

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

Aktuelle Probleme beim Zugang von E-Mails

Von Stud. iur. Manuel Beh, Trier 165

Das familienrechtliche Statusprinzip im Wandel

Von Wiss. Mitarbeiter Tim Philipp Holler, Gießen 173

Strafrecht

„Aberratio ictus“ als „error in persona vel objecto“ in der Sphäre des § 16 Abs. 1 StGB (?)

Anmerkungen zur Begriffsbildung und Unterscheidungsfähigkeit strafrechtlicher Irrtumsdogmatik

Von Wiss. Mitarbeiter Martin Heuser, Regensburg 181

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Das Versäumnisverfahren im Zivilprozess – Teil 2

Von Diplom-Jurist Jost Behrens, Hannover 193

Der gesetzliche Aufhebungsanspruch nach § 1179a BGB

Von Stud. iur. Marco Rehmet, Freiburg 200

Öffentliches Recht

Die Individualverfassungsbeschwerde vor dem Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen

Von Stud. iur. Lennart Deutschmann, Bochum 207

Strafrecht

Kraftfahrzeugrennen vor deutschen Gerichten

Was man aus und mit den Raserfällen des BGH lernen kann

Von Wiss. Mitarbeiter Johannes Gründel, Erlangen 211

ÜBUNGSFÄLLE

Öffentliches Recht

Fortgeschrittenenklausur: (K)ein Recht auf Party kraft Verfassung?

Von Wiss. Mitarbeiter Marco Meyer, Hamburg 221

Strafrecht

Hausarbeit: Ein nervenaufreibender Urlaub

Von Wiss. Mitarbeiter Ass. jur. Nicolas Böhm, Konstanz 231

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafrecht

BGH, Urt. v. 17.1.2019 – 4 StR 456/18 (Notwehrprovokation)

(Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M. (Krakau), Passau,
RiAG Dr. Christina Putzke, Deggendorf) 237

BGH, Urt. v. 4.7.2018 – 2 StR 245/17 (Zum Sich-Erbieten zu einem Tötungsverbrechen gegen- über dem Opfer)

(Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Osnabrück) 241

BGH, Beschl. v. 21.11.2018 – 1 StR 506/18 (Zur Konkretisierung des Verbrechens bei § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB)

(Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Konstanz) 246

REZENSIONEN

Strafrecht

Diethelm Kleszczewski, Strafrecht, Besonderer Teil, 2015

(Martin Linke, Potsdam) 249

Aktuelle Probleme beim Zugang von E-Mails

Von Stud. iur. **Manuel Beh**, Trier

I. Einleitung

Im Jahr 2017 wurden in Deutschland 771 Milliarden E-Mails abgesandt.¹ Damit hat sich die Zahl der jährlich versandten E-Mails in Deutschland zwischen 2011 und 2017 mehr als verdoppelt.² Die Weiterentwicklung der technischen Möglichkeiten und Optionen wirft dabei neue Probleme beim Zugang von E-Mails auf. Für fünf ausgesuchte Problemfälle möchte dieser Beitrag Lösungen aufzeigen. Dazu wird die E-Mail zunächst als Willenserklärung eingeordnet (dazu II.) und die daraus resultierende allgemeine Risikoverteilung dargestellt (dazu III.). Sodann werden diese Maßstäbe auf ausgewählte Zugangshindernisse der E-Mail und ihrer Anhänge angewandt (dazu IV. und V.).

II. Die E-Mail als Willenserklärung

Es ist anerkannt, dass Willenserklärungen auch durch E-Mails ausgetauscht werden können.³ Dabei sind sie als verkörperte⁴ Willenserklärungen unter Abwesenden⁵ einzuordnen. Nach der Empfangstheorie ist eine Willenserklärung im Sinne von § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zugegangen, wenn die Erklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, sodass dieser die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat und mit dieser unter normalen Umständen zu rechnen ist.⁶ Für diesen Beitrag wird im Folgenden davon ausgegangen, dass eine E-Mail dann im Machtbereich des Empfängers eingegangen ist, sobald sie für ihn abrufbar in seiner Mailbox abgespeichert ist.⁷ Es wäre unbillig, den Risikobereich des Erklärenden auf den Server des

Providers auszudehnen, obwohl der Empfänger diesen ausgewählt hat.⁸

III. Generelle Risikoverteilung beim Zugang

Letztendlich ist die Zugangsfrage eine Frage der Risikoverteilung zwischen Erklärendem und Empfänger. Im Interesse des Erklärenden steht ein möglichst früher Zugang, um schnell und sicher planen zu können.⁹ Dagegen möchte der Empfänger regelmäßig einen möglichst späten Zugangszeitpunkt erreichen, um Kenntnis von den Erklärungen zu erhalten, die er gegen sich gelten lassen muss.¹⁰ Die Risikoverteilung ist daher differenziert zu betrachten: Zwischen der Entstehung der Willenserklärung und der Abgabe spielt sich alles vollständig im Machtbereich des Erklärenden ab. Daher ist das Risiko vollständig diesem aufzubürden.¹¹ Zwischen der Abgabe und dem Gelangen in den fremden Machtbereich (Transport) befindet sich die Erklärung in keinem Machtbereich der Beteiligten; sie wird also von keinem beherrscht.¹² Dennoch wird zu Recht das Transportrisiko (Verlust- und Verzögerungsrisiko) dem Erklärenden¹³ auferlegt. Denn dieser hat gerade das Transportmittel mit all seinen Schwächen gewählt.¹⁴ Dafür spricht der Rechtsgedanke des § 120 BGB, der das Fehlerisiko und damit den Transport dem Erklärenden zurechnet.¹⁵ Der Erklärende kann gem. § 130 Abs. 1 S. 2 BGB die Erklärung bis zum Zugang widerrufen, bleibt also bei Verzögerungen nicht schutzlos.¹⁶ In der Zeitspanne zwischen dem Erreichen des fremden Machtbereichs und der Kenntnisnahme durch den Empfänger entstammen alle Gefahren seinem Herrschaftsbereich. So trägt auch er die Risiken.¹⁷

IV. Spezielle Hindernisse des E-Mail-Zugangs

Bei der Ausarbeitung des BGB im 19. Jahrhundert schufen die Mitglieder der Kommissionen die Zugangsregelungen für

¹ <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/392576/umfrage/anzahl-der-versendeten-e-mails-in-deutschland-pro-jahr/> (21.5.2019).

² Vgl. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/392576/umfrage/anzahl-der-versendeten-e-mails-in-deutschland-pro-jahr/> (21.5.2019).

³ Siehe nur Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 42. Aufl. 2018, § 7 Rn. 9; Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 42. Aufl. 2018, § 6 Rn. 13.

⁴ Ernst, NJW-CoR 1997, 165 (166); Fritzsche/Malzer, DNotZ 1995, 3 (11).

