzwürdig. Ob der Anfechtungsgegner von dieser erneuten Willensbildung durch Zugang der Erklärung Kenntnis erlangt oder nicht, kann dann für die Wirksamkeit der Bestätigung nicht

⁴¹ Busche, in: Münchner Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 144 Rn. 4.

⁴² Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, Bd. 1, 1897, S. 134.

⁴³ Ellenberger (Fn. 16), § 144 Rn. 2; Hefermehl, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1999, § 144 Rn. 1.

⁴⁴ Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 140.

⁴⁵ Busche (Fn. 41), § 144 Rn. 4.

⁴⁰ BGH MDR 2016, 315 m.w.N.

von Relevanz sein. Die Bestätigung stellt demnach eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung dar. Sie wurde mit Abgabe durch K am 4.1.2017 und damit vor Zugang der Anfechtungserklärung wirksam.

Hinweis: Eine andere Auffassung ist hier mit guten Argumenten vertretbar, dient das Institut der Bestätigung schließlich vordergründig dem Schutz des Vertrauens des Anfechtungsgegners darin, dass von einem bestehenden Anfechtungsrecht in voller Kenntnis der Sachlage keinen Gebrauch gemacht wird. Auf ein solches Vertrauen kann sich allerdings nur berufen, wer überhaupt Kenntnis von der Bestätigung erlangt hat. Zudem muss sich der BGH die Frage gefallen lassen, warum er die Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont, wie sie das OLG Dresden als Vorinstanz vorgenommen hat,⁴⁶ nicht als rechtsfehlerhaft zurückgewiesen hat, wenn es sich bei der Bestätigung doch um eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, welche im Grundsatz nach dem tatsächlichen Willen des Erklärenden auszulegen ist.⁴⁷

c) Anfechtung der Bestätigung mit Brief vom 16.2.2017

Die Bestätigungserklärung könnte jedoch infolge Anfechtung gem. § 142 Abs. 1 BGB von Anfang an unwirksam sein. Eine hierfür erforderliche Anfechtungserklärung könnte allenfalls in dem Schreiben des K vom 16.2.2017 zu sehen sein, in welchem er erklärt, dass er mit seinem Schreiben vom 4.1.2017 keinen Verzicht auf etwaige, aus dem vertragswidrigen Verhalten des V resultierenden Ansprüche zum Ausdruck bringen wollte. Fraglich ist allerdings, ob K auch zur Anfechtung der Bestätigungserklärung berechtigt war.

aa) Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB

Der von V durch Täuschung hervorgerufene Irrtum (siehe oben) war zum Zeitpunkt der Abgabe der Bestätigungserklärung bereits abgeklungen, weshalb eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB ausscheidet.

bb) Anfechtung gem. § 119 Abs. 1 BGB (analog)

K könnte die Bestätigung allerdings gem. § 119 Abs. 1 BGB (analog) wegen fehlenden Erklärungsbewusstseins angefochten haben. Dazu müsste K beim Schreiben des Briefes das Bewusstsein gefehlt haben, eine verbindliche rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben, und dies müsste ihn darüber hinaus analog § 119 Abs. 1 BGB zur Anfechtung berechtigen. K wollte mit seinem Schreiben lediglich seine grundsätzliche Zufriedenheit über den Kauf zum Ausdruck bringen, nicht aber eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgeben. Fraglich ist allerdings, ob ihm auch im Fall eines fehlenden Erklärungsbewusstseins ein Anfechtungsrecht gem. § 119 Abs. 1 BGB (analog) zusteht oder ob eine solche Erklärung –

in Ermangelung eines solchen Bewusstseins – nicht von vornherein unwirksam ist.

Für die Unwirksamkeit einer ohne Erklärungsbewusstsein abgegebenen Willenserklärung spricht ein *argumentum a fortiori* aus § 118 BGB: Wenn Nichtigkeit schon bei bewusst abgegebenen Scherzerklärungen eintritt, die in der Erwartung abgegeben werden, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt, dann müsse dies erst recht in den Fällen gelten, in denen der Erklärende überhaupt keine Erklärung abgeben wollte.⁴⁸ Dies übersieht jedoch die fehlende Vergleichbarkeit von Scherzerklärungen und Erklärungen, welche ohne Erklärungsbewusstsein abgegeben wurden: In den Fällen des § 118 BGB hat sich der Erklärende von vornherein auf die Nichtigkeit der ausgedrückten Rechtsfolgen festgelegt und seinen Willen somit abschließend gebildet. Ein Wahlrecht, ob er die Erklärung dennoch gelten lassen will, steht dem Scherzenden deshalb zu Recht nicht zu.⁴⁹ In den Fällen des fehlenden Erklärungsbewusstseins hingegen hat der Erklärende noch keinen Willen über die Rechtsgeltung seiner versehentlich abgegebenen Willenserklärung gebildet.⁵⁰ Sobald er sich also seines Erklärungsverhaltens bewusst wird, könnte er ein Interesse an den darin ausgedrückten Rechtsfolgen haben und die Erklärung für und gegen sich gelten lassen wollen. Tatsächlich besteht somit vielmehr eine Parallele zum Erklärungsirrtum im Sinne des § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB: Auch hier hat der Irrende seinen Willen hinsichtlich der tatsächlich abgegebenen Erklärung noch nicht gebildet, weshalb ihm ein Wahlrecht darüber eingeräumt wird, ob er diese vernichten oder gelten lassen will. Deshalb sind Fälle, in denen der Irrende „eine Erklärung dieses Inhalts“ nicht abgeben wollte, solchen Fällen gleichzusetzen, in denen der Irrende überhaupt keine Erklärung abgeben wollte. Die Bestätigungserklärung des K war somit zwar wirksam, aber gem. § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB analog anfechtbar.

Neben einem tauglichen Anfechtungsgrund müsste die Anfechtung allerdings auch fristgerecht erklärt worden sein. Gem. § 121 BGB hat die Anfechtung in den Fällen der §§ 119, 120 BGB unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern zu erfolgen. K erfuhr bereits durch den Brief des V vom 16.1.2017 davon, dass V seinem Schreiben vom 4.1.2017 den Erklärungswert einer Bestätigung beimaß. Indem er sich ohne ersichtlichen Verzögerungsgrund erst einen Monat später an V wendete, ließ er die Frist des § 121 BGB verstreichen. Eine Anfechtung der Bestätigung war somit verfristet.

cc) Zwischenergebnis: Anfechtung der Bestätigung

Die Bestätigungserklärung des K ist nicht infolge Anfechtung als von Anfang an unwirksam anzusehen.

⁴⁶ OLG Dresden BeckRS 2016, 02925.

⁴⁷ Busche (Fn. 41), § 133 Rn. 11; Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 35 Rn. 31.

⁴⁸ Bydlinski, JZ 1975, 1 (2); Wolf/Neuner (Fn. 47), § 32 Rn. 22.

⁴⁹ Armbrüster (Fn. 32), § 119 Rn. 96; Bydlinski, JZ 1975, 1 (3); Singer, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, Vorbem zu §§ 116-144 Rn. 34.

⁵⁰ Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, § 40 Rn. 607.

d) Zwischenergebnis

Die Anfechtung des Kaufvertrages war somit infolge Bestätigung gem. § 144 Abs. 1 BGB ausgeschlossen. Die Willenserklärung des K ist somit nicht gem. § 142 Abs. 1 BGB als von Anfang an nichtig anzusehen, der Kaufvertrag zwischen V und K vielmehr wirksam.

6. Zwischenergebnis: Ohne Rechtsgrund

Die Leistung des K erfolgt somit nicht ohne Rechtsgrund im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

IV. Ergebnis

Mithin hat K keinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 165.000 € gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

B. Anspruch K gegen V auf Rückgewähr der 165.000 € gem. §§ 437 Nr. 2 Alt. 1 i.V.m. 440, 323, 346 Abs. 1 BGB

K könnte gegen V einen Anspruch auf Rückgewähr der 165.000 € gem. §§ 437 Nr. 2 Alt. 1 i.V.m. 440, 323, 346 Abs. 1 BGB haben.

I. Bestehen des Rückgewähranspruchs

K müsste hierfür zunächst wirksam ein ihm zustehendes Rücktrittsrecht gem. §§ 437 Nr. 2 Alt. 1 i.V.m. 440, 323 BGB ausgeübt haben.

1. Rücktrittsvoraussetzungen

Zwischen K und V wurde ein wirksamer Kaufvertrag über die Wohnung zum Preis von 165.000 € abgeschlossen. Der Kaufsache fehlte indes zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs jedenfalls die übliche Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB, war diese doch in Ermangelung einer hinreichenden Abdichtung der Gefahr wiederkehrender Schimmelbildung ausgesetzt, was die Bewohnbarkeit der Wohnung und damit ihren üblichen Verwendungszweck beeinträchtigt.

Darüber hinaus setzt ein Rücktritt grds. das Setzen einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung voraus, was K hier versäumt hat. Eine solche Fristsetzung ist allerdings nach § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. Besondere Umstände liegen u.a. dann vor, wenn der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen hat.⁵¹ Das ergibt sich daraus, dass bei einer vom Verkäufer beim Abschluss eines Kaufvertrags begangenen Täuschungshandlung in der Regel die für eine Nacherfüllung erforderliche Vertrauensgrundlage be-

schädigt ist.⁵² V hat gegenüber K den Schimmel arglistig verschwiegen (siehe oben). Somit ist eine Fristsetzung gem. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich.

2. Rücktrittserklärung, § 349 BGB

Ferner müsste K gem. § 349 BGB gegenüber V den Rücktritt erklärt haben. Das Rücktrittsrecht wird durch eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt. Indem K sich am 8.1.2017 an V mit der Forderung nach Rückabwicklung wendete und dieser Brief am 10.1.2017 in den Briefkasten desselbigen eingeworfen wurde, ist V eine wirksame Rücktrittserklärung des K zugegangen.

3. Kein Ausschluss der Mängelgewährleistungshaftung

Die Mängelgewährleistung dürfte zudem nicht ausgeschlossen sein. K und V haben im Rahmen des notariellen Kaufvertrages vom 27.10.2015 den Ausschluss sämtlicher Gewährleistungsrechte vereinbart. Die Möglichkeit der individualvertraglichen Abbedingung von Kaufmängelgewährleistungsrechten ist zwar gesetzlich nicht ausdrücklich festgeschrieben, ergibt sich allerdings im Umkehrschluss aus § 444 BGB.⁵³ Gem. § 444 Alt. 1 BGB kann sich der Verkäufer jedoch nicht auf einen vereinbarten Haftungsausschluss berufen, wenn er den die Haftung begründenden Mangel arglistig verschwiegen hat. Vorliegend hat V gegenüber K den Mangel allerdings arglistig verschwiegen. V kann sich somit gem. § 444 Alt. 1 BGB nicht auf den vertraglichen Haftungsausschluss berufen.

II. Kein Ausschluss wegen Verzichts auf das Rücktrittsrecht

Fraglich ist allerdings, ob K mit Brief vom 4.1.2017 auf sein Rücktrittsrecht einseitig verzichtet hat. Auf Gestaltungsrechte wie das Recht zum Rücktritt vom Vertrag kann der Berechtigte mittels einseitiger, empfangsbedürftiger Willenserklärung verzichten; eines Erlassvertrages im Sinne des § 397 bedarf es bei Gestaltungsrechten nicht.⁵⁴

1. Verzichtserklärung des K

K könnte mit seinem Schreiben vom 4.1.2017 auf sein Rücktrittsrecht verzichtet haben. Bereits festgestellt wurde, dass

⁵² BGH NJW 2008, 1371 (1372).

⁵³ Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2015, § 444 Rn. 1; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 41. Aufl. 2017, § 4 Rn. 31; Matusche-Beckmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2014, § 434 Rn. 282; BGH NJW 1984, 1452, (1453).

⁵⁴ BGH LM § 326 (J) Nr. 2; Gaier, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 346 Rn. 7; Grüneberg (Fn. 51), § 350 Rn. 3; Kaiser, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 349 Rn. 38; Kleinschmidt, Der Verzicht im Schuldrecht, 2004, S. 172 ff.; Schlüter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 397 Rn. 19; Schreiber, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1999, § 397 Rn. 1; Ballhaus, in: Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1976, § 346 Rn. 5.

⁵¹ Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 77. Aufl. 2018, § 323 Rn. 22; Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2015, § 323 Rn. 13; Schwarze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2015, § 323 Rn. B 121; BGH NJW 2007, 835 (835); BGH NJW 2008, 1371 (1371); BGH NJW 2009, 2532 (2533).

diesem Schreiben der Erklärungswert einer Bestätigung beizumessen ist. Fraglich ist allerdings, inwieweit die Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts Rechtswirkung auch gegenüber sonstigen schuldrechtlichen Rückabwicklungsinstrumenten entfaltet.

Nach einer Auffassung stellt die Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts zugleich einen Verzicht auf die schuldrechtliche Rückgängigmachung des Vertrages dar.⁵⁵ Der Anfechtungsberechtigte, der mit der Bestätigung seine Bereitschaft zum Festhalten am Vertrag erklärt, soll demnach nicht auf anderem Wege verlangen können, so gestellt zu werden, als hätte er den Vertrag nie abgeschlossen. Danach wäre ein Rücktritt des K infolge Verzichts ausgeschlossen.

Nach anderer Auffassung ist durch Auslegung im Einzelfall zu ermitteln, ob die Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts zugleich einen Verzicht auf andere auf Rückabwicklung gerichtete Rechtsbehelfe darstellt.⁵⁶ Bei der Auslegung ist ein strenger Maßstab anzulegen, weil der Gläubiger grds. keinen Anlass hat, auf bestehende Rechtsbehelfe zu verzichten. Ein Verzicht auf sonstige, auf Rückabwicklung gerichtete Rechtsbehelfe ist demnach nur anzunehmen, wenn der Anfechtungsberechtigte eindeutig zum Ausdruck gebracht hat, aus dem zur Anfechtung berechtigenden Umstand unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt mehr Rechte herleiten zu wollen. Auch unter Zugrundelegung dieser Auffassung wird man in Anbetracht des klaren Wortlauts des Schreibens vom 4.1.2017, insbesondere wegen der Bezugnahme auf die das Anfechtungsrecht begründenden Umstände, zu dem Ergebnis kommen, dass K mit Bestätigung des Rechtsgeschäfts gleichsam den Verzicht auf sonstige Rechtsbehelfe erklärt hat, welche ihn zur Rückabwicklung berechtigen. Es bedarf somit keiner Stellungnahme, vielmehr ist das Schreiben vom 4.1.2017 als Verzichtserklärung in Bezug auf das Rücktrittsrecht auszulegen.

2. Wirksamwerden der Verzichtserklärung

Einseitig kann der Berechtigte auf sein Rücktrittsrecht allerdings nur verzichten, wenn er den Rücktritt noch nicht erklärt hat.⁵⁷ Fraglich ist somit, zu welchem Zeitpunkt die Verzichtserklärung wirksam geworden ist. Anders als die Bestätigung, welche nach h.M. eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung darstellt, handelt es sich beim Verzicht um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, welche gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB unter Abwesenden erst mit Zugang wirksam wird. Das Schreiben vom 4.1.2017 ist V allerdings erst am 11.1. zugegangen (siehe oben). Die Rücktrittserklärung des K ist hingegen bereits am 10.1.2017 und folglich vor Wirksamwerden der Verzichtserklärung zugegangen. Somit konnte K durch das am 11.1. zugegangene Schreiben nicht mehr einseitig auf sein Rücktrittsrecht verzichten. Der Rücktritt war somit nicht wegen Verzichts ausgeschlossen.

⁵⁵ RG JW 1911, 398 f.

⁵⁶ BGH MDR 2016, 315 (316 m.w.N.).

⁵⁷ Ballhaus (Fn. 54), § 346 Rn. 5; Grüneberg (Fn. 51), § 350 Rn. 3; Kaiser (Fn. 54), § 349 Rn. 38.

III. Ergebnis

K hat einen Anspruch auf Rückgabe der 165.000 € gem. §§ 437 Nr. 2 Alt. 1 i.V.m. 440, 323, 346 Abs. 1 BGB Zug um Zug gegen Rückgabe der Wohnung.

C. Anspruch K gegen V auf Rückzahlung der 165.000 € gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB

K könnte gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung der 165.000 Euro gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB haben.

I. Anwendbarkeit der c.i.c.

Fraglich ist bereits, ob Ansprüche wegen unterlassener Aufklärung über die Beschaffenheit der Kaufsache neben den Sachmängelgewährleistungsrechten überhaupt in Betracht kommen. Grundsätzlich begründet die mangelhafte Leistung des Verkäufers keinen Anspruch aus c.i.c., da das Kaufrecht speziellere Regelungen für die Rechtsfolgen einer Schlechtleistung enthält.⁵⁸ Dies gilt insbesondere für die verkürzte Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB, welche durch ein Nebeneinander von Mängelgewährleistung und c.i.c. leerzulaufen droht. Der Vorrang der Mängelhaftung gilt allerdings nicht ausnahmslos. Anwendbar bleibt § 311 Abs. 2 BGB im Fall der Arglist des Verkäufers.⁵⁹ Denn in dem Fall ist der Verkäufer nicht schutzwürdig und hat kein berechtigtes Interesse an der Möglichkeit der Nacherfüllung.⁶⁰ Zudem droht wegen § 438 Abs. 3 S. 1 BGB im Fall der arglistigen Täuschung keine Umgehung speziellerer kaufrechtlicher Verjährungsvorschriften.⁶¹ Daher bestehen die Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss und kaufrechtlicher Gewährleistung nebeneinander.

II. Anspruchsvoraussetzungen

Spätestens mit Eintritt in die Verhandlungen über den Abschluss eines Kaufvertrages über die Wohnung entstand zwischen K und V ein vorvertragliches Schuldverhältnis im Sinne des § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Indem V dem K den Mangel verschwie, verletzte er seine Aufklärungspflichten (siehe oben). Dies geschah auch vorsätzlich, hat V den Schimmelbefall gegenüber K schließlich arglistig verschwiegen (siehe oben). K kann daher gem. § 249 Abs. 1 BGB die Aufhebung des Vertrages sowie den Ersatz zusätzlicher Aufwendungen verlangen.⁶² Der Anspruch des K ist mithin wirksam entstanden.

⁵⁸ Grüneberg (Fn. 51), § 311 Rn. 14; BGH NJW 2009, 2120 (2122).

⁵⁹ Löwisch/Feldmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2013, § 311 Rn. 120; BGHZ 180, 205 (212).

⁶⁰ BGHZ 180, 205 (211).

⁶¹ BGHZ 180, 205 (214).

⁶² Emmerich (Fn. 37), § 311 Rn. 196; Grüneberg (Fn. 51), § 311 Rn. 54; Löwisch/Feldmann (Fn. 59), § 311 Rn. 161; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2015, Rn. 536; Stürner, in: Prütting/Wegen/Weinrich, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2017, § 311 Rn. 56, 66; Stoll, in:

III. Erlöschen des Anspruchs nach § 397 BGB

Fraglich ist allerdings, ob der Anspruch des K gem. § 397 BGB wieder erloschen ist. Dazu müsste zwischen K und V ein Erlassvertrag gem. § 397 BGB zustande gekommen sein. Erforderlich hierfür sind zwei korrespondierende Willenserklärungen, Angebot und Annahme.

1. Angebot des K zum Abschluss eines Erlassvertrages

K müsste V ein Angebot zum Abschluss eines Erlassvertrages gemacht haben. Vorliegend hat K kein ausdrückliches Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages gemacht. Fraglich ist allerdings, ob es sich bei der Bestätigung des Rechtsgeschäfts durch K zugleich auch um ein Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages handelt. Ein genereller Wille, dass mit einer Bestätigung auf alle Rechte verzichtet werden soll, die aus den die Anfechtung begründenden Umständen resultieren, kann dabei nicht einfach unterstellt werden. Jedoch liegt in der Bestätigungserklärung in aller Regel ein konkludentes – von dem Anfechtungsgegner anzunehmendes – Angebot des Bestätigenden auf Abschluss eines Erlassvertrages (§ 397 BGB), bezogen auf solche Schadensersatzansprüche, die darauf zielen, ihn wegen des die Anfechtung begründenden Umstandes so zu stellen, wie er stünde, wenn der Vertrag nicht zustande gekommen wäre. Ansonsten würde im Ergebnis die gleiche Situation wie bei der Wirksamkeit der Anfechtung und der hieraus folgenden bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung bestehen, die durch die Bestätigung gerade ausgeschlossen werden soll. Voraussetzung für eine solche Auslegung ist allerdings, dass der Anfechtungsberechtigte im Zeitpunkt der Abgabe der Bestätigungserklärung in tatsächlicher Hinsicht sämtliche Umstände kennt, die ihn zur schadensrechtlichen Rückabwicklung des Vertrages berechtigen würden.⁶³ Vorliegend kannte K alle Umstände, die zur schadensrechtlichen Rückabwicklung des Vertrages berechtigten würden (siehe oben). Daher ist die Bestätigungserklärung des K so auszulegen, dass sie ein Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages im Sinne des § 397 BGB umfasst. Ein Angebot des K auf Abschluss eines Erlassvertrages liegt somit vor.

2. Widerruf durch den Brief vom 8.1.2017

K könnte sein Angebot allerdings durch den Brief vom 8.1.2017 gem. § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufen haben. Da eine empfangsbedürftige Willenserklärung erst mit Zugang wirksam wird, kann das Wirksamwerden dieser Erklärung durch eine Widerrufserklärung, die vor oder gleichzeitig mit der Willenserklärung zugeht (§ 130 Abs. 1 S. 2 BGB), verhindert werden.⁶⁴ Im Hinblick auf den Inhalt des Schreibens vom 8.1.2017, in welchem K die Rückabwicklung des Vertrages fordert, ist dem Schreiben der Erklärungswert einer

Widerrufserklärung bezüglich des ursprünglich erklärten Angebotes zum Erlass, welches dem Zweck des Schreibens zuwiderläuft, beizumessen. Der Widerruf ist bereits am 10.1.2017, das Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages hingegen erst am 11.1.2017 zugegangen. K hat sein Angebot somit wirksam widerrufen, § 130 Abs. 1 S. 2 BGB.

3. Zwischenergebnis

Zwischen K und V ist kein Erlassvertrag gem. § 397 BGB zustande gekommen. Der Anspruch ist somit nicht erloschen.

IV. Ergebnis

K hat einen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB auf Rückzahlung der 165.000 €.

D. Weitere Ansprüche des K

K könnte einen Anspruch gem. §§ 437 Nr. 2 Alt. 1 i.V.m. 440, 324, 346 Abs. 1 BGB haben. Indem V seine Aufklärungspflicht verletzt hat, liegt eine Pflichtverletzung im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB vor (siehe oben). Dadurch, dass das Vertrauen des K aufgrund der arglistigen Täuschung endgültig zerstört ist, ist ein Festhalten am Vertrag für K auch unzumutbar. Mithin steht K neben § 323 BGB ein Rücktrittsrecht aus § 324 BGB zu. Ferner könnte K gem. §§ 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280, 281 Abs. 1, 440 BGB einen Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung haben. Die Sachmangelgewährleistung ist eröffnet (siehe oben). Ferner war die Fristsetzung gem. § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB entbehrlich. Der Schimmelbefall müsste außerdem erheblich sein. Denn der Gläubiger kann den großen Schadensersatz nicht verlangen, wenn die Pflichtverletzung – d.h. der Mangel – unerheblich ist, § 281 Abs. 1 S. 3 BGB. Bei Arglist ist die Pflichtverletzung in der Regel als erheblich zu werten.⁶⁵ Dadurch, dass V gegenüber K den Mangel arglistig verschwiegen (siehe oben), ist der Schimmelbefall vorliegend als erheblich zu beurteilen. Mithin hat K gem. §§ 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280, 281 Abs. 1, 440 BGB einen Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung. K kann von V 165.000 € als Schaden verlangen, ist aber seinerseits verpflichtet, dem V den Kaufgegenstand nach §§ 281 Abs. 5, 346 BGB zurückzugeben. In Ermangelung eines wirksamen Angebotes zum Abschluss eines Erlassvertrages bzw. einer wirksamen Verzichtserklärung sind diese Ansprüche zudem nicht erloschen.

E. Gesamtergebnis

K kann seinen Rückabwicklungsanspruch auf c.i.c. (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB), ein Rücktrittsrecht aus §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 323 Abs. 1 bzw. § 324 BGB und auf einen Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung, §§ 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280, 281 Abs. 1, 440 BGB, stützen.

Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, 1978, S. 433 (466); BGH NJW 1993, 1323 (1325).

⁶³ BGH MDR 2016, 315, 316.

⁶⁴ Einsele, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 130 Rn. 40; Ellenberger (Fn. 16), § 130 Rn. 11; Wendtland (Fn. 30), § 130 Rn. 30.

⁶⁵ Grüneberg (Fn. 51), § 281 Rn. 47.

Anfängerklausur: Aufreibende Abrechnung*

Von Stud. iur. **Elli-Luise Haag**, Wiss. Mitarbeiter **Sebastian Henke**, Akad. Rat a.Z. **Jan Singbartl**, München**

Sachverhalt

Goldschmiedin und Schmuckhändlerin Bella beauftragt Schlosserin Uta am 1.7.2017 damit, zum Festpreis von 5.000 € ein von B bereits erworbenes Geländer an der Terrasse hinter Bs Werkstatt anzubringen, damit B ihre Ware bei einer Veranstaltung im Freien präsentieren kann. Nachdem U die Arbeiten fertiggestellt hat und um einen Abnahmetermin bei B ersucht, behauptet B, deren Atelier gerade nicht so gut läuft und die noch etwas Zeit gewinnen möchte bis zur Bezahlung der vereinbarten Vergütung, dass sie den Eindruck habe, das Geländer sei nicht ganz senkrecht montiert. Daraufhin schaut sich U die Arbeit noch einmal an, stellt ohne Weiteres fest, dass alles einwandfrei ist und der Mangel offensichtlich von B nur vorgeschoben wurde. Sie fordert B auf, binnen zwei Wochen die Abnahme zu erklären. B lässt die Frist verstreichen, ohne zu reagieren und reagiert auch auf eine nachfolgende schriftliche Zahlungsaufforderung der U nicht.

Frage 1

Kann U zu diesem Zeitpunkt von B Zahlung von 5.000 € verlangen?

Sachverhaltsfortsetzung

U wird dies alles zu nervenaufreibend und sie tritt deshalb nun ihre „etwaigen Ansprüche gegen B“ an ihre durchsetzungsstarke Tochter Z ab, was sie der B umgehend mitteilt. Erst jetzt stellt B bei routinemäßiger Durchsicht ihrer Geschäftsunterlagen fest, dass U ihr noch 5.010 € Restkaufpreis für Schmuck schuldet, den sie vor einiger Zeit an U verkauft und vollständig geliefert hat. B teilt daraufhin am 15.8.2017 in einer – sowohl an U als auch Z gerichteten – E-Mail mit, dass „ich schon deshalb noch gar nicht zahlen muss, weil ich das neue Geländer nicht abgenommen habe“. Des Weiteren erklärt sie: „Jedenfalls verrechne ich Euch beiden gegenüber die Vergütung für die Terrasse mit dem noch offenen Kaufpreisrest von 5.010 € für den Schmuck, den ich 2015 an Dich, U, verkauft und geliefert habe, womit dann ja wohl alles erledigt ist“. Z antwortet ihr umgehend, dass sie dies nicht akzeptieren könne. Nachdem B längst wisse, dass sie, die Z, nunmehr Forderungsinhaberin sei, müsse B an sie, die Z, zahlen. Auch komme die Geltendmachung des Restkaufpreises viel zu spät.

* Der vorliegende Fall wurde in abgewandelter Form im Sommersemester 2017 im Rahmen der Abschlussklausur des Grundkurses Zivilrecht II gestellt. Die Verf. danken Frau Prof. Dr. Gsell für hilfreiche Anregungen und Unterstützung.

** Die Autoren Elli-Luise Haag, Sebastian Henke und Jan Singbartl sind Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München (Prof. Dr. Beate Gsell).

Frage 2

Kann Z von B weiterhin Zahlung von 5.000 € verlangen?

Bearbeitervermerk

Die Sachverhaltsfortsetzung ist bei der Bearbeitung der Frage 1 außer Betracht zu lassen.

Lösungsvorschlag zu Frage 1: Anspruch der U gegen B auf Zahlung von 5000 €

U könnte gegen B einen Anspruch aus § 631 Abs. 1 BGB auf Zahlung von 5000 € haben.

U und B haben einen wirksamen Werkvertrag¹ geschlossen, sodass ein Anspruch nach § 631 Abs. 1 BGB entstanden ist. Fraglich ist lediglich, ob dieser auch fällig ist.

I. Fälligkeit bei Abnahme

Grundsätzlich² wird die Werklohnforderung erst mit Abnahme³ des Werkes fällig, § 641 Abs. 1 S. 1 BGB. Abnahme im Sinne des §§ 641 Abs. 1 S. 1, 640 Abs. 1 S. 1 BGB (sog. rechtsgeschäftliche Abnahme⁴) bedeutet die körperliche Entgegennahme des vom Unternehmer hergestellten Werkes, soweit diese möglich ist, und die damit verbundene Erklärung des Bestellers, dass er das Werk als in der Hauptsache vertragsgerecht erbracht anerkenne.⁵ Hier fehlt es schon an einer entsprechenden ausdrücklichen Erklärung der B, so dass eine Abnahme nach § 640 Abs. 1 S. 1 BGB nicht vorliegt. Eine konkludente Abnahme scheidet mangels darauf gerichteten und erkennbaren Abnahmewillens⁶ der B aus.

¹ Allgemein zum Werkvertrag *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 17. Aufl. 2014, § 103 ff.; *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 41. Aufl. 2017, § 23 ff.

² *Voit*, in: Beck'scher Online Kommentar zum BGB, 45. Ed., Stand: 1.2.2017, § 640 Rn. 4.

³ Die Rechtsnatur der Abnahme ist strittig, jedenfalls sollen die Regeln des allgemeinen Teils des BGB entsprechend anwendbar sein, *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 77. Aufl. 2018, § 640 Rn. 3; *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2018, § 640 Rn. 4. Sie wird im Übrigen relevant für den Bestand des Mängelanspruches, § 640 Abs. 3 BGB, die Gefahrtragung, § 644 BGB und die Verjährungsfristen, § 643a BGB.

⁴ Terminologisch dient der Begriff der rechtsgeschäftlichen Abnahme lediglich der Abgrenzung zur sog. fiktiven Abnahme (siehe sogleich). Keineswegs soll mit dem Begriff „rechtsgeschäftlich“ eine bestimmte Rechtsnatur der Abnahme impliziert werden, vgl. *Sprau* (Fn. 3), § 640 Rn. 3.

⁵ Vgl. zum (zwei- bzw. eingliedrigem) Abnahmebegriff *Busche* (Fn. 3), § 640 Rn. 2; *Voit* (Fn. 2), § 640 Rn. 5 ff.; *Mansel*, in: *Jauernig*, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2015, § 640 Rn. 2.

⁶ *Busche* (Fn. 3), § 640 Rn. 17; *Mansel* (Fn. 5), § 640 Rn. 3.

Die Abnahme ist auch nicht gem. § 646 BGB nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen,⁷ sodass die Vollendung des Werkes als solche nicht ausreicht.

II. Abnahmefiktion

Der Abnahme steht es jedoch gleich, wenn der Unternehmer dem Besteller nach der Fertigstellung des Werkes eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat, § 640 Abs. 2 S. 1 BGB (sog. fiktive Abnahme⁸).

Von einer Fertigstellung ist auszugehen, wenn das Werk nach der vertraglichen Vereinbarung als erbracht anzusehen ist, unabhängig von etwaigen Mängeln.⁹ Vertraglich vereinbart war hier die Anbringung des Geländers. Diese Arbeit hat U fertiggestellt.

Zudem müsste U der B eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt haben. Hierfür ist erforderlich, dass ein bestimmter Endtermin erkennbar wird.¹⁰

Das Ersuchen der U um einen Abnahmetermin ist nicht ausreichend. Die Abnahmefiktion des § 640 Abs. 2 S. 1 BGB trat daher zunächst nicht ein.

U setzte B aber anschließend ausdrücklich eine Zwei-Wochen-Frist zur Abnahme. Diese war angesichts der konkreten Beschaffenheit des Werkes und gewöhnlicher Umstände¹¹ angemessen.

Zwar hat B einen Mangel geltend gemacht, jedoch ist bereits fraglich, ob ein vorgeschobener Mangel für die Verweigerung im Sinne des § 640 Abs. 2 S. 1 BGB genügt.¹² Jedenfalls erfolgte die Abnahmeverweigerung nicht innerhalb der gesetzten Frist.¹³ Nach der Fristsetzung machte B keine weiteren Mängel geltend, sie verweigerte somit nicht gerechtfertigt die Abnahme im Sinne des § 640 Abs. 2 S. 1 BGB.

B handelte zudem für ihren Gewerbebetrieb und somit nicht als Verbraucherin im Sinne des § 13 BGB, sodass § 640 Abs. 2 S. 2 BGB nicht zur Anwendung kommt.

Hinweis: Andernfalls würden die Wirkungen der Abnahme nach S. 1 nur eintreten, wenn der Unternehmer den Verbraucher-Besteller auf die Folgen der nicht erklärten oder ohne Mängelangabe verweigerten Abnahme in Textform im Sinne des § 126b BGB hinweist.

⁷ Dies ist grundsätzlich nur bei immateriellem Erfolg und unverkörperten Werken der Fall, *Busche* (Fn. 3), § 646 Rn. 2.

⁸ *Sprau* (Fn. 3), § 640 Rn. 13.

⁹ *Sprau* (Fn. 3), § 640 Rn. 14.

¹⁰ *Busche* (Fn. 3), § 640 Rn. 28.

¹¹ Vgl. *Busche* (Fn. 3), § 640 Rn. 28; *Sprau* (Fn. 3), § 640 Rn. 14.

¹² Dagegen *Sprau* (Fn. 3), § 640 Rn. 16 m.w.N.

¹³ *Sprau* (Fn. 3), § 640 Rn. 16. Da der vorgeschobene Mangel nach hier vertretener Auffassung (vgl. Fn. 12) nicht ausreicht, kann offenbleiben, ob die Abnahmeverweigerung unter Angabe eines Mangels über den Zeitpunkt der Fristsetzung hinauswirkt.

Die Abnahme durch B wird folglich gem. § 640 Abs. 2 S. 1 BGB fingiert. Der Anspruch der U aus § 631 Abs. 1 BGB wurde mit Ablauf¹⁴ der Zwei-Wochen-Frist fällig.

U hat gegen B einen Anspruch auf Zahlung von 5.000 € gem. § 631 Abs. 1 BGB.

Lösungsvorschlag zu Frage 2: Ansprüche der Z gegen B

A. Anspruch der Z gegen B aus § 631 Abs. 1 BGB (aus eigenem Recht)

Hinweis: Prinzipiell ist zunächst an Ansprüche aus eigenem Recht zu denken. Hier liegt die Prüfung eines Anspruchs aus eigenem Recht jedoch mangels Sonderbeziehung und sonstigen gesetzlichen Ansprüchen zwischen Z und B nicht nahe und wurde lediglich zur Klarstellung eingefügt.

Mangels wirksamen Werkvertrages zwischen Z und B hat Z keinen Anspruch aus § 631 Abs. 1 BGB aus eigenem Recht.

B. Anspruch der Z gegen B aus §§ 631 Abs. 1, 398 S. 2 BGB (aus abgetretenem Recht)

Z könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung von 5000 € aus §§ 631 Abs. 1, 398 S. 2 BGB haben. Voraussetzung dafür wäre, dass Z einen solchen Anspruch durch Abtretung¹⁵ von U wirksam erworben hat und dass der Anspruch nicht durch die Aufrechnung von B erloschen ist.

I. Wirksame Abtretung des Anspruchs

Voraussetzungen für eine wirksame Abtretung wären ein wirksamer Abtretungsvertrag im Sinne des § 398 S. 1 BGB sowie der Bestand einer abtretbaren bestimmten Forderung in der Person der Zedentin U. Z und U haben einen wirksamen Abtretungsvertrag im Sinne des § 398 S. 1 BGB geschlossen und U hatte auch eine Werklohnforderung gegen B nach § 631 Abs. 1 BGB, die sie Z abtreten konnte, siehe oben. Die Abtretung „etwaiger Ansprüche gegen B“ war auch hinreichend nach Inhalt, Höhe und Schuldner bestimmbar.¹⁶ Z hatte deshalb zunächst einen Anspruch nach §§ 631 Abs. 1, 398 S. 2 BGB gegen B.

II. Anspruch nicht durch Aufrechnung erloschen

1. Erlöschen durch Aufrechnung gegenüber U

Der Anspruch könnte infolge der Aufrechnung¹⁷ von B gegenüber U gem. §§ 389, 407 Abs. 1 Alt. 2 BGB erloschen

¹⁴ Vgl. *Busche* (Fn. 3), § 640 Rn. 32; *Sprau* (Fn. 3), § 640 Rn. 18.

¹⁵ Zur Abtretung allgemein siehe *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 41. Aufl. 2017, § 34; *Looschelders*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2017, Rn. 1163 ff.; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2015, § 59 f.

¹⁶ *Brox/Walker* (Fn. 15), § 34 Rn. 15.

¹⁷ Allgemein zur Aufrechnung siehe *Brox/Walker* (Fn. 15), § 16; *Looschelders*, (Fn. 15), Rn. 372 ff.; *Medicus/Lorenz* (Fn. 15), § 24.

sein. Das wäre der Fall, wenn B gegenüber U wirksam aufgerechnet hätte und Z die Aufrechnung gegen sich gelten lassen müsste.

a) Aufrechnungserklärung gegenüber U, § 388 BGB

Die Aufrechnung als einseitiges Rechtsgeschäft bedarf einer Aufrechnungserklärung, § 388 S. 1 BGB. Dies ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die den Aufrechnungswillen des Erklärenden klar zum Ausdruck bringen muss. Eine ausdrückliche Erklärung ist jedoch nicht erforderlich, das Wort „Aufrechnen“ muss nicht notwendig verwendet werden.¹⁸ B erklärte in ihrer Email an U und Z zumindest auch gegenüber U eine „Verrechnung“ der Ansprüche. Dies ist nach §§ 133, 157 BGB anhand des maßgeblichen objektiven Empfängerhorizontes auszulegen und lässt den Aufrechnungswillen der B deutlich werden. Die Erklärung der B ist daher als Aufrechnungserklärung im Sinne des § 388 S. 1 BGB zu verstehen.

Unschädlich ist, dass B vorrangig die Hauptforderung bestritten und die Aufrechnung nur hilfsweise erklärt hat. Da das Bestehen der Hauptforderung eine Voraussetzung für eine wirksame Aufrechnung darstellt, liegt hierin keine nach § 388 S. 2 BGB unzulässige Bedingung,¹⁹ sondern lediglich eine nach allgemeiner Ansicht zulässige Rechtsbedingung.²⁰

b) Aufrechnungslage gegenüber U

Voraussetzung für das Vorliegen einer Aufrechnungslage²¹ nach § 387 BGB wäre, dass B Inhaberin einer Gegenforderung ist, dass es sich bei Haupt- und Gegenforderung um gegenseitige und gleichartige Forderungen handelt, dass die Gegenforderung fällig und die Hauptforderung erfüllbar ist.

aa) Bestehen einer Gegenforderung

B hatte gegen U einen Anspruch auf die Zahlung des Restkaufpreises für den gelieferten Schmuck nach § 433 Abs. 2 BGB und war somit auch Inhaberin einer Gegenforderung.

bb) Gegenseitigkeit²² der Forderungen

Diese Gegenforderung müsste im Verhältnis zur Hauptforderung der U aus § 631 Abs. 1 BGB auch gegenseitig sein. Für eine Aufrechnung ist nämlich nach § 387 BGB erforderlich, dass Gläubiger und Schuldner „einander Leistungen“ schul-

den. Dafür müsste die Gläubigerin der einen Partei zugleich Schuldnerin dieser Partei sein und umgekehrt.²³

(1) Keine Gegenseitigkeit

Ursprünglich war B Gläubigerin der Kaufpreisforderung aus § 433 Abs. 2 BGB und Schuldnerin des Werklohns aus § 631 Abs. 1 BGB und U Gläubigerin des Anspruchs auf Werklohn nach § 631 Abs. 1 BGB und Schuldnerin der Kaufpreisforderung, so dass eine Gegenseitigkeit im Sinne des § 387 BGB vorlag. Mit Abtretung der Forderung aus § 631 Abs. 1 BGB auf Zahlung des Werklohns hat U ihre Gläubigerstellung jedoch verloren. Eine Gegenseitigkeit im Sinne des § 387 BGB liegt deshalb an sich nicht mehr vor.

(2) Anwendung von § 407 Abs. 1 Alt. 2 BGB²⁴

Fraglich ist jedoch, ob nicht gem. § 407 Abs. 1 Alt. 2 BGB Gegenseitigkeit anzunehmen ist.²⁵ Hierfür müsste § 407 Abs. 1 Alt. 2 BGB auf die vorliegende Aufrechnungskonstellation zwischen Schuldner und Zedenten anwendbar sein. Bs Aufrechnung müsste mithin ein Rechtsgeschäft sein, das in Ansehung der Forderung nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem Zedenten vorgenommen wurde. Problematisch erscheint dabei, dass die Aufrechnung zumindest auch hinsichtlich einer weiteren Forderung (nämlich der Gegenforderung) erklärt wird und zudem als einseitiges Rechtsgeschäft allein vom Schuldner getätigt wird.