⁵ BT-Drs. 14/4987, S. 21 re. Sp.; Einsele, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 130 Rn. 18; Herwig, MMR 2001, 145; Petersen, Jura 2002, 387.

⁶ BGH NJW 2004, 1320; Brox/Walker (Fn. 3), § 7 Rn. 9; Spindler, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 130 BGB Rn. 2.

⁷ LAG Berlin-Brandenburg BeckRS 2013, 66632; Ehlers/Krumm, JuS 2016, 135 (137); Koch, Internet-Recht, 2. Aufl. 2005, S. 110; Mankowski, NJW 2004, 1901 (1902); Mehrings, MMR 1998, 30 (33); Ultsch, NJW 1997, 3007 (3007); vgl. Art. 11 Abs. 1 der E-Commerce-RL 2000/31/EG, der auf die Abrufbarkeit abstellt; a.A. LG Hamburg MMR 2010, 654 (654 a.E.): Abspeicherung außerhalb der Mailbox reicht aus; Burgard, AcP 195 (1995), 74 (102): Abspeicherung auf dem Providerserver genügt.

⁸ Abschluss eines Providervertrages: vgl. Voit, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 48. Ed., Stand: 1.11.2018, § 631 Rn. 37.

⁹ Faust, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2018, § 2 Rn. 36.

¹⁰ Faust (Fn. 9), § 2 Rn. 36.

¹¹ Noack/Uhlig, JA 2012, 740 (743).

¹² Weiler, JuS 2005, 788 (789).

¹³ BGH NJW 1995, 665 (667); Leipold, BGB I, 9. Aufl. 2017, § 12 Rn. 10; Noack/Uhlig, JA 2012, 740 (743); Stadler, in: Rüthers/Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 19. Aufl. 2017, § 17 Rn. 63; Taupitz/Kritter, JuS 1999, 839 (843); Ultsch, DZWiR 1997, 466 (469).

¹⁴ Ann, in: Leipold (Hrsg.), Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft, 2002, S. 175 (179); Ultsch, NJW 1997, 3007 (3008); Weiler, JuS 2005, 788 (789).

¹⁵ BGH NJW 1995, 665 (667); Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 120 Rn. 1.

¹⁶ Stadler (Fn. 13), § 17 Rn. 63; Weiler, JuS 2005, 788 (789).

¹⁷ LG Nürnberg-Fürth NJW-RR 2002, 1721 (1722); Noack/Uhlig, JA 2012, 740 (743 f.); Ultsch, DZWiR 1997, 466 (469).

Willenserklärungen mit Blick auf die klassischen, analogen Erklärungsformen. Beim Einsatz neuer Übertragungsmedien muss das geltende Recht auch weiter eine ausgewogene Risikoverteilung gewährleisten.

1. Die überfüllte Mailbox des Empfängers

Um zu verhindern, dass E-Mails in die Mailbox des Empfängers gelangen und damit zugehen können, muss der Empfänger nur dafür sorgen, dass der Speicherplatz seines Accounts ausgelastet ist. In der Folge werden ankommende E-Mails abgewiesen.

Eine Ansicht verneint den Zugang und stellt auf die allgemeinen Zugangsregeln ab.¹⁸ Demnach wäre die E-Mail nicht im Machtbereich des Empfängers angekommen. Um Zugang zu bewirken, müssten weitere Zugangsversuche unternommen werden.¹⁹

Andere Autoren differenzieren danach, ob eine Benachrichtigung (in Form einer „Bounce-Mail“²⁰) an den Erklärenden gesandt wird oder nicht.²¹ Nach innen sei der Erklärende ohne Benachrichtigung schutzwürdig, weil er auf den Zugang vertraue.²² Der Erklärende mit Benachrichtigung erfahre jedoch vom missglückten Zugang und sei daher nicht schutzwürdig.²³

Diese Differenzierungen führen jedoch in zweierlei Hinsicht an der Praxis vorbei: Erstens setzt heute eine Bounce-Mail den Erklärenden stets vom fehlenden Zugang in Kenntnis.²⁴ Er wäre nie schutzwürdig. Zweitens wäre nach erster Ansicht der Zugang zu verneinen, selbst wenn der Empfänger vorsätzlich den Speicherplatz seines Accounts auslastet. Dies ist unbillig. Es ist vielmehr auf das Verschulden des Empfängers abzustellen.²⁵ Überfüllt der Empfänger arglistig²⁶ seine Mailbox, gilt eine tatsächlich abgewiesene E-Mail als zugegangen, ohne dass ein erneuter Zugangsversuch unternommen werden muss.²⁷ Hier liegt das Zugangshindernis objektiv

in der Sphäre des Empfängers und eine Berufung auf den nicht erfolgten Zugang wäre treuwidrig.²⁸

Der Erklärende muss aber auch bei fahrlässiger Zugangsvereitelung²⁹ geschützt werden, bei der der Empfänger das Postfach aus Nachlässigkeit nicht leert. Grundsätzlich muss niemand Vorkehrungen für den Zugang von Willenserklärungen treffen.³⁰ Dennoch wäre es widersprüchlich, zuerst rechtserhebliche Kommunikation via E-Mail zu gestatten,³¹ um dann keine Verpflichtung zur Unterhaltung des Accounts zu begründen. Daher resultiert aus der Widmung des Postfachs zumindest eine Obliegenheit, die Mailbox bereitzuhalten und zu pflegen.³² Da dieses fahrlässige Verhalten dem Empfänger in geringerem Maße vorzuwerfen ist, ist es hier angemessen, die allgemeinen Regeln heranzuziehen. Dabei gilt eine abgewiesene E-Mail bei später erfolgtem Zugang gem. § 242 BGB als rechtzeitig zugegangen.³³

Anderes kann nur gelten, wenn der Erklärende eine E-Mail mit sehr großem Datenvolumen an den Empfänger sendet. Es ist nicht zu erwarten, dass für überdurchschnittliche Datenmengen genug Speicherplatz vorhanden ist. Hier stammt das Zugangshindernis aus der Sphäre des Erklärenden, sodass ihm das Zugangsrisiko aufzuerlegen und ein Zugang zu verneinen ist.³⁴

2. Der Einsatz von Spam-Filtern

Es ist genauso möglich, dass E-Mails fälschlich durch einen Spam-Filter automatisch abgeschöpft werden (sog. „false positives“³⁵). Diese Filter werden sowohl von den E-Mail-Dienstleistern als auch freiwillig durch die Nutzer eingesetzt.³⁶ Der Zugang abgewiesener Erklärungen ist differenziert zu beurteilen:

¹⁸ Vgl. Kitz, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Handbuch Multimedia-Recht, 47. Lfg., Stand: 2018, Teil 13.1 Rn. 84.

¹⁹ Kitz (Fn. 18), Teil 13.1 Rn. 84; vgl. auch BGHZ 137, 205 (209 f.).

²⁰ Bergt, ITRB 2014, 133 (134); Härting, Internet-Recht, 6. Aufl. 2017, Rn. 679 f.

²¹ Härting (Fn. 20), Rn. 679 f.

²² AG Frankfurt a.M. BeckRS 2009, 05792; Härting (Fn. 20), Rn. 680.

²³ Härting (Fn. 20), Rn. 679.

²⁴ Vgl. <https://www.email-marketing-forum.de/Fachartikel/de-tails/1318-Checkliste-Aus-welchen-Gruenden-E-Mail-Bounces-entstehen-koennen/42162> (21.5.2019); Spindler/Ernst, CR 2004, 437 (439).

²⁵ Ann (Fn. 14), S. 175 (179 f.); Spindler (Fn. 6), § 130 BGB Rn. 16; Ultsch, DZWIR 1997, 466 (469).

²⁶ „Arglist“ wird mit „Vorsatz“ gleichgesetzt: BGH NJW 2007, 3057 (3059 Rn. 29); Armbrüster (Fn. 15), § 123 BGB Rn. 18.

²⁷ BGHZ 137, 205 (209 f.): nach § 242 BGB; Ann (Fn. 14), S. 175 (179 f.); Einsele (Fn. 5), § 130 BGB Rn. 34; Spindler (Fn. 6), § 130 BGB Rn. 16; Ultsch, NJW 1997, 3007 (3008): gestützt auf §§ 162, 815 Alt. 2 BGB analog.

²⁸ Kitz (Fn. 18), Teil 13.1 Rn. 95 ff.; vgl. BGH NJW 1996, 1967 (1968).

²⁹ Vgl. RGZ 122, 247 (251 f.); BGH WM 1965, 920 (921).

³⁰ BGHZ 67, 271 (278); BGH NJW 1996, 1967 (1968); BGH VersR 1971, 262 (263).

³¹ Sog. Widmungsakt: BT-Drs. 14/9000, S. 30 f.; Haug, Internetrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 719; Ultsch, NJW 1997, 3007 (3007); Vehslage, DB 2000, 1801 (1804); a.A. Becker, ZJS 2018, 113 (115); Mankowski, NJW 2004, 1901 (1902).

³² Holzbach/Süßenberger, in: Moritz/Dreier, Rechtshandbuch zum E-Commerce, 2. Aufl. 2005, Teil C Rn. 170; Reichold, in: juris-Praxiskommentar zum BGB, 8. Aufl. 2017, § 130 Rn. 32.

³³ Ann (Fn. 14), S. 175 (179 f.); Dörner, AcP 202 (2002), 363 (371); Kitz (Fn. 18), Teil 13.1 Rn. 94 ff.: insb. der Rechtsgedanke des § 162 Abs. 1 BGB; Spindler (Fn. 6), § 130 BGB Rn. 15: Rechtzeitigkeitsfiktion, keine Zugangsfiktion.

³⁴ Holzbach/Süßenberger (Fn. 32), Teil C Rn. 171; Kitz (Fn. 18), Teil 13.1 Rn. 96.

³⁵ Bergt, ITRB 2014, 133 (133); Tiedemann, MMR 2014, 712 (712).

³⁶ Vgl. Heidrich/Tschoepe, MMR 2004, 75 (76).

a) Eingang im Spam-Ordner

Wird ein Spam-Filter vom Provider oder privat vom Empfänger genutzt, der E-Mails in einen separaten Spam-Ordner speichert, so sind diese zugegangen.³⁷ Dafür spricht, dass dieser Spam-Ordner im Machtbereich des Empfängers liegt.³⁸ Da der Erklärende von dieser Aussortierung nichts erfährt, ist er schutzwürdig.³⁹ Daher wird Rechtsanwälten zugemutet, eine einmal tägliche Kontrolle des Spam-Ordners durchzuführen.⁴⁰

Für private Nutzer hat sich noch keine feste Regel etabliert. Vernünftigerweise ist hier jedoch derselbe Maßstab wie für ordnungsgemäß zugegangene E-Mails anzulegen.⁴¹ Dies ist zumutbar, da in der Spalte der Ordneranzeige typischerweise nicht nur die ungelesenen E-Mails im Posteingang, sondern auch die Eingänge im Spam-Ordner angezeigt werden. Dessen Kontrolle bedarf nur eines Blickes und ist auch bei einem privaten E-Mail-Konto zumutbar. Dies gilt insbesondere, wenn der Empfänger selbst einen zusätzlichen Mailfilter installiert hat. Beim E-Mail-Abruf auf dem Handy muss hingegen der Nutzer oft den Spam-Ordner aktiv öffnen, damit ihm ungelesene E-Mails angezeigt werden. Dennoch ist hier keine abweichende Regelung angebracht. Handynutzer wissen, dass die verkleinerte Anzeige zu einer reduzierten Funktionalität führt. Wer die Mobilitätsvorteile des Handys nutzt, muss die damit einhergehenden Nachteile hinnehmen. Ein Blick in den Spam-Ordner bleibt zumutbar.

b) Beiderseits unbemerktes Weglöschen

Schwieriger ist der Fall zu beurteilen, wenn der Empfänger oder der Provider einen Filter nutzt, der verdächtige E-Mails vor deren abrufbarer Speicherung ohne Mitteilung an den Erklärenden automatisch löscht. Hier ist der Erklärende schutzwürdig, aber der Empfänger auch, da die E-Mail nie in sein Postfach gelangt ist und er nicht die Möglichkeit der Kenntnisnahme hatte.⁴² Einerseits beruht die Installation des Filters auf seiner Entscheidung. Zugang könnte gem. § 242 BGB fingiert⁴³ vorliegen. Er hat sich für dieses Medium mit all seinen Risiken entschieden⁴⁴ und könnte das Sortieren der

E-Mails auch manuell erledigen.⁴⁵ Ähnlich ist es mit dem Wegwerfen eines Briefes: Die Willenserklärung ist auch dann zugegangen, wenn man sie fälschlich für Werbung hält und vernichtet.⁴⁶ Zudem ist der Provider mit einem Empfangsboten zu vergleichen, der vom Empfänger eingesetzt wird, um Erklärungen per E-Mail entgegenzunehmen. Nach allgemeinen Regeln geht eine Willenserklärung zu, wenn der Bote die Erklärung verspätet weiterleitet, vergisst oder verlegt.⁴⁷

Andererseits kann dem Empfänger nicht zugemutet werden, Mengen an verdächtigen sowie unseriösen E-Mails in der Mailbox zu empfangen.⁴⁸ Wenn täglich das realistische Risiko bestünde, dass in einer Vielzahl der an einen adressierten Pakete Bomben enthalten sein würden, wäre es ebenso legitim, diese vor der Haustür zu scannen und auszusortieren. Eventuell auftretende Beurteilungsfehler wären hinzunehmen, um irreparablen Schaden zu vermeiden. Der Erklärende bestimmt zudem den Inhalt und die äußere Form der E-Mail. Wenn diese objektiv geeignet ist, den Anschein einer Spam-Mail zu erwecken, entstammt das Zugangshindernis seiner Sphäre.⁴⁹