Hinweis: Die Ausführungen zum Begriff des Rechtsgeschäfts im Sinne des § 407 Abs. 1 BGB dienen nur zur Ergänzung und wurden in der Klausur nicht erwartet.

Der Begriff „Rechtsgeschäfte“ im Sinne von § 407 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist jedoch nach ganz herrschender Meinung sehr weit zu verstehen. Hiervon erfasst sind sowohl einseitige als auch zweiseitige Rechtsgeschäfte sowie rechtsgeschäftsähnliche Handlungen, soweit sie für den Schuldner günstig sind.²⁶ Die Aufrechnung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft und angesichts der Erlöschenswirkung, § 389 BGB, für den Schuldner günstig. Dass mit einer weiteren Forderung aufgerechnet wird, steht dem Merkmal „in Ansehung der Forderung“ nicht entgegen, da alle Rechtshandlungen hinsichtlich der abgetretenen Forderung eingeschlossen sind, somit auch die Aufrechnung.²⁷

¹⁸ Zum Ganzen *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2016, § 388 Rn. 12 f.

¹⁹ Auch die übrigen Gestaltungsrechte (z.B. Anfechtung, Rücktritt etc.) sind, dem Rechtsgedanken des § 388 S. 2 BGB folgend, grundsätzlich bedingungsfeindlich, *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2017, § 14 Rn. 18.

²⁰ Einen prägnanten Überblick zu den verschiedenen Begründungsansätzen liefert *Schlüter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 388 Rn. 3 f.

²¹ *Medicus/Lorenz* (Fn. 15), § 24 Rn. 293.

²² *Medicus/Lorenz* (Fn. 15), § 24 Rn. 294 spricht von „Wechselseitigkeit“.

²³ *Schlüter* (Fn. 20), § 387 Rn. 6.

²⁴ Zum Verhältnis von §§ 404, 406, 407 BGB bei der Aufrechnung siehe *Roth/Kieninger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 406 Rn. 4. Diese Vorschriften bezwecken Schuldnerschutz in Form von Bestands- und Vertrauensschutz, vgl. *Roth/Kieninger* (Fn. 24), § 406 Rn. 1.

²⁵ Vgl. OLG Schleswig NJW-RR 2004, 717 ff.; *Roth/Kieninger* (Fn. 24), § 406 Rn. 4.

²⁶ *Roth/Kieninger* (Fn. 24), § 407 Rn. 7; *Rohe*, in: Beck'scher Online Kommentar zum BGB, 45. Ed., Stand: 1.11.2017, § 407 Rn. 6.

²⁷ *Rohe* (Fn. 26), § 407 Rn. 6 f.

Demnach ist die Aufrechnung ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 407 Abs. 1 Alt. 2 BGB.

Sie erfolgte auch gem. § 407 Abs. 1 BGB zeitlich nach der Abtretung.

Allerdings hatte B aufgrund der Mitteilung durch U zur Zeit der Aufrechnungserklärung und damit bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts Kenntnis von der Abtretung im Sinne des § 407 Abs. 1 BGB a.E., sodass die Gegenseitigkeit nicht nach § 407 Abs. 1 Alt. 2 BGB fingiert werden kann.

Mangels Gegenseitigkeit der Forderungen liegt eine Aufrechnungslage gegenüber U daher nicht vor.

c) Zwischenergebnis

Der Anspruch ist nicht durch die Aufrechnungserklärung gegenüber U nach §§ 389, 407 Abs. 1 Alt. 2 BGB erloschen.

2. Erlöschen durch Aufrechnung gegenüber Z

Der Anspruch könnte jedoch infolge der Aufrechnungserklärung der B gegenüber Z gem. §§ 389, 406 BGB erloschen sein.

a) Aufrechnungserklärung gegenüber Z, § 388 S. 1 BGB

In ihrer Email an U und Z hat B nach §§ 133, 157 BGB auch die Aufrechnung im Sinne des § 388 S. 1 BGB gegenüber Z erklärt.

b) Aufrechnungslage gegenüber Z, § 387 BGB

aa) Bestehen einer Gegenforderung

B stand eine Gegenforderung nach § 433 Abs. 2 BGB zu.

bb) Gegenseitigkeit

Fraglich ist jedoch wiederum, ob diese Forderung im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Forderung der Z stand.

(1) Keine Gegenseitigkeit

Der Anspruch von B nach § 433 Abs. 2 BGB richtete sich nicht gegen Z, sondern gegen U. Gegenseitigkeit im Sinne des § 387 BGB liegt somit an sich nicht vor.

(2) Anwendung von § 406 BGB

Fraglich ist, ob gem. § 406 BGB vom Erfordernis der Gegenseitigkeit der Forderungen eine Ausnahme²⁸ zu machen ist bzw. die Gegenseitigkeit als weiterbestehend behandelt wird.²⁹

Gem. § 406 BGB kann B als Schuldnerin gegenüber der Zessionarin Z grundsätzlich auch mit einer Gegenforderung gegen U aufrechnen, es sei denn, dass B bei dem Erwerb der Gegenforderung von der Abtretung Kenntnis hatte oder dass die Gegenforderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist.

B konnte bei dem Erwerb der Gegenforderung, d.h. bei Abschluss des Kaufvertrages im Jahre 2015 noch keine Kenntnis von der Abtretung haben. Denn die Abtretung war zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht erfolgt. Daher ist der Ausschlussgrund des § 406 Var. 1 BGB nicht erfüllt.

Die Gegenforderung aus § 433 Abs. 2 BGB ist mit Abschluss des Kaufvertrages und damit früher als die abgetretene Werklohnforderung und zudem vor Erlangung der Kenntnis von der Abtretung fällig geworden im Sinne von § 271 Abs. 1 BGB. Damit liegt auch der Ausschlussgrund des § 406 Var. 2 BGB nicht vor.

Die Voraussetzungen des § 406 BGB sind gegeben. Die erforderliche Gegenseitigkeit der Forderungen ist damit anzunehmen.

cc) Gleichartigkeit der Forderungen, Fälligkeit der Gegenforderung, Erfüllbarkeit der Hauptforderung

Gleichartig sind die Forderungen, wenn der Leistungsgegenstand gleichartig ist.³⁰ Beide Forderungen sind auf die Zahlung einer Geldsumme gerichtet und somit gleichartig. Dabei ist unschädlich, dass die Geldsummen unterschiedlich hoch sind, vielmehr ist dies eine Frage der Rechtsfolge, vgl. § 389 BGB („soweit sie sich decken“). Die Gegenforderung von B ist auch gem. § 271 Abs. 1 Alt. 1 BGB fällig und die Hauptforderung gem. § 271 Abs. 1 Alt. 2 BGB erfüllbar, § 387 BGB a.E.

dd) Gegenforderung nicht gem. § 390 BGB einredebehaftet

Die Aufrechnung könnte gem. § 390 BGB ausgeschlossen sein, wenn der Gegenforderung aus § 433 Abs. 2 BGB die Einrede der Verjährung nach § 214 Abs. 1 BGB entgegenstünde.

Der Anspruch auf Kaufpreiszahlung unterliegt jedoch zum einen der dreijährigen Regelverjährung nach § 195 BGB. Diese begann gem. §§ 199 Abs. 1, 187 Abs. 1 BGB am 1.1.2016 um 0:00 Uhr und endete somit gem. §§ 195, 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB erst am 31.12.2018 um 24:00 Uhr (sog. Ultimoverjährung), sodass noch keine Verjährung eingetreten ist. Zum anderen könnte B gem. § 215 Alt. 1 BGB selbst dann aufrechnen, wenn der Anspruch bereits verjährt wäre, da im Jahre 2017, als sich die Ansprüche erstmals aufrechenbar gegenüberstanden, der Anspruch der B noch nicht verjährt war.

c) Zwischenergebnis

Mithin liegen die Voraussetzungen einer wirksamen Aufrechnung vor.

3. Zwischenergebnis

Der Anspruch der Z gegen B ist somit in Höhe von 5000 € gem. §§ 389, 406 BGB erloschen.

III. Ergebnis

Z hat keinen Anspruch gegen B aus §§ 631 Abs. 1, 398 S. 2 BGB.

²⁸ Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 77. Aufl. 2018, § 387 Rn. 7; Medicus/Lorenz (Fn. 15), § 24 Rn. 294; Brox/Walker (Fn. 15), § 16 Rn. 4.

²⁹ BGH MittBayNot 1996, 189 (190); BFH DStRE 2004, 1243 (1244).

³⁰ Grüneberg (Fn. 28), § 387 Rn. 8.

Fortgeschrittenenklausur: „Boarder Control“ – Helmpflicht für Wintersportler an der Grenze der Verfassungsmäßigkeit?

Von Diplom-Wirtschaftsjurist (Univ.) **Matthias Motzkus**, LL.M., Frankfurt (Oder)*

Der vorliegende Fall thematisiert aus unterschiedlichen Blickwinkeln verfassungsrechtliche Probleme einer durch ein (fiktives) „Wintersportsicherheitsgesetz“ eingeführten Skihelmpflicht und korrespondierender, für Skipistenbetreiber geltender Betreiberpflichten. Der Fall wurde im WS 2016/2017 an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) in abgewandelter Form als anspruchsvolle Hausarbeit für Anfänger im Öffentlichen Recht gestellt, eignet sich aber ebenso als Klausur für Fortgeschrittene. Von Bearbeitern werden solide verfassungsrechtliche Grundkenntnisse, insbesondere im Bereich der materiellen Grundrechtsprüfung, und die gutachterliche Befassung mit teils weniger bekannten prozessualen Problemen verlangt. Die zahlreichen Hinweise in der Lösung gehen auf häufige Fehler ein und zeigen auch alternative Lösungs- und Aufbauansätze auf.

Sachverhalt

Der Wintersport hat sich innerhalb der letzten Jahre rasant fortentwickelt: Nicht nur im Hoch-, sondern zunehmend auch in den Mittelgebirgen Deutschlands findet sich eine Vielzahl von gut präparierten, teils künstlich beschneiten Pisten. Der kompakte Kunstschnee sowie moderne Materialien und Technologien haben dazu geführt, dass sich die Abfahrtschwindigkeiten von Skiern und Snowboards immens erhöht haben. Nachdem es vermehrt zu öffentlichkeitswirksamen Skiunfällen mit prominenter Beteiligung gekommen war – etwa eines Politikers, der mit einem anderen Skifahrer so heftig zusammengestoßen war, dass dieser seinen schweren Verletzungen infolge des Aufpralls erlag –, fordern Ärzteverbände und Versicherungen die Einführung einer gesetzlichen Helmpflicht. So wird unter anderem angeführt, dass mehr als die Hälfte der jugendlichen Ski- und Snowboardfahrer keinen Helm trage (was zutrifft). Das sei bei erreichbaren Geschwindigkeiten von mehr als 100 km/h völlig unverantwortlich. Wissenschaftlich gesicherten Erkenntnissen zufolge hätten etwa 45 % der schweren und tödlichen Skiunfälle bei Erwachsenen (fast 60 % bei Kindern unter 14 Jahren) vermieden oder zumindest entscheidend abgemildert werden können, wenn die Beteiligten einen Helm getragen hätten. Der Bundestagsabgeordnete B arbeitet in der Folge einen Gesetzesvorschlag über ein zu erlassendes „Wintersportsicherheitsgesetz“ (WSSG) aus und bringt diesen im Alleingang als Gesetzesvorlage beim Bundestag ein. Das WSSG durchläuft das Gesetzgebungsverfahren im Übrigen ordnungsgemäß, insbesondere beschließt der Bundestag das Gesetz. Nach Gegenzeichnung, Ausfertigung und Ver-

* Der Autor war Akad. Mitarbeiter und ist derzeit Wiss. Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Europarecht (Prof. Dr. Carsten Nowak), Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder). Für wertvolle Hinweise zum Manuskript dankt er seinem früheren Kollegen Dr. Patrick Stockebrandt (Universität Siegen) und seiner Schwester Diplom-Juristin Sarah Motzkus.

kündigung im Bundesgesetzblatt tritt es am Donnerstag, den 7.12.2017, in Kraft.

Aufgabe 1

Der 16-jährige Schüler J ist begeisterter Snowboarder. Von der im WSSG niedergelegten Helmpflicht hält er gar nichts. Die Bevormundung durch das Gesetz sei „absolut uncool“, denn das Gefühl von Freiheit und Selbstbestimmtheit beim Boarden werde durch einen hässlichen und unbequem zu tragenden Helm völlig zerstört. Unter Verweis auf einen Fall, bei dem ein bekannter Rennfahrer beim Skifahren schwer verunglückt war, obgleich dieser einen Helm getragen hatte, meint J zudem, dass es in erster Linie darauf ankomme, ob ein Fahrer „es technisch draufhat oder nicht“; daran ändere auch ein Helm nichts. Und überhaupt könne er in einem Rechtsstaat ja wohl immer noch selbst entscheiden, ob und wie er seine eigene Gesundheit schützt. Die bußgeldbewehrte Helmpflicht sei „eine völlig schwachsinnige obrigkeitstaatliche Aktion“, die ihn unnötig in seinem Persönlichkeitsrecht und in seiner Handlungsfreiheit beeinträchtige. Außerdem sei die Skihelmpflicht „total die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung“, da weder andere Wintersportarten wie das Eislaufen noch alltägliches Fahrradfahren im Straßenverkehr zu Fortbewegungszwecken einer Helmpflicht unterliegen – beides sei aber genauso gefährlich. Nachdem J einige Wochen lang in Bibliotheken und im Internet recherchiert hat, legt er Verfassungsbeschwerde ein. Seinen inklusive Fußnoten und Literaturnachweisen 17 Seiten umfassenden Beschwerdeschriftsatz druckt er aus Angst vor Verfristung am Dienstag, den 9.1.2018, aus, unterschreibt ihn, scannt ihn wieder ein und versendet ihn von seiner E-Mail-Adresse „freeridespirit@mail.com“ als PDF-Anhang an eine (einfache) E-Mail an die E-Mail-Adresse der Poststelle des BVerfG, die er dem Impressum der Homepage des BVerfG entnommen hat. In der Fußzeile des Anschreibentextes der E-Mail ist sein vollständiger Name samt Anschrift angegeben. Der Mailserver des BVerfG bestätigt ihm den Eingang seiner E-Mail am selben Tag.

Wird die Verfassungsbeschwerde des J Erfolg haben?

Aufgabe 2

Das Unternehmen U-GmbH (U) betreibt ein weitläufiges Areal mit mehreren Skipisten und zugehörigen Skiliftanlagen. An jedem Pisteneinstieg und an den meisten Lifts stehen auch kleine Kassenhäuschen, an denen Tickets und Pässe für Liftfahrten erworben werden können bzw. diese kontrolliert werden. Für Geschäftsführer G der U stellen die Regelungen des WSSG eine Beeinträchtigung dar, die er keinesfalls hinnehmen möchte. Insbesondere sei es unzumutbar, die bußgeldbewehrten „Betreiberpflichten“ nach § 3 WSSG einhalten zu müssen. Dazu müsse man gesonderte Kontrollen einrichten, das gesamte Areal umzäunen und zusätzliches Personal einstellen, was eine völlig unangemessene wirtschaftliche Belastung darstelle. Er hege ernsthafte Zweifel, ob dies mit

der Berufsfreiheit vereinbar sei – schließlich sei das Geschäft aufgrund saisonaler und klimabedingter Unwägbarkeiten ohnehin schon schwer genug. Als Betreiber habe U außerdem in der Vergangenheit genügend freiwillige Investitionen getätigt, um alle Liftmasten und sonstigen Hindernisse auf den Pisten mit modernsten Materialien zu polstern (was zutrifft). Man habe damit bereits alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen, um für die Gesundheit und den Schutz der Skifahrer zu sorgen. Auch sei völlig unverständlich, warum U gegenüber Betreibern von „Flachhängen“ und Langlaufloipen ungleich behandelt werde – dort könne man sich ebenso gut „die Knochen brechen“.

Verletzen die Betreiberpflichten nach § 3 WSSG die U in ihren Grundrechten?

Bearbeitervermerk

Es ist gutachterlich – nötigenfalls hilfsgutachtlich – auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Problemstellungen einzugehen. Unterstellen Sie, das WSSG sei Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung und die „Erforderlichkeitsklausel“ aus Art. 72 Abs. 2 GG sei gewahrt. Auf die Eigentumsfreiheit ist nicht einzugehen. Bitte beachten Sie auch den nachfolgend abgedruckten Normtext des WSSG:

Gesetz zur Erhöhung der Sicherheit im Wintersport (Wintersportsicherheitsgesetz – WSSG)

§ 1 Zweck des Gesetzes

Zweck des Gesetzes ist die Senkung der Auswirkungen und der Zahl schwerer und tödlicher Unfälle auf Skipisten.

§ 2 Skihelmpflicht

(1) Fahrer von Skiern, Snowboards und vergleichbaren Wintersportgeräten haben auf Skipisten einen geeigneten Helm zu tragen.

(2) ¹Skipisten im Sinne dieses Gesetzes sind öffentlich zugängliche sowie private, gewerblich für den Wintersport genutzte Flächen, deren Oberfläche natürlich und/oder künstlich beschneit ist, auf denen der aufliegende Schnee manuell oder maschinell verhärtet wurde und deren durchschnittliche Hangneigung mehr als 5 % beträgt. ²Langlaufloipen sind nicht Skipisten im Sinne dieses Gesetzes.

(3) Geeignete Helme im Sinne dieses Gesetzes müssen Anforderungen nach [...] erfüllen.

§ 3 Betreiberpflichten

Betreiber von Skipisten sind verpflichtet,

1. die Einhaltung der Skihelmpflicht an geeigneter Stelle zu kontrollieren,
2. Fahrern, die die Skihelmpflicht missachten, den Zutritt zu Skipisten zu verweigern,
3. Fahrern, die sich auf der Skipiste befinden und die Skihelmpflicht missachten, unverzüglich von der Skipiste zu verweisen.

§ 4 Bußgeldvorschriften

- (1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig
 1. gegen die Pflicht aus § 2 Absatz 1 verstößt

2. gegen eine Pflicht aus § 3 verstößt.

(2) Ordnungswidrigkeiten nach Absatz 1 können mit einer Geldbuße [...] geahndet werden. [...]

Lösungsvorschlag

Lösung zu Aufgabe 1¹

Die Verfassungsbeschwerde des J wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig, wenn sie die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 23, 90 ff. BVerfGG normierten Sachentscheidungs Voraussetzungen erfüllt.

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist für Verfassungsbeschwerden nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG zuständig.

II. Beteiligtenfähigkeit

Zunächst müsste der Beschwerdeführer beteiligtenfähig sein. Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG kann grundsätzlich „Jedermann“ Verfassungsbeschwerde erheben. Der Begriff umfasst alle Grundrechtsberechtigten, mithin jedenfalls alle natürlichen Personen, unabhängig von ihrem Lebensalter.² Der Beschwerdeführer ist als natürliche Person und mangels entgegenstehender Angaben im Sachverhalt unter „Jedermann“ zu fassen und damit beteiligtenfähig.

Hinweis: Es bleibt den Bearbeitern überlassen, ob hier oder im Rahmen der Beschwerdebefugnis darauf eingegangen wird, ob die Grundrechtsfähigkeit auch bzgl. der konkret geltend gemachten bzw. potenziell verletzten Grundrechte vorliegt. Jedenfalls aber ist hier die „abstrakte“ Fähigkeit anzusprechen, überhaupt Träger von Grundrechten zu sein.³

III. Prozessfähigkeit

Weiterhin müsste der Beschwerdeführer prozessfähig sein. Prozessfähig ist, wer in der Lage ist, Prozess- und Verfahrenshandlungen selbst vorzunehmen oder durch einen selbst gewählten Bevollmächtigten vornehmen zu lassen.⁴ Das BVerfGG trifft indes keine Aussage zur Prozessfähigkeit; sie orientiert sich bei Verfassungsbeschwerden Minderjähriger nach wohl vorherrschender Auffassung regelmäßig an der Grund-

¹ Die Idee zum Fall geht zurück auf *Görisch*, Ad Legendum 2009, 264. Sachverhalt und Lösung wurden teils stark abgeändert und erheblich ausgebaut.

² *Detterbeck*, Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2015, Rn. 589; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl. 2015, Rn. 206; *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 52. EL, Stand: September 2017, § 90 Rn. 129.

³ Vgl. dazu *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 7. Aufl. 2016, § 51 Rn. 8.

⁴ *Bethge* (Fn. 2), § 90 Rn. 169.

rechtsmündigkeit.⁵ Letztere ist gegeben, wenn der Beschwerdeführer die nötige Reife und Einsichtsfähigkeit aufweist, um im durch das betreffende Grundrecht geschützten Lebensbereich eigenverantwortlich zu agieren; dies ist jeweils im Einzelfall zu beurteilen.⁶ Vorliegend hat der 16-jährige Beschwerdeführer, der in diesem Alter vermutlich die zehnte Schulklasse besucht, konkrete Vorstellungen darüber zum Ausdruck gebracht, welche der ihm zustehenden Grundrechte (allgemeines Persönlichkeitsrecht, allgemeine Handlungsfreiheit, allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz) wodurch (mit dem WSSG eingeführte Skihelmpflicht) eventuell verletzt sind. Er hat zudem eigenständig recherchiert, selbst einen mit 17 Seiten vergleichsweise umfangreichen Schriftsatz mit bibliografischem Apparat angefertigt sowie selbstständig sonstige Voraussetzungen der Verfassungsbeschwerde geprüft. Er ist damit im Regelungsbereich der geltend gemachten Grundrechte als hinreichend einsichtsfähig und selbstständig, mithin als grundrechtsmündig anzusehen. Er ist prozessfähig und zur Einlegung der Verfassungsbeschwerde nicht auf gesetzliche Vertreter (Eltern, § 1629 BGB, bzw. Betreuer, § 1902 BGB) angewiesen.

Hinweis: A.A. wohl nur bei sehr guter Begründung vertretbar. Die Grundrechtsmündigkeit sollte angesprochen werden. Auf die von der Prozessfähigkeit zu unterscheidende Postulationsfähigkeit, das heißt die Fähigkeit, Verfahrenshandlungen die rechtserhebliche Form zu geben (etwa Pflicht nach § 22 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BVerfGG, sich in der mündlichen Verhandlung vertreten zu lassen)⁷ ist mangels entsprechender Probleme im Sachverhalt nicht einzugehen. Selbiges gilt für die in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG garantierte Befugnis der Eltern zur „treuhänderischen“ Wahrnehmung von Rechten des Kindes gegenüber dem Staat, die ein Grundrecht der Eltern darstellt.⁸

IV. Beschwerdegegenstand

Die Verfassungsbeschwerde müsste sich gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG gegen einen Akt der öffentlichen Gewalt richten. Darunter fallen Maßnahmen bzw. Unterlassungen der gesetzgebenden, der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt des Bundes und der Länder.⁹ Die Beschwerde ist gegen das WSSG gerichtet, das als formelles Bundesgesetz einen Akt der Legislative und damit einen tauglichen Beschwerdegegenstand darstellt.

V. Beschwerdebefugnis

§ 90 Abs. 1 BVerfGG zufolge müsste der Beschwerdeführer überdies eine Verletzung in seinen Grundrechten „behaupten“, mithin beschwerdebefugt sein. Die „Behauptung“ der Verletzung eines Grundrechts bedingt einerseits, dass im Sinne der sogenannten „Möglichkeitstheorie“ des BVerfG eine Verletzung in mindestens einem der gerügten Grundrechte nicht völlig und von vornherein ausgeschlossen erscheint.¹⁰ Wie ausgeführt (oben III.), ist der Beschwerdeführer als grundrechtsmündig anzusehen, so dass er die genannten Grundrechte auch selbst und im eigenen Namen wahrnehmen kann. Der Beschwerdeführer hat die „Behauptung“ einer Grundrechtsverletzung auch, wie gezeigt, im Sinne von § 90 Abs. 1 i.V.m. §§ 23 Abs. 1 S. 2, 92 BVerfGG¹¹ „[...] durch Bezeichnung des angeblich verletzten Rechts und des die Verletzung enthaltenden Vorgangs substantiiert und schlüssig vor[ge]tragen [...]“.¹²

Weiterhin ist erforderlich, dass der Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar vom Beschwerdegegenstand betroffen ist.¹³ Die *eigene Betroffenheit* liegt jedenfalls dann vor, wenn der Beschwerdeführer direkter Adressat des Beschwerdegegenstands ist.¹⁴ Die in § 2 Abs. 1 WSSG verankerte Skihelmpflicht betrifft (auch) Snowboardfahrer, die Skipisten benutzen, und damit zumindest teilweise den Beschwerdeführer; er ist insoweit selbst betroffen. *Gegenwärtige Betroffenheit* ist gegeben, wenn die Beschwer „schon und noch“ besteht, also aktuell auf die Rechtsstellung des Beschwerdeführers einwirkt; sie ist hingegen nicht gegeben, wenn seine Rechtsstellung nur potenziell, virtuell oder nicht mehr betroffen ist.¹⁵ Nach dem Sachverhalt ist das WSSG zum Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung bereits verkündet und in Kraft und noch nicht wieder außer Kraft gesetzt worden, wirkt sich also aktuell und real auf die Rechtsstellung des Beschwerdeführers aus, der damit gegenwärtig betroffen ist. *Unmittelbare Betroffenheit* ist gegeben, wenn der Beschwerdeführer ohne weitere Ausführungs- oder Umsetzungsakte von im Beschwerdegegenstand getroffenen Regelungen berührt ist.¹⁶ Die den Beschwerdeführer betreffenden Regelungen des WSSG sind unbedingd und sowohl hinsichtlich des Tatbestands als auch der Rechtsfolgen klar formuliert und insofern „selbstaussührend“, als sie eine grundsätzliche Helmpflicht beinhalten, für deren Nichteinhaltung Bußgelder angedroht sind. Das führt zu einem faktischen Verbot, ohne

⁵ Detterbeck (Fn. 2), Rn. 596; Schlaich/Korioth (Fn. 2), Rn. 212; Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Bd. 3, 6. Aufl. 2016, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a Rn. 174.

⁶ BVerfGE 28, 243 (255); Bethge (Fn. 2), § 90 Rn. 171; Brenner, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2016, Art. 17 Rn. 33.

⁷ Dazu Sodan/Ziekow (Fn. 3), § 51 Rn. 11.

⁸ Vgl. hierzu Bethge (Fn. 2), § 90 Rn. 172.

⁹ Lenz/Hansel, BVerfGG, 2. Aufl. 2015, § 90 Rn. 155; Sodan/Ziekow (Fn. 3), § 51 Rn. 16.

¹⁰ Vgl. etwa BVerfGE 83, 216 (226); 129, 78 (91); Sodan/Ziekow (Fn. 3), § 51 Rn. 23; Lenz/Hansel (Fn. 9), § 90 Rn. 313.

¹¹ Dazu Schlaich/Korioth (Fn. 2), Rn. 216.

¹² BVerfGE 113, 29 (44).

¹³ Ständige Rspr., grundl. BVerfGE 1, 97 (101 f.); zuletzt etwa BVerfGE 131, 47 (56); Lenz/Hansel (Fn. 9), § 90 Rn. 291.

¹⁴ Etwa BVerfGE 108, 370 (384); 110, 141 (151); Lenz/Hansel (Fn. 9), § 90 Rn. 295.

¹⁵ Lenz/Hansel (Fn. 9), § 90 Rn. 298 ff.; Sodan/Ziekow (Fn. 3), § 51 Rn. 31 ff.; Bethge (Fn. 2), § 90 Rn. 357.

¹⁶ Vgl. u.a. BVerfGE 1, 97 (102); 110, 141 (152); Schlaich/Korioth (Fn. 2), Rn. 238.

Helm zu fahren. Verwaltungs- oder Satzungsermächtigungen sowie Ermächtigungsgrundlagen an die Administrative enthält das WSSG mit Ausnahme der Bußgeldvorschriften in § 4 nicht. Auch eine auf letztere Vorschrift gestützte mögliche Bußgeldverhängung ist nicht als Ausführungsakt zu sehen, zumal sie nicht die Regelungen des WSSG im Einzelfall umsetzt, sondern lediglich der Sanktionierung von Verstößen dient.¹⁷ Das WSSG bedarf damit zur Wirksamkeit keiner Umsetzungsakte. Der Beschwerdeführer ist unmittelbar betroffen und damit auch beschwerdebefugt.

VI. Rechtswegerschöpfung

Nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG muss vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde der Rechtsweg vollständig erschöpft worden sein, was alle gesetzlich normierten Möglichkeiten der Anrufung eines Gerichts umfasst.¹⁸ Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen das WSSG als formelles Bundesgesetz. Aufgrund des sogenannten „Verwerfungsmonopols“ des BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG, wonach nur dieses über die Vereinbarkeit formeller Gesetze mit dem GG befinden kann, existiert kein Rechtsweg, der vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde vom Beschwerdeführer hätte erschöpft werden können.¹⁹ Damit sind die Anforderungen aus § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG gewahrt.

VII. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

Nach einem weiteren, vom BVerfG entwickelten Zugangserfordernis ist über die Rechtswegerschöpfung hinaus erforderlich, dass der Beschwerdeführer vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde sämtliche Rechtsschutzmöglichkeiten wahrgenommen haben muss, die ihm *zur Verfügung stehen* und *zumutbar* sind. Ist dies nicht der Fall, tritt die Verfassungsbeschwerde hinter diese Rechtsschutzmöglichkeiten zurück.²⁰

Der Beschwerdeführer könnte zunächst einen Verstoß gegen die Skihelmpflicht begehen, um einen Bußgeldbescheid nach § 4 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 WSSG zu provozieren. Gegen diesen könnte er sodann gerichtlich vorgehen, um im Rahmen dieses Verfahrens eine konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG anzuregen, bei der die Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Norm durch das BVerfG geprüft würde.²¹ Vor dem Hintergrund rechtsstaatlicher Grundprinzipien kann allerdings nicht verlangt werden, zuerst gegen eine geltende Rechtsnorm verstoßen zu müssen, um sodann deren Verfassungsmäßigkeit überprüfen lassen zu können.²² Diese Rechtsschutzmög-

lichkeit scheidet als unzumutbar aus und führt nicht zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde.

Möglich ist des Weiteren die Erhebung einer (negativen) Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 Var. 2 VwGO mit dem Antrag der Feststellung, die Norm aus § 2 Abs. 1 WSSG entfalte für den Kläger keine Wirkung und es ergebe sich damit keine Helmpflicht bzw. kein Verbot des Fahrens ohne Helm, da die Norm verfassungswidrig und nichtig sei.²³ Das mit dem Antrag befasste Verwaltungsgericht wäre aufgrund des „Verwerfungsmonopols“ gezwungen, die Frage der Vereinbarkeit des WSSG mit dem GG gem. Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG dem BVerfG vorzulegen. Die Feststellungsklage wäre allerdings insbesondere nur zulässig, wenn neben der möglichen Verfassungswidrigkeit auch ein konkretes Rechtsverhältnis streitgegenständlich ist. Der eigentlichen Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des WSSG, deren Beantwortung dem BVerfG vorbehalten bleibt, ist die konkrete Sachfrage vorgeschaltet, ob den Beschwerdeführer bzw. Kläger eine Helmpflicht bzw. ein Verbot des Fahrens ohne Helm trifft. Mangels entgegenstehender Angaben im Sachverhalt kann davon ausgegangen werden, dass die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO erfüllt wären. Anzeichen dafür, dass diese Rechtsschutzmöglichkeit aufgrund von § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG (analog bzw. „entsprechend“²⁴) ausscheidet,²⁵ weil die Frage von allgemeiner Bedeutung ist oder es sonst zu schweren und unabwendbaren Nachteilen beim Beschwerdeführer führt, sind nicht ersichtlich. Im Ergebnis steht dem Beschwerdeführer somit eine andere, zumutbare Rechtsschutzmöglichkeit zur Verfügung, die noch nicht beschränkt wurde. Die Verfassungsbeschwerde tritt als subsidiär hinter diese zurück.

Hinweis: A.A. vertretbar.²⁶ Diese kann sich zum Beispiel darauf stützen, dass auch bei einer Feststellungsklage die Sache aufgrund des „Verwerfungsmonopols“ letztlich beim BVerfG „landet“. Auch kann vertreten werden, dass in analoger Anwendung von § 90 Abs. 2 BVerfGG die zu klärende Rechtsfrage von allgemeiner Bedeutung sei; dann wäre aber darzulegen, worin sich diese – über den abstrakt-generellen Regelungscharakter der Norm hinaus – begründet. Wichtig ist, dass die Möglichkeit der Subsidiarität von Bearbeitern, unabhängig vom jeweiligen Ergebnis, gesehen und diskutiert wird. Wird Subsidiarität bejaht, ist (spätestens, siehe auch den Hinweis in Fn. 37) ab der Begründetheit im Hilfspgutachten zu prüfen.

VIII. Form, ordnungsgemäßer Antrag

Gem. §§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG sind verfahrenseinleitende Anträge, wozu auch Beschwerdeschriftsätze im Rahmen

¹⁷ Ähnlich *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 613.

¹⁸ BVerfGE 67, 157 (170); *Sodan/Ziekow* (Fn. 3), § 51 Rn. 43.

¹⁹ *Bethge* (Fn. 2), § 90 Rn. 402, 404 m.w.N.

²⁰ Vgl. etwa BVerfGE 78, 58 (68); 104, 65 (70); *Schlaich/Korioth* (Fn. 2), Rn. 247.

²¹ Grds. zu dieser Vorgehensweise u.a. BVerfGE 69, 122 (125 f.); 97, 157 (166); 123, 148 (172 f.); *Sodan/Ziekow* (Fn. 3), § 51 Rn. 47; krit. *Schlaich/Korioth* (Fn. 2), Rn. 255.

²² U.a. BVerfGE 81, 70 (82 f.); 97, 157 (165); *Bethge* (Fn. 2), § 90 Rn. 408.

²³ Dazu und dafür grds. *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 624 ff.; eher dagegen *Bethge* (Fn. 2), § 90 Rn. 402, 404.

²⁴ Etwa BVerfGE 90, 128 (137); 97, 298 (309); *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 627.

²⁵ So etwa in BVerfGE 91, 294 (306); 101, 54 (74); *Sodan/Ziekow* (Fn. 3), § 51 Rn. 50 f.; *Bethge* (Fn. 2), § 90 Rn. 402.

²⁶ Dazu *Bethge* (Fn. 2), § 90 Rn. 407.

einer Verfassungsbeschwerde zählen, schriftlich und unter Angabe von Gründen und Beweismitteln einzureichen. Von der Angabe von Gründen und Beweismitteln kann nach dem Sachverhalt ausgegangen werden. Fraglich ist aber, ob der Beschwerdeführer die Verfassungsbeschwerde mit seiner E-Mail „schriftlich“ im Sinne von § 23 Abs. 1 BVerfGG eingereicht hat. Das BVerfGG definiert nicht, was genau unter der Schriftform zu verstehen ist.

Hinweis: Nach dem BVerfGG ist das BVerfGG insoweit bewusst lückenhaft gestaltet und belässt es diesem, die Rechtsgrundlagen für eine Ausgestaltung der Verfahren bei Regelungslücken im Wege der Analogie zum sonstigen deutschen Verfahrensrecht zu finden.²⁷ Es soll also trotz fehlender Planwidrigkeit der Regelungslücke eine Analogiebildung möglich sein.²⁸ Dabei müssen die Besonderheiten des verfassungsgerichtlichen Verfahrens berücksichtigt werden.²⁹ Die Lösung verzichtet hier aus Platzgründen auf die Prüfung möglicher Analogien. Angesprochen werden könnten in Bezug auf die Zulässigkeit der elektronischen Übermittlung zum Beispiel § 130a ZPO, § 55a VwGO oder auch, wenngleich fernliegender, §§ 126 Abs. 1, Abs. 3, 126a Abs. 1 BGB. Insbesondere bei letzterer Erwägung dürfte die Interessenlage kaum vergleichbar sein, weil dort die Warn- und Übereilungsschutzfunktion bei der Abgabe von Willenserklärungen und der Schutz des Rechtsverkehrs im Vordergrund stehen.³⁰ Letztlich dürften derlei Analogieschlüsse daran scheitern, dass der Beschwerdeführer keine elektronische Signatur verwendet hat. Eingehende Analogieprüfungen werden hier aber nicht verlangt. Bearbeiter müssen sich dann aber die Kriterien aus § 23 Abs. 1 BVerfGG, unter die sie subsumieren, zunächst selbst mittels Auslegung „zurechtlegen“.

Der Sinn und Zweck der Schriftlichkeit von verfahrenseinleitenden Anträgen im verfassungsprozessualen Kontext ist vorrangig darin zu sehen, dass der jeweilige Inhalt klar erkennlich wird und dieser in rechtssicherer, klar reproduzierbarer Weise festgehalten und übermittelt wird. Darüber hinaus muss die Identität des Beschwerdeführers und dessen Wille zum Einlegen des jeweiligen Rechtsbehelfs eindeutig feststellbar sein. Fraglich ist, ob die vom Beschwerdeführer gewählte Übermittlungsart diesen Anforderungen an die „Schriftlichkeit“ gerecht wird.

Eine einfache Text-E-Mail wird diesen Anforderungen wohl nicht gerecht, zumal zwar der Inhalt der Erklärung deutlich wird, jedoch – jedenfalls mangels einer Unterschrift – zumindest nicht eindeutig feststellbar ist, ob die Beschwer-

de mit Wissen und Wollen des Beschwerdeführers eingereicht wurde.³¹ Auch ist die Identität des Absenders oftmals nicht eindeutig feststellbar, wenn – wie vorliegend – die E-Mail von einer keinem bestimmten Absender zuzuordnenden Adresse („freeridespirit@mail.com“) versendet wird. Problematisch an der Übermittlung per Text-E-Mail ist auch, dass der Text theoretisch durch den bzw. beim Empfänger manipulierbar ist und daher nicht der Anforderung an eine rechtssichere Übertragung gerecht wird.

Zu beachten ist hier jedoch zum einen, dass der Beschwerdeführer nach dem Sachverhalt Name und Kontaktadresse im Anschreibentext hinterlegt hat; eine eindeutige Zuordnung zu einem Absender ist somit möglich. Zu beachten ist weiter, dass die Verfassungsbeschwerde hier nicht als einfache Text-E-Mail übermittelt, sondern als PDF-Anhang an eine E-Mail angehängt wurde, welcher wiederum lediglich eine Ablichtung (Scan) eines seinerseits eigenhändig unterschriebenen, in physischer Form existenten Schriftsatzes darstellt. Dieser PDF-Anhang dürfte ähnlich manipulationsicher sein wie ein postalisch oder per Fax übermittelter Schriftsatz und erfüllt damit die Voraussetzung einer rechtssicheren Übertragung. Auch ist die eigenhändige Unterschrift zu erkennen, anhand derer außer der Identität des Beschwerdeführers auch dessen Wissen und Wollen zum Einlegen des Rechtsbehelfs nicht weniger rechtssicher festgestellt werden kann, als es bei einer Übermittlung in Papierform möglich ist. Letztlich unterscheidet sich die vom Beschwerdeführer gewählte Übertragungsform kaum von der in der Rspr. und Literatur anerkannten Übertragungsmethode des Fax³² und des Computerfax mit eingescannter Unterschrift.³³

Demnach erfüllt der vom Beschwerdeführer gewählte Übermittlungsweg sämtliche Anforderungen der Schriftlichkeit im Sinne von § 23 Abs. 1 BVerfGG. Es liegt ein ordnungsgemäßer Antrag vor.

Hinweis: A.A. vertretbar. Es muss allerdings beachtet werden, dass es sich hier nicht um eine „normale“ E-Mail handelt. Der schlichte Hinweis, dass das BVerfGG auf seiner Internetseite angibt, verfahrenseinleitende Anträge könnten „per E-Mail“ nicht übermittelt werden, ist daher für sich genommen nicht tragfähig.³⁴ Das gilt auch für den simplen Verweis darauf, dass E-Mails nach der wohl h.M. nicht zulässig sind. Hier muss die große Nähe zur zulässigen Übertragungsmethode des (Computer)Fax diskutiert werden. Zu welchem Ergebnis Bearbeiter *dann* gelangen, ist nebensächlich. Zur Unzulässigkeit kann etwa gelangen, wer betont, dass ein Fax immer körperlich beim Empfänger auf Veranlassung des Absenders vorliegt, wohingegen das Entstehen der körperlichen Urkunde im Fal-

²⁷ BVerfGE 1, 108 (110 f.); 2, 79 (84); 50, 381 (384); *Schlaich/Korioth* (Fn. 2), Rn. 54.

²⁸ BVerfGE 1, 108 (110 f.); 2, 79 (84); 50, 381 (384); *Schlaich/Korioth* (Fn. 2), Rn. 54.

²⁹ BVerfGE 33, 247 (261); 88, 382 (383); *Schlaich/Korioth* (Fn. 2), Rn. 54.