Zuletzt wäre die E-Mail-Nutzung ohne Spam-Filter nicht nur grob fahrlässig, sondern auch nicht praxistauglich. Allein in Deutschland wurden im Jahr 2016 täglich 117 Millionen Spam-Mails versandt – dies ist ein Plus von 134 % verglichen mit 2014.⁵⁰ Eine manuelle Sortierung der E-Mails wäre zeitlich⁵¹ nicht möglich. Um die E-Mail im Alltag weiter als Erklärungsträger nutzen zu können, sind solche Filterprogramme unbedingt notwendig.⁵² Daher ist in diesem Fall der Zugang einer automatisch gelöschten E-Mail abzulehnen. Bei der Einstellung der Filter ist auf die Verkehrssitte abzustellen. Zu streng eingestellte Programme gehen dagegen zulasten des Empfängers und verhindern den Zugang nicht.⁵³

Auf den ersten Blick scheint dieses Ergebnis widersinnig: Sofern der Empfänger einen durchlässigeren Spam-Filter einsetzt (dazu a) geht die Erklärung zu, während bei Einsatz eines scharfen, aber noch innerhalb der Verkehrssitte eingestellten Filters ein Zugang verneint wird. Derjenige, der die Wahrscheinlichkeit des Zugangs erhöht, wird mit den Folgen

³⁷ LG Hamburg MMR 2010, 654 f.; Reichold (Fn. 32), § 130 BGB Rn. 18.

³⁸ Vgl. AG Frankfurt a.M. BeckRS 2009, 05792; Kitz (Fn. 18), Teil 13.1 Rn. 95.

³⁹ LG Hamburg MMR 2010, 654 (655); Härting (Fn. 20), Rn. 673; vgl. Spindler/Ernst, CR 2004, 437 (438 f.).

⁴⁰ LG Bonn MMR 2014, 709 (711); Bergt, ITRB 2014, 133 (133).

⁴¹ Maßstab bei Privaten: nicht-tägliche E-Mail-Kontrolle, vgl. Koch (Fn. 7), S. 114; Schmitz/Schlatmann, NVwZ 2002, 1281 (1285); Vehslage, DB 2000, 1801 (1804), oder Zugang am Eingangstag, so Bräutigam/Leupold, Online-Handel, 2003, B III Rn. 210; Greiner/Kalle, JZ 2018, 535 (538); Ultsch, DZWIR 1997, 466 (468).

⁴² Spindler/Ernst, CR 2004, 437 (439); vgl. Heidrich/Tschoepe, MMR 2004, 75 (76).

⁴³ Kitz (Fn. 18), Teil 13.1 Rn. 94 ff.

⁴⁴ Vgl. AG Frankfurt a.M. BeckRS 2009, 05792; Greiner/Kalle, JZ 2018, 535 (538).

⁴⁵ Spindler/Ernst, CR 2004, 437 (438); vgl. Wietzorek, MMR 2007, 156 (157).

⁴⁶ Köhler (Fn. 3), § 6 Rn. 13; Tiedemann, MMR 2014, 712 (712).

⁴⁷ Burgard, AcP 195 (1995), 74 (105); Härting (Fn. 20), Rn. 668, 676.

⁴⁸ Greiner/Kalle, JZ 2018, 535 (538).

⁴⁹ Hoppe, MMR 2010, 655 (655); Reichold (Fn. 32), § 130 BGB Rn. 18.

⁵⁰ <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/509527/umfrage/taeglich-es-aufkommen-von-spam-mails-in-deutschland/> (21.5.2019).

⁵¹ KG Berlin CR 2003, 291; vgl. Wietzorek, MMR 2007, 156 (157).

⁵² Hoppe, MMR 2010, 655; vgl. Greiner/Kalle, JZ 2018, 535 (538); Rittweger/Schmidl, MMR 2006, Heft 5, XI (XII).

⁵³ Greiner/Kalle, JZ 2018, 535 (538); vgl. Spindler (Fn. 6), § 130 BGB Rn. 13.

des Zugangs belastet.⁵⁴ Jedoch muss hier zwischen Rechtssicherheit und Sicherheit im Rechtsverkehr abgewogen werden. Dabei ist zu bedenken, dass erstere nur gewährt werden kann, wenn letztere gegeben ist. Denn wie oben dargestellt, würden Willenserklärungen in einer Flut von Spam-Mails untergehen, wenn jene nicht durch Filter aussortiert würden. Dabei auftretende Fehler sind hinzunehmen. Daher ist die Sicherheit im Rechtsverkehr vorliegend das höherrangige Interesse und rechtfertigt dieses Ergebnis.

c) Reject

Ähnlich zu beurteilen ist der Fall, dass der Provider E-Mails vor deren abrufbarer Speicherung automatisch zurückschickt („Reject“⁵⁵). Wie oben dargestellt, ist der Einsatz eines solchen Filters allgemein gerechtfertigt, um die E-Mail als Erklärungsträger weiterhin nutzen zu können. Hier erhält der Erklärende eine Benachrichtigung über die fälschlich aussortierte E-Mail.⁵⁶ Daher ist er, anders als der nichtsahnende Empfänger, nicht schutzwürdig und ein Zugang ist zu verneinen.

3. Der Einsatz von Algorithmen nach Nutzerinteressen

Google arbeitet derzeit an einer Erweiterung seines E-Mail-Dienstes Gmail. Es will eine Funktion in seinen E-Mail-Dienst integrieren, die den E-Mail-Nutzern bei zu hohem E-Mail-aufkommen auf dem Handy nur noch die eingegangenen E-Mails anzeigt, die ein Algorithmus nach dem bisherigen Nutzerverhalten für wichtig erachtet.⁵⁷ Genauere Informationen zum technischen Ablauf hat der Konzern nicht veröffentlicht. Angenommen, eine solche Funktion käme auf den Markt, könnte dies zu erheblichen Problemen hinsichtlich der Rechtssicherheit führen. Zwei Konstellationen sind denkbar:

a) Beiderseits unbemerktes Weglöschen

Eine an den Empfänger gesandte E-Mail wird von einem Algorithmus⁵⁸ geprüft, bevor diese überhaupt für den Empfänger abrufbar in seiner Mailbox abgespeichert werden kann. Dieser stuft die Priorität der E-Mail als niedrig ein und lässt diese dauerhaft nicht in die Mailbox gelangen.

Die E-Mail hat vorliegend den Machtbereich des Empfängers⁵⁹ nie erreicht. Sie ist auf dem Transportweg unter-

sucht und abgewiesen worden. Wenn die E-Mail zurückkommt und weitere Versuche ebenso für den Erklärenden ersichtlich scheitern, wird der Zugang fingiert.⁶⁰ Wenn er jedoch keine Benachrichtigung von der Abweisung erhält, hat er Anlass zu glauben, die E-Mail sei zugegangen.⁶¹ Er ist dann schutzwürdig. Der Empfänger wird aber vom Eintreffen der E-Mail auch nicht informiert.⁶²

Dennoch ist der Empfänger in geringerem Maße schutzwürdig als der Erklärende. Zunächst hat er sich für den Mailanbieter mit seinen Funktionen entschieden⁶³ und mit ihm einen Providervertrag abgeschlossen.⁶⁴ Der Provider ist mit einem Empfangsboten zu vergleichen, der vom Empfänger mit der Weiterleitung der an ihn gerichteten E-Mails bestellt wurde.⁶⁵ Ist ein Empfangsbote unzuverlässig und leitet die Erklärung nicht weiter, so geht das zulasten des Empfängers.⁶⁶ Durch Einsatz des Algorithmus wird der Provider gewollt unzuverlässiger und leitet E-Mails nicht weiter. Die Erklärung ist zugegangen. Ändert Gmail seine Standardeinstellung, ist es dem Empfänger zuzumuten und auch zu raten, diese Features zu überprüfen und, solange es noch bzw. überhaupt geht, zu deaktivieren. Aufgrund des hohen rechtlichen Risikos, zahlreiche Willenserklärungen nicht lesen zu können, obwohl sie zugegangen sind, ist es dem Empfänger anderenfalls auch zumutbar, den Anbieter zu wechseln.

Der wesentliche Unterschied zu den ähnlich arbeitenden Spam-Filtern liegt in der jeweiligen Zwecksetzung. Während letztere notwendige Voraussetzung für eine funktionierende und sichere Kommunikation via E-Mail darstellen, ist Ziel der neuen Gmail-Funktion, den Nutzer vor einer Flut von sicheren, aber weniger relevanten E-Mails zu schützen.⁶⁷ Dies steigert zwar den Komfort und die Bequemlichkeit auf Seiten der Nutzer, darf dann aber nicht zulasten des Erklärenden gehen. Daher ist auf diesen Filtervorgang nicht in gleicher Weise Rücksicht zu nehmen wie bei den Spam-Filtern.

⁵⁴ Vgl. Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 33 Rn. 26.

⁵⁵ Bergt, ITRB 2014, 133 (133); Tiedemann, MMR 2014, 712 (712).

⁵⁶ Bergt, ITRB 2014, 133 (133); Tiedemann, MMR 2014, 712 (712).

⁵⁷ <https://www.sueddeutsche.de/digital/google-das-sind-die-wichtigsten-aenderungen-bei-gmail-1.3957447> (21.5.2019); <https://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.google-schaltet-update-frei-das-sind-die-neuen-funktionen-von-gmail.3b6f729e-fffd-4937-a89c-4879d3a8bf2b.html> (21.5.2019).

⁵⁸ Vgl. <https://www.email-marketing-forum.de/Fachartikel/de-tails/Das-neue-Gmail-Revolution-oder-Sturm-im-Wasserglas/42616> (21.5.2019).

⁵⁹ Siehe bereits oben unter II.

⁶⁰ Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 78. Aufl. 2019, § 130 Rn. 18; vgl. BGHZ 67, 271 (277 f.).

⁶¹ LG Hamburg MMR 2010, 654 (655).

⁶² <https://germany.googleblog.com/2018/04/das-neue-gmail.html> (21.5.2019); <https://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.google-schaltet-update-frei-das-sind-die-neuen-funktionen-von-gmail.3b6f729e-fffd-4937-a89c-4879d3a8bf2b.html> (21.5.2019).

⁶³ Vgl. AG Frankfurt a.M. BeckRS 2009, 05792.

⁶⁴ Voit (Fn. 8), § 631 BGB Rn. 37.

⁶⁵ Burgard, AcP 195 (1995), 74 (105); Härtling (Fn. 20), Rn. 668, 676.

⁶⁶ Brox/Walker (Fn. 3), § 7 Rn. 16; Härtling (Fn. 20), Rn. 677; Leipold (Fn. 13), § 18 Rn. 49.

⁶⁷ Vgl. <https://www.sueddeutsche.de/digital/google-das-sind-die-wichtigsten-aenderungen-bei-gmail-1.3957447> (21.5.2019); <https://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.google-schaltet-update-frei-das-sind-die-neuen-funktionen-von-gmail.3b6f729e-fffd-4937-a89c-4879d3a8bf2b.html> (21.5.2019).

b) Lediglich mangelnde Anzeige

Die E-Mail gelangt primär in die Mailbox des Empfängers, wird dort aber durch einen Algorithmus bewertet und als irrelevant eingestuft. Folglich wird sie dem Empfänger nicht angezeigt.

Hier ist allein auf die allgemeinen Regeln abzustellen. Die E-Mail ist in den Machtbereich des Empfängers gelangt. Sie ist zugegangen, da es auf die tatsächliche Kenntnisnahme nicht ankommt.⁶⁸ Vielmehr ist auf den gewöhnlichen Verlauf der Dinge abzustellen.⁶⁹ Unterstützend kommt Folgendes hinzu: Da sich dieses Feature nur auf die Anzeige auf dem Handy bezieht⁷⁰, sind alle eingegangenen E-Mails bei Öffnung des Mail-Accounts auf dem PC abrufbar. Daher existiert in dieser Konstellation sogar die Möglichkeit der tatsächlichen Kenntnisnahme.

4. Fragen des Rückrufs und des automatischen Löschsens von E-Mails

Anders als bei der filterbasierten Löschung von E-Mails stellt sich die Zugangsfrage jedoch auch in folgenden Fällen:

a) Rückruffunktionen

Der Absender ruft eine bereits abgeschickte und in der Mailbox des Empfängers angekommene E-Mail zurück, sodass der Empfänger nie von ihrem Eingang erfährt.⁷¹ Oder er setzt ein Programm ein, dass seine versandte E-Mail nach einer gewissen Zeit löscht bzw. unleserlich macht.⁷² In diesem Fall ist die E-Mail in den Machtbereich des Empfängers gelangt. Hier muss nach drei verschiedenen Zeitphasen differenziert werden:

aa) Vor gewöhnlicher Kenntnisnahme

Wird die E-Mail vor gewöhnlicher Kenntnisnahme vernichtet, wäre der Zugang grundsätzlich zu bejahen.⁷³ Nachdem eine Erklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, kommt es für die Möglichkeit der Kenntnisnahme „unter gewöhnlichen Umständen“⁷⁴ rein auf den üblichen, nicht aber

auf den tatsächlichen Verlauf der Dinge an.⁷⁵ Danach hätte der Empfänger nach einer gewissen Zeit die Möglichkeit der Kenntnisnahme. Der zufällige Untergang in seinem Machtbereich geht zu seinen Lasten.⁷⁶ Die Konstellation ist vergleichbar mit einem nachts aus dem Briefkasten entwendeten Brief. Auch wenn die tatsächliche Kenntnisnahme nicht mehr möglich ist, wird dieser am Folgetag mit seinem Inhalt wirksam.⁷⁷