³⁰ Statt vieler *Einsele*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, § 126 Rn. 1.

³¹ So auch die wohl h.M., vgl. etwa *Schlaich/Korioth* (Fn. 2), Rn. 58 m.w.N.; *Klein/Sennekamp*, NJW 2007, 945 (954) m.w.N.; dafür jedoch etwa *Hartmann*, NJW 2006, 1390; v. *Coelln*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 2), § 23 Rn. 47.

³² BVerfG NJW 2000, 574.

³³ BVerfG NJW 2002, 3534 (3534 f.).

³⁴ Ähnlich auch v. *Coelln* (Fn. 31), § 23 Rn. 46.

le eines E-Mail-Anhangs strenggenommen erst auf Veranlassung des Empfängers erfolgt (durch Ausdrucken).³⁵ Dies ist allerdings auch beim vom BVerfG als zulässig erachteten Computerfax so.³⁶

IX. Frist

Die Frist zur Einlegung einer Rechtssatz-Verfassungsbeschwerde von einem Jahr seit Inkrafttreten des jeweiligen Gesetzes gem. § 93 Abs. 3 BVerfGG ist durch Erhebung der Verfassungsbeschwerde gegen das am 7.12.2017 in Kraft getretene WSSG am 9.1.2018 gewahrt.

X. Ergebnis zu A.

Die vom Beschwerdeführer eingelegte Verfassungsbeschwerde erfüllt die Voraussetzungen aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 23, 90 ff. BVerfGG nicht vollständig. Sie ist unzulässig.

B. Hilfgutachtlich: Begründetheit³⁷

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn durch die angegriffene Norm ein Eingriff in den Schutzbereich mindestens eines Grundrechts oder grundrechtsgleichen Rechts vorliegt, der nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann.

I. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht)

In Frage kommt zunächst eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Dieses vom BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete Grundrecht umfasst in persönlicher Hinsicht alle natürlichen Personen und damit auch den Beschwerdeführer. In sachlicher Hinsicht erfasst es den autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem der Einzelne seine Individualität entwickeln und wahren kann.³⁸ Abgedeckt wird davon unter anderem auch das Recht auf Gestaltung des eigenen äußeren Erscheinungsbildes.³⁹ Das rein ästhetische Empfinden wird vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht jedoch nicht erfasst, solange keine entstellende, herabsetzende oder tendenziöse Wirkung damit verbunden ist.⁴⁰ Der Schutz ist umso intensiver, je näher die gefährdeten Rechtsgüter der Intimsphäre des Betroffenen

stehen, die als unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung gegenüber aller staatlichen Gewalt Achtung und Schutz beansprucht.⁴¹ Eine gesetzliche Skihelmpflicht beeinträchtigt notwendigerweise zwar auch die freie Entscheidung über das äußere Entscheidungsbild. Von einer entstellenden oder ähnlich intensiven Einwirkung kann bei einem Skihelm aber kaum ausgegangen werden; die Auswirkung auf das äußere Erscheinungsbild ist lediglich temporär und rudimentär, überdies nur entfernte Nebenfolge der Schutzwirkung. Auswirkungen auf die Intimsphäre sind wohl ebenso auszuschließen. Der sachliche Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist damit nicht eröffnet.

Hinweis: A.A. mit guter Begründung vertretbar. Sofern hier der Schutzbereich als eröffnet gesehen wird, darf aufgrund der Subsidiarität der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG auch zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht Erstere nicht mehr geprüft werden.⁴² Sofern dann ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht abgelehnt wird, müsste entweder die Rechtfertigung des Eingriffs oder die allgemeine Handlungsfreiheit in Gänze hilfgutachtlich geprüft werden. Das gilt in ähnlicher Weise auch für die nachfolgend geprüften speziellen Grundrechte.

II. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (Recht auf körperliche Unversehrtheit)

Denkbar ist auch eine Verletzung des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit. Dieses steht in personeller Hinsicht „Jedem“ und damit auch dem Beschwerdeführer offen. Es umfasst in sachlicher Hinsicht die körperliche Unversehrtheit im Sinne eines Schutzes vor gezielten Eingriffen in die biologisch-physiologische Gesundheit.⁴³ Geschützt ist auch noch das psychische Wohlbefinden, soweit es etwa um tiefgreifende Angstzustände und hochgradige Nervosität geht, die körperlichen Schmerzen in ihrer Intensität nahe kommen.⁴⁴ Nicht mehr vom Schutzbereich erfasst sind dagegen bloße Belästigungen, geringfügige sozialadäquate Belastungen oder hervorgerufene „Unlustgefühle“.⁴⁵ Hier dürfte die Intensität der Lästigkeit eines zu tragenden Helms so gering sein, dass schon der sachliche Schutzbereich nicht eröffnet ist.⁴⁶ Eine

³⁵ So wohl BVerwGE 111, 377 (379 ff.); vgl. dazu v. Coelln (Fn. 31), § 23 Rn. 35.

³⁶ BVerfG NJW 2002, 3534 (3534 f.).

³⁷ Zur Frage, wann und wo weshalb hilfgutachtlich geprüft werden sollte (und wo nicht) *Beyerbach*, JA 2014, 813.

³⁸ BVerfGE 79, 256 (268).

³⁹ *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 332; *Lang*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 36. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 42.

⁴⁰ Vgl. z.B. zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit von § 81a StPO im Hinblick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht, wonach zum Zwecke der Gegenüberstellung und Identifizierung eines Beschuldigten auch dessen Haar- und Barttracht gegen seinen Willen verändert werden darf, BVerfG NJW 1978, 1149 (1149 f.).

⁴¹ BVerfGE 120, 224 (239 f.); *Antoni*, in: Hömig/Wolff (Hrsg.), GG, 11. Aufl. 2016, Art. 1 Rn. 10 m.w.N.

⁴² *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 331; *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 99.

⁴³ *Antoni* (Fn. 41), Art. 2 Rn. 12; *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 337.

⁴⁴ *Antoni* (Fn. 41), Art. 2 Rn. 12.

⁴⁵ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht, Bd. 2, 33. Aufl. 2017, Rn. 472; *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 337; a.A. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 42), Art. 2 Abs. 2 Rn. 49 f., der ein weites Tatbestandsverständnis bevorzugt, weil damit nötige Rechtfertigungslasten die Rationalisierung und Transparenz staatlichen Handelns erhöhten.

⁴⁶ Jedenfalls aber liegt kein Eingriff vor. Verneint wurde ein Eingriff etwa auch bei Anordnungen über Länge und Trageweise des Haupthaars von Soldaten (BVerfGE 46, 7); *Antoni* (Fn. 41), Art. 2 Rn. 12.

Verletzung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit scheidet damit aus.

III. Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 104 GG (Freiheit der Person)

Weiter könnte das Grundrecht auf Freiheit der Person tangiert sein. Es erfasst in personeller Hinsicht „Jeden“ und damit auch den Beschwerdeführer. Der sachliche Schutzbereich dieses Grundrechts umfasst die körperliche Bewegungsfreiheit insoweit, als es um Beschränkungen der Bewegungsfreiheit auf einen begrenzten Raum (im Sinne von Inhaftierung oder Festnahme) geht.⁴⁷ Der Schutzbereich ist nur dann berührt, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt daran gehindert wird, einen Ort aufzusuchen (oder sich dort aufzuhalten), der ihm an sich rechtlich und tatsächlich zugänglich ist.⁴⁸ Nicht mehr abgedeckt, da im Grundgesetz anderweitig erfasst, sind das Recht, sich frei von einem zum anderen Ort im Bundesgebiet zu bewegen und sich dort länger aufzuhalten (Art. 11 Abs. 1 GG) sowie die allgemeine Fortbewegungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).⁴⁹ Nachdem es vorliegend nur um die Art und Weise sowie die Umstände der Fortbewegung (mit beziehungsweise ohne Helm) geht, ist der sachliche Schutzbereich des Grundrechts auf Freiheit der Person nicht eröffnet.

IV. Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Handlungsfreiheit)

Mangels einschlägiger speziellerer Freiheitsgrundrechte kommt nur noch eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht.

Hinweis: Die (An)Prüfung der Grundrechte aus Art. 2 GG außerhalb der allgemeinen Handlungsfreiheit (wie soeben unter I.–III.) wird nur von sehr guten Bearbeitern erwartet. Gute Bearbeiter müssen (kurz) das allgemeine Persönlichkeitsrecht thematisieren, da es im Sachverhalt explizit genannt wird. Sonstige spezielle Freiheitsgrundrechte kommen kaum in Frage (ansatzweise noch Art. 14 Abs. 1 GG bezüglich Skiern oder Accessoires wie einer Skimütze; hierauf ist nach dem Bearbeitervermerk aber nicht einzugehen). Es bleibt dann nur Art. 2 Abs. 1 GG zu prüfen. Sollte jedoch ein spezielles Freiheitsgrundrecht als im Schutzbereich eröffnet gesehen werden, wäre entsprechend dort das Prüfungsprogramm (nötigenfalls hilfs-gutachtlich) abzuarbeiten oder alternativ die allgemeine Handlungsfreiheit insgesamt hilfs-gutachtlich zu prüfen.

1. Schutzbereich

Der Schutzbereich ist in persönlicher Hinsicht eröffnet, zumal der Beschwerdeführer unter „Jeder“ im Sinne des Art. 2

Abs. 1 GG zu fassen ist. In sachlicher Hinsicht gewährt die allgemeine Handlungsfreiheit in Summe ihrer positiven und negativen Ausprägungen die Freiheit, im verfassungsrechtlichen Rahmen „zu tun und zu lassen, was man möchte“ und damit grundsätzlich jedwedes menschliche Verhalten.⁵⁰ Umfasst sind damit auch Verhaltensweisen, die den vorangehend geprüften Grundrechten nicht (mehr) unterfallen, mithin auch die Wahl, einen Skihelm zu tragen bzw. dies nicht tun zu wollen. Der Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit ist eröffnet.

2. Eingriff

Es müsste weiterhin ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegen. Im Sinne des „modernen Eingriffsbegriffs“ zählt hierzu jedes staatliche Verhalten, das ein in den SB fallendes Verhalten erschwert oder unmöglich macht.⁵¹ Die Skihelmpflicht nach § 2 Abs. 1 WSSG schreibt das Tragen eines Helms bei Benutzung von Skipisten im Sinne von § 2 Abs. 2 WSSG vor. Verstöße werden nach § 4 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 WSSG mit Geldbußen geahndet, was in einem faktischen Verbot des Fahrens ohne Skihelm resultiert. Dies beeinträchtigt insoweit die (negative) allgemeine Handlungsfreiheit des Beschwerdeführers, als dieser nicht mehr tun (bzw. lassen) kann, was er möchte. Die Streitfrage, ob bei der allgemeinen Handlungsfreiheit zur Begrenzung des weiten Schutzbereichs der „klassische Eingriffsbegriff“ vorzugswürdig ist, kann offenbleiben, zumal mit den Regelungen des WSSG jedenfalls ein rechtsförmiger Vorgang vorliegt, der unmittelbar und gezielt (final) durch ein vom Staat verfügbares, zwangsweise durchzusetzendes Ge- bzw. Verbot zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führt.⁵² Es liegt in jedem Fall ein Eingriff vor.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Gem. Art. 2 Abs. 1 GG ist die allgemeine Handlungsfreiheit insbesondere durch die „verfassungsmäßige Ordnung“ einschränkbar, welche die gesamte Rechtsordnung umfasst, soweit sie mit dem Grundgesetz in Einklang steht.⁵³ Eine verfassungskonforme Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit durch die genannten Regelungen im WSSG kommt damit nur in Betracht, wenn diese sich als formell (a) und materiell (b) verfassungsgemäß erweisen.

a) Formelle Verfassungsmäßigkeit des WSSG

Formell ist das WSSG nur dann verfassungsgemäß, wenn der Bund die Gesetzgebungskompetenz zum Erlass innehatte (aa), die Vorschriften über das Gesetzgebungsverfahren ein-

⁴⁷ Lang (Fn. 39), Art. 2 Rn. 86 f.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 14. Aufl. 2016, Art. 2 Rn. 112; Schulze-Fielitz (Fn. 45), Art. 2 Abs. 2 Rn. 98; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 6), Art. 2 Rn. 59, 240 ff.; Detterbeck (Fn. 2), Rn. 339.

⁴⁸ BVerfGE 94, 166 (195 f.); 96, 10 (21); Antoni (Fn. 41), Art. 2 Rn. 13.

⁴⁹ Detterbeck (Fn. 2), Rn. 339.

⁵⁰ Vgl. etwa BVerfGE 6, 32 (36); 91, 335 (338); Detterbeck (Fn. 2), Rn. 325.

⁵¹ BVerfGE 105, 279 (299 ff.); Detterbeck (Fn. 2), Rn. 282.

⁵² Zur Streitfrage Kingreen/Poscher (Fn. 45), Rn. 454 ff.; zum klassischen Eingriffsbegriff BVerfGE 105, 279 (300); zur Eingriffsqualität der Helmpflicht für Motorradfahrer BVerfGE 59, 275 (278).

⁵³ Grundlegend BVerfGE 6, 32 (38).

gehalten worden (bb) und sämtliche Formanforderungen gewahrt sind (cc).

aa) Gesetzgebungskompetenz

Dem Bearbeitervermerk nach ist zu unterstellen, dass das WSSG dem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 72, 74 GG unterfällt. Die Länderkompetenz zur Gesetzgebung wurde durch Wahrnehmung seitens des Bundes verdrängt, Art. 72 Abs. 1 GG. Die „Erforderlichkeitsklausel“ aus Art. 72 Abs. 2 GG ist nach dem Bearbeitervermerk als gewahrt zu betrachten. Danach ist das WSSG hinsichtlich der Wahrung der Gesetzeskompetenzen nicht zu beanstanden.

bb) Gesetzgebungsverfahren

In Bezug auf das Gesetzgebungsverfahren ist einzig fraglich, ob die Initiative von einem einzelnen Bundestagsabgeordneten (B) ausgehen durfte; das Gesetzgebungsverfahren wurde gemäß den Angaben im Sachverhalt im Übrigen ordnungsgemäß durchlaufen. Art. 76 Abs. 1 GG erlaubt Initiativen aus der „Mitte des Bundestages“. Dieser Wortlaut verlangt jedenfalls keine Mindestzahl Abgeordneter und umfasst für sich genommen auch Eingaben Einzelner. § 76 Abs. 1 GOBT hingegen verlangt, dass Gesetzesvorlagen von einer Fraktion oder von 5 % der Mitglieder des Bundestages (nach § 1 Abs. 1 S. 1 BWahlG mindestens 598) unterzeichnet werden. Letztere Anforderung ist hier durch Einreichen einer Gesetzesvorlage durch einen einzelnen Abgeordneten ersichtlich nicht erfüllt. Da beide angeführten Normen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, ist zu entscheiden, in welchem Verhältnis sie zueinander stehen bzw., ob ein Verstoß gegen § 76 Abs. 1 GOBT in verfassungsrechtlicher Hinsicht beachtlich ist.

Für eine verfassungsrechtliche Beachtlichkeit eines Verstoßes gegen § 76 Abs. 1 GOBT spricht, dass der Bundestag hiermit im Rahmen seiner Geschäftsordnungsautonomie nach Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG eine nähere Ausgestaltung des unbestimmten Begriffs „Mitte des Bundestages“ vorgenommen hat. § 76 Abs. 1 GOBT wird danach vielfach als „verfassungskonkretisierende“ Vorschrift gesehen, die insofern verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei.⁵⁴ Das Quotenerfordernis wird vor allem damit begründet, dass es vor querulatorischen und missbräuchlichen Eingaben Einzelner schützen soll, die den Parlamentsbetrieb mit sinnlosen Eingaben aufhalten und blockieren könnten.

Dagegen spricht jedoch, dass Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG zufolge (nur) nach den Vorschriften „dieses Grundgesetzes“ zustande gekommenen Gesetze vom Bundespräsidenten ausgefertigt werden. Die GOBT gehört nicht zu den Vorschriften des Grundgesetzes. Danach wäre ein Verstoß gegen Anforderungen aus der GOBT für die formelle Verfassungsmäßigkeit irrelevant, weil die ranghöhere Vorschrift des Grundgesetzes

die Regelung aus der GOBT insoweit verdrängt. Gegen die erste und für diese Ansicht spricht auch, dass durch eine starre Quote kreative Ideen und ungewöhnliche, innovative Vorschläge Einzelner oder sehr kleiner Gruppen keinen Eingang in weitere parlamentarische Diskussionen finden können. Außer dem möglichen Verlust kreativer Lösungsansätze hätte dies auch eine Beeinträchtigung des freien Mandats der Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG zur Folge.⁵⁵ In empirischer Hinsicht kann zudem ergänzt werden, dass es in den Bundesländern, die das Initiativrecht einzelner Landtagsabgeordneter ausdrücklich verbrieft haben, zu keiner Parlamentsüberlastung durch Eingaben Einzelner gekommen ist und Selbiges für den Bundestag wohl auch kaum zu erwarten wäre.⁵⁶

Vorliegend überwiegen die Argumente für die zweite Ansicht, nach der ein Verstoß gegen die Quotenregelung aus § 76 Abs. 1 GOBT für das Gesetzgebungsverfahren verfassungsrechtlich unbeachtlich ist.⁵⁷ Dass nur ein einzelner Abgeordneter die Gesetzesvorlage beim Bundestag eingebracht hat, ist folglich unschädlich. Jedenfalls – insbesondere bei gegenteiliger Auffassung – ist zu beachten, dass der Bundestag sich mittels Beschlussfassung die Vorlage des B mehrheitlich zu Eigen gemacht und das Gesetz beschlossen hat; insofern ist dieser (vermeintliche) Fehler im Gesetzgebungsverfahren „geheilt“ worden.⁵⁸ Das Gesetzgebungsverfahren wurde damit ordnungsgemäß durchlaufen.

Hinweis: A.A. ebenso vertretbar. Die Lösung vertritt hier aus didaktischen Erwägungen absichtlich die (wohl) Mindermeinung. Wichtiger als das jeweilige Ergebnis ist, dass das im Sachverhalt aufgeworfene Problem ausführlich mit Für und Wider diskutiert und dass vom Bearbeiter in jedem Fall die „Heilung“ des (möglichen) Verfahrensfehlers erkannt wird.

cc) Formanforderungen

Nach dem Sachverhalt haben Gegenzeichnung, Ausfertigung und Verkündung stattgefunden; Formfehler sind nicht ersichtlich.

dd) Ergebnis zu a)

Das WSSG ist formell verfassungsgemäß.

b) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Fraglich bleibt, ob das WSSG materiell verfassungsgemäß ist, mithin ob alle grundgesetzlichen Schranken-Schranken gewahrt sind. Verstöße gegen den aus dem Rechtsstaats-

⁵⁴ So die wohl h.M., vgl. u.a. *Nolte/Tams*, Jura 2003, 158 (159); *Dietlein*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 39), Art. 76 Rn. 7; *Hömig*, in: Hömig/Wolff (Fn. 41), Art. 76 Rn. 2; *Masing*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 76 Rn. 34; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 47), Art. 76 Rn. 2.

⁵⁵ *Kersten*, in: Maunz/Dürig, GG, 81. EL, Stand: September 2017, Art. 76 Rn. 48 m.w.N.

⁵⁶ *Kersten* (Fn. 55), Art. 76 Rn. 48.

⁵⁷ So auch *Kersten* (Fn. 55), Art. 76 Rn. 48, 118 m.w.N.

⁵⁸ Hierzu auch *Kersten* (Fn. 55), Art. 76 Rn. 47; *Elicker*, JA 2005, 513 (514); *Frenzel*, JuS 2010, 119 (120); *Degenhart*, Staatsrecht I, 33. Aufl. 2017, Rn. 213.

prinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet⁵⁹ *Bestimmtheitsgrundsatz*, die *Wesensgehaltsgarantie* (Art. 19 Abs. 2 GG), das *Einzelfallgesetzverbot* (Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG) und das *Rückwirkungsverbot* (abgeleitet aus Art. 20 Abs. 3 GG) sind nicht ersichtlich. Insbesondere sind hinsichtlich Ersterem die Normadressaten und deren Pflichten klar erkennbar, auch werden wesentliche Begrifflichkeiten hinreichend definiert, etwa wann eine „Skipiste“ vorliegt und wann ein Helm „geeignet“ ist (§ 2 Abs. 2, 3 WSSG). Das *Zitiergebot* aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG gilt nach der Rechtsprechung des BVerfG nur für Grundrechte mit ausdrücklichem Schrankenvorbehalt im Sinne von Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG.⁶⁰ Für Art. 2 Abs. 1 GG gilt dieses folglich nicht; dass das WSSG nicht explizit darauf hinweist, dass es Art. 2 Abs. 1 GG einschränkt, ist damit unschädlich.

Hinweis: Sofern Bearbeiter eines der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 GG als eröffnet ansehen und dort alle Prüfungsschritte abarbeiten, wäre aufgrund des ausdrücklichen Schrankenvorbehalts in Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG hier wohl ein Verstoß gegen das Zitiergebot zu sehen.

Fraglich bleibt damit nur noch die Wahrung des *Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*. Die Regelungen des WSSG müssten geeignet und erforderlich sein, einem legitimen Zweck zu dienen, und dies in angemessener Weise tun.

Zweck des WSSG ist nach dessen § 1 die Senkung der Zahl und der Auswirkungen schwerer und tödlicher Unfälle auf Skipisten, das heißt vor allem auch eine Risikominimierung. Dieser Zweck ist verfassungslegitim. *Mittel* zur Zweckdurchsetzung ist insbesondere die beschwerdegegenständliche Skihelmpflicht in § 2 Abs. 1 WSSG i.V.m. der Bußgeldandrohung in § 4 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 WSSG, mithin ein faktisches Verbot des Fahrens ohne Helm.

Dieses Mittel ist zur Zweckerreichung *geeignet*, wenn es den Zweck auf irgendeine Weise fördert. Nach dem Sachverhalt könnten gemäß gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse 45 % (ca. 60 % bei Kindern unter 14 Jahren) der schweren und tödlichen Skiunfälle entscheidend abgemildert oder verhindert werden, wenn die Beteiligten einen Skihelm tragen.⁶¹ Die Skihelmpflicht dient dem Gesetzeszweck und ist in abstrakt-genereller Weise geeignet zur Zweckerreichung,

auch wenn im Einzelfall schwere oder tödliche Verletzungen trotz Tragens eines Helmes nicht ausgeschlossen sind.

Die Helmpflicht müsste auch *erforderlich* sein. Das ist der Fall, wenn kein gleichermaßen zur Zweckerreichung geeignetes Mittel zur Verfügung steht, das mit geringeren Beeinträchtigungen gegenüber dem Bürger auskommt. Hier sind mehrere mildere Mittel denkbar:

Die Nichteinführung der Helmpflicht und damit freie Disposition über das Skihelmtragen wäre zweifelsohne milder, aber im Hinblick auf den Gesetzeszweck nicht gleich effizient – die freiwillige Helmtragequote bei Jugendlichen liegt nach dem Sachverhalt bei unter 50 % und dürfte auch bei Erwachsenen nicht höher sein.

Vor diesem Hintergrund wäre an eine Helmpflicht nur für Jugendliche zu denken, die nach den Angaben des Sachverhalts besonders gefährdet sind.⁶² In der Regel ist die körperliche Koordinations- und Reaktionsfähigkeit sowie das technische Vermögen Erwachsener besser ausgeprägt, so dass Gefahren möglicherweise nicht so hoch sind wie bei Jugendlichen; andererseits haben Erwachsene zumeist ein höheres Körpergewicht und auch unter Erwachsenen gibt es Skifahreranfänger, deren technisches Vermögen gering ist. Zudem besteht eine Gefährdung nicht nur beim aktiven Fahren, sondern gerade auch passiv durch Aufprall auf Unbeteiligte. Letztlich ist auch zu beachten, dass der zu erreichende Zweck eine allgemeine, nicht aber eine lediglich auf bestimmte Personengruppen zugeschnittene Unfall- und Risikominimierung vorsieht. Eine Skihelmpflicht nur für Jugendliche ist somit nicht gleichermaßen zur Zweckerreichung geeignet.

Auch eine Helmpflicht ohne Bußgeldbewehrung wäre zwar milder, jedoch angesichts der geringen Quote freiwilligen Tragens eines Helms und der Folgenlosigkeit von Verstößen nicht gleichermaßen effizient zur Zweckerreichung. Gesetzliche Pflichten, die nicht durchgesetzt werden (können), sind regelmäßig kaum geeignet, um bestimmte Schutzzwecke zu erreichen.

Auch die bloße Information und Aufklärung über Gefährlichkeit des Skifahrens ohne Helm wäre unstrittig milder, ist aber nicht gleichermaßen geeignet zur Risikovermeidung und Unfallverhütung.

Zu denken ist noch an Geschwindigkeitsbegrenzungen auf Pisten. Diese wirken zwar ggf. milder als eine Skihelmpflicht, beschränken allerdings zugleich die allgemeine Handlungsfreiheit auf andere Weise. Darüber hinaus bedürften Geschwindigkeitsbegrenzungen entsprechender Kontrollen, welche praktisch kaum durchführbar sein dürften, womit auch dieses Mittel ausscheidet.

Die Skihelmpflicht ist damit erforderlich.

Hinweis: A.A. vertretbar. Bearbeiter dürfen hinsichtlich milderer Mittel durchaus auch „kreativ“ sein und werden dafür mit Bonuspunkten belohnt, sofern jeweils sauber

⁵⁹ Etwa BVerwG NVwZ 2014, 527 (528); *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 37.

⁶⁰ BVerfGE 24, 367 (396 f.); 25, 371 (399); *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 311. Es gilt nach der Rspr. des BVerfG somit nicht für vorbehaltlos gewährleistete sowie auch nicht für Grundrechte mit qualifiziertem Gesetzesvorbehalt, da es sich sonst um „überzogene Formanforderungen“ an den Gesetzgeber handeln würde; BVerfGE 28, 36 (46); 64, 72 (80); *Jarass* (Fn. 47), Art. 19 Rn. 5 ff.; *Werkmeister*, BRJ 2012, 41 (42).

⁶¹ *Jahnke*, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, 25. Aufl. 2018, § 254 BGB Rn. 244; detaillierte, etwas abweichende Zahlen bei *Ruedl/Pocecco/Ledochowski/Hotter/Kopp/Burtscher*, Deutsche Zeitschrift für Sportmedizin 2012, 106 (107 f.).

⁶² Eine solche Helmpflicht nur für Jugendliche besteht etwa in Italien, Kroatien, Slowenien, Polen und in Teilen Österreichs, vgl.

<https://www.skiinfo.de/news/a/572341/wo-besteht-helmpflicht> (20.5.2018).

zwischen milderem Mittel und dessen Geeignetheit zur Zweckerreichung differenziert wird. Die Angemessenheit sollte dann ggf. hilfsgutachterlich angesprochen werden.

Fraglich bleibt damit noch die *Angemessenheit* der Skihelmpflicht des WSSG. Angemessen bzw. verhältnismäßig im engeren Sinne ist diese, wenn die beim Grundrechtsträger eintretenden Nachteile nach umfassender Abwägung mit den zu erreichenden Zielen hinter Letzteren zurückstehen müssen, das heißt der mit dem WSSG verfolgte Zweck als so hochrangig einzustufen ist, dass er Grundrechtsbeschränkungen beim Einzelnen überwiegt; dabei muss die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleiben.⁶³ Die beim Bürger eintretenden Nachteile bestehen – ausschließlich – für Ski- und Snowboardfahrer und darin, dass diese durch einen Helm tatsächlich auch minimal in der Bewegungsfreiheit des Kopfes eingeschränkt werden, ebenso wird das periphere Sichtfeld geringfügig eingeschränkt. Hinzu kommen Beeinträchtigungen des Fahrgefühls („Wind in den Haaren“) und unter Umständen des ästhetischen Empfindens sowie die monetären Aufwendungen für die Anschaffung eines Helms. Zu entgegnen ist jedoch, dass beim Wintersport aufgrund der Kälte ohnehin zumeist Mützen oder ähnliche Kopfbedeckungen getragen werden, die ein Helm lediglich ersetzt. Helme sind in jeder denkbaren Farbe und mit Mustern etc. erhältlich, ähnlich wie Mützen auch, so dass das ästhetische Empfinden wohl jedenfalls nicht erheblich beeinflusst ist. Die Beeinträchtigung der Sicht durch einen Helm ist in aller Regel nicht stärker als bei üblichen Skibrillen auch, welche aufgrund der Geschwindigkeiten in aller Regel getragen werden. Auch fallen die Anschaffungskosten für einen Helm im Vergleich zur übrigen Ski- bzw. Snowboard-Ausrüstung kaum ins Gewicht. Alle aufgeführten Nachteile sind demnach auch in Summe von eher geringfügiger Natur.

Diesen steht die Schutz- und Risikominimierungsfunktion der Helmpflicht gegenüber. Charakteristisch für den Ski- und Snowboardsport sind hohe Geschwindigkeiten, die infolge des Gefälles und der Pistenpräparierung sowie des immer besseren Materials problemlos auch von Anfängern erreichbar sind. Hinzu kommt, dass aktiv gebremst werden muss, was Kraft und Technik erfordert. Mit Skiunfällen ist vor diesem Hintergrund ein vergleichsweise hohes Risiko verbunden.⁶⁴ Der empfindlichste Teil des menschlichen Körpers ist der Kopf, so dass selbst geringere Krafteinwirkung hier schon zu sehr schweren oder tödlichen Verletzungen führen kann. Fahrer gefährden zudem nicht nur sich selbst, sondern auch andere, auf die sie eventuell auffahren. Selbst wenn das Tragen eines Helms dazu führen kann, dass sich Fahrer „zu sicher“ fühlen und sich dadurch zu waghalsigen Manövern verleiten lassen, bleiben diese im Falle einer Kollision deutlich besser geschützt als ohne Helm. Zu berücksichtigen ist auch, dass nach obergerichtlicher Rechtsprechung nicht nur Unfallverursacher, sondern auch Geschädigte eine zivilrechtliche Haftung im Sinne einer Teilschuld nach § 254 BGB

treffen kann, wenn diese keinen Skihelm getragen haben.⁶⁵ Die Gesundheit stellt nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG schließlich ein objektiv-rechtliches Schutzgut dar, das mit einem Schutzauftrag an den Gesetzgeber verbunden ist, welchem dieser mit dem WSSG nachkommt; hierdurch werden nicht nur Einzelne, sondern durch sinkende Behandlungs- und Folgekosten auch Krankenkassen und Versicherer entlastet.⁶⁶

Nach alledem ist hier ein Übergewicht der für die Skihelmpflicht sprechenden Argumente zu verzeichnen; die eher geringen Nachteile beim Einzelnen müssen demgegenüber zurückstehen. Die beschwerdegegenständliche Helmpflicht aus § 2 Abs. 1 i.V.m. der Bußgeldandrohung in § 4 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 WSSG ist angemessen und verhältnismäßig; sie ist damit insgesamt materiell verfassungsgemäß.

Hinweis: A.A. ebenso gut vertretbar; es kommt hier vor allem auf eine ausführliche Argumentation und Abwägung an.

4. Ergebnis zu IV.

Die Skihelmpflicht aus § 2 Abs. 1 i.V.m. der Bußgeldandrohung in § 4 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 WSSG verletzt den Beschwerdeführer nicht in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG.

V. Art. 3 Abs. 1 GG (allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz)

In Frage kommt – mangels Einschlägigkeit eines spezielleren – nur noch eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitsgrundrechts aus Art. 3 Abs. 1 GG. Eine solche ist gegeben, wenn ohne verfassungsrechtliche Rechtfertigung wesentlich Gleiches ungleich bzw. wesentlich Ungleiches gleich behandelt wird. Der Beschwerdeführer rügt eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung sowohl gegenüber dem Eislaufen (1.) als auch gegenüber alltäglichem Fahrradfahren im Straßenverkehr (2.).

1. Ungleichbehandlung gegenüber Eislaufen

a) Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem

Eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem bedingt zunächst, dass die zu vergleichenden Sachverhalte derselben Vergleichsgruppe bzw. einem gemeinsamen Oberbegriff unterfallen. Der gemeinsame Oberbegriff von Ski- und Snowboardfahren einerseits und Eis(kunst- sowie -schnell)laufen andererseits kann hier in „Wintersport mit hohen erreichbaren Geschwindigkeiten“ zu sehen sein. Damit liegt „wesentlich Gleiches“ vor.

Hinweis: A.A. vertretbar, zum Beispiel mit der Begründung, das Skifahren unterscheidet sich vor allem dadurch vom Eislaufen, dass bei Ersterem durch die Neigung der Hänge eine Beschleunigung gleichsam ohne Kraft-

⁶³ BVerfGE 83, 1 (19); 102, 1 (19 ff.); *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 307 ff.

⁶⁴ *Scholten*, DAR 2012, 335 (337).

⁶⁵ OLG München DAR 2012, 335; dazu auch *Heinemeyer*, DAR 2013, 685 (689 ff.); *Döll*, DAR 2014, 234 (234 f.).

⁶⁶ Ganz ähnlich auch bei *Görisch*, Ad Legendum 2009, 264 (268).

anstrengung möglich ist. Auch kann durchaus ein anderslautender gemeinsamer Oberbegriff gefunden werden.

Eine Ungleichbehandlung ist insofern gegeben, als für Ski- und Snowboardfahrer eine Helmpflicht nach dem WSSG, für das Eislaufen hingegen keine entsprechende Regelung besteht. Damit liegt eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem vor.

b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Die Ungleichbehandlung könnte verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Nach der (früheren) sogenannten „Willkürformel“ wird dazu lediglich verlangt, dass der Gesetzgeber die Ungleichbehandlung nicht willkürlich vornimmt, sondern wenigstens vernünftige, sachgerechte Gründe dafür anführt.⁶⁷ Nach der in der späteren Rechtsprechung des BVerfG entwickelten „neuen Formel“⁶⁸ ist darüber hinaus unter anderem dann eine (modifizierte) Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, wenn eine Ungleichbehandlung an Kriterien wie diejenigen aus Art. 3 Abs. 3 GG knüpft oder wenn sich die Ungleichbehandlung auf die Wahrnehmung von Grundrechten nachteilig auswirkt.⁶⁹ In seiner jüngeren Rechtsprechung hat das BVerfG mit der sogenannten „Stufenlos-Formel“ klargestellt, dass sich „je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber [ergeben], die stufenlos von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen reichen können.“⁷⁰ Im Sinne dieses „gleitenden Ansatzes“ ist zu prüfen, ob die Ungleichbehandlung an Merkmale geknüpft wird, die die Prüfung von einer einfachen Willkürprüfung auf die „Stufe“ einer (modifizierten) Verhältnismäßigkeitsprüfung anhebt.

Die für Skifahrer, nicht aber für Eisläufer geltende Helmpflicht bewirkt zumindest einen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG (siehe oben B. IV. 2.). Obgleich der Eingriff aufgrund geringer Auswirkungen und überwiegender Schutzzwecke verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist (B. IV. 3.), wirkt sich diese Ungleichbehandlung insoweit nachteilig auf die Wahrnehmung von Freiheitsrechten aus, als die Freiheitsbeeinträchtigung nur bestimmte Menschen trifft.⁷¹ Es bleibt demnach über eine schlichte Willkürprüfung hinaus zu prüfen, „ob für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können“⁷² – mit anderen Worten, ob die Auswirkungen der Ungleichbehandlung für den Bürger einerseits und die die Ungleichbehandlung rechtfertigenden Grün-

de andererseits in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.⁷³

Hinweis: Das Prüfungsschema „geeignet, erforderlich, angemessen“ lässt sich von Freiheits- auf Gleichheitsgrundrechte nur schwer übertragen. Sinnvoller ist hier eine „modifizierte Verhältnismäßigkeitsprüfung“ – im Endeffekt eine Angemessenheitsprüfung –, wie sie das BVerfG im Rahmen der „neuen Formel“ anwendet.⁷⁴ Diese entspricht im Ergebnis einem restriktiven Verständnis der Willkürformel, so dass sich beide Formeln letztlich recht ähnlich sind.⁷⁵ Wichtig ist hier vor allem, dass Bearbeiter sich mit den „Formeln“ auseinandersetzen und begründet zu einem vertretbaren Ergebnis gelangen.

Die Auswirkungen der Ungleichbehandlung für den Bürger bestehen in den bereits geschilderten freiheitsrechtlichen Einbußen und Unannehmlichkeiten. Als hinreichend gewichtiger Grund für eine Ungleichbehandlung lässt sich etwa anführen, dass Ski- und Snowboardfahren wesentlich schnellere Geschwindigkeiten ermöglicht als das Eislaufen, da bei Ersterem auch für ungeübte Fahrer das Beschleunigen allein durch das Gefälle gleichsam passiv möglich ist, wohingegen zum Bremsen Techniken („Schneepflug“) und eigene Körperkraft erforderlich sind. Im Gegensatz dazu bedarf es beim Eislaufen sowohl körperlicher Kraft als auch technischer Fertigkeit, um überhaupt höhere Geschwindigkeiten zu erreichen. Sowohl die Eigen- als auch die Fremdgefährdung sind dort als wesentlich geringer anzusehen. In Summe besteht beim Ski- und Snowboardfahren wohl eine wesentlich höhere Gefahr als beim Eislaufen. Es bestehen gewichtige Gründe für eine Ungleichbehandlung, die damit verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

Hinweis: A.A. gut vertretbar, etwa mit der Argumentation, dass beim Eislaufen ebenfalls „aktiv“ gebremst werden muss und durch den sehr harten Eisboden ein vergleichbar hohes Kopfverletzungsrisiko besteht.

2. Ungleichbehandlung gegenüber alltäglichem Radfahren

a) Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem

Fraglich ist hier schon, ob wesentlich Gleiches ungleich behandelt wird. Ein gemeinsamer Oberbegriff „(Freizeit)Sport“ kann nicht gebildet werden, zumal im Sachverhalt ausdrücklich das alltägliche Fahrradfahren im Straßenverkehr als Fortbewegungsmöglichkeit, nicht aber der Radsport als solcher benannt wird. Zwar besteht auch beim Radfahren im Straßenverkehr ein nicht unbedeutendes Kopfverletzungsrisiko, wenn kein Helm getragen wird; aufgrund völlig anderer Umgebungen und zu differenzierender Gefahrenlagen lassen sich beide Gruppen aber nicht unter einen sinnvollen gemeinsa-

⁶⁷ BVerfGE 1, 14 (52); in der Folge u.a. BVerfGE 55, 72 (90).

⁶⁸ BVerfGE 88, 87 (96 f.); dazu näher *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 39), Art. 3 Rn. 28.

⁶⁹ *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 347 f. m.w.N.; *Kischel* (Fn. 68), Art. 3 Rn. 30 ff.; *Kingreen/Poscher* (Fn. 45), Rn. 530 f.

⁷⁰ BVerfGE 129, 49 (Leitsatz 1); *Kischel* (Fn. 68), Art. 3 Rn. 28; zur Thematik eingehend *Britz*, NJW 2014, 346.

⁷¹ Hierzu näher *Britz*, NJW 2014, 346 (349 f.).

⁷² BVerfGE 88, 87 (97).

⁷³ *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 346.

⁷⁴ Vgl. etwa BVerfGE 130, 131 (143); *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 351 m.w.N.

⁷⁵ *Heun*, in: Dreier (Fn. 42), Art. 3 Rn. 22; keinen wesentlichen Unterschied sieht offenbar *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 352.

men Oberbegriff verorten.⁷⁶ Es handelt sich damit nicht um wesentlich Gleiches.

Hinweis: A.A. vertretbar; der gemeinsame Oberbegriff „(Freizeit)Sport“ oder „Risikosport“ dürfte aufgrund der ausdrücklichen Beschränkung des Sachverhalts auf Radfahren als alltägliches Fortbewegungsmittel allerdings kaum zu vertreten sein.

b) Ergebnis zu 2.

Eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung gegenüber Radfahrern im Straßenverkehr außerhalb des Radsports ist nicht ersichtlich.

3. Ergebnis zu V.

Soweit Ungleichbehandlungen vorliegen, sind diese verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG liegt damit nicht vor.

VI. Ergebnis zu B.

Es sind keine Grundrechtsverletzungen ersichtlich. Die Verfassungsbeschwerde ist unbegründet.

C. Ergebnis zu Aufgabe 1

Die Verfassungsbeschwerde des J ist unzulässig, im Hilfsgutachten zudem unbegründet. Sie wird keinen Erfolg haben.

Lösung zu Aufgabe 2

Die Regelungen des WSSG verletzen das Unternehmen U in seinen Grundrechten, wenn und soweit ein verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigender Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts vorliegt.

Hinweis: Die Fallfrage zu Aufgabe 2 verlangt nur die Prüfung auf Grundrechtsverletzungen. Ausführungen zur Zulässigkeit etwaiger Rechtsbehelfe sind somit nicht nur überflüssig, sondern schlicht falsch.

A. Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit)

I. Schutzbereich

Der Schutzbereich der Berufsfreiheit erfasst in persönlicher Hinsicht alle Deutschen. Für juristische Personen wie U gilt zudem Art. 19 Abs. 3 GG, wonach die juristische Person „inländisch“ sein muss; mangels entgegenstehender Hinweise im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass dies der Fall ist. Die Berufsfreiheit ist gem. Art. 19 Abs. 3 GG ihrem Wesen nach auch geeignet, auf juristische Personen angewendet zu werden. Der persönliche Schutzbereich ist eröffnet. In sachlicher Hinsicht beinhaltet der Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG das einheitliche Grundrecht der Berufsfreiheit, das die

Ausprägungen der freien Berufswahl und des Schutzes der Berufsausübung kennt.⁷⁷ Beruf ist jede auf Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung bzw. Erhaltung einer Lebensgrundlage dient und nicht verboten bzw. schlechthin gemeinschädlich ist; der Begriff ist weit auszulegen und umfasst auch neuartige Tätigkeiten, die keinem tradierten Berufsbild angehören.⁷⁸ Die Tätigkeit von U, Skipisten und -lifte zu betreiben, unterfällt dem Begriff des Berufs. Der Schutzbereich ist insgesamt eröffnet.

II. Eingriff

Ein Grundrechtseingriff liegt grundsätzlich vor, wenn ein in den Schutzbereich fallendes Verhalten erschwert oder unmöglich gemacht wird. Im Rahmen der Berufsfreiheit ist nach der Rechtsprechung des BVerfG außerdem erforderlich, dass die eingreifende Norm zumindest objektiv *berufsregelnde Tendenz* aufweist. Diese ist gegeben, wenn die Norm ausschließlich oder im Wesentlichen auf berufliche Tätigkeiten anwendbar ist und diese zielgerichtet reglementieren will.⁷⁹ Das WSSG erlegt in dessen § 3 i.V.m. der Bußgeldbewehrung in § 4 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 WSSG insbesondere den Betreibern von Skipisten als Normadressaten konkrete Pflichten auf, die ganz bewusst und zielgerichtet deren berufliche Tätigkeit reglementieren und einschränken. Damit ist (jedenfalls objektiv) berufsregelnde Tendenz gegeben und ein Eingriff zu bejahen.

Hinweis: Die „Drei-Stufen-Theorie“ kann bereits hier⁸⁰, ebenso aber auch erst bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung angesprochen werden. Zwingend einzugehen ist hier aber auf die berufsregelnde Tendenz.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

1. Gesetzesvorbehalt

Die Berufsfreiheit ist ausweislich des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG durch Gesetz einschränkbar. Dieses müsste jedoch formell wie materiell verfassungsgemäß sein.

2. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Wie bereits dargelegt, ist die formelle Verfassungsmäßigkeit des beschwerdegegenständlichen WSSG gegeben (vgl. oben Aufgabe 1, Abschnitt B. IV. 3. a).

3. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Hinsichtlich der materiellen Verfassungsmäßigkeit ist im Rahmen der Berufsfreiheit die sogenannte „Drei-Stufen-Theorie“ nach der Rechtsprechung des BVerfG zu beachten. Diese differenziert zwischen Berufsausübungsregelungen (auf erster, geringster Stufe), die lediglich die Art und Weise der Ausübung des Berufs betreffen, und Berufswahlregelun-

⁷⁶ Im zivilrechtlichen Kontext hat bspw. das OLG München BeckRS 2012, 12391 festgehalten: „Anders als Fahrradfahren (das eine Person z.B. auch zur Arbeit, zum Einkaufen o.ä. bringen kann) handelt es sich beim Skifahren stets um sportliche Betätigung.“

⁷⁷ Sodan/Ziekow (Fn. 3), § 40 Rn. 1; Detterbeck (Fn. 2), Rn. 462.

⁷⁸ BVerfGE 119, 59 (78); zum Erfordernis „schlechthin gemeinschädlich“ Kingreen/Poscher (Fn. 45), Rn. 937 f.

⁷⁹ BVerfGE 70, 191 (214).

⁸⁰ So bei Detterbeck (Fn. 2), Rn. 469.

gen subjektiver (zweite Stufe) und objektiver (dritte Stufe) Natur, die den Zugang, die Fortführung oder die Beendigung der beruflichen Tätigkeit betreffen.⁸¹ Die Stufenzuordnung hängt maßgeblich davon ab, wie das vorliegende Berufsfeld zu definieren ist.⁸² Dieses kann hier als „Skipistenbetreiber“ bezeichnet werden. Dieser insoweit eigenständige Beruf wird nicht von subjektiven oder objektiven Zulassungsvoraussetzungen abhängig gemacht (das „ob“ betreffend); es wird insbesondere kein Zulassungserfordernis oder Ähnliches für Skipistenbetreiber aufgestellt, ohne dessen Erfüllung der Beruf nicht aufgenommen werden kann. Es werden lediglich Ausübungsregelungen (das „wie“ betreffend) aufgestellt. Dieser Eingriff auf der „ersten Stufe“ kann durch Erwägungen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden, solange alle verfassungsrechtlichen Schranken-Schranken gewahrt sind. An der Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes, der Wesensgehaltsgarantie, des Rückwirkungsverbots, des Einzelfallgesetzesverbots und des Zitiergebots bestehen keine Zweifel; Letzteres gilt nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht für Grundrechte mit Regelungsvorbehalt wie Art. 12 Abs. 1 GG.⁸³

Zu prüfen bleibt, ob die bußgeldbewehrten Betreiberpflichten dem *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* entsprechen. Die bereits dargestellten Zwecke des WSSG sind als vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls im Sinne der Drei-Stufen-Theorie und als verfassungslegitim anzusehen. Das vom Gesetzgeber gewählte Mittel der Betreiberpflichten (Kontrolle der Einhaltung der Skihelmpflicht, Zutrittsverweigerung und Verweisungspflicht für Verstößende) ist zur Erreichung dieser Zwecke auch *geeignet*, zumal damit die für Ski- und Snowboardfahrer geltende Helmpflicht, die ihrerseits verfassungsgemäß ist (siehe oben Aufgabe 1), effektiv durchgesetzt wird.

Fraglich ist, ob *mildere Mittel* als die Betreiberpflichten existieren, die gleichermaßen zur Erreichung der Zwecke geeignet sind. Milder für die Betreiber wäre es jedenfalls, wenn alle oder einzelne der Betreiberpflichten nicht bestehen würden und die Gesetzeszwecke nur über die die Ski- und Snowboardfahrer betreffende Helmpflicht gesichert würden. Zur Zweckerreichung ist dies aber nicht gleichermaßen geeignet, zumal dieser nur oder jedenfalls besser über eine strikte und möglichst flächendeckende Einhaltung der Helmpflicht zu erreichen ist, was Kontrollen bedingt. Auch ein Verzicht auf die Bußgeldbewehrung nach § 4 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 WSSG wäre milder, würde aber nicht gleichermaßen zur Zweckerreichung beitragen, da eine nicht an Sanktionen geknüpfte Vorschrift auf freiwillige – nach dem Sachverhalt defizitäre – Umsetzung durch die Adressaten angewiesen wäre. Denkbar ist auch anstelle von Betreiberpflichten eine Verpflichtung, Hindernisse auf Strecken zu polstern, wie von U bereits freiwillig vorgenommen. Allerdings wäre ein solches Mittel zum einen nicht gleichermaßen geeignet, da so zwar Unfälle mit Liftmasten etc., nicht aber Zusammenstöße

von Skifahrern untereinander abgemildert werden können. Zum anderen wäre es auch nicht milder, weil damit zugleich ein möglicher Eingriff insbesondere in das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG besteht. Mildere Mittel, die gleichermaßen zur Zweckerreichung dienlich sind, sind nicht ersichtlich.

Hinweis: A.A. durchaus vertretbar; dann sollte die Angemessenheitsprüfung hilfsgutachtlich vorgenommen werden.

Fraglich ist noch die *Angemessenheit* der Betreiberpflichten, das heißt ob die mit dem WSSG verfolgten Schutzzwecke höher zu gewichten sind als die Nachteile bei den Betreibern. Zum einen sind die Einbußen der Betreiber nicht als hoch zu werten, weil dem Sachverhalt zufolge U – wie es auch bei anderen Betreibern der Fall sein dürfte – auf dem gesamten Areal kleine Kassenhäuschen aufgestellt hat, an denen Tickets bzw. Skipässe verkauft und kontrolliert werden. Eine Kontrolle der Einhaltung der Skihelmpflicht nach § 3 Nr. 1 WSSG und ggf. auch Zutrittsverweigerung nach § 3 Nr. 2 WSSG dürfte dort möglich sein und eher keinen erheblichen administrativen und/oder personellen Mehraufwand darstellen; gesonderte Kontrollstellen sind damit nicht nötig. Ob, wie von G dargestellt, nur aufgrund der Betreiberpflichten eine Umzäunung des gesamten Areals nötig ist, mag ebenso bezweifelt werden: Ohne Liftpass sind Skiabfahrten in der Regel kaum sinnvoll möglich – steile Abfahrten auf Abfahrtskiern oder zu Fuß zu erklimmen, ist äußerst anstrengend –, so dass ein Ticket für den Lift benötigt wird, bei dessen Kauf bzw. Kontrolle zugleich die Helmpflicht kontrolliert werden kann. Auch die Pflicht nach § 3 Nr. 3 WSSG, Ski- und Snowboardfahrer bei Verstoß gegen die Helmpflicht von der Skipiste zu verweisen, dürfte ohne großen Mehraufwand zu bewerkstelligen sein, da es meist ohnehin eine Pistenaufsicht gibt. Die (wirtschaftlichen) Einbußen bei U erweisen sich damit auch in Summe als so gering, dass die Schutzzwecke des WSSG diese weit überwiegen. Über den Einzelfall hinaus dürfte dies auch für die Mehrzahl der Skipistenbetreiber gelten. Damit steht die Verhältnismäßigkeit und somit auch die materielle Verfassungsmäßigkeit der Betreiberpflichten nach § 3 WSSG fest.

Hinweis: A.A. mit Begründung gut vertretbar.

4. Ergebnis zu III.

Der Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

IV. Ergebnis zu A.

Eine Verletzung von U im Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG ist nicht gegeben.

B. Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Handlungsfreiheit)

Der Schutzbereich des spezielleren Freiheitsgrundrechtes aus Art. 12 Abs. 1 GG ist eröffnet; die allgemeine Handlungsfreiheit tritt subsidiär hinter diese zurück.

⁸¹ Ständige Rspr., grundlegend BVerfGE 7, 377 (404 ff.).

⁸² Deterbeck (Fn. 2), Rn. 474.

⁸³ Vgl. etwa BVerfGE 28, 36 (46); 64, 72 (80); Jarass (Fn. 47), Art. 19 Rn. 5 ff; *Werkmeister*, BRJ 2012, 41 (42).

C. Art. 3 Abs. 1 GG (allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz)

Eine Verletzung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG liegt vor, wenn wesentlich Gleiches ungleich bzw. wesentlich Ungleiches gleich behandelt wird, ohne dass dies verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann. U rügt eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber Betreibern von Langlaufloipen und „Flachhängen“.

I. Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem

Die zu vergleichenden Sachverhalte müssten einem gemeinsamen Oberbegriff unterfallen. Als gemeinsamer Oberbegriff ist hier der Skisport zu sehen. Es liegt wesentlich Gleiches vor.

Hinweis: A.A. vertretbar, etwa mit Hinweis auf unterschiedliches Risiko, dann sollte weiter im Hilfsgutachten geprüft werden.

Eine Ungleichbehandlung ist insofern gegeben, als die Betreiberpflichten nach § 3 WSSG nur für Betreiber von Skipisten gelten, für die Betreiber von Langlaufstrecken (§ 2 Abs. 2 S. 2 WSSG) und „flachen Hängen“ mit einer durchschnittlichen Hangneigung von weniger als 5 % (vgl. § 2 Abs. 2 S. 1 WSSG) aber nicht. Eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem ist gegeben.

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Unter Verweis auf die obige Argumentation (Aufgabe 1, B. V. 1. b) ist auch hier der Maßstab der „neuen Formel“ an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung anzulegen, zumal hier ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG vorliegt und nachteilige Auswirkungen auf dessen Ausübung gerade in der Ungleichbehandlung angelegt sein könnten. Es müssten für die vorgenommene Differenzierung also „Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können.“⁸⁴ Ein erheblicher Unterschied besteht darin, dass bei steilen Abfahrten ohne körperliches Zutun hohe Geschwindigkeiten (mehr als 100 km/h), bei flachen Abhängen hingegen kaum nennenswerte Geschwindigkeiten erreicht werden können. Letzteres gilt auch für Langlaufloipen, bei denen ein wesentlicher Teil der Strecke aus flachen und Anstiegspassagen besteht. Insgesamt ist das Verletzungsrisiko bei einem Aufprall hier deutlich geringer, so dass weder eine Helmpflicht noch die Kontrolle selbiger durch entsprechende Betreiberpflichten wesentlich zu einer Verringerung des allgemeinen Verletzungsrisikos beitragen kann. Die festgestellte Ungleichbehandlung ist demnach verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Hinweis: A.A. vertretbar, etwa unter Verweis darauf, dass Langlaufski wesentlich schmaler und bei Abfahrten, die

auf Anstiege unweigerlich folgen, schwieriger zu kontrollieren sind als Alpin-Ski etc.

III. Ergebnis zu C.

Art. 3 Abs. 1 GG ist nicht verletzt.

D. Ergebnis zu Aufgabe 2

U ist nicht in Grundrechten verletzt.

⁸⁴ BVerfGE 88, 87 (97).

Anfängerklausur: Werbung für den Schwangerschaftsabbruch

Von Wiss. Mitarbeiter **Alexander Hobusch**, Düsseldorf*

Die Strafvorschrift der „Werbung für den Schwangerschaftsabbruch“ in § 219a StGB ist spätestens nach einer öffentlichkeitswirksamen Verurteilung einer Medizinerin in aller Munde. Der vorliegende Fall behandelt die Verfassungsmäßigkeit der Norm im Rahmen einer Urteilsverfassungsbeschwerde. Die Klausur bereitet in rechtlicher Hinsicht weniger Schwierigkeiten, es bieten sich aber an einigen Stellen Einfallstore für eine überdurchschnittliche Bearbeitung, ansonsten ist das Ergebnis der Klausur vor allem von der Argumentation des Bearbeiters in der Verhältnismäßigkeit geprägt. Mit der Meinungs- und Berufsfreiheit werden hier zum anderen zwei „Klassiker“ gegen das Gesetz in Stellung gebracht, welche auch bereits im ersten Semester zum Handwerkszeug eines jeden Juristen zählen sollten.

Sachverhalt

A ist niedergelassene Ärztin in der Gemeinde G. Zu ihren Leistungen zählt unter anderem auch die Assistenz bei Schwangerschaftsabbrüchen. A beschreibt auf ihrer Webseite ihre beruflichen Tätigkeiten. Auf der Homepage wird die gute Beratung und die hervorragende Reputation der A hervorgehoben. Dort ist unter der Rubrik „Leistungen“ unter anderem ein Feld mit der Bezeichnung „Schwangerschaftsabbruch“ sichtbar.

Das Amtsgericht verurteilt die A auf Grundlage von § 219a StGB zu einer Geldstrafe von 6000 €. Eingelegte Rechtsmittel haben keinen Erfolg, auch letztinstanzlich wird die Entscheidung des Amtsgerichts bestätigt.

Im Urteil wird ausgeführt, dass der Tatbestand des § 219a StGB erfüllt sei, auch die reine Information falle unter die Norm, dies sei Absicht des Gesetzgebers gewesen. Dieser habe es verhindern wollen, dass über einen Schwangerschaftsabbruch „wie über jedes andere Thema“ gesprochen werde. Das ergebe sich, wie das Gericht zutreffend ausführt, aus der Gesetzesbegründung. Darüber hinaus verhindere das Verbot der Werbung effektiv, dass Betroffene sich leichtfertig für einen Abbruch entscheiden. Beim Schutz des ungeborenen Lebens handle es sich auch um ein elementares Rechtsgut, hinter das die Meinungsfreiheit und auch die Berufsfreiheit zurücktreten müssten.

A sieht sich durch das Urteil in ihren Grundrechten verletzt. Bei der reinen Information auf der Webseite handle es sich doch um keine „Werbung“ für den Schwangerschaftsabbruch. Sie meint, der Gesetzgeber habe bei der Regelung des Rechts zum Schwangerschaftsabbruch den Fokus auf die verpflichtende Beratung im Sinne des § 219 StGB gelegt. Unter gewissen Voraussetzungen sei der Abbruch der Schwangerschaft schließlich erlaubt (§§ 218, 218a, 219

StGB), damit könne ein „Werben“ für ein legales Handeln doch nicht unter Strafe stehen. Außerdem sei überhaupt nicht gezeigt, dass das Verbot der Werbung zu einer Reduzierung der Schwangerschaftsabbrüche führe.

Die A erhebt dagegen die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Ist die zulässige Verfassungsbeschwerde begründet?

Bearbeitervermerk

Auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ist ggf. hilfsgutachterlich einzugehen. Gehen Sie in Ihrer Bearbeitung davon aus, dass § 219a StGB formell verfassungsgemäß ist.

Hinweis: Auf §§ 218 ff. StGB wird hingewiesen.

Lösungsvorschlag

A. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde der A ist begründet, soweit diese durch die gerichtliche Entscheidung in spezifisch verfassungsrechtlicher Weise in ihren Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt ist.

I. Prüfungsmaßstab

Da K gegen ein Urteil eines Fachgerichts vorgeht, muss zunächst die Kontrolldichte der Gerichtsbarkeit des BVerfG gegenüber den Fachgerichten festgelegt werden.

Das BVerfG ist keine „Superrevisionsinstanz“. Das bedeutet, dass die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts ausschließlich Sache der Fachgerichte ist und nicht der Verfassungsgerichtsbarkeit zuzuordnen ist. Eine vollständige Rechtmäßigkeitskontrolle am Maßstab des einfachen Rechts ist durch das BVerfG deshalb ausgeschlossen. Um seine Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen zu beschränken, prüft das BVerfG deshalb ausschließlich die Verletzung „spezifischen Verfassungsrechts“. Der Fehler muss gerade in der Nichtbeachtung der Grundrechte liegen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn das Fachgericht nicht erkannt hat, dass ein oder mehrere Grundrechte überhaupt anwendbar sind, oder die Bedeutung und Reichweite eines Grundrechts nicht erfasst hat und die gerichtliche Entscheidung auf diesem Fehler beruht.

Vorliegend ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass das Gericht die Reichweite oder Bedeutung der Meinungs- und Berufsfreiheit verkannt hat.

II. Verletzung von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG

In Betracht kommt zunächst eine Verletzung der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG. Dazu müsste der Schutzbereich eröffnet sein, ein grundrechtlicher Eingriff vorliegen und dieser dürfte nicht gerechtfertigt sein.

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rechtslehre und Rechtssoziologie an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf (Prof. Dr. Martin Morlok). Die Fallgestaltung wurde im Wintersemester 2017/2018 als Probeklausur in der Vorlesung „Grundrechte“ von Prof. Dr. Martin Morlok angeboten.

1. *Schutzbereich*

a) *Persönlich*

Bei der Meinungsfreiheit handelt es sich um ein „Jedermannrecht“, sodass sich auch die A als natürliche Person darauf berufen kann.

b) *Sachlich*

Dem Wortlaut nach schützt Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG das Äußern und Verbreiten der „Meinung“. Der Begriff der „Meinung“ allerdings ist umstritten. Unstreitig ist, dass jedenfalls Werturteile darunterfallen. Werturteile sind Äußerungen, die von den Elementen der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägt sind. Abzugrenzen sind Werturteile von reinen Tatsachen. Tatsachenbehauptungen sind als solche dem Wahrheitsbeweis zugänglich, sind also objektiv wahr oder falsch.

Vorliegend enthält die Webseite der A unter „Leistungen“ den Punkt „Schwangerschaftsabbruch“. Es handelt sich dabei nicht nur um eine schlichte Aufzählung der Leistungen, die kein Werturteil erkennen lassen, sondern rein informativen Charakter haben. Die Frage, ob die A Schwangerschaftsabbrüche als Leistung anbietet oder nicht ist dem Wahrheitsbeweis zugänglich. Es handelt sich mithin um eine Tatsache. Ob Tatsachen unter den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen, ist streitig. Eine Ansicht geht davon aus, dass auch Tatsachenbehauptungen unter den Schutz der Meinungsfreiheit fallen sollen.¹ Danach wäre der Schutzbereich hier eröffnet.

Eine andere Ansicht hingegen begrenzt den Schutzbereich dem Grunde nach nur auf Werturteile. Tatsachen sollen jedoch dann auch erfasst werden, wenn sie Voraussetzung zur Meinungsbildung sind,² mit dem Werturteil also verknüpft sind, kurz gesagt also Meinungsbezug aufweisen. Danach fallen umgekehrt nur solche Tatsachen aus dem Schutzbereich, die keine Verbindung zu Werturteilen haben und auch nicht für die Bildung von Meinungen relevant sind,³ etwa Statistiken.⁴ Bei den vorliegenden Äußerungen handelt es sich um Tatsachen, die für sich genommen nicht mit einem speziellen Werturteil verknüpft sind. Andererseits ist hier auch der Gesamtzusammenhang der Webseite zu beachten. Diese enthält sehr wohl auch Werturteile und ist somit insgesamt auf die Bildung einer Meinung gerichtet. Damit dürften auch die einzelnen Aufzählungen nicht isoliert, sondern im Kontext dieser „Werbung“ gesehen werden. Die genannten Tatsachen sind also jedenfalls für die Meinungsbildung relevant und damit Grundlage der Meinungsbildung. Folglich ist auch nach dieser Ansicht der Schutzbereich eröffnet. Einer Streitentscheidung bedarf es somit nicht.

¹ Michael/Morlok, Grundrechte, 6. Aufl. 2017, Rn. 209; Payandeh, JuS 2016, 690 (691).

² Ständige Rechtsprechung, siehe etwa BVerfGE 54, 208 (219); zuletzt BVerfGE 90, 241 (247).

³ Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Rn. 63.

⁴ Dazu etwa BVerfGE 65, 1 (41).

Hinweis: Mit entsprechender Argumentation ist es wohl auch vertretbar, die Eröffnung des Schutzbereiches abzulehnen.

Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG schützt nicht nur die Bildung, sondern auch die Äußerung der Meinung. Die Aufzählung „in Wort, Schrift oder Bild“ ist dabei nicht abschließend,⁵ sodass auch die Veröffentlichung auf der Internetseite dazu zählt. Somit ist der sachliche Schutzbereich eröffnet.

2. *Eingriff*

Bei dem angegriffenen, letztinstanzlichen Urteil handelt es sich um eine finale, unmittelbare, rechtsförmige und mit Zwang durchsetzbare staatliche Maßnahme, mithin um einen Eingriff im klassischen Sinne.

3. *Rechtfertigung*

Der Eingriff in die Meinungsfreiheit könnte gerechtfertigt sein.

a) *Schranke (= Beschränkbarkeit)*

Die Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG, also insbesondere die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG unterstehen dem einheitlichen Gesetzesvorbehalt aus Art. 5 Abs. 2 GG. Danach ist die Meinungsfreiheit einschränkbar durch allgemeine Gesetze, Gesetze zum Schutze der Jugend und Gesetze zum Schutz der persönlichen Ehre. Somit handelt es sich bei Art. 5 Abs. 2 GG um einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt.⁶

b) *Schranken-Schranke (= Grenzen der Beschränkbarkeit)*

Die Beschränkbarkeit des Grundrechts unterliegt aber selbst Beschränkungen. Um den Grundrechtseingriff rechtfertigen zu können, bedarf es zunächst einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage, auf die das Handeln des Staates gestützt werden kann. Dies fordert der sog. Vorbehalt des Gesetzes, der als rechtsstaatliches Gebot für alle Grundrechte gilt. Die gesetzliche Grundlage für die Verurteilung ist vorliegend § 219a StGB.

aa) *Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes*

(1) *Anforderungen an den qualifizierten Gesetzesvorbehalt*

Nach den obigen Feststellungen ist ein die Meinungsfreiheit einschränkendes Gesetz nur dann verfassungsgemäß, wenn es ein allgemeines Gesetz darstellt, es dem Schutz der Jugend, oder dem Recht der persönlichen Ehre dient. Nach dem BVerfG⁷ müssen auch Gesetze zum Schutze der Jugend oder der persönlichen Ehre allgemein sein, womit die beiden anderen Schranken ihren eigenständigen Anwendungsbereich weitestgehend verloren haben.

Was unter einem „allgemeinen“ Gesetz zu verstehen ist, wird unterschiedlich beurteilt.

⁵ Schulze-Fielitz (Fn. 3), Art. 5 Rn. 67 f.

⁶ Michael/Morlok (Fn. 1), Rn. 644.

⁷ BVerfGE 124, 300 (326 f., 338); zur Kritik daran siehe etwa Michael/Morlok (Fn. 1), Rn. 645.

Nach der *Sonderrechtslehre* ist ein Gesetz dann allgemein, wenn es nicht gegen die Meinungsäußerung oder eine bestimmte Meinung als solche gerichtet ist.⁸ Die *Abwägungslehre* hingegen stellt für die Allgemeinheit darauf ab, ob das von dem einschränkenden Gesetz geschützte Rechtsgut wichtiger als die Meinungsfreiheit ist und daher Vorrang verdienen.⁹ Das Bundesverfassungsgericht kombiniert beide Lehren und sieht ein Gesetz dann als allgemein an, wenn es nicht gegen eine Meinung als solche gerichtet ist und dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu gewährleisteten Rechtsgutes stehen, welches der Meinungsfreiheit nicht nachsteht (*Kombinationslehre*).¹⁰

Das gesetzliche Verbot des § 219a StGB untersagt die Werbung für Schwangerschaftsabbrüche. Hier ließe sich kurz überlegen, ob damit die Meinung „Werbung für den Schwangerschaftsabbruch“ als solche verboten wird. Allerdings ist zu bedenken, dass nicht alle Äußerungen über Schwangerschaftsabbrüche erfasst sind, sondern nur „grob anstößige“ oder kommerzielle, die Meinung also nicht schlechthin, sondern nur in gewissen Fallgestaltungen beschränkt wird. Sie dient außerdem dem Schutz des werdenden Lebens, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und damit einem Rechtsgut, das der Meinungsfreiheit nicht nachsteht. Somit ist das Gesetz nach allen Ansichten, jedenfalls aber nach der Abwägungslehre als allgemein zu qualifizieren.

Die gesetzliche Regelung des § 219a StGB stellt als allgemeines Gesetz eine taugliche Schranke im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG dar.

Hinweis: Eine nähere Problematisierung, ob das Gesetz der Sonderrechtslehre entspricht – wie es hier nur angedeutet wird –, kann im ersten Semester wohl nicht erwartet werden. Hier ließe sich mit entsprechender Begründung wohl auch vertreten, dass es an der Allgemeinheit nach der Sonderrechtslehre fehlt. Dann müsste freilich thematisiert werden, ob die Meinungsfreiheit – neben Art. 5 Abs. 2 GG – auch durch verfassungsimmanente Schranken beschränkbar ist.¹¹

(2) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Die formelle Verfassungsmäßigkeit ist laut Bearbeitervermerk nicht zu prüfen.

(3) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Das Gesetz müsste weiterhin materiell verfassungsgemäß sein. Verfassungswidrig ist das Gesetz, wenn es gegen Verfassungsprinzipien oder Grundrechte Dritter verstößt.

(a) Bestimmtheitsgrundsatz

Die Regelung des § 219a StGB könnte einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG darstellen. Danach kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt ist.

Das Bestimmtheitsgebot ist eine besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG, letztendlich aber auch Ausprägung des Vorbehalts des Gesetzes: Die Bestimmtheit beschränkt die Befugnisse zu Grundrechtseingriffen und legt die abstrakten Voraussetzungen fest. Dies dient der Vorhersehbarkeit für den Betroffenen.¹² Bei Art. 103 Abs. 2 GG handelt es sich um eine Verschärfung des allgemeinen Bestimmtheitsgebots.¹³

Rechtsvorschriften sind so genau zu formulieren, „wie dies nach den zu ordnenden Lebenssachverhalten mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist.“¹⁴ Die Rechtslage muss für den Betroffenen erkennbar sein, damit das Verhalten darauf ausgerichtet werden kann.¹⁵

Das Gesetz spricht davon, dass das „Anbieten, Ankündigen, Anpreisen oder das Abgeben von Erklärungen“ von eigenen oder fremden Diensten zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs strafbar ist. Unter dem „Abgeben von Erklärungen“ kann sich auch ein juristischer Laie vorstellen, dass dies auch Inhalte auf einer Webseite sind, der Tatbestand ist sogar mit diversen Begehungsvarianten gespickt, die verdeutlichen, welches Verhalten der Gesetzgeber im Blick hatte. Insofern war die Rechtslage für die A durchaus erkennbar.

Auch der Begriff „grob anstößig“ könnte zu unbestimmt sein. Allerdings ist auch hier zu bedenken, dass der Begriff durch rechtswissenschaftliche Literatur und Rechtsprechung hinreichend präzisiert ist. Außerdem führt die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe nicht zwangsläufig zu einer Verfassungswidrigkeit, vielmehr besteht dann auf Ebene der Gesetzesanwendung ein Präzisierungsgebot,¹⁶ dem durch die ständige Spruchpraxis wohl hinreichend nachgekommen ist.

(b) Verhältnismäßigkeit

Außerdem müsste das Gesetz verhältnismäßig sein.

(aa) Mittel-Zweck-Relation

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit stellt sich die Frage, in welcher Relation der Eingriff zu seinen Zwecken steht (Mittel-Zweck-Relation). Zweck des Eingriffs ist der Schutz des ungeborenen Lebens. Dies hat der Gesetzgeber unter anderem durch die Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebracht. Das Verbot von Werbung in Bezug auf Schwangerschaftsabbrüche ist auch ein legitimes Mittel.

⁸ Michael/Morlok (Fn. 1), Rn. 649.

⁹ Michael/Morlok (Fn. 1), Rn. 651.

¹⁰ BVerfGE 97, 125 (146); Zum Streitstand ausführlich Michael/Morlok (Fn. 1), Rn. 648 ff.

¹¹ Dazu etwa Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Kommentar zum GG, 14. Aufl. 2016, Art. 20 Rn. 83 f.

¹² Jarass (Fn. 11), Art. 20 Rn. 83 f.

¹³ Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 63.

¹⁴ Ständige Rechtsprechung, siehe etwa BVerfGE 93, 213 (238 m.w.N.).

¹⁵ Siehe etwa BVerfGE 62, 169 (182 f. m.w.N.).

¹⁶ Degenhart (Fn. 13), Art. 103 Rn. 64, 69.

(bb) Geeignetheit

Geeignet ist ein Mittel dann, wenn es dazu dient, den verfolgten Zweck zu erreichen. Eine Teileignung genügt. Vorliegend ließe sich daran jedenfalls zweifeln, denn laut Sachverhalt ist unklar, ob das Verbot der Werbung tatsächlich zu einem Weniger an Schwangerschaftsabbrüchen führt. Allerdings ist dem Gesetzgeber ein gewisser Einschätzungsspielraum einzuräumen: Die Geeignetheit einer Maßnahme kann dieser etwa weniger deutlich abschätzen wie die ausführende Verwaltung. Damit ergibt sich, dass die Maßnahme jedenfalls – auch unter Zugrundelegung des Einschätzungsspielraumes – nicht völlig ungeeignet ist, Schwangerschaftsabbrüche zu verhindern.

(cc) Erforderlich

Erforderlich ist ein Mittel dann, wenn es kein milderes, gleich geeignetes Mittel gibt. Vorliegend ließe sich an staatliche Informationskampagnen denken, die ebenfalls vor den Folgen eines Schwangerschaftsabbruchs warnen könnten. Allerdings ist davon auszugehen, dass eine unverbindliche „Information“ zu dem Thema weit weniger geeignet ist, Schwangerschaftsabbrüche zu verhindern wie das streitgegenständliche Verbot der Werbung. Auch eine Beschränkung auf das Verbot „sittenwidriger“ Werbung wäre zwar milder, aber nicht gleich geeignet.

(dd) Angemessen

Angemessen, d.h. verhältnismäßig im engeren Sinne ist die Regelung dann, wenn der Grundrechtseingriff als Mittel staatlichen Handelns dem Grad und Wert der Zweckerreichung angemessen ist, d.h. die Schwere des Eingriffs durch den Nutzen des verfolgten Zwecks aufgewogen wird.

Vorliegend ist zu bedenken, dass es sich bei dem beschränkten Grundrecht um das der Meinungsfreiheit und damit um ein besonders gewichtiges Grundrecht handelt. Nach der sog. „Wechselwirkungslehre“¹⁷ müssen die Meinungsfreiheit einschränkende Gesetze ihrerseits im Lichte der Meinungsfreiheit ausgelegt werden. Es findet also eine Wechselwirkung zwischen dem einschränkenden Gesetz und der Meinungsfreiheit statt. Grund ist die schlechthin konstituierende Bedeutung der Meinungsfreiheit für die freiheitlich-demokratische Grundordnung. Dies bedeutet, dass das einschränkende Gesetz einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen ist.¹⁸

Abstrakt stehen sich mit der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1, Alt. 1 GG) und dem Schutz des ungeborenen Lebens (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) zwei Werte von Verfassungsrang gegenüber. Zur *konkreten* Betrachtung lässt sich anführen, dass die Beeinträchtigung schwer wiegt: Jegliches Werben, ja jeglicher Hinweis auf eine entsprechende Tätigkeit fällt unter den weiten Tatbestand des § 219a StGB. Damit wird dem Arzt eine derartige Äußerung praktisch unmöglich gemacht. Umgekehrt führt das Mittel nur eingeschränkt zu

einer Zweckerreichung: Denn ob nun Hinweise auf den Seiten der Ärzte existieren oder nicht: Dies führt wohl nicht zwangsläufig dazu, dass die Anzahl der Schwangerschaftsabbrüche zunimmt. Zum anderen ist zu bedenken, dass das Recht des Schwangerschaftsabbruchs äußerst restriktiv geregelt ist, ferner auch die verpflichtende Konsultation einer in das gesetzliche Schutzkonzept integrierten Beratungsstelle vorsieht. Es ist mithin nicht so, dass ein Schwangerschaftsabbruch leichter oder schwerer durchführbar ist, nur weil die dazugehörigen Informationen, insbesondere ob ein bestimmter Arzt einen solchen Eingriff vornehmen kann, frei verfügbar sind. Der Gesetzgeber hat nach der gesetzlichen Systematik der §§ 218 ff. StGB ferner den höchsten Stellenwert der verpflichtenden Beratung der Schwangeren zugemessen, unter gewissen Voraussetzungen schließlich den Schwangerschaftsabbruch legalisiert.

In Betracht zu ziehen ist, dass das Verbot Kommerzialisierungsaspekten entgegenwirkt. Es soll verhindert werden, dass der Schwangerschaftsabbruch zum Gegenstand von Werbung und Wettbewerb wird. Dies ist in diesem sensiblen Bereich ein legitimes und schützenswertes Ziel. Auch ist das Verbot begrenzt auf den kommerziellen Bereich: Nur, wer mit „Bereicherungsabsicht“ handelt, unterfällt dem Verbot, andernfalls ist § 219a StGB nicht einschlägig. Außerdem lässt sich vorbringen, dass Ärzte nicht auf Werbung angewiesen sein sollen und der Arzt ohnehin nur in Grenzen für seinen Beruf werben kann.

Die konkrete Ausgestaltung des Gesetzgebers führt aber dazu, dass auch die reine Information bereits strafrechtliche Sanktionen auslöst. Hier wird die Grenze der Angemessenheit wohl überschritten sein. Dem Gesetzgeber hätte es offen gestanden, weitergehende Ausnahmetatbestände einzuführen, insbesondere die Art, Umfang oder Form zu reglementieren. Stattdessen wurde – mit Ausnahme der Tatbestandbegrenzungen in Abs. 2 und 3 – ein umfassendes Werbe- und Informationsverbot jedenfalls für mit „Bereicherungsabsicht“ Handelnde eingeführt. Aufgrund der schwachen Prognose in Bezug auf die Zweckerreichung ist der Eingriff aber zu intensiv: Weniger einschneidende – jedenfalls Informationshandeln ausnehmende – Regelungen wären ebenso möglich gewesen.

Somit ist die Regelung unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist mit guter Begründung sicherlich vertretbar; allerdings wird ein gewisser Argumentationsaufwand notwendig sein, um die bestehenden Bedenken, die auch im Sachverhalt angelegt sind, zu zerstreuen.

bb) Verfassungsmäßigkeit des Einzelaktes

Aufbauend auf das verfassungswidrige Gesetz ist damit auch das angegriffene Urteil verfassungswidrig.

cc) Zwischenergebnis

Das letztinstanzliche Urteil verstößt gegen die Meinungsfreiheit der A aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG und ist damit verfassungswidrig.

¹⁷ Grundlegend zur Wechselwirkungslehre etwa *Schulze-Fielitz* (Fn. 3), Art. 5 Rn. 158 ff. m.w.N.

¹⁸ *Michael/Morlok* (Fn. 1), Rn. 653.

III. Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG

A könnte ferner in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt sein. Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG stehen hier in Idealkonkurrenz,¹⁹ sind also nebeneinander zu prüfen.

1. Schutzbereich**a) Persönlich**

Bei der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG handelt es sich um ein Deutschengrundrecht, auf das sich A berufen kann.

b) Sachlich

Art. 12 Abs. 1 GG schützt als einheitliches Grundrecht sowohl die Berufsausübung als auch die Berufswahl. Beruf ist dabei jede auf Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.²⁰

A kann sich als niedergelassene Ärztin auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen.

Hinweis: Besonders aufmerksame Bearbeiter könnten auf die Idee kommen, die Problematik der Gemeinschaftlichkeit²¹ anzubringen: Wenn also der Beruf der A (ausschließlich) darin bestünde, Schwangerschaftsabbrüche vorzunehmen, könnte man jedenfalls kurz überlegen, dass dies eine gemeinschädliche Tätigkeit sei. Man müsste dies jedoch mit dem Hinweis auf die Zielrichtung – Schutz der Gesundheit der Schwangeren – freilich verneinen. Eine Streitentscheidung, ob es der Einschränkung des Schutzbereiches bedarf, kann damit hier dahinstehen.

2. Eingriff

In dem Urteil liegt ein Eingriff im klassischen Sinne, siehe oben.

3. Rechtfertigung

Der Eingriff in den Schutzbereich könnte aber gerechtfertigt sein.

a) Schranke (= Beschränkbarkeit)

Die Berufswahl und -ausübung unterliegt als einheitliches Grundrecht nach h.M. auch einem einheitlichen einfachen Gesetzesvorbehalt aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG.

b) Schranken-Schranke (= Grenzen der Beschränkbarkeit)

Die Beschränkbarkeit des Grundrechts unterliegt aber selbst Beschränkungen. Um den Grundrechtseingriff rechtfertigen zu können, bedarf es zunächst einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage, auf die das Handeln des Staates gestützt werden kann. Dies fordert der sog. Vorbehalt des Gesetzes, der als rechtsstaatliches Gebot für alle Grundrechte gilt.

Die gesetzliche Grundlage für die Verurteilung ist vorliegend § 219a StGB.

aa) Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes**(1) Formelle Verfassungsmäßigkeit**

Laut Bearbeitervermerk zu unterstellen.

(2) Materielle Verfassungsmäßigkeit**(a) Bestimmtheitsgebot**

Zum Bestimmtheitsgebot siehe oben.

(b) Verhältnismäßigkeit

Das Gesetz müsste ferner verhältnismäßig sein.

(aa) Mittel-Zweck-Relation

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit stellt sich die Frage, in welcher Relation der Eingriff zu seinen Zwecken steht (Mittel-Zweck-Relation). Zweck des Eingriffs ist der Schutz des ungeborenen Lebens. Dies hat der Gesetzgeber unter anderem durch die Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebracht. Das Verbot von Werbung in Bezug auf Schwangerschaftsabbrüche ist auch ein legitimes Mittel.

Ausgehend von der auf dem Normtext des Art. 12 Abs. 1 GG basierenden Erkenntnis, dass die Berufswahl stärker als die Berufsausübung geschützt werden soll, hat das Bundesverfassungsgericht die sog. Drei-Stufen-Theorie zur Rechtfertigung von Eingriffen entwickelt.²² Hierbei hat es drei „Intensitäts“-Stufen auf Eingriffsseite mit entsprechenden Anforderungen an die Rechtfertigung versehen. Bei der Drei-Stufen-Theorie handelt es sich damit letztendlich um eine schematisierte Verhältnismäßigkeitsprüfung.²³ Sie kann nur Anhaltspunkt für die Abwägung sein, ob ein Eingriff gerechtfertigt ist – eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung ersetzt sie indes nicht.²⁴

Bei dem „Werbeverbot“ handelt es sich um eine Regelung zur Berufsausübung, die nach der Drei-Stufen-Theorie jedenfalls Gründe des Allgemeinwohls zur Einschränkung bedarf. Der einschränkende Gesetzgeber hat einen derartigen Zweck jedenfalls mit dem Schutz des ungeborenen Lebens (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) – und damit eines Gutes von Verfassungsrang – „erst recht“ im Blick gehabt. Darauf, ob mit Blick auf eine mögliche *Durchbrechung der Drei-Stufen-Theorie*²⁵ wegen der Intensität des Eingriffs eine höhere Rechtfertigungsanforderung angezeigt wäre, kommt es daher an dieser Stelle nicht an.

(bb) Geeignetheit

Das Verbot der Werbung ist geeignet, siehe oben.

(cc) Erforderlich

Die Regelung ist auch erforderlich, siehe oben.

²² Grundlegend BVerfGE 7, 377 ff.

²³ Wieland, in: Dreier (Fn. 3), Art. 12 Rn. 92.

²⁴ Michael/Morlok (Fn. 1), Rn. 682.

²⁵ Michael/Morlok (Fn. 1), Rn. 682, zur Notwendigkeit der Modifikation siehe auch insbesondere Rn. 687.

¹⁹ Jarass (Fn. 11), Art. 5 Rn. 4.

²⁰ Michael/Morlok (Fn. 1), Rn. 340.

²¹ Jarass (Fn. 11), Art. 12 Rn. 8.

(dd) Angemessen

Abstrakt stehen sich mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG und dem Schutz des ungeborenen Lebens aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zwei Werte von Verfassungsrang gegenüber. Zu bedenken ist, dass die Berufsfreiheit hier allerdings nur in der Berufsausübung betroffen ist, mithin in der „niedrigsten Stufe“.

Im Rahmen der *konkreten* Gegenüberstellung ist zu bedenken, dass dem Arzt weiterhin unbenommen ist, mit der Behandlung Geld zu verdienen. Lediglich der Hinweis auf seine Tätigkeit ist verboten. Dieses Werbeverbot ist aber gerade in den Tätigkeitsfeldern intensiv, in denen der Patient nicht aufgrund medizinischer Indikation, sondern aufgrund freier Arztwahl zu seinem Arzt findet. Ohne Hinweis auf das Angebot kann der Arzt nur eingeschränkt wahrgenommen werden.

Auch hier ist zu bedenken, dass das Mittel nur zu einer – wenn überhaupt – ungewissen und jedenfalls nicht vollständigen Zweckerreichung führt. Maßgebliche Normen zum Schutz vor „vorschnellen“ Schwangerschaftsabbrüchen sind vielmehr die obligatorischen Beratungsgespräche als der Hinweis zu Leistungen auf Webseiten der Ärzteschaft.

Zu bedenken ist, dass das Bundesverfassungsgericht in der Vergangenheit die Rechtfertigungsanforderungen für Werbeverbote angehoben hat: So ist den Angehörigen freier Berufe „nicht jede, sondern lediglich die berufswidrige Werbung verboten“²⁶. Sachangemessene Informationen, die den möglichen Patienten nicht verunsichern, sondern ihn als mündigen Menschen befähigen, von der freien Arztwahl sinnvoll Gebrauch zu machen, sind zulässig.²⁷

Insofern wäre es auch denkbar, als milderer Mittel das Verbot berufswidriger Werbung zu sehen. Auch so könnte der Gesetzgeber sein legitimes Ziel, nämlich die Zurückdrängung der Kommerzialisierung bei den Heilberufen, mit der Berufsfreiheit der Ärzte in Einklang bringen. Auch besteht nach wie vor – wie oben erwähnt – die Möglichkeit, die Werbung nach Inhalt, Form o.Ä. zu beschränken, sie nicht komplett zu verbieten.

Die Regelung ist damit unverhältnismäßig, das Gesetz wegen Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 GG verfassungswidrig.

Hinweis: Andere Ansicht mit entsprechender Begründung vertretbar.

bb) Verfassungsmäßigkeit des Einzelaktes

Aufbauend auf das verfassungswidrige Gesetz ist damit das angegriffene Urteil ebenso verfassungswidrig.

cc) Zwischenergebnis

Das Urteil ist somit auch wegen Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 GG verfassungswidrig.

B. Ergebnis

Damit ist A durch das Urteil in ihren Grundrechten aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG sowie Art. 12 Abs. 1 GG verletzt. Die Verfassungsbeschwerde ist begründet und wird Erfolg haben.

²⁶ BVerfGE 71, 162 (174); 85, 248 (257).

²⁷ Vgl. BVerfGE 82, 18 (28).

Entscheidungsbesprechung

Die unzutreffende Annahme einer Eilentscheidungskompetenz als Entzug des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

1. Die unrichtige Annahme der Eilentscheidungskompetenz des Vorsitzenden eines Senats stellt nicht in jedem Fall einen Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG dar.

2. Der Umstand, dass eine als Ausnahmevorschrift vorgesehene, gesetzliche Zuständigkeitsnorm nicht sorgsam, einzelfallbezogen und zurückhaltend angewendet wurde, spricht für einen qualifizierten Verstoß. Das gleiche gilt, wenn die Zuständigkeitsnorm nicht lediglich übersehen wurde.

3. Eine ungeklärte Rechtslage kann es gebieten, die Vollstreckung auszusetzen, um die Möglichkeit einer Entscheidung durch den vollständig besetzten Senat offenzuhalten.

(Leitsätze der *Verf.*)

GG Art. 101 Abs. 1 S. 2

SGG §§ 155 Abs. 2 S. 2, 199 Abs. 2 S. 1

*BVerfG, Beschl. v. 28.9.2017 – 1 BvR 1510/17 (LSG Berlin-Brandenburg)*¹

I. Sachverhalt

Im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens vor einem Landesozialgericht beehrte der spätere Beschwerdeführer im Rahmen des Eilrechtsschutzes vorläufig Berufsausbildungshilfe. Ein ablehnender Beschluss des LSG erging „in entsprechender Anwendung von § 155 Abs. 2 S. 2 Sozialgerichtsgesetz“ durch den Vorsitzenden des *Senats* als Einzelrichter und nicht durch den vollständig besetzten *Senat*. Zum 29.5.2017 lagen dem Gericht die Beschwerde der Behörde, die Akten und die Antragsrwidernng des Beschwerdeführers vor. Der Beschluss des LSG erging am 12.6.2017. Nach § 155 Abs. 2 S. 2 SGG kann der Vorsitzende des *Senats* in dringenden Fällen im Rahmen von Eilentscheidungen in Anfechtungs- und Vornahmesachen allein entscheiden. Eine Begründung, aus welchen Gründen die Norm entsprechend angewendet wurde oder warum Dringlichkeit vorgelegen hätte, erfolgte nicht. Der Beschluss des LSG ist vor den Fachgerichten nicht angreifbar. Der Beschwerdeführer legte daraufhin Verfassungsbeschwerde gegen diesen Beschluss ein. Er rügte unter anderem einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in EuGRZ 2017, 716 ff. und abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/09/rk20170928_1bvr151017.html (17.5.2018).

II. Die Gewährleistung des gesetzlichen Richters, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

1. Geschichtlicher Hintergrund

Das grundrechtsgleiche² und verfassungsbeschwerdefähige (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG) Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG entspringt bereits der Weimarer Reichsverfassung (Art. 105 WRV) sowie der Frankfurter Reichsverfassung (Paulskirchenverfassung) von 1848 (Art. X § 175 Abs. 2)³, wobei der ihnen zugrunde liegende Gedanke aber schon weitaus älter ist.⁴ Das damit verfolgte Ziel war seit jeher, die Gefahr des „Ansichziehens“ einer Streitsache durch andere Stellen zu vermeiden und damit die Gerichtsbarkeit als solche zu sichern, namentlich vor einer Kabinettsjustiz.⁵ Eine gerichtliche Entscheidung sollte nicht durch die Wahl des entscheidenden Richters vorweggenommen werden.⁶ Hierdurch wird bezweckt, das Vertrauen der Parteien in einen unparteiischen und sachlichen Richter und damit der Gerichte zu sichern,⁷ was nach den

² BVerfG, Beschl. v. 16.1.2017 – 2 BvR 2011/16, Rn. 27; *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 36. Ed., Stand: 15.2.2018, Art. 101 Rn. 7; zum Streitstand der genauen dogmatischen Einordnung *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Kommentar zum GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 101 Rn. 4.

³ Vgl. auch hierzu *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 2, 3. Aufl. 1988, S. 780 f.; *Epping*, Grundrechte, 7. Aufl. 2017, Rn. 930. Ein Abdruck findet sich bei *Hänlein*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), GG Mitarbeiterkommentar, Bd. 2, 2002, Art. 101 Rn. 1.

⁴ Ausführlich hierzu *J. Ipsen*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, 189. Lfg., Stand: März 2018, Art. 101 Rn. 9 ff.; *Hufen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 6. Aufl. 2017, § 21 Rn. 21.

⁵ BVerfG, Beschl. v. 26.2.1954 – 1 BvR 537/53, Rn. 18; BVerfG, Urt. v. 20.3.1956 – 1 BvR 479/55, Rn. 11; BVerfG, Beschl. v. 8.4.1997 – 1 PBvU 1/95, Rn. 25; BVerfG, Beschl. v. 14.6.2007 – 2 BvR 1447/05, Rn. 105; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Bd. 6, 81. Aufl. 2017, Art. 101 Rn. 1; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4/2, 2011, § 123 IX 1; *Kunig* (Fn. 2), Art. 101 Rn. 3; *Kleine-Cosack*, Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerde, 3. Aufl. 2014, Rn. 1118; *Degenhart*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 114 Rn. 7.

⁶ *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 7. Aufl. 2017, § 49 Rn. 2 f.; *Rauscher*, in: Krüger/Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2016, Einleitung Rn. 228; *Wipfelder*, VBIBW 1982, 33 (33).

⁷ BVerfG, Beschl. v. 8.4.1997 – 1 PBvU 1/95, Rn. 25; BVerfG, Beschl. v. 25.6.2012 – 2 BvR 615/11, Rn. 11; *Grupp*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 101 Rn. 2; *Leuze*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum GG, Aktualisierung 1/17, Stand: September 2017, Art. 101 Rn. 1; *Sodan/Ziekow* (Fn. 6), § 49 Rn. 2; *Degenhart* (Fn. 5), § 114 Rn. 7; *Wipfelder*, VBIBW 1982, 33 (33).

Erfahrungen in der Zeit des Nationalsozialismus kaum überrascht.⁸ So konstatierte der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee: „Eine unabhängige, unpolitische und rein sachlich eingestellte Rechtspflege ist ein besonders wichtiges Erfordernis und zugleich eine unentbehrliche Bürgschaft des Rechtsstaats. Auf diesem Gebiet hat das nationalsozialistische Regime ein großes Vertrauenskapital zerstört. Die schon in den Länderverfassungen in Anspruch genommene Aufgabe, hier von Grund aus aufzubauen, muß im Grundgesetz fortgesetzt werden. Zum Teil handelt es sich darum, alte bewährte Grundsätze (Anspruch auf den gesetzlichen Richter, sachliche und persönliche Unabhängigkeit der Richter, nulla poena sine lege) wieder zu Ehren kommen zu lassen, zum Teil darum, neue Formulierungen zu finden, um früher unbekannt, in der nationalsozialistischen Zeit eingerissenen Mißbräuchen für die Zukunft den Boden zu entziehen (Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen, Anspruch auf rechtliches Gehör, Recht auf einen Verteidiger, ne bis in idem).“⁹ Doch auch Bestrebungen mancher Staaten in der heutigen Zeit, durch mehr oder weniger offensichtliche Beeinflussung der Judikative die rechtsstaatliche Gewaltenteilung zu erodieren, verdeutlichen (leider) den gleichbleibenden Wert der Idee hinter der Gewährleistung des gesetzlichen Richters.¹⁰

2. Das Recht auf den gesetzlichen Richter

a) Der gesetzliche Richter in der Systematik des Grund- und Menschenrechtsschutzes

Das Recht auf den gesetzlichen Richter in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist lediglich ein kleiner, jedoch unverzichtbarer Ausschnitt einer rechtsstaatlich geprägten Justiz.¹¹ Als solche findet jene zahlreiche weitere Ausprägungen im Grundgesetz. Neben Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG stehen etwa die Art. 101 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GG, welche die Gewährleistung des

gesetzlichen Richters verstärken.¹² Mit einem Verstoß gegen diese Vorgaben liegt zugleich auch immer ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vor, da es sich um Spezialfälle des Rechts auf den gesetzlichen Richter handelt.¹³ Insoweit wird von einem „einheitlichen Grundrecht“ gesprochen.¹⁴ So sind nach Art. 101 Abs. 1 S. 1 GG „Ausnahmegerichte“ unstatthaft. Ausnahmegerichte sind solche „Gerichte, die ‚in Abweichung von der gesetzlichen Zuständigkeit besonders gebildet und zur Entscheidung einzelner konkreter oder individuell bestimmter Fälle berufen‘ sind“¹⁵.¹⁶ Hierunter fallen Gerichte, die durch ein Einzelfallgesetz „ad hoc“ bzw. „ad personam“ gebildet wurden.¹⁷ Art. 101 Abs. 2 GG enthält demgegenüber einen Gesetzesvorbehalt für die Errichtung von Gerichten für besondere Sachgebiete („Sondergerichte“). Ein Sondergericht wird anders als bei einem Ausnahmegericht nicht für ein spezielles Verfahren errichtet, sondern abstrakt-generell für gleichgelagerte Fälle, also bestimmte Sachgebiete.¹⁸ Sie ersetzen insoweit die ordentlichen Gerichte.¹⁹ Bedeutung erlangt diese Vorschrift jedoch nur für Landesgesetzgeber, da der Bundesgesetzgeber durch die abschließende Aufzählung der Bundesgerichte in Art. 92, 95 Abs. 1 GG an der Bildung weiterer Bundesgerichte gehindert ist.²⁰ Exemplarisch zu nennende Sondergerichte sind etwa Friedens-²¹ und Berufsgerichte²².

¹² Wolff, in: Wolff (Hrsg.), Handkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl. 2018, Art. 101 Rn. 1.

¹³ BVerfG, Beschl. v. 30.5.1967 – 2 BvR 380/65, Rn. 18; BVerfG, Beschl. v. 20.1.1970 – 2 BvR 149/65, Rn. 26; vgl. Wolff (Fn. 12), Art. 101 Rn. 1; Pieroth, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Kommentar zum GG, 14. Aufl. 2016, Art. 101 Rn. 1; Stern (Fn. 5), § 123 IX 1; Grupp (Fn. 7), Art. 101 Rn. 5; vgl. auch J. Ipsen (Fn. 4), Art. 101 Rn. 33; Degenhart (Fn. 11), Art. 101 Rn. 1; Epping (Fn. 3), Rn. 930.

¹⁴ Wolff (Fn. 12), Art. 101 Rn. 1; Pieroth (Fn. 13), Art. 101 Rn. 1; Epping (Fn. 3), Rn. 930.

¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 17.11.1959 – 1 BvR 88/56, Rn. 41; BVerfG, Urt. v. 17.12.1953 – 1 BvR 335/51, Rn. 34; BVerfG, Beschl. v. 10.6.1958 – 2 BvF 1/56, Rn. 24; vgl. auch Wolff (Fn. 12), Art. 101 Rn. 2.

¹⁶ Vgl. Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. 2, 2010, § 75 Rn. 17; Morgenthaler (Fn. 2), Art. 101 Rn. 2.

¹⁷ Morgenthaler (Fn. 2), Art. 101 Rn. 1; vgl. auch Hänlein (Fn. 3), Art. 101 Rn. 21.

¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 24.11.1964 – 2 BvL 19/63, Rn. 62; BVerfG, Beschl. v. 30.5.1967 – 2 BvR 380/65, Rn. 18; Müller-Terpitz, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Kommentar zum GG, 14. Aufl. 2017, Art. 101 Rn. 28; Kloepfer (Fn. 16), § 75 Rn. 18; Kunig (Fn. 2), Art. 101 Rn. 4; Zimmermann (Fn. 11), § 16 GVG Rn. 5.

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 17.11.1959 – 1 BvR 88/56, Rn. 43; Schulze-Fielitz (Fn. 11), Art. 101 Rn. 24; Morgenthaler (Fn. 2), Art. 101 Rn. 34; Maunz (Fn. 5), Art. 101 Rn. 4.

²⁰ BVerfG, Beschl. v. 17.11.1959 – 1 BvR 88/56, Rn. 41; Kloepfer (Fn. 16), § 75 Rn. 18; Sodan/Ziekow (Fn. 6), § 49 Rn. 2.

²¹ BVerfG, Beschl. v. 17.11.1959 – 1 BvR 88/56.

⁸ Grabenwarter/Pabel, in: Dörr/Grote/Maruhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2013, Kap. 14 Rn. 3.

⁹ Verfassungsausschuss der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen – Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23.8.1948, abgedruckt in: Bucher, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. 2, 1981, S. 572 f.

¹⁰ Vgl. zuletzt EuGH, Urt. v. 27.2.2018 – C-64/16, Rn. 41 ff.; vgl. auch Wilke, in: Isensee/Kirchhoff (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 112 Rn. 5 ff.

¹¹ Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 101 Rn. 67; Grupp (Fn. 7), Art. 101 Rn. 41; Kunig (Fn. 2), Art. 101 Rn. 1; Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 101 Rn. 2; Epping (Fn. 3), Rn. 929; Zimmermann, in: Krüger/Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 16 GVG Rn. 11.

Ein Zusammenhang des Rechts auf den gesetzlichen Richter besteht ferner auch mit dem Gebot auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG und dem aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleiteten allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch.²³ Im Zusammenwirken mit Art. 92, 97 und 103 Abs. 1 GG wird der effektive Rechtsschutz vor den Fachgerichten konstituiert.²⁴ Das Recht auf den gesetzlichen Richter schafft kein Recht auf einen Prozess, einen Rechtsbehelf oder ein Rechtsmittel. Ob diese bestehen müssen ist eine vorgelagerte Frage des Art. 19 Abs. 4 GG bzw. des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs.²⁵

Zusätzliche Elemente einer rechtsstaatlichen Justiz finden sich in den weiteren Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips, z.B. hinsichtlich des Rechts auf ein faires Verfahren²⁶, der prozessualen Waffengleichheit²⁷, der Rechtsmittelklarheit²⁸ und der Verfahrensgerechtigkeit^{29,30}. Der Gewährleistungsgehalt des Rechts auf den gesetzlichen Richter deckt sich zum Teil mit dem aus Art. 3 Abs. 1 GG resultierenden Willkürverbot, dennoch ist Art. 101 GG insoweit weitergehend, als die abstrakte Möglichkeit willkürlichen Handelns bereits gerügt werden kann.³¹

Auf Ebene des Völker- und Unionsrechts sind vor allem Art. 6 Abs. 1³² und 13 EMRK³³ sowie Art. 47 S. 2 EUGrCh³⁴

von Relevanz, die zwar nicht deckungsgleich zu Art. 101 GG sind, dennoch in bestimmter Hinsicht einen vergleichbaren Gehalt aufweisen.³⁵ So versteht der EuGH unter Unabhängigkeit des Richters u.a., „dass die betreffende Einrichtung ihre richterlichen Funktionen in völliger Autonomie ausübt, ohne mit irgendeiner Stelle hierarchisch verbunden oder ihr untergeordnet zu sein und ohne von irgendeiner Stelle Anordnungen oder Anweisungen zu erhalten, und dass sie auf diese Weise vor Interventionen oder Druck von außen geschützt ist, die die Unabhängigkeit des Urteils ihrer Mitglieder gefährden und deren Entscheidungen beeinflussen könnten.“³⁶ Der Zweck ähnelt unverkennbar dem, welchem Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zugrunde liegt, wenngleich freilich andere Anknüpfungspunkte für die Erforderlichkeit einer solchen Bestimmung bestehen.³⁷

b) Schutzbereich des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

aa) Schutzdimensionen

Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG werden zwei unterschiedliche Schutzdimensionen entnommen: Einerseits wird verfahrensrechtlich ein Anspruch auf den gesetzlich bestimmten (durch GVG, Prozessordnungen, Geschäftsverteilungsplan) Richter begründet,³⁸ der andererseits auch materiell-rechtlich „in jeder Hinsicht“ im Einklang mit „den Anforderungen des Grund-

²² BVerfG, Beschl. v. 24.11.1964 – 2 BvL 19/63.

²³ *Pieroth* (Fn. 13), Art. 101 Rn. 1; *Kloepfer* (Fn. 16), § 75 Rn. 1; vgl. auch *Stern* (Fn. 5), § 123 IX 1; *Kunig* (Fn. 2), Art. 101 Rn. 1; *Degenhart* (Fn. 11), Art. 101 Rn. 2; *Degenhart* (Fn. 5), § 114 Rn. 8; *Morgenthaler* (Fn. 2), Art. 101 Rn. 6.

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 20.4.1982 – 2 BvL 26/81, Rn. 144; *Stern* (Fn. 5), § 123 IX 1; *Pieroth* (Fn. 13), Art. 101 Rn. 1.

²⁵ BVerfG, Beschl. v. 31.3.2016 – 2 BvR 1576/13, Rn. 79.

²⁶ BVerfG, Beschl. v. 4.5.2004 – 1 BvR 1892/03, Rn. 10; BVerfG, Urt. v. 17.1.2017 – 2 BvB 1/13, Rn. 416 ff.; BVerfG, Beschl. v. 18.3.2003 – 2 BvB 1/01, Rn. 131 f.; ausführlich *Kleine-Cosack* (Fn. 5), Rn. 1074 ff.

²⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.2.2001 – 2 BvR 140/00.

²⁸ BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02, Rn. 68 ff.; *Degenhart* (Fn. 5), § 114 Rn. 39.

²⁹ *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, 2002, S. 107 f.; vgl. auch *Prütting*, jM 2016, 354 (355 ff.).

³⁰ *Schulze-Fielitz* (Fn. 11), Art. 101 Rn. 67; *Degenhart* (Fn. 11), Art. 101 Rn. 2.

³¹ *J. Ipsen* (Fn. 4), Art. 101 Rn. 31; *Grupp* (Fn. 7), Art. 101 Rn. 6; *Schulze-Fielitz* (Fn. 11), Art. 101 Rn. 67; *Maunz* (Fn. 5), Art. 101 Rn. 14; *Manssen*, Staatsrecht, Bd. 2, 14. Aufl. 2017, Rn. 799; *Epping* (Fn. 3), Rn. 938; *Henkel*, Der gesetzliche Richter, 1968, S. 19 f.

³² Hierzu *Meyer*, in: *Karpenstein/Meyer* (Hrsg.), Kommentar zur EMRK, 2. Aufl. 2015, Art. 6 Rn. 41 ff.; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 8), Kap. 14 Rn. 38 ff.; *Epping* (Fn. 3), Rn. 930; *Grabenwarter/Struth*, in: *Ehlers* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2015, § 6 Rn. 41 ff.; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 6. Aufl. 2017, Rn. 871.

³³ *Michael/Morlok* (Fn. 32), Rn. 872.

³⁴ Zuletzt EuGH, Urt. v. 27.2.2018 – C-64/16, Rn. 41 ff.; *Grupp* (Fn. 7), Art. 101 Rn. 4; *Blanke*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Kommentar zum EUV/AEU, 5. Aufl. 2016, Art. 47 Rn. 11 ff.; *Valerius*, in: *Graf* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur StPO mit RiStBV und MiStra, 29. Ed., Stand: 1.1.2018, Art. 6 EMRK Rn. 6 ff.; *Eser*, in: *Meyer* (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 47 Rn. 12; *Jarass*, in: *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 47 Rn. 17 ff.; *Epping* (Fn. 3), Rn. 930; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 4, 2009, Rn. 5017 ff.

³⁵ *Wolff* (Fn. 12), Art. 101 Rn. 1; *Esser*, in: *Erb u.a.* (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Kommentar zur StPO, Bd. 6, 26. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 140 ff.; *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, in: *Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer* (Hrsg.), Kommentar zur EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 6 Rn. 65 ff.; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 24 Rn. 32 ff.; *Eschelbach*, in: *Widmaier/Müller/Schlothauer* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2. Aufl. 2014, § 31 Rn. 130 ff.; *Morgenthaler* (Fn. 2), Art. 101 Rn. 3.1; *Hufen* (Fn. 4), § 21 Rn. 28.

³⁶ EuGH, Urt. v. 27.2.2018 – C-64/16, Rn. 44; EuGH, Urt. v. 19.9.2006 – C-506/04, Rn. 51 ff.; EuGH, Urt. v. 16.2.2017 – C-503/15, Rn. 37 f.

³⁷ Insb. der justiziellen Zusammenarbeit im Hinblick auf Art. 267 AEUV, vgl. EuGH, Urt. v. 27.2.2018 – C-64/16, Rn. 43.

³⁸ BVerfG, Beschl. v. 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, Rn. 69; BVerfG, Beschl. v. 8.6.1993 – 1 BvR 878/90, Rn. 29; *Maunz* (Fn. 5), Art. 101 Rn. 5; *Leuze* (Fn. 7), Art. 101 Rn. 8; *Zimmermann* (Fn. 11), § 16 GVG Rn. 10.

gesetzes³⁹ stehen muss, insbesondere im Hinblick auf Neutralität und Unparteilichkeit.⁴⁰ Es gibt mit anderen Worten nicht nur einen Anspruch auf den zuständigen Richter, sondern den gesetzmäßigen Richter. Korrespondierend hierzu steht die objektiv-rechtliche Gewährleistung, die durch dieses subjektive Recht abgesichert wird.⁴¹ Dadurch, dass der Grundsatz des staatlichen Richters im besonderen Maße einem rechtsstaatlichen Verfahren dient und objektives Verfassungsrecht enthält, ist jedes Gericht gehalten, bei Zweifeln seine Zuständigkeit und die ordnungsgemäße Besetzung von Amts wegen zu prüfen.⁴²

bb) Persönlicher Schutzbereich

Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Der persönliche Schutzbereich des Art. 101 GG (i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) ist damit wie bei den anderen Justizgrundrechten denkbar weit gefasst, alle parteifähigen⁴³ Personen oder vom Verfahren unmittelbar Betroffenen werden umfasst.⁴⁴ Das gilt sogar für ausländische juristische Personen des Privatrechts und juristische Personen des öffentlichen Rechts.⁴⁵ Nicht geschützt ist hingegen der

Richter selbst; diesem steht kein subjektives Recht zu, Verfahren die ihm der Geschäftsverteilungsplan zuweist, zu entscheiden.⁴⁶

cc) Sachlicher Schutzbereich

Als nächstes ist zu klären, wer *Richter* im Sinne des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist. „Gesetzlicher Richter im Sinne dieser Vorschrift ist“ so das BVerfG „dabei nicht nur das Gericht als organisatorische Einheit oder das erkennende Gericht als Spruchkörper, vor dem verhandelt und von dem die einzelne Sache entschieden wird, sondern auch der zur Entscheidung im Einzelfall berufene konkrete Richter“^{47, 48} Umfasst sind indes nur staatliche Richter, nicht hingegen Richter, welche in privaten Gerichten arbeiten.⁴⁹

Der sachliche Schutzbereich beschränkt sich nicht nur auf das Verbot der Entziehung des Richters, sondern umfasst vielmehr sowohl die Zuständigkeit des gesetzlichen Richters, als auch die Erfüllung jedweder Anforderungen des Grundgesetzes durch das entscheidende Gericht.⁵⁰ Letzteres wäre dann nicht der Fall, wenn die in Art. 97 Abs. 1 GG kodifizierte persönliche Unabhängigkeit des Richters nicht gegeben wäre oder der Grundsatz des Art. 92 GG nicht gewahrt würde.⁵¹ Insoweit muss der Gesetzgeber zum einen absichern, dass die generelle Zuständigkeit der Gerichte gesetzlich hinreichend bestimmt geklärt ist,⁵² zum anderen über Regelungen zum Ausschluss befangener Richter die Überparteilichkeit und Unabhängigkeit des Gerichts sicherstellen.⁵³ Auffallend ist hierbei, dass Art. 92, 97 und 20

³⁹ BVerfG, Beschl. v. 17.11.1959 – 1 BvR 88/56, Rn. 42; BVerfG, Urt. v. 3.7.1962 – 2 BvR 628/60, Rn. 11.

⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 8.6.1993 – 1 BvR 878/90, Rn. 29; *Grupp* (Fn. 7), Art. 101 Rn. 4; *Degenhart* (Fn. 11), Art. 101 Rn. 9; *Degenhart* (Fn. 5), § 114 Rn. 34, 42; *Kloepfer/Greve*, Staatsrecht kompakt, 2. Aufl. 2016, Rn. 699; *Morgenthaler* (Fn. 2), Art. 101 Rn. 5; *Hänlein* (Fn. 3), Art. 101 Rn. 25; *Leuze* (Fn. 7), Art. 101 Rn. 6; *Degenhart* (Fn. 5), § 114 Rn. 7; kritisch *Henkel* (Fn. 31), S. 160 ff.; *Bettermann*, AöR 94 (1969), 263 (264 ff.); *Wipfelder*, VBlBW 1982, 33 (41 ff.); zusammenfassend *Maunz* (Fn. 5), Art. 101 Rn. 13.

⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, Rn. 67; BVerfG, Beschl. v. 24.3.1964 – 2 BvR 42/63, Rn. 14; BVerfG, Beschl. v. 9.7.1969 – 2 BvL 25/64, Rn. 52; *Grupp* (Fn. 7), Art. 101 Rn. 4; *Maunz* (Fn. 5), Art. 101 Rn. 5; *Michael/Morlok* (Fn. 32), Rn. 892.

⁴² BVerfG, Beschl. v. 3.12.1975 – 2 BvL 7/74, Rn. 13, 15; BVerfG, Beschl. v. 5.10.1977 – 2 BvL 10/75, Rn. 6; BVerfG, Urt. v. 11.10.1983 – 1 BvL 73/78, Rn. 9; BVerfG, Beschl. v. 19.6.2012 – 2 BvC 2/10, Rn. 8; *Leuze* (Fn. 7), Art. 101 Rn. 8; *Zimmermann* (Fn. 11), § 16 GVG Rn. 5.

⁴³ BVerfG, Beschl. v. 26.2.1954 – 1 BvR 537/53, Rn. 11; BVerfG, Beschl. v. 18.5.1965 – 2 BvR 40/60, Rn. 14; BVerfG, Beschl. v. 2.5.1967 – 1 BvR 578/63, Rn. 32.

⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 2.5.1967 – 1 BvR 578/63, Rn. 32; BVerfG, Beschl. v. 9.7.1997 – 2 BvR 389/94, Rn. 43; *Morgenthaler* (Fn. 2), Art. 101 Rn. 7; *Bethge*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge* (Hrsg.), Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 52. Lfg., Stand: September 2017, § 90 Rn. 161; *Kunig* (Fn. 2), Art. 101 Rn. 5, 10 f.; *Sodan/Ziekow* (Fn. 6), § 49 Rn. 1; *Leuze* (Fn. 7), Art. 101 Rn. 3.

⁴⁵ *Kloepfer* (Fn. 16), § 75 Rn. 5; *Stern* (Fn. 5), § 123 IX 1; *Hellmann*, in: *Barcak* (Hrsg.), Mitarbeiterkommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2017, § 90 Rn. 85 ff.; eine ausführliche Aufzählung findet sich bei *Degenhart* (Fn. 11),

Art. 101 Rn. 4. Art. 19 Abs. 4 GG findet hingegen auf juristische Personen des öffentlichen Rechts keine Anwendung, vgl. *Manssen* (Fn. 31), Rn. 775.

⁴⁶ BVerfG, Beschl. v. 6.3.1963 – 2 BvR 129/63, Rn. 9; *Morgenthaler* (Fn. 2), Art. 101 Rn. 9; *Zimmermann* (Fn. 11), § 16 GVG Rn. 10.

⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 31.3.2016 – 2 BvR 1576/13, Rn. 79; vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.3.1964 – 2 BvR 42/63, Rn. 13; BVerfG, Beschl. v. 8.4.1997 – 1 PBvU 1/95, Rn. 18.

⁴⁸ Eine Aufzählung, wer gesetzlicher Richter, ist bietet etwa *Degenhart* (Fn. 11), Art. 101 Rn. 8; *Morgenthaler* (Fn. 2), Art. 101 Rn. 1; *Leuze* (Fn. 7), Art. 101 Rn. 4; von besonderer Relevanz im Hinblick auf das Studium ist besonders der EuGH als gesetzlicher Richter, vgl. zuletzt BVerfG, Beschl. v. 19.12.2017 – 2 BvR 424/17, Rn. 37 ff.

⁴⁹ *Kloepfer/Greve* (Fn. 40), Rn. 699; vgl. auch *Kubiciel*, ZIS 2018, 60 (60 ff.).

⁵⁰ Vgl. *Müller-Terpitz* (Fn. 18), Art. 101 Rn. 10; *Maunz* (Fn. 5), Art. 101 Rn. 15; *Kunig* (Fn. 2), Art. 101 Rn. 17; *Morgenthaler* (Fn. 2), Art. 101 Rn. 6, 14.

⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 20.1.1970 – 2 BvR 149/65, Rn. 19; *Kunig* (Fn. 2), Art. 101 Rn. 17; *Pieroth* (Fn. 13), Art. 101 Rn. 6.

⁵² BVerfG, Beschl. v. 10.8.1995 – 1 BvR 1644/94, Rn. 16; *Müller-Terpitz* (Fn. 18), Art. 101 Rn. 11; *Kloepfer/Greve* (Fn. 40), Rn. 699; *Manssen* (Fn. 31), Rn. 799.

⁵³ BVerfG, Beschl. v. 8.2.1967 – 2 BvR 235/64, Rn. 23; *Morgenthaler* (Fn. 2), Art. 101 Rn. 12, 22; *Leuze* (Fn. 7),

Abs. 2 S. 2 GG mittelbar „versubjektiviert“ werden und ein Verstoß im Rahmen der Verfassungsbeschwerde über Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG geltend gemacht werden kann.⁵⁴ Hiermit wird durch Organisation und Verfahren der Rechtsschutz sichergestellt, was damit die verbürgten Freiheiten sichert.⁵⁵

c) Eingriff

In das Recht auf den gesetzlichen Richter wird eingegriffen, wenn verhindert oder behindert wird, dass der gesetzliche Richter verhandelt oder entscheidet, wenn er also *entzogen* wird.⁵⁶ Das Verbot des Entzugs des gesetzlichen Richters enthält sowohl ein Ge- als auch ein Verbot.⁵⁷ Das grundrechtsgleiche Recht, das früher vornehmlich vor einem „äußeren“ Eingreifen der Exekutive – etwa durch einen Landesherren – schützen sollte,⁵⁸ bindet nicht mehr nur Exekutive und Legislative, sondern die Bindungswirkung umfasst auch die Gerichtsbarkeit an sich.⁵⁹ Umfasst und gebunden sind folglich sämtliche Gewalten.⁶⁰ Je nach Gewalt sind jedoch unterschiedliche Anforderungen an einen Entzug des gesetzlichen Richter zu stellen, zumal es sich hier um ein sog. normgeprägtes Recht handelt.⁶¹ Bei einem solchen Recht ist der Gesetzgeber berufen, den Gewährleistungsgehalt einer Norm erst auszugestalten.⁶² Dem Gesetzgeber wird hierbei ein weitreichender Spielraum zugestanden, innerhalb dessen er das Recht auf den gesetzlichen Richter grundsätzlich frei gestalten kann.⁶³

Art. 101 Rn. 34; *Epping* (Fn. 3), Rn. 933 f.; *Rauscher* (Fn. 6), Einleitung Rn. 230.

⁵⁴ *Epping* (Fn. 3), Rn. 934; *Hänlein* (Fn. 3), Art. 101 Rn. 11; *Maunz* (Fn. 5), Art. 101 Rn. 12; *Leuze* (Fn. 7), Art. 101 Rn. 8; *Degenhart* (Fn. 5), § 114 Rn. 7, 11; *Sachs*, Verfassungsrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2017, Kap. 34 Rn. 8; im Einzelnen nach *Hänlein* (Fn. 3), Art. 101 Rn. 26; BVerfG, Beschl. v. 17.12.1969 – 2 BvR 271/68, Rn. 30 (Staatlichkeit, Art. 92 GG); BVerfG, Urt. v. 6.6.1967 – 2 BvR 375/60, Rn. 91 (Rechtsprechungsmonopol, Art. 92 GG), BVerfG, Beschl. v. 17.12.1969 – 2 BvR 271/68, Rn. 35 (sachliche Unabhängigkeit, Art. 97 Abs. 1 GG); BVerfG, Beschl. v. 17.11.1959 – 1 BvR 88/56, Rn. 42 (organisatorische Unabhängigkeit, Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG); BVerfG, Urt. v. 3.7.1962 – 2 BvR 628/60, Rn. 12 f. (Art. 92 Abs. 2, 97 GG), BVerfG, Beschl. v. 8.2.1967 – 2 BvR 235/64, Rn. 21 (Neutralität und Distanz des Richters).

⁵⁵ *Degenhart* (Fn. 5), § 114 Rn. 11, 33.

⁵⁶ *Kleine-Cosack* (Fn. 5), Rn. 1122.

⁵⁷ *Hänlein* (Fn. 3), Art. 101 Rn. 28 ff.

⁵⁸ BVerfG, Urt. v. 6.6.1967 – 2 BvR 375/60, Rn. 91; *Degenhart* (Fn. 11), Art. 101 Rn. 5; *Hänlein* (Fn. 3), Art. 101 Rn. 7.

⁵⁹ BVerfG, Beschl. v. 26.2.1954 – 1 BvR 537/53, Rn. 19; *Maunz* (Fn. 5), Art. 101 Rn. 1.

⁶⁰ *J. Ipsen* (Fn. 4), Art. 101 Rn. 42 ff.

⁶¹ Vgl. *Kloepfer* (Fn. 16), § 75 Rn. 19 ff.; *Epping* (Fn. 3), Rn. 932, 940.

⁶² *Kloepfer* (Fn. 16), § 75 Rn. 19; *Stern* (Fn. 5), § 123 IX 1; *Pieroth* (Fn. 13), Art. 101 Rn. 1; *Epping* (Fn. 3), Rn. 932.

⁶³ Es ist dem Gesetzgeber auch unbenommen, im notwendigen Maße auf unbestimmte Rechtsbegriffe zurückzugreifen,

Für den vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fall geht es speziell um Eingriffe seitens der Judikative, weshalb im Folgenden nur Eingriffe durch diese näher ausgeführt werden.⁶⁴ Innerhalb der Judikative ist die Zuständigkeit über die Ermittlung des gesetzlichen Richters zweigeteilt. Zum einen wird die Zuständigkeit wegen des Parlamentsvorbehalts über den gerichtsexternen Bereich vom Gesetzgeber getroffen (etwa in §§ 12 ff. ZPO hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit der Zivilgerichtsbarkeit),⁶⁵ zum anderen die Entscheidung über den gerichtsinernen Bereich (also die Geschäftsverteilung) von den Gerichten selbst definiert.⁶⁶ Die Gerichte haben allerdings im Vorfeld die innergerichtliche Zuständigkeit rechtsatzmäßig (grds. nach § 21e GVG) zu definieren.⁶⁷ Hierbei handelt sich rechtlich betrachtet um satzungähnliche Regelungen, welche ebenfalls im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG abstrakt-generell zu sein haben.⁶⁸

Indes ist nach der Rechtsprechung des BVerfG eine gewisse Schwelle bei der Vorenthaltung des gesetzlichen Richters durch die Judikative zu überschreiten. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG soll hiernach nicht vor jedem irrtümlichen Verfahrensfehler (sog. „error in procedendo“) eingreifen,⁶⁹ sondern nur, wenn die Entscheidung des Richters⁷⁰ über seine Zuständigkeit „offensichtlich unhaltbar oder gar ohne Bezug auf die maßgebliche Norm ist“⁷¹ bzw. die „Bedeutung und Tragweite des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG grundlegend

vgl. BVerfG, Beschl. v. 8.4.1997 – 1 PBvU 1/95, Rn. 35; *Sachs* (Fn. 54), Kap. 34 Rn. 6. Zu den obligatorischen Inhalten *Sodan/Ziekow* (Fn. 6), § 49 Rn. 3; *Epping* (Fn. 3), Rn. 932; *Morgenthaler* (Fn. 2), Art. 101 Rn. 12; *Hänlein* (Fn. 3), Art. 101 Rn. 22.

⁶⁴ Für Interessierte sei für die Eingriffe durch Legislative und Exekutive etwa auf *Epping* (Fn. 3), Rn. 940 f. oder *Zimmermann* (Fn. 11), § 16 GVG Rn. 21 f. verwiesen.

⁶⁵ Vgl. *Morgenthaler* (Fn. 2), Art. 101 Rn. 15; *Maunz* (Fn. 5), Art. 101 Rn. 25.

⁶⁶ *Müller-Terpitz* (Fn. 18), Art. 101 Rn. 26; *Maunz* (Fn. 5), Art. 101 Rn. 42.

⁶⁷ *Maunz* (Fn. 5), Art. 101 Rn. 43; vgl. auch *Manssen* (Fn. 31), Rn. 800.

⁶⁸ *Morgenthaler* (Fn. 2), Art. 101 Rn. 13; *Maunz* (Fn. 5), Art. 101 Rn. 8 f.; *Degenhart* (Fn. 5), § 114 Rn. 36.