Die Löschung oder Verschlüsselung der Erklärung könnte jedoch als Widerruf im Sinne des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB ausgelegt werden.⁷⁸ Dieser wäre fristgerecht, da zeitlich gesehen die Erklärung noch nicht zugegangen ist. Voraussetzung ist jedoch der Zugang des Widerrufs. Daran fehlt es, weil der Widerruf für den Empfänger erkennbar sein muss.⁷⁹

Wie in der klassischen Widerrufskonstellation ist aber der Empfänger im vorliegenden Fall nicht schutzwürdig, da er nichts von der Erklärung weiß und damit nicht auf ihre Wirksamkeit vertraut.⁸⁰ Der Erklärende möchte in beiden Fällen das Wirksamwerden seiner Erklärung verhindern. Daher ist eine analoge Anwendung des Widerrufs im Sinne des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB interessengerecht, die keinen klassischen Zugang einer Widerrufserklärung verlangt. Vielmehr wird nur vorausgesetzt, dass der Empfänger den Mailinhalt tatsächlich nicht zur Kenntnis nehmen darf. Im Ergebnis liegt kein Zugang vor.

bb) Zwischen gewöhnlicher und tatsächlicher Kenntnisnahme

Die E-Mail kann aber auch nach dem Zeitpunkt gewöhnlicher Kenntnisnahme, aber vor der tatsächlichen Kenntnisnahme vernichtet werden. Grundsätzlich ist die Erklärung nach der Empfangstheorie zugegangen; auf die tatsächliche Kenntnisnahme kommt es nicht an.⁸¹

Ein Widerruf im Sinne des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB ist hier nicht mehr möglich. Dieser wäre verfristet,⁸² da es für die Rechtzeitigkeit auf den Zeitpunkt des Zugangs der Willenserklärung und nicht auf den der Kenntnisnahme ankommt.⁸³ Eine analoge Anwendung des Widerrufs gem. § 130 Abs. 1

⁶⁸ Faust (Fn. 9), § 2 Rn. 23.

⁶⁹ BGHZ 67, 271 (275); 137, 205 (208); Faust (Fn. 9), § 2 Rn. 23.

⁷⁰ <https://www.sueddeutsche.de/digital/google-das-sind-die-wichtigsten-aenderungen-bei-gmail-1.3957447> (21.5.2019); <https://www.teltarif.de/gmail-seitenleiste-vertraulich-tasks/news/72415.html> (21.5.2019).

⁷¹ Vgl. <https://www.ksta.de/peinliche-nachrichten-abgeschickt-te-e-mails-zurueckrufen-12805252> (21.5.2019).

⁷² https://www.focus.de/digital/internet/erweiterung-dmail-inklusive-selbstzerstoerungsfunktion-mit-diesem-dienst-vernichtet-sich-ihre-e-mail-selbst_id_4843746.html (12.5.2019);

<https://www.googlewatchblog.de/2015/07/dmail-gmail-plugin-selbstzerstoerung/> (21.5.2019).

⁷³ Taupitz/Kritter, JuS 1999, 839 (843); vgl. Dörner, AcP 202 (2002), 363 (371 f.).

⁷⁴ Vgl. § 312i Abs. 1 S. 2 BGB.

⁷⁵ Faust (Fn. 9), § 2 Rn. 23.

⁷⁶ Faust (Fn. 9), § 2 Rn. 23.

⁷⁷ Noack/Uhlrig, JA 2012, 740 (742); Wolf/Neuner (Fn. 54), § 33 Rn. 50.

⁷⁸ Kitz (Fn. 18), Teil 13.1 Rn. 108; vgl. Becker, ZJS 2018, 113 (116).

⁷⁹ Kitz (Fn. 18), Teil 13.1 Rn. 107.

⁸⁰ Vgl. Boemke/Ulrici, BGB Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2014, § 6 Rn. 18.

⁸¹ BGH NJW 2014, 1010 (1011); AG Frankfurt a.M. BeckRS 2009, 05792; Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 619.

⁸² Vgl. Becker, ZJS 2018, 113 (117).

⁸³ Ganz herrschende Meinung, siehe nur: RGZ 91, 60 (62 f.); BGH NJW 1975, 382 (384); BGH NJW-RR 2016, 1473 (1476); Einsele (Fn. 5), § 130 BGB Rn. 40 m.w.N.; Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 17. Aufl. 2018, § 130 Rn. 16; Wendtland, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 48. Ed., Stand: 1.11.2018, § 130 Rn. 30.

S. 2 BGB wie oben hilft nicht weiter. Denn auch wenn auf die Zugangs Komponente verzichtet würde, wäre die Widerrufserklärung immer noch verfristet.

Allerdings könnte man entgegen der h.M.⁸⁴ die Widerrufsfrist auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnisnahme durch den Empfänger verschieben.⁸⁵ Denn auch hier ist der Erklärende ebenso wenig schutzwürdig wie der Empfänger. Letzterer kann nur auf die Wirksamkeit der Erklärung vertrauen, wenn er sie gesehen und gelesen hat.⁸⁶ Dies liegt nicht vor. Daher erscheint eine (doppelt-) analoge Anwendung des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB bzgl. der Frist und des Zugangs einer Widerrufserklärung interessengerecht. Der Rückruf ist in den ersten beiden Zeitphasen daher als Widerruf auszulegen.

cc) Nach tatsächlicher Kenntnisnahme

Nach der tatsächlichen Kenntnisnahme der Erklärung durch den Empfänger ist der Zugang zu bejahen. Dagegen spricht, dass der Erklärende nur eine zulässige Funktion des Programmes nutzt. Der Empfänger könnte sich durch die Widmung des E-Mail-Weges⁸⁷ konkludent mit der Möglichkeit eines Rückrufs einverstanden erklärt haben.⁸⁸ Da dieses Verhalten technisch aber nur bedingt möglich und (noch) nicht die Regel ist, ist darin kein Einverständnis zu sehen. Der Empfänger ist vielmehr schutzwürdig. Er vertraut auf die Wirksamkeit der Erklärung, auch wenn er sie durch die Löschung nicht nochmals lesen kann. Eine analoge Anwendung des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB ist demnach nicht interessengerecht und abzulehnen.

b) Löschfunktionen

Der Empfänger stellt in seiner Mailbox manuell ein, dass eingetroffene E-Mails im Postfach oder im Spam-Ordner nach kurzer Zeit automatisch gelöscht werden.