⁶⁹ BVerfG, Beschl. v. 26.2.1954 – 1 BvR 537/53, Rn. 18 ff.; BVerfG, Urt. v. 20.3.1956 – 1 BvR 479/55, Rn. 12; BVerfG, Beschl. v. 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, Rn. 71; *Leuze* (Fn. 7), Art. 101 Rn. 31.

⁷⁰ „Nicht-Richter“ bleiben aus diesem Grund von vornherein außer Betracht, vgl. BVerfG, Beschl. v. 9.6.1971 – 2 BvR 114/71, Rn. 10 hinsichtlich eines fehlerhaft gewählten Schöffen.

⁷¹ BVerfG, Beschl. v. 26.2.1954 – 1 BvR 537/53, Rn. 19; BVerfG, Urt. v. 16.1.1957 – 1 BvR 134/56, Rn. 30; BVerfG, Beschl. v. 30.6.1970 – 2 BvR 48/70, Rn. 21; BVerfG, Beschl. v. 13.10.1970 – 2 BvR 618/68, Rn. 18; BVerfG, Beschl. v. 23.6.1981 – 2 BvR 1107/77, Rn. 118; BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 129.

verkannt⁷² wird.⁷³ Diese Beschränkung entspricht der Beschränkung des Prüfungsumfangs auf die Prüfung der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.⁷⁴ Ein vorsätzliches oder schuldhaftes Handeln ist im Rahmen des Willkürmaßstabes indes nicht erforderlich.⁷⁵ Gleichwohl hält das Verfassungsgericht in Einzelfällen nicht am Willkürmaßstab fest, sondern sieht auch Ausnahmen in bestimmten Konstellationen vor.⁷⁶ Hintergrund der erhöhten Voraussetzungen ist der Umstand, dass das BVerfG über Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG andernfalls zu einem Kontrollorgan für einfaches Recht („Superrevisionsinstanz“) und die fachgerichtliche Rechtsprechung im Hinblick auf Zuständigkeitsfragen unterlaufen werden würde.⁷⁷ Es obliegt zuvörderst der Fachgerichtsbarkeit, die Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte zu sichern.⁷⁸ Diese Beschränkung des Prüfungsumfangs wird in der Literatur allerdings mit beachtlichen Gründen hinterfragt und bisweilen selbst als „willkürlich“ und „beliebig“ angesehen.⁷⁹

⁷² BVerfG, Beschl. v. 10.6.1990 – 1 BvR 984/87, Rn. 62; BVerfG, Beschl. v. 3.11.1992 – 1 BvR 137/92, Rn. 9; BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 129; BVerfG, Beschl. v. 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, Rn. 71; BVerfG, Beschl. v. 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, Rn. 71.

⁷³ Zum Ganzen *Morgenthaler* (Fn. 2), Art. 101 Rn. 25; *Rauscher* (Fn. 6), Einleitung Rn. 229; ausführlich *Rensen*, in: *Rensen/Brink* (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, S. 453 (475 ff.).

⁷⁴ *Sachs* (Fn. 54), Kap. 34 Rn. 9; ausführlich hierzu *Zuck*, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 5. Aufl. 2017, Rn. 579 ff.

⁷⁵ BayVerfGH, Beschl. v. 22.3.2007 – Vf. 83-VI-06, Rn. 29; *Kunig* (Fn. 2), Art. 101 Rn. 21; *Müller-Terpitz* (Fn. 18), Art. 101 Rn. 21.

⁷⁶ Ein strengerer Maßstab gilt bei unterlassenen Vorlagen nach Art. 101 Abs. 1 und Abs. 2 GG, vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.6.1997 – 2 BvR 1516/96, Rn. 33; BVerfG, Beschl. v. 5.11.2003 – 2 BvR 1243/03, Rn. 37; BVerfG, Beschl. v. 12.4.1983 – 2 BvR 678/81, Rn. 75; *Degenhart* (Fn. 5), § 114 Rn. 45. Auch wenn ein ausgeschlossener Richter tätig wird wendet das BVerfG den Willkürmaßstab nicht an, vgl. BVerfG, Urt. v. 20.3.1956 – 1 BvR 479/55, Rn. 47; hierzu *Degenhart* (Fn. 5), § 114 Rn. 46. Zu der Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV *Frenz*, *Handbuch Europarecht*, Bd. 5, 2010, Rn. 3332 ff. und *Desens*, in: *Matz-Lück/Hong* (Hrsg.), *Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen*, 2012, S. 203 (240 ff.).

⁷⁷ *Müller-Terpitz* (Fn. 18), Art. 101 Rn. 21.

⁷⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.3.2002 – 2 BvR 261/01, Rn. 15.

⁷⁹ *J. Ipsen* (Fn. 4), Art. 101 Rn. 66; *Frenz* (Fn. 76), Rn. 3332 ff.; *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 101 Rn. 31 f.; *Höfling*, *JZ* 1991, 955 (960 ff.); *Proske*, *NJW* 1997, 352 (354 ff.); *Ostler*, *JR* 1957, 454 (454 ff.); zusammenfassend *Leuze* (Fn. 7), Art. 101 Rn. 31; *Henkel* (Fn. 31), S. 87 ff.

d) Rechtfertigung

Der Entzug des gesetzlichen Richters bedeutet zugleich auch immer die Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts; eine Rechtfertigung des Eingriffs kommt nicht in Betracht.⁸⁰

III. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht nahm im oben genannten Fall die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an und gab ihr statt. Es sah einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG als gegeben an. Voraussetzung für die Entscheidung durch den Einzelrichter in § 155 Abs. 2 S. 2 SGG ist die Dringlichkeit, die eine Abweichung von der regulären Besetzung des *Senats* rechtfertigt. Diese war jedoch nicht offensichtlich und wurde zudem auch nicht weiter begründet. Die Befassung mit der Sache wäre abstrakt betrachtet zeitlich möglich gewesen. Ein die Entscheidungsweise allein durch den Vorsitzenden rechtfertigender „atypischer Fall der Verhinderung“ hätte zumindest einer Begründung bedurft.⁸¹

Die Einstufung als qualifizierter Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG stützte das BVerfG auf mehrere Erwägungen. Erstens sei die Norm eine Ausnahmenvorschrift, die eine „sorgsame, einzelfallbezogene und zurückhaltende Anwendung“ erforderlich macht, was aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG folge.⁸² Weiterhin hatte das Gericht die Voraussetzung des § 155 Abs. 2 S. 2 SGG nicht „nur“ übersehen, sondern sie wurde vielmehr explizit geprüft.⁸³ Drittens hätte der Vorsitzende Richter auch zunächst die Vollstreckung der einstweiligen Anordnung aus der vorangegangenen Entscheidung durch Beschluss nach § 199 Abs. 2 S. 1 SGG aussetzen können, um die Entscheidung dem vollständig besetzten *Senat* offenzuhalten.⁸⁴ Erschwerend käme zum letzten Punkt hinzu, dass die aufgeworfene rechtliche Frage bisher nicht hinreichend geklärt war, weshalb diese dem *Senat* hätte insoweit offen gehalten werden müssen.

IV. Bewertung der Entscheidung

Der Entscheidung des BVerfG ist im Ergebnis und in den wesentlichen argumentativen Punkten überzeugend.

1. Verstoß

Zunächst hatte also das Gericht zu überprüfen, ob ein Verstoß gegen einfach-rechtliche Zuständigkeitsvorschriften, namentlich § 155 Abs. 2 S. 2 SGG, vorlag, was es auch zu Recht annahm. So stellt es zunächst klar, dass die Dringlichkeit, die von der Norm vorausgesetzt wird, weder offensichtlich ist, noch begründet wurde.⁸⁵ Die Fachgerichte haben bei der Frage der Dringlichkeit zu prüfen, ob „bei einer Entscheidung durch den *Senat* (also außerhalb der mündlichen Verhandlung durch alle Berufsrichter) aufgrund der Beteiligung der weiteren Richter Verzögerungen eintreten würden, die zu

⁸⁰ *Kloepfer* (Fn. 16), § 75 Rn. 25.

⁸¹ BVerfG, Beschl. v. 28.9.2017 – 1 BvR 1510/17, Rn. 17 f.

⁸² BVerfG, Beschl. v. 28.9.2017 – 1 BvR 1510/17, Rn. 19.

⁸³ BVerfG, Beschl. v. 28.9.2017 – 1 BvR 1510/17, Rn. 19.

⁸⁴ BVerfG, Beschl. v. 28.9.2017 – 1 BvR 1510/17, Rn. 20.

⁸⁵ BVerfG, Beschl. v. 28.9.2017 – 1 BvR 1510/17, Rn. 18.

einer Gefahr für die Verwirklichung des streitbefangenen Anspruchs oder zu wesentlichen Nachteilen des Antragsstellers führen könnten“⁸⁶. Es ist einleuchtend, dass die übliche Eilbedürftigkeit, die dem einstweiligen Rechtsschutz ohnehin zu pflegen innewohnt, nicht für die Dringlichkeit im Sinne dieser Norm ausreichend ist. Der Gesetzgeber hätte nämlich andernfalls die Entscheidungskompetenz von vornherein dem Einzelrichter auferlegt. Das BVerfG legt bei der Prüfung des Vorliegens einer durch Fehlbesetzung bedingten Verfassungswidrigkeit nur einen Willkürmaßstab zugrunde, da es keine Superrevisionsinstanz ist. Von daher ist es konsequent, dass es nicht streng unter die oben genannte Norm subsumiert, sondern nur prüft, ob die Dringlichkeit offenkundig nicht vorliegt. Dem stellt das Gericht das Fehlen einer Begründung über die Dringlichkeit gleich.

Die Dringlichkeit hatte der Einzelrichter nicht dargelegt, obgleich fast zwei Wochen mit der Befassung des *Senats* zur Verfügung standen. Damit ist evident, dass eine offensichtliche Dringlichkeit nicht vorlag. Grundsätzlich schließt das BVerfG selbst bei einem solch langen Zeitraum nicht aus, dass ein „atypischer Verhinderungsfall“ dennoch die Dringlichkeit rechtfertigen kann.⁸⁷ Zur Überprüfbarkeit hätte der Einzelrichter diese aber ausreichend begründen müssen, was unterblieben ist. Ein Verstoß war damit zu Recht anzunehmen.

2. Qualifizierter Verstoß

Wie bereits dargelegt führt nicht jeder Verstoß zugleich zur Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter. Aus diesem Grund musste der oben genannte Verstoß zusätzlich als willkürlich qualifiziert werden, was das BVerfG bejahte. Obgleich der Verstoß im Ergebnis mit dem BVerfG als willkürlich anzusehen ist, vermag die Begründung hierfür jedoch nicht vollends zu überzeugen. Das Gericht bejaht die Willkürlichkeit des Verstoßes aus drei Gründen. Zum einen führt es an, dass es sich bei § 155 Abs. 2 S. 2 SGG um eine Ausnahmvorschrift handelt (a), zum anderen der Einzelrichter die Norm geprüft und nicht „nur“ übersehen hätte (b) und zuletzt, dass die Vollstreckung nach § 199 Abs. 2 S. 1 SGG auch hätte ausgesetzt werden können (c).

a) § 155 Abs. 2 S. 2 SGG als Ausnahmvorschrift

Zunächst begründete das Gericht die Willkürlichkeit mit der besonderen Stellung des § 155 Abs. 2 S. 2 SGG als Ausnahmvorschrift. Diese hätte umsichtig angewendet werden müssen.

Dass dies zutreffend ist, folgt im Regelfall bereits aus der Gestaltung der gesetzlichen Systematik mit ihrer Unterteilung in Regelfall und Ausnahme, Ausnahme und Rückausnahme etc. Hierin liegt durchaus ein entsprechender gesetzgeberischer Wille,⁸⁸ sodass nicht die Ausnahme zum Regelfall

gemacht werden darf und der Regelfall im Ergebnis zur leeren Hülle verkümmert.⁸⁹ Besonders im Bereich des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist Vorsicht geboten⁹⁰ und zwingt zu einer „sorgsame[n], einzelfallbezogene[n] und zurückhaltende[n] Anwendung“ der einfach-gesetzlichen Normen.⁹¹ Dieser strenge Maßstab ist überzeugend, ist doch der Telos der Norm die Vermeidung der Gefahren des Ansichziehens von Sachverhalten. Eine Analogie von Ausnahmvorschriften, wie sie der Einzelrichter bei § 155 Abs. 2 S. 2 SGG vorgenommen hat, ist dennoch nicht schlechthin unmöglich.⁹²

Wie die sorgsame, einzelfallbezogene und zurückhaltende Anwendung dieser Ausnahmvorschriften durch die Fachgerichtsbarkeit in concreto zu erfolgen hat, lässt das BVerfG allerdings offen. Denkbar ist letztlich nur eine besondere Begründung, die eine derartig umsichtige Anwendung zu erkennen gibt. Eine „Fehlantwort“ des einfachen Rechts würde durch die hierdurch resultierende engmaschige Prüfungsdichte der Ausnahmvorschriften durch die Fachgerichte in den meisten Fällen wohl zugleich einen qualifizierten Verstoß bedeuten. Denn in diesem Falle liegt es nahe, dass das einfache Recht nicht sorgsam, einzelfallbezogen und zurückhaltend geprüft worden ist. Wie tiefgehend das BVerfG die strenge Anwendung der Ausnahmvorschriften angesichts des von ihm selbst auferlegten, reduzierten Prüfungsmaßstabes tatsächlich überprüfen wird, bleibt abzuwarten. Unzureichend sein dürften jedenfalls unsubstantiierte Behauptungen einer Dringlichkeit.⁹³

⁸⁹ Vgl. *Kugelmann*, Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers, 2001, S. 203; kritisch zum Begründungsansatz *Schirmer* (Fn. 88), § 3 IFG Rn. 10. 1; *Schoch*, Kommentar zum IFG, 2. Aufl. 2016, Vorbemerkung §§ 3 bis 6 Rn. 65 ff.

⁹⁰ Das Bundesverfassungsgericht beanstandet die Auslegung und Anwendung von Normen, die die gerichtliche Zuständigkeitsverteilung regeln jedoch nur, „wenn sie bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheinen und offensichtlich unhaltbar sind“, BVerfG, Beschl. v. 19.12.2017 – 2 BvR 424/17, Rn. 39.

⁹¹ BVerfG, Beschl. v. 28.9.2017 – 1 BvR 1510/17, Rn. 19.

⁹² BVerfG, Beschl. v. 10.6.1990 – 1 BvR 984/87, Rn. 62 ff.; *Müller-Terpitz* (Fn. 18), Art. 101 Rn. 12; *Leuze* (Fn. 7), Art. 101 Rn. 32; a.A. *Hufen* (Fn. 4), § 21 Rn. 24, welcher eine „strikte Ausnahme- und Analogiefeindlichkeit von gesetzlichen Zuständigkeitsregeln“ sieht.

⁹³ Auffallend ist dies etwa in der Entscheidung des BayVerfGH, Entsch. v. 21.12.2017 – Vf. 21-VII-17, Rn. 10 (zehn Tage bis zum erledigenden Ereignis). Aufgrund des Fehlens der Begründung einer besonderen Dringlichkeit, insbesondere die Substantiierung eines eventuellen atypischen Verhinderungsfalls, ist eine sorgsame, einzelfallbezogene und zurückhaltende Anwendung der Zuständigkeitsvorschrift des Einzelrichters (Art. 26 Abs. 2 S. 2 BayVerfGHG) nicht gegeben. Die Annahme der besonderen Dringlichkeit war in dieser Entscheidung mithin unvertretbar.

⁸⁶ *Jungeblut*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Sozialrecht, 48. Ed., Stand: 1.3.2018, § 155 SGG Rn. 22.

⁸⁷ BVerfG, Beschl. v. 28.9.2017 – 1 BvR 1510/17, Rn. 18.

⁸⁸ Vgl. *Schirmer*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), Medien- und Informationsrecht, 2014, § 3 IFG Rn. 10.2.

b) Bewusste Befassung mit der Norm

Als Indiz für einen qualifizierten Verstoß – eng zusammenhängend mit dem ersten Argument – zog das BVerfG auch die Tatsache heran, dass der Einzelrichter die Norm erkannt und eine entsprechende Anwendung bejaht hatte. Das setzt logisch voraus, dass die Norm nicht direkt einschlägig war bzw. eine Dringlichkeit nicht vorlag und die Norm zudem auch nicht übersehen wurde. Allerdings ist nicht ersichtlich, wie die bewusste Befassung mit der Norm von der „sorgsam, einzelfallbezogenen und zurückhaltenden Anwendung“ der Ausnahmevorschriften sauber zu trennen ist.

Das Argument des BVerfG wirft vielmehr die Frage auf, inwieweit ein qualifizierter Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vorläge, wäre die Norm schlicht übersehen worden und damit erst gar nicht erwähnt worden. Auf den ersten Blick lässt die Tatsache, dass das BVerfG das fehlerhafte Prüfen und Bejahen der Norm zumindest als Indiz für einen qualifizierten Verstoß ansieht, den Schluss zu, dass das „einfache Übersehen“ an sich noch keinen qualifizierten Verstoß begründet. Damit wäre kein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 1 GG anzunehmen.

Indes könnte eine derartige Interpretation in keinem Hinblick überzeugen. Die Notwendigkeit einer „sorgsam, einzelfallbezogenen und zurückhaltenden Anwendung“ würde in jedem Falle die unbewusste Missachtung der Norm mit einbeziehen. Der Einzelrichter hat in einem solchen Fall Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG grundlegend verkannt.⁹⁴ Nur dieses Ergebnis ist im Hinblick auf die evidente Missbrauchsgefahr auch überzeugend: Würde ein Einzelrichter den Fall entgegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG an sich ziehen wollen, so wäre es widersinnig, eine fehlende Begründung für das Dringlichkeitserfordernis als für den Prüfungsmaßstab des BVerfG unbeachtlichen Verfahrensirrturn zu „privilegieren“.⁹⁵ Dieses Ergebnis steht zudem im Einklang mit dem Prüfungsmaßstab der Willkürlichkeit, bei welchem kein schuldhafter Verstoß zu fordern ist.⁹⁶ Dementsprechend und mit Hinblick auf die bisherigen Argumente des BVerfG kann eine fehlende Begründung, sei sie vorsätzlich oder fahrlässig unterblieben, stets nur zum Verdikt der Verfassungswidrigkeit führen. Aus diesem Grund stellt sich die berechtigte Frage, ob ein solches Kriterium zur Bestimmung eines qualifizierten Verstoßes überhaupt brauchbar ist.

c) Möglichkeit der Offenhaltung für den Senat durch Aussetzung der Vollstreckung

Unmittelbar einleuchtend ist hingegen das dritte Argument und zugleich Forderung des BVerfG, dass die Fachgerichte

notwendige Maßnahmen auf Antrag bzw. von Amts wegen zu ergreifen haben, um die Dringlichkeit abzumildern und die Entscheidung somit letztlich der vollständigen Besetzung offenzuhalten. Im entschiedenen Fall bestand nämlich die Möglichkeit, die Vollstreckung aus einem vorgehenden Beschluss durch die Anwendung des § 199 Abs. 2 S. 1 SGG einstweilen auszusetzen. Ein entsprechender Antrag wurde vom Beschwerdeführer auch gestellt. Dieses Argument des BVerfG überzeugt, denn es beugt einer abstrakten Missbrauchsmöglichkeit vor, da andernfalls durch Untätigkeit oder Zuwarten „künstlich“ eine Dringlichkeit erzeugt werden könnte, die den eigentlichen zur Entscheidung vorgesehenen *Senat* aus dem Spiel nehmen würde.

Insoweit weist das BVerfG zudem auf die bisher höchstrichterlich ungeklärte Rechtslage hin, die die Anwendung von § 199 Abs. 2 S. 1 SGG besonders gebieten würde. Es hätte die Dringlichkeit mit der Bedeutung der Sache abgewogen werden müssen. So sollte nach dem BVerfG dem vollständig besetzten *Senat* die Aufarbeitung der Rechtslage obliegen. Eine weitergehende Begründung hierfür brachte das Gericht nicht vor.

Anhaltspunkte für dieses Vorgehen könnten im einfachen Recht zu finden sein. In den Prozessordnungen gibt es zahlreiche Regelungen, die dem Einzelrichter die Zuständigkeit absprechen, sollte es sich um eine Sache von grundsätzlicher Bedeutung handeln. Hier können etwa die §§ 348 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 348a Abs. 1 Nr. 2 und 568 S. 2 Nr. 2 ZPO⁹⁷, §§ 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VwGO⁹⁸ oder § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Var. 2 GVG⁹⁹ genannt werden. Nach diesen Vorschriften ist der Einzelrichter in bestimmten Fällen zwar grundsätzlich innerhalb des Gerichts zuständig, allerdings hat dieser in einem Fall mit grundsätzlicher Bedeutung die Sache dem vollständig besetzten Spruchkörper abzugeben. Die höchstrichterliche Rechtsprechung geht im Hinblick auf § 568 S. 2 Nr. 2 ZPO und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG davon aus, dass dem Einzelrichter stets die Entscheidung über Sachen von grundsätzlicher Bedeutung versagt ist.¹⁰⁰ Grundsätzliche Bedeutung wird bei einer Sache angenommen, wenn sie der Fortbildung des Rechts dient oder eine Wahrung der einheitlichen Rechtsprechung bezweckt.¹⁰¹ Die Missachtung

⁹⁷ Kritisch *Leuze* (Fn. 7), Art. 101 Rn. 13 f.

⁹⁸ Hierzu *Danker*, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), *Verwaltungsrecht*, 4. Aufl. 2016, § 6 VwGO Rn. 8 ff.; *Geiger*, in: Eyermann, *Kommentar zur VwGO*, 14. Aufl. 2014, § 6 Rn. 15 ff.; *Redeker*, in: *Redeker/v. Oertzen, Kommentar zur VwGO*, § 6 Rn. 5 f.; kritisch *Leuze* (Fn. 7), Art. 101 Rn. 15; *Ruthig*, in: *Kopp/Schenke (Hrsg.), Kommentar zur VwGO*, 23. Aufl. 2017, § 6 Rn. 1.

⁹⁹ Zur Verfassungskonformität BVerfG, *Urt. v. 19.3.1959 – 1 BvR 295/58*, Rn. 15 ff.; *Henkel* (Fn. 31), S. 23 ff.

¹⁰⁰ BGH, *Beschl. v. 14.6.2017 – I ZB 95/16*, Rn. 10; BGH, *Beschl. v. 13.3.2003 – IX ZB 134/02*, Rn. 6; BGH, *Beschl. v. 16.5.2012*, Rn. 4; BGH, *Beschl. v. 7.1.2016 – I ZB 110/14*, Rn. 10; BGH, *Beschl. v. 21. 6.2016 – I ZB 121/15*, Rn. 5; BGH, *Beschl. v. 14.6.2017 – I ZB 95/16*, Rn. 10.

¹⁰¹ BGH, *Beschl. v. 14.6.2017 – I ZB 95/16*, Rn. 10; BGH, *Beschl. v. 13.3.2003 – IX ZB 134/02*, Rn. 6; BGH, *Beschl. v.*

der Abgabepflicht begründet in diesen Fällen einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.¹⁰²

Ob eine Übertragung dieser Maßstäbe auf § 155 Abs. 2 S. 2 SGG zu erfolgen hat, ist jedoch aus zahlreichen Gründen mehr als zweifelhaft. Zum einen folgt bereits aus der Rolle des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG als normgeprägtes grundrechtsgleiches Recht, dass es zunächst dem Gesetzgeber obliegt, wie das Verfahren ausgestaltet wird. Das BVerfG misst in diesem Kontext zudem der Frage, ob ein Einzelrichter oder das Kollegialgericht zuständig ist, eine besondere Bedeutung bei, weshalb eine normative Bestimmung dieser Fälle durch den Gesetzgeber zu treffen ist.¹⁰³ Eine entsprechende Norm zu den genannten, im einfachen Recht zu findenden Vorschriften hat der Gesetzgeber aber in § 155 SGG gerade nicht geschaffen. Sie sollte somit auch nicht über diesen Umweg in die Norm „hineingelesen“ werden. Im Falle des § 155 Abs. 2 S. 2 SGG hat der Gesetzgeber nämlich bei der Zuweisung an den Einzelrichter zudem (nachvollziehbar) nur auf die Dringlichkeit abgestellt, was der Bedeutung des Eilrechtsschutzes im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG geschuldet ist. Mit anderen Worten, in solchen Fällen „muss es schnell gehen“.¹⁰⁴ Wieso sich hier die Frage der grundsätzlichen Bedeutung auswirken sollte, erschließt sich nicht. Es droht vielmehr die Vereitelung des Rechts des Antragstellers, dürfte der Einzelrichter trotz zeitlicher Dringlichkeit nicht allein entscheiden, wenn eine Sache von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt.

Es ist zudem grundsätzlich unklar, ob das BVerfG das oben genannte, von den Fachgerichten zugrunde gelegte Verständnis der grundsätzlichen Bedeutung anwendet. Denn in diesen Normen ist zwischen Sachen von grundsätzlicher Bedeutung und Fällen mit besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art zu unterscheiden, vgl. §§ 348 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2, 348a Abs. 1 Nrn. 1 und 2 ZPO, § 6 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 und 2 VwGO. Bezieht sich das BVerfG also auf eine derartige Differenzierung, kommt es nicht darauf an, ob die Sache besondere Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist. Aufgrund der summarischen Prüfung im einstweiligen Rechtsschutz dürften sich jedenfalls die tatsächlichen Schwierigkeiten nicht in dem Maße stellen, wie in der Hauptsache. Der *Senat* hätte damit – dieses Verständnis unterstellt – also in Fällen zu entscheiden, in denen es um die Fortbildung des Rechts oder eine Wahrung der einheitlichen Rechtsprechung geht. Wo hier die Brücke zum Telos des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zu schlagen ist, ist nicht ersichtlich. Zwar mag vielleicht davon auszugehen sein, dass eine Entscheidung „richtiger“ ist, wenn mehrere Richter sich mit der Sache befassen.¹⁰⁵ Zudem mag

auch praktisch betrachtet der Begründungsaufwand für eine von der gefestigten Rechtsprechung abweichende Entscheidung bzw. bei ungeklärten Rechtsfragen höher sein,¹⁰⁶ jedoch verhält sich dieser Umstand im Übrigen indifferent zur Dringlichkeit. Daneben hätten aber jene Aspekte der tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeit ohnehin bei einer Frage mit grundsätzlicher Bedeutung keine Relevanz, läge man das oben genannte Verständnis aus dem einfachen Recht zugrunde.

Gegen die Relevanz der grundsätzlichen Bedeutung spricht zudem, dass der *Senat* im Rahmen der Hauptsache noch befasst wird. Eine bis dahin bestehende Rechtsunsicherheit durch sich unterscheidende Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz wäre nur temporär und hinnehmbar. Die Eigenheiten des einstweiligen Rechtsschutzes werden durch das BVerfG insoweit fehlgeachtet.

Im Übrigen bleibt zu klären, ob aus diesem Argument des BVerfG e contrario zusätzlich folgen soll, dass im Falle einer gefestigten Rechtsprechung die Aussetzung der Vollstreckung gem. § 199 Abs. 2 S. 1 SGG nicht notwendig gewesen wäre und somit der Einzelrichter obgleich dieser Möglichkeit hätte entscheiden dürfen. Es ist aber unklar, wieso die Dringlichkeit im Sinne des § 155 Abs. 2 S. 2 SGG bei gefestigter Rechtsprechung nicht auch nach Möglichkeit durch die Anwendung von § 199 Abs. 2 S. 1 SGG abgewendet oder verzögert werden sollte. Die Argumentation des BVerfG überzeugt auch in dieser Hinsicht nicht, vielmehr ist in jedem Fall eine Anwendung des § 199 Abs. 2 S. 1 SGG notwendig, um die reguläre Besetzung des Spruchkörpers herbeizuführen. Dieser ist richtigerweise in dieser Konstellation der gesetzliche Richter; ein Verstoß hiergegen ist als qualifiziert anzusehen.

V. Fazit

Der vorläufige Rechtsschutz im öffentlichen Recht gewinnt zunehmend an Bedeutung,¹⁰⁷ weshalb die Entscheidung des BVerfG besondere Aufmerksamkeit verdient. Das gilt umso mehr, als sich fast die Hälfte der Beschwerdeführer einer Verfassungsbeschwerde auf Verletzungen der Prozessgrundrechte stützen.¹⁰⁸ Auch für die Ausbildung ist die Entscheidung von Relevanz, denn die Erwägungen des BVerfG können auch auf andere Vorschriften des Prozessrechts übertragen werden, namentlich auf §§ 80 Abs. 8, 123 Abs. 2 S. 3 VwGO, 944 ZPO.¹⁰⁹ Dem BVerfG ist hierbei im Ergebnis entschieden beizupflichten, obwohl die einzelnen Argumentationsstränge für sich bisweilen nicht überzeugen können. Insbesondere der bewussten Befassung mit der Norm durch den Richter und die Bedeutung der Sache sollten im

24.11.2011 – VII ZB 33/11, Rn. 9; BGH, Beschl. v. 7.1.2016 – I ZB 110/14, Rn. 10; BGH, Beschl. v. 27.4.2017 – I ZB 91/16, Rn. 10.

¹⁰² BGH, Beschl. v. 14.6.2017 – I ZB 95/16, Rn. 10.

¹⁰³ Vgl. *Kramer*, JZ 1977, 11 (13).

¹⁰⁴ Vgl. *Michael/Morlok* (Fn. 32), Rn. 889.

¹⁰⁵ *Kramer*, JZ 1977, 11 (13) in Bezug auf § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 2. Fall GVG; wohl auch BVerfG, Beschl. v. 19.7.1967

– 2 BvR 489/66, Rn. 18; BVerfG, Urt. v. 19.3.1959 – 1 BvR 295/58, Rn. 22.

¹⁰⁶ Vgl. aber auch *van den Hövel*, Richterliche Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2013, S. 141 f.

¹⁰⁷ *Buchheister*, DVBl 2017, 610 (610).

¹⁰⁸ *Häberle*, Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozessrecht, 2014, S. 174.

¹⁰⁹ Vgl. *Wolter*, NZS 2018, 224 (225).

Rahmen des Eilrechtsschutzes im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG keine Bedeutung zukommen. Die vom BVerfG herangezogenen Maßstäbe werden voraussichtlich in der Praxis zu Problemen bei der Begründung der Eilzuständigkeit führen. Wie ausführlich die Begründung der „sorgsam, einzelfallbezogenen und zurückhaltenden Anwendung“ erfolgen muss, wird sich zeigen müssen.

*Cand. iur. Christoph Halder, Cand. iur. Thomas Ittner,
Passau**

* Die *Autoren* studieren Rechtswissenschaft an der Universität Passau. Sie sind bzw. waren als stud. Hilfskräfte am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sicherheitsrecht und Internetrecht von Prof. Dr. Dirk Heckmann beschäftigt.

Entscheidungsbesprechung

Beteiligung an der industriellen Tötungsmaschinerie im Konzentrationslager Auschwitz

1. Die allgemeinen Grundsätze zur Abgrenzung und Bestimmung von Mittäterschaft und Beihilfe gelten auch dann, wenn die strafrechtliche Bewertung von Handlungen in Rede steht, die im Rahmen von oder im Zusammenhang mit staatlich organisierten Massenverbrechen vorgenommen werden. Bei ihrer Anwendung dürfen jedoch die Besonderheiten nicht außer Betracht bleiben, die sich bei derartigen Delikten in tatsächlicher Hinsicht ergeben.

2. Diese bestehen bei einer Tatserie wie dem systematischen Völkermord an den europäischen Juden durch das nationalsozialistische Deutschland darin, dass an jeder einzelnen bei dessen Verwirklichung begangenen Mordtat einerseits eine Vielzahl von Personen allein in politisch, verwaltungstechnisch oder militärisch-hierarchisch verantwortlicher Position ohne eigene Ausführung einer Tötungshandlung beteiligt war, andererseits aber auch eine Mehrzahl von Personen in Befolgung hoheitlicher Anordnungen und im Rahmen einer hierarchischen Befehlskette unmittelbar an der Durchführung der einzelnen Tötungen mitwirkte.

3. Bei der rechtlichen Bewertung von Handlungen eines auf unterer Hierarchieebene und ohne eigene Tatherrschaft in die organisatorische Abwicklung des massenhaften Tötungsgeschehens eingebundenen Beteiligten muss daher in den Blick genommen werden, dass zu jeder einzelnen Mordtat Mittäter auf mehreren Ebenen in unterschiedlichsten Funktionen sowie mit verschiedensten Tathandlungen zusammenwirkten und daher zu prüfen ist, ob die Handlungen des allenfalls als Tatgehilfe in Betracht kommenden Beteiligten die Tathandlung zumindest eines der an dem Mord täterschaftlich Mitwirkenden im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB gefördert haben. (Leitsätze der Verf.)

StGB §§ 27, 211

BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16¹

I. Einleitung

Der BGH hat im Herbst 2016 das Urteil des LG Lüneburg gegen den inzwischen verstorbenen Oskar Gröning wegen Beihilfe zum Mord in 300.000 Fällen bestätigt. Gröning war ein „kleines Rädchen“ in der – in Auschwitz betriebenen – „strukturierten und organisierten industriellen Tötungsmaschinerie“. Der BGH zieht somit eine Person zur Verantwort-

tung, die in das Vernichtungssystem des Konzentrationslagers Auschwitz eingegliedert war und beendet eine – von wenigen Ausnahmen abgesehen² – 70 Jahre andauernde justizielle Verhinderungsmentalität³ und Untätigkeit, die zahlreiche Fehlentscheidungen zur Folge hatte.

II. Sachverhalt

Dem hier zu besprechenden Beschluss lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Angeklagte Oskar Gröning hatte sich im Oktober 1940 als „überzeugter Nationalsozialist“ freiwillig zur SS gemeldet, um dieser aus seiner damaligen Sicht „ruhmreichen Elite-Kaste“ anzugehören. Da er nicht den an der Front kämpfenden Truppen der SS zugewiesen werden wollte, war er seinem Wunsch entsprechend zunächst in verschiedenen Besoldungsstellen der SS als „Zahlmeister“ eingesetzt worden. Im September 1942 wurde er schließlich im Rang eines „SS-Sturmmannes“ zum Konzentrationslager Auschwitz versetzt, um dort bei der Realisierung der „Aktion Reinhard“ mitzuwirken. Im Rahmen der „Aktion Reinhard“ wurde um die Jahreswende 1942/43 das Lager Auschwitz-Birkenau endgültig zum Vernichtungslager umfunktioniert, indem neben den anfangs in zwei ehemaligen Bauernhäusern provisorisch eingerichteten Gaskammern vier große Gaskammern mit angeschlossenen Krematorien gebaut wurden, die im Laufe des Jahres 1943 in Betrieb genommen wurden, sodass schließlich pro Tag bis zu 5.000 Menschen getötet und verbrannt werden konnten.

Anfang März 1944 begann die SS damit, nach dem Vorbild der „Aktion Reinhard“ die Vernichtung der in Ungarn lebenden jüdischen Bevölkerung (sog. Ungarn-Aktion) einzuleiten. In Auschwitz-Birkenau hatte die SS die „Ungarn-Aktion“ dadurch vorbereitet, dass ein neues Bahnanschlussgleis verlegt worden war, das im Gegensatz zu dem früher genutzten (sog. alte Rampe) innerhalb des Lagers endete und sich dort in drei Gleise auffächerte (sog. neue Rampe). Infolgedessen konnten die Züge mit den Deportierten nur wenige hundert Meter von den Gaskammern entfernt „entladen“ werden. Im Übrigen entsprachen die Abläufe im Rahmen der „Ungarn-Aktion“ denjenigen bei der „Aktion Reinhard“, die wie folgt organisiert waren:

Die für die „Abwicklung“ eines Transports eingeteilten Lagerangehörigen trieben die Deportierten aus den Waggons heraus und wiesen sie an, ihr Gepäck auf der Rampe stehen zu lassen. Um ihre Arglosigkeit aufrechtzuerhalten, teilten sie ihnen wahrheitswidrig mit, dass ihnen das Gepäck nachgebracht werde. Sodann trennte man die Deportierten nach Geschlechtern und trieb sie einem SS-Lagerarzt zu, der die sog. Selektion zwischen „arbeitsfähig“ und „nicht arbeitsfähig“ vornahm.

Die „Arbeitsfähigen“ wurden in das Lager eingewiesen und anschließend zur Zwangsarbeit eingesetzt, um auf diese Weise der „Vernichtung durch Arbeit“ zugeführt zu werden,

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt u.a. in BGHSt 61, 252 und NJW 2017, 498 und online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=2476704a6a0f149fe425a5316f9a1e10&nr=76632&pos=1&anz=3&Blank=1.pdf> (29.5.2018).

² BGH, Urt. v. 25.11.1964 – 2 StR 71/64, JurionRS 1964, 13872; BGH, Urt. v. 25.3.1971 – 4 StR 47/69, JurionRS 1971, 15305.

³ Momsen, StV 2017, 546.

alle anderen – durchschnittlich jeweils etwa 80 bis 90 Prozent – wurden direkt zu den Gaskammern geleitet. SS-Angehörige erklärten ihnen wahrheitswidrig, dass es „zum Duschen“ gehe. Unmittelbar vor den Gaskammern befand sich ein Raum, der wie ein Umkleieraum gestaltet war. Dort wiesen die SS-Angehörigen die Deportierten an, sich vollständig zu entkleiden. Sie forderten diese – wiederum in der Absicht, ihre Arglosigkeit so lange wie möglich aufrechtzuerhalten – auf, sich die Stelle, an der sie ihre Kleidung abgelegt hatten, genau zu merken, damit sie ihre Sachen „nach dem Duschen“ wiederfinden. Anschließend trieben sie sie in die Gaskammern, wo sie mittels des Schädlingsbekämpfungsmittels „Zyklon B“ qualvoll getötet wurden.

Im Verlauf der „Ungarn-Aktion“ kamen 141 Züge mit rund 430.000 aus Ungarn deportierten Menschen in Auschwitz an, wobei die zur sofortigen Tötung bestimmten Opfer nicht registriert wurden.

Das auf der Rampe zurückgelassene Gepäck der Deportierten entfernten sog. Funktionshäftlinge jeweils vor dem Eintreffen des nächsten Transportzuges und durchsuchten es nach Geld sowie Wertgegenständen. Beides brachten sie zwecks weiterer Verwertung zur „Häftlingsigentumsverwaltung“.

Dem Angeklagten war nach seiner Versetzung zum Konzentrationslager Auschwitz eine Stelle in der „Häftlingsgeldverwaltung“ zugewiesen worden. Er war zwischenzeitlich zum „SS-Unterscharführer“ befördert worden und in die „Ungarn-Aktion“ in gleicher Weise eingebunden wie in die „Aktion Reinhard“. So versah er während der „Ungarn-Aktion“ an mindestens drei nicht mehr näher feststellbaren Tagen – uniformiert und mit einer Pistole bewaffnet – den sog. Rampendienst an der „neuen Rampe“. Dabei hatte er in erster Linie die Aufgabe, während der Entladung der in Auschwitz ankommenden Züge das auf der Rampe abgestellte Gepäck zu bewachen und Diebstähle zu verhindern. Diebstähle von SS-Angehörigen waren in Auschwitz zwar an der Tagesordnung, und die Taten wurden zumeist auch nicht verfolgt, weil den Tätern ein Teil der „Beute“ stillschweigend zugestanden wurde, um die Moral der Truppe aufrechtzuerhalten. An der Rampe sollte jedoch unbedingt verhindert werden, dass das Gepäck – vor den Augen der Deportierten – geöffnet, durchsucht und geplündert wurde, um deren für den weiteren Ablauf der Selektion und Vergasung für unerlässlich gehaltene Arglosigkeit nicht zu gefährden und Unruhe zu verhindern. Zugleich war der Angeklagte bei der Ausübung seiner „Rampendienste“ auch Teil der Drohkulisse, die jeden Gedanken an Widerstand oder Flucht bereits im Keim ersticken sollte.

Neben den „Rampendiensten“ hatte der Angeklagte im Rahmen seiner Tätigkeit in der „Häftlingsgeldverwaltung“ die Aufgabe, das Geld der Deportierten nach Währungen zu sortieren, zu verbuchen, zu verwalten und nach Berlin zu transportieren. Dort lieferte er es in unregelmäßigen Abständen entweder bei dem „SS-Wirtschaftsverwaltungshauptamt“ ab oder zahlte es unmittelbar auf ein Konto der SS bei der Reichsbank ein. Überdies oblag es dem Angeklagten während seiner Diensttätigkeit jederzeit, die Deportierten zu

überwachen und Widerstand oder Fluchtversuche nötigenfalls mit Waffengewalt zu unterbinden.

Dem Angeklagten waren die Abläufe im Konzentrationslager Auschwitz schon seit seiner Beteiligung an der „Aktion Reinhard“ in allen Einzelheiten bekannt. Er wusste insbesondere, dass die nach Auschwitz deportierten Juden dort massenweise unter bewusster Ausnutzung ihrer Arg- und Wehrlosigkeit qualvoll getötet wurden. Ihm war ebenfalls bewusst, dass er die in Auschwitz betriebene Tötungsmaschinerie durch seine Tätigkeiten unterstützte.

Er nahm dies indes zumindest billigend in Kauf, um nicht zu den kämpfenden SS-Einheiten an die Front versetzt zu werden.