In diesem Fall ist die E-Mail in den Machtbereich des Empfängers gelangt. Der Zugang ist erfolgt, soweit die E-Mail nach gewöhnlicher oder tatsächlicher Kenntnisnahme gelöscht wird. Wer also seine E-Mails zum Beispiel nach einer Woche automatisch löschen lässt, kann sich nicht auf fehlenden Zugang berufen. Der Erklärende ist insoweit schutzbedürftig, weil der Empfänger die Einstellung seines Postfachs selbst zu verantworten hat.

Falls die E-Mail bereits vor gewöhnlicher Kenntnisnahme gelöscht wird, muss dies ebenso gelten. Denn es kommt bei der Möglichkeit der Kenntnisnahme nicht auf die tatsächlichen, sondern die gewöhnlichen Umstände an.⁸⁹

V. Spezifika beim Zugang von E-Mail-Anhängen

Bei E-Mail-Anhängen wird diskutiert, ob sie unabhängig von der sie transportierenden E-Mail zugehen sollen.⁹⁰ Eine Ansicht lehnt die getrennte Bewertung des Zugangs von Anhang und E-Mail ab.⁹¹ Es gelte bei beiden § 130 Abs. 1 S. 1 BGB. Dafür spricht, dass die Anhänge mit der E-Mail eine Einheit bilden.⁹² Beide sind aneinander gebunden und gehen gleichzeitig in die Mailbox ein.⁹³ Demnach besteht bei beiden die Möglichkeit der Kenntnisnahme.

Dem wird entgegengehalten, dass ein Anhang auch unabhängig von der E-Mail existieren kann. Eine Bindung sei daher nicht zwingend. Dies werde dadurch unterstützt, dass Spam-Filter Anhänge aus E-Mails herausfiltern können.⁹⁴ E-Mail und Anhang sind also getrennt zu betrachten. Bei der Bewertung dieser Frage sind aber zwei Besonderheiten zu berücksichtigen: (1.) die Inkompatibilität der Programme zum Öffnen des Anhangs⁹⁵ sowie (2.) die Gefahr von Schadsoftware.

1. Inkompatibilität der Programme

Ein Unterschied zu Willenserklärungen in Form von E-Mails ist, dass der Empfänger zum Öffnen und Bearbeiten des Anhangs ein separates Programm benötigt⁹⁶. Darin könnte ein Grund liegen, den Zugang des Anhangs von dem der E-Mail zu trennen und nicht die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme ausreichen zu lassen.

Der Empfänger ist bei Problemen in der Kompatibilität der Software schutzwürdig, da er den Inhalt der Erklärung nicht lesen kann.⁹⁷ Die Schwierigkeit auf Seiten des Erklärenden ist zu wissen, welche Programme er voraussetzen kann und wann er schutzwürdig sein darf.

Im Grundsatz darf der Erklärende ohne vorherige Absprache mit dem Empfänger nicht verlangen, dass dieser ein bestimmtes Programm nutzt.⁹⁸ Die Widmung des Mailfaches⁹⁹ im Rechtsverkehr umfasst zwar die Bereitschaft, Erklärungen in Anhängen zu empfangen. Schließlich hat sich der Empfänger für den E-Mail-Weg mit all seinen Möglichkeiten entschieden. Dies gilt aber nicht für das Vorhandensein bestimmter vom Mail-Account losgelöster Computerprogram-

⁸⁴ Siehe dazu die Nachweise in Fn. 83.

⁸⁵ Vgl. Becker, ZJS 2018, 113 (117).

⁸⁶ Becker, ZJS 2018, 113 (117); Faust (Fn. 9), § 2 Rn. 24; vgl. Stadler (Fn. 13), § 17 Rn. 47.

⁸⁷ Siehe zur Qualifikation als Widmungsakt bereits die Nachweise in Fn. 31.

⁸⁸ Vgl. Becker, ZJS 2018, 113 (115 f.).

⁸⁹ BGH NJW 2014, 1010 (1011); Bork (Fn. 81), Rn. 619.

⁹⁰ Wietzorek, MMR 2007, 156 (157 ff.); vgl. Greiner/Kalle, JZ 2018, 535 (538 f.).

⁹¹ Wietzorek, MMR 2007, 156 (157 m.w.N.).

⁹² Kefferpütz, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 97a UrhG Rn. 27.

⁹³ Greiner/Kalle, JZ 2018, 535 (538 f.).

⁹⁴ Greiner/Kalle, JZ 2018, 535 (539); Spindler/Ernst, CR 2004, 437 (438).

⁹⁵ Greiner/Kalle, JZ 2018, 535 (539).

⁹⁶ Faust, in: Nomos Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2016, § 130 Rn. 44; Greiner/Kalle, JZ 2018, 535 (539).

⁹⁷ Vgl. BT-Drs. 14/4987, S. 20 li. Sp.; Burgard, AcP 195 (1995), 74 (103).

⁹⁸ Burgard, AcP 195 (1995), 74 (104 f.); vgl. Wietzorek, MMR 2007, 156 (158).

⁹⁹ Siehe zur Qualifikation als Widmungsakt bereits die Nachweise in Fn. 31.

me. Daher ist eine separate Absprache über zu nutzende Programme notwendig. Diese kann auch konkludent erfolgen, wenn der Empfänger ein Programm in der Vergangenheit bereits für den Erklärenden ersichtlich genutzt hat.¹⁰⁰

Eine Ausnahme gilt für allgemein zu erwartende, gängige Programme.¹⁰¹ Dazu zählen Programme zum Öffnen von PDF-Dokumenten,¹⁰² „doc“-Dateien¹⁰³ und JPEG-Formaten. Das Vorhandensein speziellerer Programme kann von privaten Nutzern jedoch nicht vorausgesetzt werden.¹⁰⁴ Das gilt auch, wenn der Empfänger die Möglichkeit hat, die notwendigen Programme kostenlos herunterzuladen.¹⁰⁵ Dies ist privaten Nutzern aufgrund der Gefahr technischer Probleme nicht zumutbar.¹⁰⁶

Bei Unternehmen ist auf die jeweilige Branche abzustellen.¹⁰⁷ So können von einem Rundfunksender spezielle Bild- und Tonbearbeitungsprogramme erwartet werden, nicht aber von einer Bäckerei.

2. Die hohe Gefahr vor Schadsoftware in Anhängen

Diese Einschränkung erscheint aber nicht weit genug. Zwar kann die E-Mail genauso verseucht sein, doch wird bzgl. der Belastung des Anhangs durch die Vertreter der Einheitslösung¹⁰⁸ eines verkannt: Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Anhang mit schadhafter Software belastet ist, ist viel höher als dies bei einer normalen E-Mail der Fall ist.¹⁰⁹ Er wird zudem regelmäßig auf den PC heruntergeladen. Daher ist ein anderer Risikomaßstab anzulegen.