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Beihilfe zum Mord in 300.000 rechtlich zusammentreffenden Fällen zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Gegen seine Verurteilung wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Rügen der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

III. Einführung in die Problematik

1. Warum erst jetzt?⁴

Nicht zu Unrecht wird das beharrliche Versagen der deutschen Justiz bei der Aufarbeitung nationalsozialistischer Verbrechen gerügt.⁵ Die historische Bedeutung dieses Urteils kann man nur ermessen, wenn man zuvor – jedenfalls kurz – erläutert, warum es über 70 Jahre gedauert hat, bis der Angeklagte Oskar Gröning rechtskräftig verurteilt wurde.

Die Schlussstrichmentalität der deutschen Justiz hat nicht nur in den Fällen der sog. kalten Verjährung⁶ und den Amnestiegesetzen⁷ von 1949⁸ und 1953⁹ ihren Ausdruck gefunden, sondern darüber hinaus in der Anwendung des Strafrechts an sich. Wie das fabrikmäßig organisierte Morden in Auschwitz funktionierte, war bereits in den 50er Jahren des letzten Jahrhunderts bekannt. Und auch gegen Oskar Gröning wurde bereits 1977 ermittelt, der sein Verhalten auch damals nicht in Abrede stellte.¹⁰

Entscheidend für die lahme Strafverfolgung war eine Revisionsentscheidung des 2. *Strafsenats* des BGH vom 20.2.1969.¹¹

⁴ So der Titel eines Beitrags von *Nestler*, in: Lüttig/Lehmann (Hrsg.), Die letzten NS-Verfahren, 2017, S. 41.

⁵ *Safferling*, JZ 2017, 258; *ders.*, in: Lüttig/Lehmann (Fn. 4), S. 19.

⁶ Vgl. dazu *Safferling* (Fn. 5), S. 19 (38); *Gerhold*, Die Akzessorietät der Teilnahme an Mord und Totschlag, 2013, S. 134 ff.

⁷ Vgl. dazu *Safferling* (Fn. 5), S. 19 (20 ff.).

⁸ Gesetz über die Gewährung von Straffreiheit v. 31.12.1949, BGBl. 1949, S. 37.

⁹ Gesetz über den Erlaß von Strafen und Geldbußen und die Niederschlagung von Strafverfahren und Bußgeldverfahren (Straffreiheitsgesetz 1954) vom 17.7.1954, BGBl. I 1954, S. 203.

¹⁰ *Nestler* (Fn. 4), S. 41 (42).

¹¹ BGH NJW 1969, 2056.

Ursprünglich herrschte die Ansicht vor, dass es sich bei dem auf die industrielle Massenvernichtung ausgelegten Lagerbetrieb um eine einheitliche Haupttat der Hintermänner handelt zu denen das Lagerpersonal Hilfe geleistet hat. Der 4. Strafsenat hat sogar im Jahr 1971¹² unter Zugrundelegung dieser Rechtsauffassung die Verurteilung eines Buchhalters des Vernichtungslagers Sobibor durch das LG Bonn für seine Verwaltungstätigkeit wegen einer gemeinschaftlichen Beihilfe zum Mord in mindestens 68.000 Fällen zu vier Jahren Zuchthaus bestätigt.

Diese extensive Auslegung des Begriffs der natürlichen Handlungseinheit¹³ stand auch im Einklang mit der Rechtsauffassung des Frankfurter Generalstaatsanwalts *Fritz Bauer*. Neben der einheitlichen Haupttat der Hintermänner betrachtete *Bauer* die Tätigkeit des Lagerpersonals „bei natürlicher Betrachtungsweise [als] ein einheitliches von Stunde zu Stunde verbundenes Tun [...]. Alle Willensäußerungen sind unselbstständige Elemente einer Gesamttaktion; schon die Anwesenheit ist psychische Beihilfe, die – soziologisch betrachtet – gerade bei Massenphänomenen nicht vernachlässigt werden darf. Jeder stützt den Nächsten, er macht ihm das kriminelle Tun leichter. Die Opfer während seines Lageraufenthaltes sind ihm zuzurechnen.“¹⁴

Das LG Frankfurt und ihm folgend der 2. Strafsenat des BGH rückten von dieser einheitlichen Betrachtungsweise ab und betrachteten das Geschehen nach Tagesereignissen.¹⁵ Auch wenn das Urteil kein einziges Wort über die Anforderung des Nachweises der Beteiligung an einer konkreten Tat enthält, so hatte das Urteil faktisch Auswirkungen auf die „Beweistiefe“¹⁶: Wird der gesamte Lagerbetrieb als eine auf natürlicher Handlungseinheit beruhende Haupttat bewertet, so genügt der Nachweis des Einsatzes im Vernichtungslager für den Nachweis des objektiven Tatbestandes einer Beihilfe zum grausamen und heimtückischen Mord. Beurteilt man im Gegensatz dazu das Geschehen in den Vernichtungslagern nach Tagesereignissen episodenhaft und fokussiert sich auf den konkreten Tatbeitrag, so ist der konkrete Nachweis erforderlich, dass sich das betreffende Lagerpersonal gerade an einer konkreten Tat beteiligt hat, was schon *Bauer* als „unmögliches Unterfangen“¹⁷ bewertet hat.

Bereits im Jahr 1985 wurde ein erstes Ermittlungsverfahren gegen Oskar Gröning eingeleitet und ohne Begründung mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt. Derselbe Oberstaatsanwalt, der damals das Ermittlungsverfahren gegen Gröning einstellte, veranlasste bereits 1982 die Einstellung eines Verfahrens gegen einen SS-Wachmann, das den sog. Rampendienst zum Gegenstand hatte, mit der Begründung: „Schon die Kausalität ihrer (der Beschuldigten) Tätigkeit für den Erfolg der Vernichtungsaktion ist zweifelhaft. Zwar sollte die Postenkette um die Rampe [...] auch Häftlingsfluchten

verhindern. Es ist (aber) nicht bekannt, dass es je zu versuchten Häftlingsfluchten von der Rampe gekommen wäre.“¹⁸ Abgesehen davon, dass in diesen Fällen eine Beihilfe durch Absichern des Erfolgseintritts¹⁹ vorliegt und die Begründung zynisch anmutet, verwundert die Begründung deswegen, weil die Rechtsprechung keinen Kausalitätsnachweis für die Beihilfehandlung verlangt.²⁰

Auch das Ermittlungsverfahren gegen Oskar Gröning, das angesichts eines ausführlichen Spiegel-Berichts über den „Buchhalter von Auschwitz“²¹ im Jahr 2005 wieder aufgenommen wurde, wurde abermals wegen der fehlenden – von der Rechtsprechung gar nicht verlangten – Kausalität eingestellt.²²

Die Wende der „Verfolgungsmentalität“ wurde durch das Verfahren gegen John Demjanjuk eingeleitet, der ausweislich der Beweislage als Wachmann in dem Vernichtungslager Sobibor tätig gewesen war. Das LG München II ging davon aus, „dass der Angeklagte [...] die Begehung der Haupttat durch aktives Tun gefördert [hat]. Alle in die Befehlskette eingegliederten Akteure, die nicht schon Täter waren – beginnend bei den Angehörigen des mit der Durchführung der Judenvernichtung beauftragten RSHA [Reichssicherheitshauptamt] über die Reichsbahnangehörigen, die Personen in der Verwaltung des Generalgouvernements, die Lagerleiter, die einzelnen SS- und Polizeioffiziere in den Lagern und die von ihnen direkt befehligten Oberwachleute und Wachleute – hatten ihre ihnen jeweils zugeteilte Aufgabe bei der in Berlin geplanten und organisierten Zusammentreibung jüdischer Bürger aus Deutschland und aus den von der Wehrmacht besetzten und kontrollierten Ländern, bei deren Transport in die Vernichtungslager und – soweit nicht in geringem Umfang zu Arbeitsdiensten ausgesondert – deren sofortiger, fließbandartig organisierter Ermordung in den Gaskammern. Dass die Beihilfehandlung des Angeklagten unmittelbar das Tun von Personen förderte, die ihrerseits Beihilfer der in der Hierarchie übergeordneten Funktionäre waren, ist rechtlich ohne Bedeutung.“²³ Auf der Grundlage dieser Rechtsauffassung ist das vorliegende Verfahren gegen Oskar Gröning abermals ins Rollen gekommen. Das Verfahren gegen John Demjanjuk ist nicht rechtskräftig geworden, da der Ange-

¹² BGH, Urt. v. 25.3.1971 – 4 StR 47/69, JurionRS 1971, 15305.

¹³ *Kurz*, ZIS 2013, 122 (123).

¹⁴ *Bauer*, JZ 1967, 625 (627).

¹⁵ BGH NJW 1969, 2056.

¹⁶ *Kurz*, ZIS 2013, 122 (123).

¹⁷ *Bauer*, JZ 1967, 625.

¹⁸ Zitiert nach *Nestler* (Fn. 4), S. 41 (54); vgl. auch *Roxin*, JR 2017, 88 (89).

¹⁹ *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 27 Rn. 16.

²⁰ RGSt 6, 169 (179); BGH NSTZ 1983, 462; BGH NSTZ 2007, 230 (232); vgl. auch *Roxin*, JR 2017, 88 (89).

²¹ <http://magazin.spiegel.de/EpubDelivery/spiegel/pdf/40325395> (20.5.2018).

²² *Nestler* (Fn. 4), S. 41 (60). Verfolgt wurden faktisch nur noch sog. Exzesstaten, d.h. Misshandlungen außerhalb der industriell organisierten Tötungsmaschinerie, die konkret nachgewiesen werden konnten, vgl. dazu *Kurz*, ZIS 2013, 122 (125); *Fahl*, HRRS 2015, 210 (216); *Safferling* (Fn. 5), S. 19 (38).

²³ LG München II BeckRS 2011, 139286, Rn. 935.

klagte verstarb, bevor der BGH über seine Revision entscheiden konnte.

2. Strafrechtsdogmatische Fragestellungen

Strafrechtsdogmatisch stellt sich die Frage: Durch welches Verhalten hat der Angeklagte Oskar Gröning zu welchen Haupttaten Hilfe geleistet? Genau genommen geht es also um zwei Fragen: Worin besteht die Haupttat und worin der Gehilfenbeitrag?

Zum besseren Verständnis soll an dieser Stelle bereits die Quintessenz der hier zu besprechenden Entscheidung vorweggenommen werden.

Der 3. Strafsenat geht zum einen davon aus, dass die Täter der Morde in Auschwitz diejenigen seien, die an der Rampe die Selektionen durchführten und diejenigen, die anschließend das Zyklon B in die Gaskammern einführten. Zu den entsprechenden Haupttaten habe der Angeklagte durch seine sog. Rampendienste Hilfe gem. § 27 StGB geleistet.²⁴ Zum anderen nimmt das Gericht an, Haupttäter seien Führungspersonen in NS-Staat und SS, die im Frühjahr 1944 die „Ungarn-Aktion“ anordneten. Der BGH legt damit eine mittelbare Täterschaft kraft Organisationsgewalt im Rahmen staatlicher Machtapparate zugrunde. Haupttat ist damit die Unterhaltung eines insgesamt auf Tötung angelegten Systems.²⁵ Zu dieser Haupttat hat der Angeklagte durch seine allgemeine Dienstausbildung in Auschwitz Hilfe gem. § 27 StGB geleistet.²⁶

a) Die Beihilfe

Nach § 27 StGB wird als Gehilfe bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat.

Grundsätzlich wird die Prüfung wegen einer Beihilfe- strafbarkeit nach § 27 StGB wie folgt aufgebaut:

- I. Tatbestand
 - 1. Objektiver Tatbestand
 - a) Vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat
 - b) Hilfeleisten
 - c) Verknüpfung zwischen Hilfeleistung und Haupttat
Problem: Kausalität oder bloße Förderung
 - 2. Subjektiver Tatbestand
Problem: Konkretisierung von Haupttat und -täter
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld

Voraussetzung für die Teilnahmestrafbarkeit wegen Beihilfe gem. § 27 StGB ist das Vorliegen einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat. Man spricht von einer limitierten

²⁴ BGHSt 61, 252 (259 Rn. 21).

²⁵ BGHSt 61, 252 (260 Rn. 22 f.).

²⁶ BGHSt 61, 252 (260 Rn. 24).

Akzessorietät, da die Haupttat vorsätzlich und rechtswidrig, nicht aber schuldhaft sein muss.²⁷

In Bezug auf die in Betracht kommenden Mittel der Hilfeleistung unterscheidet man zwischen physischer und psychischer Beihilfe.²⁸

Über die Frage, welche Anforderungen an die Verknüpfung zwischen Beihilfehandlung und Haupttat zu stellen sind, besteht in Rechtsprechung und Literatur keine Einigkeit.

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.²⁹

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.³⁰

Es ließe sich die These vertreten, dass sich die Ansichten faktisch nicht unterscheiden.³¹ Denn wenn die Rechtsprechung eine Förderung verlangt, so setzt dies notwendigerweise eine Mitursächlichkeit des Gehilfenbeitrags voraus.³²

Verzichtete man auf die Feststellung der Kausalität, 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.³³

Der subjektive Tatbestand verlangt den sog. doppelten Gehilfenvorsatz.³⁴ Der Vorsatz des Gehilfen muss sich zunächst auf das Vorliegen der vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat richten. Im Zusammenhang mit der El Motassadeq-Entscheidung³⁵ hat der BGH klargestellt, dass der Gehilfe keine bestimmten Vorstellungen von den Einzelheiten der Haupttat haben müsse. Insbesondere müsse er keine Kenntnis der Unrechtsdimension der Haupttat haben. Darüber hinaus

²⁷ Hoyer (Fn. 19), Vor § 26 Rn. 27.

²⁸ Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, Rn. 1322; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2017, § 45 Rn. 86.

²⁹ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 185; Joecks, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, Rn. 33.

³⁰ RGSt 6, 169 (170); BGH NSTZ 1983, 462; BGH NSTZ 2007, 230 (232).

³¹ Geppert, Jura 1999, 266 (268); Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 65. Aufl. 2018, § 27 Rn. 14b.

³² Fischer (Rn. 31), § 27 Rn. 14a; Roxin (Rn. 29), § 26 Rn. 187.

³³ Fischer (Rn. 31), § 27 Rn. 14b.

³⁴ Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 241; Gaede, JA 2007, 757 (761); Geppert, Jura 1999, 266 (273).

³⁵ BGHSt 51, 144.

muss der Gehilfe Vorsatz in Bezug auf den den Tatentschluss zumindest fördernden Gehilfenbeitrag gehabt haben.

b) Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsgewalt

Auf der Grundlage der Tatherrschaftslehre liegt mittelbare Täterschaft vor, wenn sich der Täter (Hintermann) einer anderen Person (Vordermann) zur Tatausführung bedient und diese als ein von ihm gesteuertes Werkzeug einsetzt.³⁶ Kennzeichnend ist dabei, dass der Hintermann im Verhältnis zum Vordermann ein intellektuelles oder voluntatives Übergewicht hinsichtlich unrechtsrelevanter Umstände hat und dass der Vordermann gegenüber dem Hintermann ein deliktisches Defizit (Defekt) aufweist. Es sind jedoch Fälle denkbar, in denen der Hintermann über Tatherrschaft verfügt, aber der Vordermann vollverantwortlich handelt, d.h. kein deliktisches Defizit aufweist. Man spricht insoweit vom Täter hinter dem Täter.³⁷ Die Rechtsprechung und die wohl h.M. erkennt als eine Form des Täters hinter dem Täter die Rechtsfigur der Tatherrschaft kraft Organisationsgewalt³⁸ an, und zwar unter folgenden Voraussetzungen:

Erstens, der Vordermann und der Hintermann müssen in einem hierarchisch gegliederten Machtapparat handeln, wobei der Hintermann eine höhere Position innehaben muss als der Vordermann. Zweitens, der Machtapparat muss aus einer Vielzahl von möglichen Tatmittlern bestehen, die alle austauschbar sind (sog. Fungibilität). Und drittens, die betreffende Organisation muss rechtsgelöst sein.

c) Schätzung im Strafverfahren

Nach § 261 StPO entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung über das Ergebnis der Beweisaufnahme. Das Gesetz verlangt die subjektive Überzeugung des jeweiligen Richters von der Begehung einer rechtswidrigen Tat und der Täterschaft sowie der Schuld des Angeklagten als Voraussetzung für eine Verurteilung.³⁹ Diese Überzeugungsbildung kann in Konstellationen problematisch werden, bei denen die Ermittlung und Feststellung der Anzahl der der Verurteilung zugrunde liegenden strafbaren Handlungen besondere Schwierigkeiten bereitet. Dies ist etwa dann der Fall, wenn es sich um die Bestimmung eines schuldhaften Verhaltens handelt, das sich über Jahre hin erstreckt und dem ein tatsächlich und rechtlich komplexes Geschehen mit zum Teil häufig wiederkehrenden Umständen und einer bei lange zurückliegenden Einzelhandlungen schwierigen Beweislage zugrunde liegt.⁴⁰ Dies gilt insbesondere bei Serienstraftaten, wie etwa der

jahrelange sexuelle Missbrauch (von Kindern). Insoweit ist von der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt, dass die Bestimmung der Zahl der Einzelakte strafbaren Verhaltens im Wege der Schätzung erfolgen kann, wenn ein strafbares Verhalten des Täters feststeht, es aber lediglich nicht bestimmten Einzelakten zugeordnet werden kann und wenn sich Feststellungen zur Zahl der Einzelakte trotz sorgfältiger Würdigung aller Beweisanzeichen nicht auf andere Weise treffen lassen.⁴¹

IV. Die Entscheidung

Zunächst befasst sich das Gericht mit allgemeinen Grundsätzen der Strafbarkeit und stellt die allgemeinen Anforderungen an die Beihilfestrafbarkeit dar.⁴² Sodann stellt das Gericht auf die besonderen Bedingungen ab, „die im Rahmen von oder im Zusammenhang mit staatlich organisierten Massenverbrechen“⁴³ bestehen. Insoweit setzt der BGH eine hierarchische Befehlskette voraus. Diese zeichne sich dadurch aus, dass auf allen Hierarchieebenen eine Vielzahl von Personen beteiligt sind, wobei die Beteiligten der unteren Befehlskette die Taten unmittelbar ausführen und diejenigen in den höheren Positionen „ohne eigenhändige Ausführung einer Tötungshandlung beteiligt“⁴⁴ sind. Ein Beteiligter der unteren Befehlskette, der ohne eigene Tatherrschaft handle, könne allenfalls Tatgehilfe sein. Der Tatgehilfe müsse aber die Tathandlung einer Person gefördert haben, die ihrerseits täterschaftlich an den Morden mitgewirkt hat.⁴⁵

An diesen allgemeinen Grundsätzen bewertet das Gericht das im Sachverhalt beschriebene Verhalten des Angeklagten Gröning ausschließlich für die sog. Ungarn-Aktion und stuft sein Verhalten als Beihilfe zu den begangenen Morden ein.

Wie bereits eingangs dargestellt, trennt der BGH zwischen dem sog. Rampendienst und den anderen Tätigkeiten, insbesondere der Verwaltung des Geldes.

Der „Rampendienst“ sei eine Beihilfe zu den unmittelbar ausgeführten Mordtaten – den Selektionen und den Einführungen des Zyklon B in die Gaskammern.⁴⁶ Anknüpfungstaten der anderen Tätigkeiten als Beihilfe, insbesondere der Häftlingsgeldverwaltung, seien die in mittelbarer Täterschaft kraft Organisationsgewalt begangenen Mordtaten der Schreibtischtäter. Haupttäter seien insoweit die Führungspersonen in Staat und SS, also Mitglieder der oberen Hierarchieebene.⁴⁷ Die Tatförderung des Angeklagten bestünde konkret darin, dass er in die Organisation der Massentötungen eingebunden war, „indem er nach Dienstplan Aufgaben beim Eintreffen der Opfer an der Rampe wahrnahm und es ihm unabhängig hiervon durchgehend oblag, die Deportierten zu überwachen sowie Widerstand oder Fluchtversuche mit Waffengewalt zu verhindern. Letztlich war er darüber hinaus in die Verwertung der Vermögenswerte der Opfer eingebun-

³⁶ Joecks/Jäger, Studienkommentar, 12. Aufl. 2018, § 25 Rn. 21.

³⁷ Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 25 Rn. 22; Kühl (Fn. 34), § 20 Rn. 72; Murmann, JA 2008, 321 (324).

³⁸ BGHSt 40, 218; Roxin (Fn. 29), § 25 Rn. 5; ders., GA 2012, 395; Vgl. zu dieser Rechtsfigur auch Otto, Jura 2001, 753.

³⁹ Eschelbach, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur StPO, 29. Ed., Stand: 1.1.2018, § 261 Rn. 45.

⁴⁰ Miebach, NSTZ-RR 2015, 297 (301).

⁴¹ BGH NStZ 1999, 581.

⁴² BGHSt 61, 252 (257 Rn. 17).

⁴³ BGHSt 61, 252 (258 f. Rn. 19).

⁴⁴ BGHSt 61, 252 (259 Rn. 19).

⁴⁵ BGHSt 61, 252 (259 Rn. 19).

⁴⁶ BGHSt 61, 252 (259 Rn. 21).

⁴⁷ BGHSt 61, 252 (260 Rn. 22 f.).

den.⁴⁸ Der BGH betont, dass es den anordnenden mittelbaren Tätern bekannt gewesen sei, dass die beschriebenen Funktionen von den SS-Angehörigen ausgefüllt würden, was wiederum für die Anordnung ihrer Befehle von grundlegender Bedeutung gewesen sei. „Dass sie dabei den Angeklagten nicht persönlich kannten, ist rechtlich ohne Belang. Es genügt ihr Wissen, dass alle im Rahmen der Tötungsmaschinerie auszufüllenden Funktionen mit zuverlässigen, gehorsamen Untergebenen besetzt waren und dies eine reibungslose Umsetzung der ‚Ungarn-Aktion‘ garantierte.“⁴⁹

In Bezug auf den Vorsatz meint das Gericht: „All dies war nach dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe auch dem Angeklagten bewusst und wurde von ihm zumindest billigend in Kauf genommen.“⁵⁰

Abschließend ist das Gericht bemüht keine Widersprüche zu dem eingangs erwähnten Urteil des 2. Strafsenats des BGH vom 20.2.1969 aufkommen zu lassen. Es ginge im vorliegenden Urteil nicht darum dem Angeklagten „alles“ zuzurechnen. „Vielmehr geht es um die Frage, ob und wie der Angeklagte für die im Rahmen des fest umgrenzten Komplexes der ‚Ungarn-Aktion‘ durchgeführten Mordtaten strafrechtlich verantwortlich ist.“ Auch wurde der Angeklagte nicht ‚irgendwie anlässlich des Vernichtungsprogramms‘ tätig, sondern es sind konkrete Handlungsweisen des Angeklagten mit unmittelbarem Bezug zu dem organisierten Tötungsgeschehen in Auschwitz schon im Vorfeld, aber auch im Verlauf der ‚Ungarn-Aktion‘ festgestellt⁵¹.

V. Bewertung der Entscheidung

Die Entscheidung bringt wichtige Präzisierungen für die Frage, wie der Dienst im Konzentrationslager Auschwitz strafrechtlich einzuordnen ist. Viele Möglichkeiten sie rechtlich anzuwenden, werden sich gleichwohl nicht mehr ergeben.

Der Beschluss vermag zu überzeugen, soweit er den sog. Rampendienst betrifft. Argumentativ neuartig, aber dogmatisch nicht überzeugend ist Konstruktion der Beihilfe durch die Einbindung in das „Tötungssystem“.

1. Beihilfe durch den sog. Rampendienst

Der sog. Rampendienst fördert die Ermordung derjenigen Opfer im Sinne des § 27 StGB, die unmittelbar in die Gaskammern geführt wurden. Insoweit kommt es auch nicht auf die Frage an, ob die Beihilfehandlung für den Taterfolg kausal sein muss oder nicht. Der Einwand, der früher vielfach in staatsanwaltschaftlichen Einstellungsverfügungen zu lesen war, Fluchtversuche habe es ohnehin nicht gegeben, ist unbeachtlich. Durch den „Rampendienst“ war der Angeklagte „Teil einer Drohkulisse, die jeden Gedanken an Widerstand im Keim ersticken sollte“⁵². Diese Drohkulisse sicherte wiederum den reibungslosen, strukturierten Ablauf der fabrikmäßig organisierten Ermordungsprozesse. Jede Absicherung

oder Erleichterung ist insoweit ein Zwischenerfolg, der wiederum für die endgültige Rechtsgutsverletzung – die Ermordung jedes einzelnen Menschen in den Gaskammern – kausal ist.⁵³

2. Beihilfe durch die anderen Tätigkeiten durch die Einbindung in das Tötungssystem

Die Haupttätigkeit des Angeklagten Oskar Gröning waren aber nicht seine „Rampendienste“ als Wachmann, sondern seine Haupttätigkeit bestand vielmehr in seiner sonstigen Einbindung in das Konzentrationslager Auschwitz, insbesondere in seiner Beschäftigung in der Häftlingsgeldverwaltung.

Daher stellt sich die Frage, ob und ggf. wie dieses Verhalten strafrechtlich zu bewerten ist.

a) Beihilfe zum Mord in mittelbarer Täterschaft kraft Organisationsgewalt

Der BGH geht insoweit von einer Beihilfe zum Mord in mittelbarer Täterschaft kraft Organisationsgewalt aus und greift damit auf eine Rechtsfigur zurück, mit deren Hilfe das Gericht in den Mauerschützenfällen die sog. Schreibtischtäter strafrechtlich als mittelbare Täter nach § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB zur Verantwortung gezogen hat.⁵⁴ Haupttäter im vorliegenden Fall sind diejenigen Schreibtischtäter, die die „Ungarn-Aktion“ angeordnet haben, ohne dass das Gericht Tat und Täter näher konkretisiert hat.

Die Begründung der so konstruierten Strafbarkeit ist aber aus mehreren Gründen problematisch.

Zunächst setzt die Argumentation des BGH voraus, dass man die Tatherrschaft kraft Organisationsgewalt als Form der mittelbaren Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB anerkennt. Doch dem Konzept der Tatherrschaft kraft Organisationsgewalt lassen sich beachtliche Einwände entgegenbringen.⁵⁵ Auch wenn die Strafbarkeit des mittelbaren Täters in diesem Fall an die Anweisung zur Tat anknüpft, so ist doch der zentrale Gedanke der Tatherrschaftslehre der, dass der mittelbare Täter durch diese Anweisung die Ausführungshandlung des Tatmittlers mitbeherrscht. Zwar ist dem Ausgangspunkt der Ansicht zuzustimmen, dass die Ausführung der Tat umso eher gewährleistet ist, je größer die Anzahl der potenziellen Tatmittler ist. Problematisch an dieser Konstruktion ist allerdings, dass es sich bei einer potenziellen Deliktsverwirklichung durch einen anderen Vordermann nicht mehr um dieselbe materielle Tat handelt. Der Hintermann hat also allenfalls die Tatherrschaft darüber, dass die Tat überhaupt begangen wird. Er beherrscht aber nicht die konkrete Tat, weil im Zeitpunkt der Tatbegehung gerade keine beliebige Anzahl an untergeordneten Tatmittlern zur Verfügung steht. Mit der Rechtsfigur der Täterschaft kraft Organisationsgewalt wird also der zentrale Gedanke der Tatherrschaftslehre auf-

⁴⁸ BGHSt 61, 252 (261 Rn. 24).

⁴⁹ BGHSt 61, 252 (261 Rn. 24).

⁵⁰ BGHSt 61, 252 (261 Rn. 25).

⁵¹ BGHSt 61, 252 (262 Rn. 28).

⁵² BGHSt 61, 252 (259 Rn. 21).

⁵³ Hoyer (Fn. 19), § 27 Rn. 19; Heine/Weißer (Fn. 37), § 27 Rn. 7; Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2016, § 26 Rn. 5.

⁵⁴ BGHSt 40, 218.

⁵⁵ Einwände im Überblick bei Otto, Jura 2002, 753 (755); Rotsch, NStZ 1998, 491.

gegeben. Denn der Machthaber beherrscht zwar maßgeblich die Umstände der Tat, nicht aber den eigentlichen Tatmittler. „Organisationsherrschaft setzt keine Beherrschung der tatbestandmäßigen Handlung mehr, sondern allein noch eine Beherrschung des tatbestandlichen Erfolges voraus.“⁵⁶

Darüber hinaus „wirkt“ der Tatbeitrag des Angeklagten in der Strafbarkeitskonstruktion des BGH „doppelt“. Die Unterstützungstätigkeit des Angeklagten ist nach Ansicht des Gerichts offenbar die Werkzeugeigenschaft im Rahmen der mittelbaren Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB und zugleich die Beihilfehandlung im Sinne des § 27 StGB.⁵⁷ Es dürfte aber äußerst zweifelhaft sein, ob das Werkzeug einer Tat, die in mittelbarer Täterschaft begangen wurde, durch dasselbe Verhalten Hilfe gem. § 27 StGB zu jener Tat leisten kann. Diese „Doppelverwertung“ wäre aber auch gar nicht notwendig gewesen. Denn wie bereits eingangs erwähnt, zeichnet sich die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsgewalt dadurch aus, dass es einen „Täter hinter dem Täter“ gibt. Die Argumentation des BGH wäre – sofern man die Rechtsfigur der Tatherrschaft kraft Organisationsgewalt befürwortet – überzeugender gewesen, wenn das Gericht die volldeliktisch handelnden Täter, die die Selektionen durchführten und das Gas in die Gaskammern einführten, als Werkzeuge der Schreibtischtäter benannt hätte.

Schließlich lässt sich nicht eindeutig beantworten, ob der Beschluss des 3. Strafsenats wirklich nicht von der Entscheidung des 2. Strafsenats aus dem Jahr 1969 abweicht.⁵⁸ Letztlich hat der 2. Strafsenat seinerzeit nur die Ansicht verneint, wonach der gesamte Betrieb des Konzentrationslagers eine natürliche Handlungseinheit und bereits die einfache Anwesenheit in Auschwitz eine psychische Beihilfe sei. Doch faktisch führt auch der vorliegende Beschluss dazu, dass jedes kleine Rädchen einen strafrechtlich relevanten Beitrag in der industriellen Tötungsmaschinerie leistet⁵⁹ soweit es am Lagerbetrieb mitgewirkt hat. Dies hat zur Folge, dass die Zugehörigkeit zu einer Organisation an sich die Beihilfehandlung begründet. Dies steht aber im Widerspruch zu den eingangs aufgestellten Grundsätzen des Gerichts, wonach die Zugehörigkeit zu einer Organisation für sich genommen noch nicht ausreicht, um eine Beihilfehandlung nach § 27 StGB zu begründen.⁶⁰

b) Beihilfe durch die allgemeine Dienstausbübung an den Morden in den Gaskammern

Abschließend stellt sich die Frage, ob das „kleine Rädchen“, das einen Beitrag zu der industriellen Tötungsmaschinerie leistet, nicht auch dann für die allgemeine Dienstausbübung in Auschwitz strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn man die Konstruktion der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsgewalt ablehnt.

Eine solche Strafbarkeit ließe sich dann begründen, wenn auch die allgemeine Dienstausbübung die Morde gefördert hätte, die in den Gaskammern durchgeführt wurden.

Haupttat dieser Hilfeleistung wäre dann nicht die Anordnung der „Ungarn-Aktion“ in mittelbarer Täterschaft, sondern die Selektionen und die anschließenden Ermordungen in den Gaskammern.

Insoweit bietet es sich wiederum an in Bezug auf die Hilfeleistungen zu dieser Haupttat zwischen der reinen Verwaltungstätigkeit in der Häftlingsgeldverwaltung und der allgemeinen Dienstausbübung zu differenzieren. Bestandteil der allgemeinen Dienstausbübung war auch, die Deportierten zu überwachen sowie Widerstand oder Fluchtversuche mit Waffengewalt zu verhindern.

aa) Häftlingsgeldverwaltung

Die wirtschaftliche Verwertung der Vermögensgegenstände der Ermordeten war „lediglich“ eine Folge der Ermordung selbst.⁶¹ Ein Verhalten, das nach der Durchführung der Tat vorgenommen wird, bleibt folglich ohne Auswirkungen auf die Tatbegehung und fördert die Haupttat nicht. Das bedeutet, selbst wenn man auf das Kausalitätskriterium verzichtete, ließe sich ein Zurechnungszusammenhang nicht begründen. Dies ist letztlich auch der Grund dafür, dass das Mordmerkmal der Habgier nicht Gegenstand der Verurteilung war.⁶²

Dass die Tätigkeit in der Häftlingsgeldverwaltung künftige Ermordungen in den Gaskammern gefördert hat, lässt sich nicht nachweisen. Es bestehen keine Anhaltspunkte, die auf einen entsprechenden fördernden Geschehensablauf hindeuten könnten.

bb) Allgemeine Dienstausbübung, insbesondere Verhinderung von Widerstand und Fluchtversuchen mit Waffengewalt

Gehört es zur allgemeinen Dienstausbübung, Widerstand und Fluchtversuche der deportierten Gefangenen zu verhindern, so sichert auch diese Tätigkeit die industrielle Tötungsmaschinerie ab und gewährleistet – wie der „Rampendienst“ – deren reibungsloses Funktionieren. Dieses Absicherungsverhalten ist dann – und zwar unabhängig davon, ob die Tatausführung wirklich gestört wird oder nicht – kausal für die Ermordung der Opfer in den Gaskammern. Denn ohne die dahinterstehende Organisations- und Absicherungsstruktur hätten die Morde in den Gaskammern jedenfalls nicht in der Art und Weise durchgeführt werden können.

Lehnt man ein überindividuelles Zurechnungskonzept ab, nach dem bereits die Zugehörigkeit zu einer Organisation an sich die Beihilfehandlung begründet, so erfordert dies aber den Nachweis, dass die allgemeine Dienstausbübung eine konkrete Haupttat gefördert hat. Es müssten dann die Einzeltransporte für den Zeitraum festgestellt werden, in denen der Angeklagte im Konzentrationslager Auschwitz tätig war. Mit den Worten *Bauers*: „Ein unmögliches Unterfangen!“

Zwar kann die Bestimmung der Zahl der Einzelakte strafbaren Verhaltens im Wege der Schätzung erfolgen, aber bei Schätzungen über die Zahl der Taten ist von einer Mindest-

⁵⁶ *Rotsch*, NSTZ 2005, 13 (16).

⁵⁷ *Safferling*, JZ 2017, 258 (261).

⁵⁸ *Rommel*, NSTZ 2017, 161 (162).

⁵⁹ *Safferling*, JZ 2017, 258 (261).

⁶⁰ BGHSt 61, 252 (258 Rn. 18).

⁶¹ *Momsen*, StV 2017, 546 (549).

⁶² *Momsen*, StV 2017, 546 (550).

zahl (erwiesener) Taten auszugehen.⁶³ Dabei ist eine Hochrechnung der untersuchten Fälle auf die Gesamtzahl der Taten in bestimmten Fällen zulässig. Erforderlich ist aber eine hinreichende tatsächliche Grundlage. Und diese hinreichende Tatsachengrundlage bestand nur für die Ermordung der Juden aus der sog. Ungarn-Aktion. Dies ist der Grund, warum der BGH nicht den gesamten Zeitraum der Lageranwesenheit des Angeklagten für die Beurteilung der Strafbarkeit zugrunde gelegt hat. Zugunsten des Angeklagten hat der BGH im Zweifel eine Zahl von 300.000 ermordeten Juden zugrunde gelegt, statt der historisch belegten, aber nicht aktenkundigen Zahl von 480.000 Menschen.

VI. Fazit und Ausblick

Der Beschluss gehört angesichts seiner historischen Tragweite zu den bedeutendsten Entscheidungen des BGH in den letzten Jahren.

„Zum Glück“ – schreibt *Safferling* – „zum Glück für die deutsche Justiz kam es noch zu dieser Revisionsentscheidung.“⁶⁴ So bekam der BGH und mit ihm die deutsche Justiz noch einmal die Gelegenheit klarzustellen, dass der Dienst an der Rampe eine Beihilfehandlung zur grausamen und heimtückischen Ermordung der Menschen in den Gaskammern war.

In Bezug auf die allgemeine Dienstausbübung vermag die Entscheidung allerdings nicht zu überzeugen. Das Ergebnis hätte auch ohne den komplizierten Rückgriff auf die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft begründet werden können.

In einer mündlichen Prüfung können die aufgeworfenen dogmatischen Probleme mit einer strafzwecktheoretischen Fragestellung kombiniert werden. Ist es sinnvoll einen 92-jährigen, gebrechlichen, seit Jahren geständigen Täter wegen Beihilfe zum Mord zu verurteilen? Ja! Reagiert der Staat bei einem so unerträglichen Unrechtsausmaß nicht mit der Verhängung eines Schuldspruchs und einer Strafe, so wirkt sich dies destabilisierend auf das Normvertrauen der Bevölkerung aus und untergräbt das Normbefolgungsbewusstsein. Die Verurteilung ist aus positiv generalpräventiven Gründen erforderlich. Im vorliegenden Fall ist dabei nicht die Höhe der Strafe das Entscheidende, sondern die Feststellung der Schuld: Der sog. Rampendienst und die allgemeine Dienstausbübung und Auschwitz, die den Widerstand der Deportierten im Keim ersticken sollten, sind vorwerfbares Unrecht! Das klarzustellen war wichtig.⁶⁵

Ob es im vorliegenden Fall nicht überzeugender gewesen wäre – anders als das BVerfG⁶⁶ entschieden hat – die Vollstreckung der Strafe nach § 455 StPO aufzuschieben, soll hier – angesichts der fehlenden Prüfungsrelevanz – nicht erörtert werden. Oskar Gröning ist verstorben, bevor seine Strafe vollstreckt werden konnte.

Prof. Dr. Janique Brüning, Kiel

⁶³ *Miebach*, NStZ-RR 2015, 297 (301).

⁶⁴ *Safferling*, JZ 2017, 258.

⁶⁵ *Roxin*, JR 2017, 88.

⁶⁶ BVerfG NJW 2018, 289.

Entscheidungsbesprechung

Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe

1. **Allein die vorherige Kenntnis des Angeklagten von der zu begehenden Tat und sein Wille, diese als gemeinsame anzusehen, kann eine Mittäterschaft nicht begründen.**
2. **Mittäterschaft erfordert nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen selbst; ausreichend sein kann auch ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränkt, wobei diese Mitwirkung sich nach der Willensrichtung des sich Beteiligten als Teil der Tätigkeit aller darstellen muss.**
3. **Ob der Beitrag eines Beteiligten ein seine Täterschaft begründendes enges Verhältnis zur Tat aufweist, ist aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände zu prüfen, wobei wesentliche Anhaltspunkte sein können der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft. (Leitsätze des Verf.)**

StGB §§ 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1 und 2, 242 Abs. 1, 25 Abs. 2

BGH, Beschl. v. 11.7.2017 – 2 StR 220/17¹

I. Sachverhalt

Der hier zu besprechenden Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: A reiste mit B und C nach Deutschland, um zwei bis drei wertvolle Autos zu entwenden und sie sodann mit B und C nach Litauen zu bringen. Zuvor hatten alle Beteiligten vereinbart, dass A das erste der zu entwendenden Autos über Polen nach Litauen fahren und hierfür eine Entlohnung in Höhe von 500 Euro erhalten soll. Aufgrund dieser Abrede war A klar, dass B und C die Fahrzeuge entwenden würden. Ihm war gleichzeitig bewusst, dass ohne sein Mitwirken die geplante Entwendung von zwei bis drei Autos nicht möglich sein würde. Denn jeder der drei Beteiligten sollte eines der zu stehlenden Autos nach Litauen fahren. A erhielt von B ein „Arbeitshandy“ ausgehändigt, über das er später Anleitungen für die genaue Fahrtroute nach Litauen erhalten sollte.

Entsprechend dem Tatplan entwenden B und C unter Einsatz eines „Funkwellenverlängerers“ ein Auto, das über ein „Keyless-Go-System“ verfügt. Damit können Autos durch ein Funksignal geöffnet werden, das ein Chip aussendet, sobald der Besitzer sich dem Fahrzeug nähert. B und C machen sich diese Technik zunutze, indem sie das Signal des Funkschlüssels durch ein Verstärkergerät verlängern und auf diese Weise das Auto öffnen, obwohl der Fahrer sich gar

nicht in der Nähe seines Autos befindet. A, dem die Art und Weise der Tatbegehung bekannt ist, wartet während der Tat absprachegemäß an einer Kreuzung in der Nähe des Tatorts. Ein paar Minuten nach der Tat übergibt B dem A das gestohlene Auto mit laufendem Motor. A steigt ein und fährt davon. Im unmittelbaren Anschluss daran entwenden B und C mit derselben Methode noch zwei weitere Autos im Gesamtwert von rund 80.000 Euro. Vor Erreichen der deutsch-polnischen Landesgrenze werden alle Beteiligten von der Polizei gefasst.

II. Allgemein: Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme

Die Abgrenzung der Täterschaft (unmittelbarer, mittelbarer und Mittäterschaft) von der Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe) gehört zu den besonders umstrittenen Komplexen im Strafrecht, was vor allem an den unterschiedlichen Ansätzen liegt, die in Rechtsprechung und Literatur dazu vertreten werden.