Es wird vorgeschlagen, den Zugang der Anhänge nur dann von dem der E-Mail zu trennen, wenn die Anhänge objektiv gefährlich erscheinen.¹¹⁰ Dies ist jedoch nicht praxistauglich. Schädliche Anhänge sind von durchschnittlichen E-Mail-Nutzern äußerlich meist nicht von ungefährlichen zu unterscheiden. Das würde dazu führen, dass Nutzer ihre natürliche und anzurathende Zurückhaltung bei Anhängen¹¹¹ aufgeben würden. Es würde die Angst überwiegen, den Anhang als zugegangen gegen sich gelten lassen zu müssen. Daher wird ein (unvorsichtiges) Öffnen wahrscheinlicher. Das ist aufgrund der möglichen Folgen nicht zumutbar.

Nach einer anderen Ansicht soll die Unterscheidung nach Gefährlichkeit nicht nach objektiver Würdigung erfolgen. Als Maßstab seien vielmehr die Mailfilter und deren Einstellung heranzuziehen.¹¹² Das würde bedeuten, dass alle Anhänge, die nicht durch Mailfilter markiert oder gelöscht worden sind, als zugegangen gelten. Dabei wird jedoch übersehen, dass Mailfilter Lücken aufweisen können.¹¹³ Daher sinkt auch hier die Gefahr der Vireninfection nicht. Diese Lösung ist abzulehnen.

Folglich ist beim Anhang einer E-Mail generell auf die tatsächliche Kenntnisnahme abzustellen.¹¹⁴ Hier hat es also der Empfänger in der Hand, ob die Erklärung zugeht.¹¹⁵ Dies führt dazu, dass der Absender einer Willenserklärung im Anhang gegenüber Absendern von Erklärungen per Brief oder E-Mail schlechter gestellt wird. Allerdings entscheidet sich der Erklärende bewusst dafür, eine Willenserklärung per Anhang zu versenden. Er muss aufgrund der allgemeinen Warnungen damit rechnen, dass der Empfänger den Anhang nicht öffnet.¹¹⁶ Er ist nicht schutzwürdig. Mit dieser Lösung wird der Inkompatibilitäts-Problematik ebenso Genüge getan.

VI. Fazit

Komplexe technische Möglichkeiten erfordern komplexe rechtliche Reaktionen:

Wer sein E-Mail-Postfach vorsätzlich oder fahrlässig überfüllen lässt, muss abgewiesene Erklärungen als zugegangen bzw. bei erneutem Zugangsversuch als rechtzeitig zugegangen gegen sich gelten lassen.

Der Spam-Ordner gehört genauso zum Machtbereich des Empfängers wie der Posteingang. Es gelten die allgemeinen Zugangsmaßstäbe für eine im Spam-Ordner eingegangene Willenserklärung.

Der Einsatz von Spam-Filtern zum Schutz der Empfängersphäre vor einer Flut von unseriösen E-Mails ist gerechtfertigt – mit der Folge, dass vor der abrufbaren Abspeicherung in der Mailbox des Empfängers gefilterte und sodann gelöschte oder an den Absender zurückgesandte Erklärungen nicht zugehen.

Wenn eine künstliche Intelligenz nach dem Nutzerverhalten „entscheidet“, welche E-Mails abrufbar abgespeichert und/oder angezeigt werden, liegt deren Zugang vor. Der Online-Rechtsverkehr wird durch solche Funktionen unvorhersehbarer.

Wird eine abgesandte E-Mail vom Erklärenden zurückgerufen oder nachträglich verschlüsselt, ist der Anwendungsbereich der Widerrufsmöglichkeit gem. § 130 Abs. 1 S. 2

¹⁰⁰ Faust (Fn. 96), § 130 BGB Rn. 44; Greiner/Kalle, JZ 2018, 535 (539).

¹⁰¹ Burgard, AcP 195 (1995), 74 (104 f.); Greiner/Kalle, JZ 2018, 535 (539); Härtling (Fn. 20), Rn. 668, 678.

¹⁰² Noack/Kremer, in: Anwaltskommentar zum BGB, 2005, § 126b Rn. 21; a.A. Faust (Fn. 96), § 130 BGB Rn. 44; Greiner/Kalle, JZ 2018, 535 (538).

¹⁰³ Noack/Kremer (Fn. 102), § 126b BGB Rn. 21.

¹⁰⁴ Dörner, AcP 202 (2002), 363 (374); Faust (Fn. 96), § 130 BGB Rn. 44; Spindler (Fn. 6), § 130 BGB Rn. 12.

¹⁰⁵ Vgl. Dörner, AcP 202 (2002), 363 (374).

¹⁰⁶ Faust (Fn. 96), § 130 BGB Rn. 44.

¹⁰⁷ Borges, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, 2003, S. 266; vgl. Faust (Fn. 96), § 130 BGB Rn. 44.

¹⁰⁸ Wietzorek, MMR 2007, 156 (157 m.w.N., 159).

¹⁰⁹ Wietzorek, MMR 2007, 156 (157); vgl. Spindler/Ernst, CR 2004, 437 (438).

¹¹⁰ Wietzorek, MMR 2007, 156 (158).

¹¹¹ Greiner/Kalle, JZ 2018, 535 (539).

¹¹² Spindler (Fn. 6), § 130 BGB Rn. 13.

¹¹³ Vgl. <http://www.faz.net/aktuell/technik-motor/digital/antiviren-software-wirkungslose-waechter-14886195.html> (21.5.2019).

¹¹⁴ Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 34. Aufl. 2016, § 12 Rn. 1.35a; Faust (Fn. 96), § 130 BGB Rn. 44.

¹¹⁵ Dörner, AcP 202 (2002), 363 (371); Wietzorek, MMR 2007, 156 (158); vgl. Wendtland (Fn. 83), § 130 BGB Rn. 10.

¹¹⁶ Bornkamm (Fn. 114), § 12 UWG Rn. 1.35a; Greiner/Kalle, JZ 2018, 535 (539).

BGB zu erweitern. Bis zur tatsächlichen Kenntnisnahme ist eine analoge Anwendung interessengerecht. Auf den Zugang einer Widerrufserklärung muss ebenso verzichtet werden.

Wenn der Empfänger seine Löschfunktion im Postfach so scharf einstellt, dass E-Mails vor dem Zugangszeitpunkt gelöscht werden, gehen diese trotzdem zu.

E-Mail-Anhänge sind nicht automatisch mit ihrer Transport-E-Mail zugegangen. Allein die tatsächliche Kenntnisnahme bewirkt den Zugang der Erklärung im Anhang. Dieser Absender wird dadurch schlechter gestellt als der einer Erklärung in Brief- oder E-Mail-Form.

Das familienrechtliche Statusprinzip im Wandel

Von Wiss. Mitarbeiter **Tim Philipp Holler**, Gießen*

Die Prinzipien des Familienrechts stehen nach der Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen des gleichen Geschlechts im Zeichen des Umbruchs – eines grundlegenden Umbruchs in der normativen Ausgestaltung der Ehe als familienrechtliches Statusverhältnis. Der vorliegende Beitrag nimmt dieses auch außerhalb