1. Tatherrschaftslehre

Der Kernsatz der einen Täterlehre, der Tatherrschaftslehre, lautet: Täter ist, wer Tatherrschaft hat. In objektiver Hinsicht genügt für die Annahme von Täterschaft nicht irgendein Tatbeitrag – der Beteiligte muss vielmehr das Tatgeschehen in den Händen halten, den Tatablauf steuern, die Tat nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen können.² Konkret bei der Mittäterschaft muss funktionale Tatherrschaft vorliegen, was nur der Fall ist, wenn dem Beitrag im Rahmen einer arbeitsteiligen Ausführung eine wesentliche Funktion zukommt. In subjektiver Hinsicht muss die gemeinsame Tatausführung – auf Basis eines gemeinsamen Tatentschlusses/Tatplans – vom Vorsatz umfasst sein, wobei ggf. besondere subjektive Merkmale (z.B. Zueignungsabsicht) hinzukommen.³

2. Verantwortungslehre

Es würde allerdings – ganz generell – wohl niemand ernsthaft bestreiten, dass eine allein faktisch orientierte Tatherrschaft teilweise zu zweifelhaften Ergebnissen führt. Es gibt genügend Fälle, in denen auf Basis einer faktisch definierten Tatherrschaft Täterschaft verneint oder bejaht werden müsste, wo die Mehrheit sich über die jeweils gegenteilige Annahme einig wäre.⁴

Nicht zuletzt deshalb empfiehlt es sich, von „normativer Tatherrschafts-“ oder „Verantwortungslehre“ zu sprechen, die sich als Weiterentwicklung der „faktischen“ oder „natura-

¹ Die Entscheidung ist online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=6a37447d5d28afdc7b6970b38adfbdd&nr=79225&pos=0&nz=1&Blank=1.pdf> sowie zu finden unter BeckRS 2017, 120322 m. Anm. Jäger NSTZ 2018, 146.

² Siehe dazu nur Krey/Esser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2016, Rn. 829.

³ Zum Prüfungsaufbau siehe unten IV. 3.

⁴ Näher Hardtung/Putzke, Examinatorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2016, Rn. 1345 ff.; dazu auch Putzke, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 1, 2011 S. 425 (428 f.).

listischen“ Tatherrschaftslehre verstehen lässt.⁵ Danach ist ein Tatbeteiligter Täter, wenn zwischen ihm und dem Taterfolg kein anderer Mensch als Täter steht und bei mehreren Beteiligten sein Tatbeitrag hinreichendes Gewicht hat.⁶ Für die einzelnen Täterschaftsformen bedeutet das:⁷

- Ein Beteiligter begeht die Tat „selbst“, wenn zwischen ihm und dem Taterfolg kein anderer Mensch steht.
- Ein Beteiligter begeht die Tat „durch einen anderen“ als mittelbarer Täter (und nicht nur als Anstifter), wenn zwischen ihm und dem Taterfolg ein anderer Mensch steht, der nicht selber verantwortlicher Täter ist.
- Ein Beteiligter begeht die Tat „gemeinschaftlich“ als Mittäter (und nicht nur als Gehilfe), wenn er und der andere dem Taterfolg vergleichbar nahestehen, wenn also ihre Tatbeiträge nicht „in Reihe, sondern parallel geschaltet“ sind und der Tatbeitrag hinreichendes Gewicht, nämlich „eine im Rahmen arbeitsteiliger Ausführung relevante Funktion“ hat.

3. Normativer Kombinationsansatz („subjektive Theorie“)

Die andere, heute vor allem von der Rechtsprechung vertretene Täterlehre lässt sich als „normativer Kombinationsansatz“ bezeichnen.⁸ Der bei Juristen derzeit noch gängigere Name lautet „subjektive Theorie“. Früher war dieser Name Programm: Im „Badewannenfall“ entschied das Reichsgericht, dass die Schwester einer Mutter, deren Kind die Schwester eigenhändig in einer Badewanne ertränkte, weil die Mutter dafür zu schwach war, lediglich als Gehilfin bestraft werden dürfe, weil die Schwester kein Interesse an der Tatbegehung gehabt habe.⁹ Auch der BGH schloss sich dieser extrem subjektiven Theorie einst an: Im „Staschynskij-Fall“ stuft er einen Angeklagten, der im Auftrag des sowjetischen Ministeriums für Staatssicherheit in Westdeutschland lebende Exilpolitiker tötete, als Gehilfen ein, weil er sich dem Willen seiner Auftraggeber nur widerwillig und ohne eigenes Tat-

interesse gebeugt habe.¹⁰ Heute würde das (vermutlich) niemand mehr so sehen, denn § 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB bestimmt: „Als Täter wird bestraft, wer die Tat selbst [...] begeht“.

Die neuere Linie der Rechtsprechung („normativer Kombinationsansatz“) lässt bei der Mittäterschaft in objektiver Hinsicht (beim Prüfungspunkt „gemeinsame Tatausführung“) jeden die Tatbestandsverwirklichung fördernden Beitrag genügen, selbst wenn dieser sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränkt.

In subjektiver Hinsicht ist – zusätzlich zu den üblichen Voraussetzungen (Vorsatz bezüglich der gemeinsamen Tatausführung, gemeinsamer Tatentschluss/Tatplan, deliktsspezifische besondere subjektive Merkmale) – Täterwille erforderlich.¹¹ Zur Beurteilung, ob Täterwille vorliegt, hat der „normative Kombinationsansatz“ sich der Tatherrschaftslehre angenähert. Zwar sind Täterwille und Eigeninteresse noch immer wesentliche Abgrenzungskriterien, doch stellt die Rechtsprechung bei den wertenden Kriterien zunehmend auf objektive Umstände ab.

Wesentliche Anhaltspunkte dafür, dass die Mitwirkung sich nach der Willensrichtung des sich Beteiligten als Teil der Tätigkeit aller darstellt, können sein: der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft. Diese Grundsätze referiert der BGH auch im hier zu besprechenden Fall und stützt darauf seine Kritik an dem Urteil des Landgerichts.

III. Darstellung und Analyse der Entscheidung des BGH

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen mittäterschaftlich begangenen Diebstahls in drei tateinheitlichen Fällen verurteilt (§§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2, 52 Abs. 1 StGB). Der BGH als Revisionsinstanz hat die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen, weil die Annahme mittäterschaftlichen Handelns des Angeklagten hinsichtlich der zur Tateinheit verbundenen Diebstähle dreier Kraftfahrzeuge nicht tragfähig belegt worden sei.

1. Zunächst stellt der BGH klar, dass zur Beurteilung der Frage, ob Täterschaft oder Teilnahme vorliegt, rein subjektive Gesichtspunkte nicht genügen und allein die vorherige Kenntnis von der Tat und der Wille eines Beteiligten, diese als gemeinsame anzusehen, keine Mittäterschaft begründen könne. Hinzutreten muss ein objektiver Tatbeitrag, der allerdings weder gewichtig sein müsse noch eine Mitwirkung am Kerngeschehen erfordere. Vielmehr genüge „auch ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränkt.“ Stets müsse sich diese Mitwirkung aber nach der Willensrichtung des sich Beteiligten als Teil der Tätigkeit aller darstellen, was bei einer wertenden Gesamtbetrachtung aller festgestellten Umstände zu prüfen ist unter Berücksichtigung des Grads des eigenen Interesses am Taterfolg, des Umfangs der Tatbeteiligung und der Tatherrschaft oder wenigstens des Willens zur Tatherrschaft.

⁵ Praktischer Ratschlag: Die Kriterien der „Verantwortungslehre“ sind in der Literatur (noch) nicht geläufig, weshalb es in einem Fallgutachten ratsam ist, die faktische Tatherrschaftslehre als Ausgangspunkt zu nehmen, aber an den entscheidenden Stellen der Argumentation die normativen Wertungen stärker als die faktischen Steuerungsmöglichkeiten zu gewichten (siehe dazu *Hardtung/Putzke* [Fn. 4], Rn. 1376).

⁶ Grundlegend dazu *Schlehofer* in seiner noch unveröffentlichten Monografie „Täterschaftliches Begehen einer vorsätzlichen Straftat (§ 25 StGB), 2. Kap. C: Täter eines Vorsatzdelikts ist jedenfalls, „wer strafrechtlich missbilligt die unmittelbare Gefahr schafft, dass die tatbestandlichen Folgen ohne Zwischenschaltung des vorsätzlichen rechtswidrigen und schuldhaften Begehens eines anderen verwirklicht werden“ (siehe dazu auch *Herzberg*, NStZ 2004, 1 [4 f.]).

⁷ *Hardtung/Putzke* (Fn. 4), Rn. 1375.

⁸ Dazu ausführlich *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 22; *Jäger*, NStZ 2018, 146, die von „normativer Kombinationstheorie“ sprechen.

⁹ RGSt 74, 85.

¹⁰ BGHSt 18, 87.

¹¹ Siehe *Hardtung/Putzke* (Fn. 4), Rn. 1333 ff.

Obwohl die Anforderungen nicht besonders hoch sind, hat den BGH das Urteil des Landgerichts nicht überzeugt. Es fehle an der Prüfung, „ob der an einer Kreuzung in Tatortnähe wartende Angeklagte Tatherrschaft oder jedenfalls den Willen zur Tatherrschaft hatte.“ Auch habe der Tatrichter „nicht erkennbar in seine Erwägungen einbezogen [...], dass der Angeklagte sich nach Übergabe des ersten Fahrzeugs mit diesem vom Tatort entfernt hat und die Ausführung der weiteren Diebstähle – soweit ersichtlich – seinem Einfluss und seinem Willen entzogen waren.“ Auch belege die für den Abtransport des ersten Fahrzeugs vorgesehene Entlohnung in Höhe von 500 Euro nicht zwingend ein erhebliches Eigeninteresse des Angeklagten an der Entwendung auch der beiden weiteren Autos.

2. Während das Abstellen auf die „Tatherrschaft“ zu begrüßen ist, handelt es sich bei dem „Eigeninteresse“ im Großen und Ganzen um ein untaugliches Abgrenzungskriterium, das zu unberechenbaren Ergebnissen führt.¹² Das liegt auch daran, dass dem Kriterium beim Diebstahl jedenfalls bei Vorliegen von Drittzueignungsabsicht die Grundlage entzogen wurde,¹³ ganz zu schweigen davon, dass auch ein Teilnehmer ein manchmal sogar ganz erhebliches eigenes Interesse am Taterfolg haben kann (etwa der Ehemann, der den Auftragsmörder zur Tötung der Ehefrau gedungen hat).¹⁴

Unterm Strich vermag der „Gesamtbetrachtungsansatz“ des BGH weder dogmatisch noch für die praktische Rechtsanwendung zu überzeugen: Er gibt den Rechtsanwendern keine verlässlichen Kriterien an die Hand, woraus sich vorhersehbare Ergebnisse ableiten lassen.¹⁵ Die Folge sind oftmals beliebige und willkürliche Entscheidungen, worunter nicht zuletzt deren Überzeugungskraft leidet.

3. Wie aber wäre die Entscheidung ausgefallen, wenn allein die Kriterien der Tatherrschaftslehre gegolten hätten? Vermutlich nicht anders. Denn es ist ja das von der Rechtsprechung inzwischen in die Gesamtbetrachtung einbezogene Kriterium der Tatherrschaft, worauf unter anderem die Zweifel des BGH am Vorliegen der Mittäterschaft gründen. Wen das erstaunt und wer zur Begründung darauf verweist, dass mit dem Beitrag des Angeklagten der Erfolg der Gesamttat „stand und fiel“,¹⁶ der interpretiert in den Sachverhalt möglicherweise etwas hinein, was sich ihm nicht wirklich entnehmen lässt. Denn „gestanden oder gefallen“ wäre der Tatplan nur dann, wenn er von vornherein allein auf drei Fahrzeuge gerichtet gewesen wäre. Dafür hätte es zwingend dreier Fahrer bedurft, was B und C, also zwei Fahrer, allein nicht hätten gleichzeitig bewältigen können. Der Tatplan war insoweit ausweislich der Feststellungen aber flexibel und um-

fasste auch zwei Autos. Für deren Transport wäre A nicht zwingend nötig gewesen. Deshalb ist man keineswegs „sofort geneigt, mit dem LG eine Mittäterschaft zu bejahen“¹⁷. Außerdem ist die Vermeidemacht kein hinreichender Grund für die Annahme der Täterschaft; die Vermeidemacht hat nämlich auch, wer, weil nur er dies kann, mit einer klassischen Beihilfebehandlung dem Haupttäter die zwingend benötigte Tatwaffe beschafft.

Hinzukommt, dass unter den Anhängern der Tatherrschaftslehre der Zeitpunkt umstritten ist, zu dem ein Tatbeitrag erbracht worden sein muss.¹⁸ Manche lassen dafür nur Beiträge im Ausführungsstadium gelten („enge Tatherrschaftslehre“).¹⁹ Denn § 30 Abs. 2 StGB zeige, dass derjenige, der sich mit einem andern zur Begehung eines Verbrechens verabredet und danach vollkommen untätig bleibt, also nicht an der Tat mitwirkt, nur wegen des Versuchs der Beteiligung bestraft werden kann.

Andere („weite Tatherrschaftslehre“) lassen auch Beiträge im Vorbereitungsstadium genügen, soweit diese ins Ausführungsstadium hineinwirken, weil etwa ein Bandenchef, der bei der Organisation eine maßgebliche Rolle gespielt hat und dem sich die Bandenmitglieder unterordnen, nur so adäquat erfasst werden könne.²⁰

Im vorliegenden Fall muss dieser Streit nicht entschieden werden: A war weder Bandenchef noch lässt sich ein „Plus“ im Vorbereitungsstadium verzeichnen, wodurch sich sein „Beteiligtenminus“ bei der eigentlichen Tatausführung (der Wegnahme) kompensieren ließe.²¹

4. Untergegangen ist beim BGH die Frage nach dem Vorliegen eines Regelbeispiels. Wer ohne Einverständnis des Berechtigten mittels eines „Funkwellenverlängerers“ ein Auto öffnet, das über ein „Keyless-Go-System“ verfügt, verwirklicht ein Regelbeispiel nach § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB,²² denn bei einem abgeschlossenen Auto handelt es sich um einen umschlossenen Raum,²³ in das ein Täter ohne Einver-

¹⁷ Jäger, NStZ 2018, 146.

¹⁸ Komprimierte Darstellung dazu bei Beulke, Klausurenkurs im Strafrecht, Bd. 3, 5. Aufl. 2018, Rn. 285 a.E.

¹⁹ So etwa Hardtung/Putzke (Fn. 4), Rn. 1456 m.w.N.

²⁰ So etwa Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2015, § 9 Rn. 83; Murmann (Fn. 15), § 27 Rn. 68; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 47. Aufl. 2017, Rn. 761c.

²¹ Anders Jäger, NStZ 2018, 146, der von „additiver Mittäterschaft“ spricht und dem Angeklagten eine für das Gesamtvorhaben wesentliche Rolle zuspricht. Das aber lässt sich auf Basis der bisherigen Feststellungen gerade nicht sagen: Denn zwei Autos hätten auch B und C entwenden und abtransportieren können, ohne dass As Mitwirkung erforderlich gewesen wäre. Dies aufzuklären, müsste bei einer neuen Verhandlung versucht werden. Bis dahin wirken nicht einmal ansatzweise von Zweifeln getrübe Überzeugungen zur Rolle des Angeklagten voreilig.

²² BGH NStZ 2018, 212.

²³ BGHSt 2, 214 (215) = NJW 1952, 597; Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.2.2018, § 243 Rn. 6.1.

¹² Ebenso etwa Hecker, JuS 2018, 298 (300); Jäger, NStZ 2018, 146; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 32.

¹³ Vgl. nur Jäger, NStZ 2018, 146.

¹⁴ Siehe dazu Hecker, JuS 2018, 298 (300); Rengier, JuS 2010, 281 (283); Roxin, JR 1991, 206 (208).

¹⁵ Siehe nur Herzberg, JZ 1991, 856 (861); Krey/Esser (Fn. 2), Rn. 840; Murmann, Grundkurs Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 27 Rn. 13.

¹⁶ Etwa Jäger, NStZ 2018, 146.

ständnis des Berechtigten gelangt, also eindringt, mit einem anderen nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeug.

Bei § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB genügt, dass der Täter die Sache samt Schutzvorrichtung wegnimmt.²⁴ Da es sich bei einem abgeschlossenen Auto um eine Sache handelt, die durch eine „andere Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert ist“, liegt auch § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB vor,²⁵ wobei zu beachten ist, dass mehrere Regelbeispiele, die durch eine einzige Handlung verwirklicht werden, zusammen nur einen einzigen besonders schweren Fall des Diebstahls bilden.²⁶

5. Schließlich kritisiert der BGH zu Recht, dass das Landgericht eine tateinheitliche Tatbegehung angenommen hat, ohne dies zu begründen. Natürliche Handlungseinheit und damit eine Tat im materiell-rechtlichen Sinn liegt bei einer Mehrheit gleichartiger strafrechtlich erheblicher Verhaltensweisen nämlich nur vor, „wenn die einzelnen Betätigungsakte durch ein gemeinsames subjektives Element verbunden sind und zwischen ihnen ein derart unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht, dass das gesamte Handeln des Täters objektiv auch für einen Dritten als einheitliches zusammengehöriges Tun erscheint“²⁷. Im vorliegenden Fall fehlen entsprechende Anhaltspunkte, etwa ein vorheriges Auskundschaften aller drei Fahrzeuge als potentielle Tatobjekte, weshalb der BGH auch insofern zu Recht weiteren Aufklärungsbedarf sieht.

IV. Klausurempfehlungen und Aufbauvarianten

In einer Klausur stellt die Prüfung der Voraussetzungen einer mittäterschaftlichen Zurechnung nach § 25 Abs. 2 StGB und die gleichzeitige Behandlung des Meinungsstreits viele Bearbeiter vor (Aufbau-)Schwierigkeiten. Folgende Empfehlungen lassen sich geben:

1. Integrierte Prüfung der Voraussetzungen von § 25 Abs. 2 StGB

Dringend abzuraten ist von einer Art „Vorprüfung“, also der Behandlung der Frage, ob Täterschaft oder Teilnahme gegeben ist, losgelöst von der Prüfung eines konkreten Straftatbestandes.²⁸ Die Problematik ist bei einer integrierten Prüfung dort zu klären, wo es innerhalb einer Strafbarkeitsprüfung notwendig wird, das Verhalten eines Dritten zuzurechnen, weil derjenige, um dessen Strafbarkeit es gerade geht, die Tat nicht selbst begangen hat.²⁹

²⁴ *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 243 Rn. 25.

²⁵ *Hecker*, *JuS* 2018, 298 (dort Fn. 1); a.A. *Kindhäuser* (Fn. 24), § 243 Rn. 25, der in solchen Fällen nur § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB als erfüllt ansieht.

²⁶ Siehe *Kindhäuser* (Fn. 24), § 243 Rn. 61.

²⁷ BGH BeckRS 2017, 113897.

²⁸ Siehe dazu auch *Hardtung/Putzke* (Fn. 4), Rn. 1378 f.

²⁹ „Vorprüfungen“ sind deshalb übel, weil sie wegen der fehlenden Verknüpfung mit einem konkreten Tatbestandsmerkmal oft unpräzise abstrakt und lehrbuchartig ausfallen.

2. Prüfungselemente der Mittäterschaft

Die Kurzdefinition zur Mittäterschaft lautet: gemeinschaftliche Tatbegehung durch bewusstes und gewolltes (subjektive Komponente) Zusammenwirken (objektive Komponente). Daraus ergeben sich die zentralen Prüfungspunkte, nämlich (erstens) die gemeinsame Tatausführung auf Basis eines (zweitens) gemeinsamen Tatentschlusses/Tatplans.

Beim Punkt „gemeinsame Tatausführung“ lässt sich alles – sowohl auf Basis des „normativen Kombinationsansatzes“ als auch der „Tatherrschaftslehre“ – rein objektiv prüfen: Während der eine Ansatz jeden fördernden Tatbeitrag genügen lässt, fordert der andere Tatherrschaft, d.h. das In-den-Händen-Halten und Steuern des Tatgeschehens, was nur bei einem wesentlichen Tatbeitrag gegeben ist.

Ein gemeinsamer Tatentschluss/Tatplan liegt dann vor, wenn die Mittäter sich über ihre Tatentschlüsse verständigen, was jeweils den Vorsatz umfasst, dass der eigene objektive Tatbeitrag zusammen mit dem Beitrag eines anderen Beteiligten zur Verwirklichung des Tatbestandes führt.³⁰ Dabei handelt es sich bei der Mittäterschaftsprüfung um die subjektive Komponente.

Während die „Tatherrschaftslehre“ es (abgesehen von ggf. deliktsspezifischen besonderen subjektiven Elementen, wie z.B. der Zueignungsabsicht bei § 242 Abs. 1 StGB) in subjektiver Hinsicht dabei bewenden lässt, verlangt der „normative Kombinationsansatz“ zusätzlich, dass der Beteiligte auch Täter sein will, sprich einen besonderen Täterwillen (von der Rspr. herangezogene Indizien [siehe dazu schon oben Gliederungspunkt II. 3.]: Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, Umfang der Tatbeteiligung und Tatherrschaft oder wenigstens Wille zur Tatherrschaft).

Wie man sieht, gibt es bei der Mittäterschaftsprüfung objektive (gemeinsame Tatausführung) und subjektive (gemeinsamer Tatentschluss/Tatplan) Komponenten, zu denen der normale Tatbestandsvorsatz sowie – auf Basis des „normativen Kombinationsansatzes“ – ein besonderer Täterwille hinzutreten.

3. Varianten zum Prüfungsaufbau

Diese Mischung aus objektiven und subjektiven Voraussetzungen stellt den Klausurbearbeiter bei der Prüfung des Tatbestandes vor Aufbauprobleme. Dabei gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder wird dort untergliedert in einen objektiven und subjektiven Teil oder es wird bei der Prüfung auf diese Unterscheidung verzichtet.³¹

a) Wer die Variante mit objektivem und subjektivem Tatbestand wählt und objektive und subjektive Elemente konsequent den jeweiligen Prüfungspunkten zuweist, erhält folgenden Aufbau:

³⁰ *Hardtung/Putzke* (Fn. 4), Rn. 1457 f.

³¹ Zur erstgenannten Variante *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. 2017, § 44 Rn. 10 (S. 400), zur zweitgenannten *Hardtung/Putzke* (Fn. 4), Rn. 1479.

I. Tatbestand*a) Objektiver Tatbestand*

- Deliktsspezifische objektive Tatumstände (z.B. fremde bewegliche Sache)
- Tathandlung: Zurechnung nach § 25 Abs. 2 StGB mit Prüfung der objektiven Mittäterschaftsvoraussetzung „gemeinsame Tatausführung“³² (ggf. Streitentscheidung bei unterschiedlichen Ergebnissen zwischen „normativem Kombinationsansatz“ und „Tatherrschaftslehre“)

*b) Subjektiver Tatbestand*³³

- Gemeinsamer Tatentschluss/Tatplan³⁴
- Täterwille (auf Basis des „normativen Kombinationsansatzes“)
- Tatbestandsvorsatz (z.B. bzgl. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache) und ggf. deliktsspezifische besondere subjektive Merkmale (z.B. Zueignungsabsicht)

II. Rechtswidrigkeit und Schuld**I. Tatbestand**

- Deliktsspezifische objektive Tatumstände (z.B. fremde bewegliche Sache)
- Tathandlung: Zurechnung nach § 25 Abs. 2 StGB mit Prüfung der Mittäterschaftsvoraussetzungen „gemeinsame Tatausführung“³⁶ und „gemeinsamer Tatentschluss/Tatplan“³⁷
- Täterwille (auf Basis des „normativen Kombinationsansatzes“)³⁸
- Tatbestandsvorsatz (z.B. bzgl. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache) und ggf. deliktsspezifische besondere subjektive Merkmale (z.B. Zueignungsabsicht)

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau/Wiesbaden

Der Nachteil dieser Variante liegt darin, dass erst nach der Prüfung, ob der Beteiligte „Täterwille“ hat, feststeht, dass die Voraussetzungen der zum objektiven Tatbestand gehörenden Zurechnungsnorm des § 25 Abs. 2 StGB vorliegen, also eine Zurechnung nicht selbst begangenen Verhaltens möglich ist.³⁵

b) Wer auf eine Trennung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand verzichtet, kann die Tatbestandsprüfung wie folgt einleiten:

„A müsste das Auto, eine fremde, weil im Eigentum eines andern stehende, bewegliche Sache, weggenommen haben. Die Sachherrschaft des ursprünglichen Gewahrsamsinhabers ohne Einverständnis aufgehoben, also den Gewahrsam gebrochen haben allerdings B und C. Dies könnte A nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden. Das setzt voraus, dass A, B und C die Tat gemeinschaftlich begangen haben. Dies wäre der Fall bei bewusstem und gewolltem Zusammenwirken, das bedeutet einer gemeinsamen Tatausführung auf Basis eines gemeinsamen Tatentschlusses/Tatplans.“

Der Prüfungsaufbau sieht ohne Trennung sodann wie folgt aus:

³² Zum Inhalt der Prüfung siehe oben unter IV. 2.

³³ Achtung: § 25 Abs. 2 StGB erlaubt keine Zurechnung von subjektiven Merkmalen, etwa des Tatbestandsvorsatzes oder der Zueignungsabsicht (*Hardtung/Putzke* [Fn. 4], Rn. 1479).

³⁴ Zum Inhalt der Prüfung siehe oben unter IV. 2.

³⁵ Kritisch zu dieser Aufbauvariante *Rengier* (Fn. 31), § 44 Rn. 10: „nicht sinnvoll und auch sachwidrig“.

³⁶ Zum Inhalt der Prüfung siehe oben unter IV. 2.

³⁷ Zum Inhalt der Prüfung siehe oben unter IV. 2.

³⁸ Ist dann nicht zu erörtern, wenn bei der Prüfung der gemeinsamen Tatausführung der Streit zwischen dem „normativen Kombinationsansatz“ und der „Tatherrschaftslehre“, wegen unterschiedlicher Ergebnisse, zulasten des „normativen Kombinationsansatzes“ entschieden wurde. Dann muss kein Wort mehr verloren werden über den „Täterwillen“.

Buchrezension

Johannes Kaspar, Strafrecht – Allgemeiner Teil – Einführung, 2. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017, 278 S., € 22,90.

I. Allgemeines

Dass innerhalb von nur zwei Jahren eine zweite Auflage des Einführungslehrbuchs zum „Strafrecht – Allgemeiner Teil“ erschien, spricht hinsichtlich der didaktischen Qualität des Werkes bereits für sich. Auf 278 Seiten, aufgeteilt in elf Kapitel, werden die Grundzüge des Allgemeinen Teils gelungen dargestellt und der Einstieg in die doch sehr abstrakte und nicht nur für Anfänger häufig komplizierte Materie wesentlich erleichtert. Die erste Änderung der Neuauflage sticht unmittelbar ins Auge: Nachdem die erste Ausgabe noch im charakteristischen Rot des utb-Verlages erschien, kommt das Lehrbuch nunmehr im blau-gelben Einband des Nomos-Verlages daher. Inhaltlich hat das Buch einige Änderungen erfahren, die den Studenten der Anfangssemester den Einstieg in das Rechtsgebiet erleichtern sollen. Diese sind auch die primäre Zielgruppe des Lehrbuchs, dessen gelungene didaktische Aufarbeitung des Stoffes bei leichter Eingängigkeit dank klarer Sprache und Überprüfungsfragen am Ende eines jeden Abschnitts das Verständnis des vermittelten Stoffs fördern kann. Positiv hervorzuheben sind zudem die neu hinzugekommenen Hinweise auf vertiefende Literatur und Rechtsprechung, wobei *Kaspar* auch hier einen Fokus auf eine sinnvolle Auswahl mit Ausbildungsorientierung legt. Dabei geht er zugleich souverän mit einem der großen Probleme um, dem sich Anfänger häufig unbewusst ausgesetzt sehen: Durch eine klare Benennung der jeweils dargestellten Auffassungen als beispielsweise „herrschend“ wird gewährleistet, dass der Leser auch bei Themenkomplexen, in denen *Kaspar* eine von dieser abweichende – immer prägnant begründete – Meinung vertritt, den jeweiligen Meinungsstand korrekt einordnen kann. Dadurch wird vermieden, dass Anfängerstudenten die dargestellte Auffassung als allgemeingültig auffassen.

Dieser ausbildungsorientierte Fokus macht das Werk auch im weiteren Verlauf des Studiums zu einem nützlichen Begleiter: Für Studierende nicht nur früher Semester wertvoll sind die klausurbezogenen Hinweise; durch Aufbauschemata, -hinweise oder sonstige gutachtenbezogene Tipps bietet das Lehrbuch einen gelungenen Leitfaden zum Schreiben erfolgreicher Klausuren und stellt zugleich ein prägnantes Nachschlagewerk dar, wenn die Grundzüge eines Meinungsstreits wieder in Erinnerung gerufen werden sollen.

II. Grundlagenorientierung

Besonderen Wert legt *Kaspar* auf die gerade im Strafrecht so entscheidenden Grundlagen. Die ersten beiden Kapitel befassen sich mit der Stellung des Strafrechts im deutschen Rechtssystem und den zum Verständnis unterschiedlicher dogmatischer Fragen entscheidenden Überlegungen zu Sinn und Zweck des Strafrechts. Dabei wird die Balance zwischen der notwendigen und jedenfalls für Anfangssemester hinreichenden Vermittlung straftheoretischer Grundkenntnisse und einer

zugleich sinnvollen Verknüpfung mit aussagekräftigen Beispielen gehalten. Interessante Probleme wie die Frage, ob eine klare Unterscheidbarkeit von Strafen und Maßregeln angesichts der Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung tatsächlich möglich ist, dürften für eine neue Auflage gern noch zahlreicher ausgearbeitet werden, um auch den mehr praktisch denn philosophisch interessierten Studenten anzusprechen und ihm die tatsächlichen Auswirkungen der prima facie rein theoretischen Grundlagenfragen zu verdeutlichen.

Der Schwerpunkt der Grundlagendarstellung liegt dann aber auf den auch für die Klausurpraxis entscheidenderen Prinzipien des materiellen Strafrechts. Die vier Ausprägungen des Gesetzlichkeitsprinzips werden für den Anfänger verständlich und mit Verweisen auf die klausurrelevantesten Probleme und rechtshistorischen Hintergründe strukturiert dargestellt. Für den interessierten Studenten wäre es aber in Anbetracht der mannigfaltigen rechtstheoretischen Verästelungen und praktischen Auswirkungen sinnvoll, jedenfalls in den Fußnoten weitere vertiefende Literatur zur Thematik anzubieten, um eine detailliertere Auseinandersetzung zu erleichtern. Diesbezüglich wäre eine Orientierung an den späteren Kapiteln wünschenswert.

Dasselbe gilt für die anschließend sehr prägnante Darstellung des Schuld-, Verhältnismäßigkeits- sowie Rechtsgüterprinzips. Die Erläuterung ist für den Anfänger selbstverständlich in jeder Hinsicht geeignet und vermittelt diesem die Grundsätze des dogmatischen Unterbaus nicht nur des allgemeinen Teils des Strafrechts didaktisch ansprechend. Jedenfalls ein entsprechender Hinweis auf eine detailliertere Quelle mit weiteren Nachweisen zur eigenständigen Vertiefung würde die Balance zwischen prägnanter, anfüngergerechter Darstellung und Vertiefung wahren und zugleich die Möglichkeit zum eigenständigen, „wissenschaftlicheren Studium“ der zugrundeliegenden Prinzipien schaffen.

Die hier geäußerte Anregung soll jedoch als Kritik auf hohem Niveau verstanden werden. *Kaspar* nimmt sich die für den Anfänger ausreichende Zeit zur Vermittlung des dogmatischen Gerüsts des Strafrechts und fördert auf diesem Wege zwar in Kürze, aber zugleich in der notwendigen Ausführlichkeit ein grundlegendes Verständnis, das auch dem Anfänger das Nachvollziehen der in der Falllösung auftretenden Probleme erleichtert. Das gilt gleichermaßen auch für die entscheidenden verfassungsrechtlichen Grundlagen, die durch Bezugnahmen auf das Grundgesetz und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts immer wieder hervorgehoben werden.

III. Das Herzstück: das vorsätzliche Begehungsdelikt

Nach einem kurzen Überblick zum strafrechtlichen Handlungsbegriff widmet *Kaspar* sich anschließend ausführlich dem Schwerpunkt des Lehrbuchs: dem vorsätzlichen Begehungsdelikt. Dass es sich hierbei um das „Herzstück“ des Werkes handelt, zeigt sich an der sprunghaft steigenden Anzahl und Variabilität der verwendeten Quellen. Dies schlägt sich entsprechend in der Zahl der Fußnoten nieder, ohne dabei zu überfordern: Die Nachweise sind auf die notwendigen Aspekte beschränkt, dadurch überschaubar und bieten zugleich die Möglichkeit für den Leser, sich in ausführliche-

ren Lehrbüchern und Aufsätzen ohne großen Aufwand zu vertiefen.

Gleichsam unterlässt *Kaspar* es trotz des Fokus auf einen angenehmen Lesefluss nicht, seinen eigenen didaktischen und klausurorientierten Ansprüchen gerecht zu werden. Bereits in der ersten Auflage widmete er ein Unterkapitel der Übersicht über die wichtigsten Auslegungsmethoden, deren Beherrschung zur eigenständigen Falllösung unabdingbar sind. Dieses gelungene didaktische Konzept wird in der zweiten Auflage fortgeführt und weiter ausgebaut. Durch die nunmehr neu hinzugekommenen Übersichten mit Literaturempfehlungen werden die Fußnoten überschaubar gehalten und die Vertiefung gleichermaßen erleichtert, ohne den Lesefluss zu beeinträchtigen.

Inhaltlich widmet sich das längste Kapitel des Buches jenen Fragen des Allgemeinen Teils, die vom ersten bis letzten Tag zumindest der juristischen Ausbildung essentiell für den Umgang mit strafrechtlich geprägten Fällen sind. Der von der herrschenden Meinung vertretene dreistufige Deliktsaufbau von Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld wird eingeführt und sukzessive mit Grundlagenwissen und Hinweisen auf bestehende Problemfelder angereichert. Mit plastischen Beispielfällen, dem etablierten Wiederholungsfragenkonzept und einer eingängigen Sprache werden Voraussetzungen zur Bildung einer belastbaren und verständnisbasierten Wissensgrundlage bereitgehalten. Erneut positiv hervorzuheben ist die regelmäßige Rückbesinnung auf verfassungsrechtliche Grundlagen und materielle Prinzipien des Strafrechts. Auch hinsichtlich des Transfers der theoretischen Grundlagen auf die eigenständige Falllösung gibt *Kaspar* den Studenten anhand von Aufbauschemata und Hinweisen zur Schwerpunktsetzung Hilfen zur methodisch sauberen Anwendung in der Klausur an die Hand.

Wie schon in der Erstauflage liegt der Fokus des Abschnittes eindeutig auf der Darstellung des Tatbestandes und der Rechtswidrigkeit, während die Auseinandersetzung mit der Schuld als dem dritten Teil der Deliktsstufenprüfung deutlich überschaubarer ausfällt. Inhaltlich ergeben sich nur wenige Änderungen im Vergleich zur Voraufgabe. Angesichts der gelungenen Vorarbeit war dies aber auch nicht nötig: Das Lehrbuch bietet an dieser Stelle ein überzeugendes Gleichgewicht zwischen erklärender Einführung und prägnanter Ausführung jener Aspekte, die dem Studenten begegnen können. Durch die Vermittlung von Wissen und einem soliden Grundverständnis soll bereits der Anfänger in die Lage versetzt werden, auch unbekannte und im Werk gegebenenfalls nur angerissene Probleme per Transfer des Grundlagenwissens lösen zu können.

IV. Aufbaubesonderheiten

Die „Unterrepräsentation“ der Schuld im Rahmen des Kapitels zum vorsätzlichen Begehungsdelikt irritiert zunächst, erklärt sich aber bei einem Blick in das Inhaltsverzeichnis: Anstelle einer Abhandlung der nicht nur für Anfänger anspruchsvollen Irrtumslehre im jeweils einschlägigen Prüfungspunkt des dreistufigen Deliktsaufbaus erhält die Materie ein eigenes Kapitel. Damit befindet sich das Lehrbuch in guter Gesellschaft, auch andere Standardwerke lagern die

Irrtumslehre jedenfalls teilweise (so z.B. *Rengier* und *Hoffmann-Holland*) aus. Das Vorgehen *Kaspars* ist dabei aber konsequenter: Durch die Darstellung auch des Tatbestandsirrtums (richtiger wohl: Tatumstandsirrtums) in diesem eigenen Abschnitt wird dem Studenten der Unterschied zwischen jenen Konstellationen näher gebracht, die gerade aufgrund der ähnlichen Bezeichnungen anfangs verwirren mögen. Dieser Aufbau ist didaktisch erneut sinnvoll. Ebenfalls aufbautechnisch eher ungewöhnlich, logisch aber wegen dieser Zusammenfassung aller Irrtümer in einem gemeinsamen Kapitel durchaus konsequent ist die Besprechung von Täterschaft und Teilnahme noch vor der Irrtumslehre. Auf diese Weise werden die erforderlichen Grundlagen hinsichtlich der planmäßigen Beteiligung mehrerer Personen gelegt, bevor Sonderkonstellationen in Irrtumsfällen dargestellt werden.

Die anschließende Darstellung der Strafbarkeit wegen Versuchs, Fahrlässigkeit und Unterlassen reiht sich konsequent in den Aufbau des Lehrbuchs ein und stellt die wesentlichen Aspekte erneut überzeugend dar. Besonders positiv hervorzuheben ist die Ausführlichkeit zu typischen Beispielfällen und Klausursachverhalten, ebenso wie die in der zweiten Auflage deutlich vertiefter dargestellten Inhalte zum versuchten (unechten) Unterlassungsdelikt. Die in dieser Hinsicht bereits gelungene Erstauflage wurde aktualisiert und verbessert.

Den klassischen Abschluss bildet eine Einführung in die Konkurrenzlehre. Der Inhalt wird der Überschrift in diesem Fall sehr gerecht – es handelt sich um eine bloße Einführung, die gerade nicht den Anspruch auf Vollständigkeit erhebt. Eine zum Teil sehr ausführliche Darstellung, wie sie in den umfassenderen Lehrbüchern zum Allgemeinen Teil enthalten ist und notwendig sein mag, wäre in einem Einführungsbuch für Anfangssemester auch vollkommen deplatziert. Zu Recht belässt *Kaspar* es an dieser Stelle bei einer überblickartigen Darstellung möglicher Konkurrenzverhältnisse.

V. Fazit

Kaspar versteht es, einen Ausgleich zwischen einer leicht verständlichen Einführung – die gerade keinen Anspruch auf abschließende und detaillierte Beantwortung aller für den Allgemeinen Teil relevanten Fragestellungen erheben will und kann – und einer Darstellung relevanter Probleme und der hierzu vertretenen Auffassungen zu finden. Aufgrund dieses guten Maßes zwischen erklärender Einführung und prägnanter Ausführung ist das Lehrbuch nicht nur für Studierende in den ersten Semestern, sondern wegen hilfreicher Verweise auf vertiefende Literatur auch als gut strukturiertes Nachschlagewerk im weiteren Studienverlauf nutzbar. Dies gilt umso mehr für die zweite Auflage, mit der die bereits gelungene Erstausgabe um hilfreiche Literaturempfehlungen erweitert wurde und die damit langjähriger Begleiter ab dem ersten Semester bleiben kann. Obgleich der sich in der Examensvorbereitung befindende Student eigentlich nicht mehr in die Zielgruppe des Werkes fällt, eignet es sich durch die Schaffung eines umfassenden Überblicks samt entsprechender Verweise in ausführlichere Ausbildungsliteratur faktisch auch zur Schaffung der im Examen häufig leider so vernach-

lässigten Grundlagen, deren anschließender Vertiefung nichts mehr im Wege steht.

In seiner Ausgestaltung erinnert das Lehrbuch an das bereits seit einigen Jahren etablierte – dabei umfassendere – Lehrbuch *Rengiers* zum Allgemeinen Teil, erleichtert wegen des (sparsamen) Einsatzes von Fußnoten anstelle der Verweise im Text aber den Lesefluss und ist aufgrund des komprimierten Inhalts Anfängern noch leichter zugänglich. Insbesondere den Angehörigen dieser Zielgruppe, aber auch Studierenden eines späteren Ausbildungsstandes ist das Werk daher nur zu empfehlen.

*Wiss. Mitarbeiterin Julia Marinitsch, Mannheim/Göttingen**

* Die *Autorin* ist Wiss. Mitarbeiterin an der Juniorprofessur für Strafrecht von Prof. *Dr. Suzan Denise Hüttemann* an der Universität Mannheim. Dieser Beitrag ist im Wesentlichen im Rahmen einer Tätigkeit als Wiss. Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie von Prof. *Dr. Katrin Höffler* an der Universität Göttingen auf deren Anregung hin entstanden.
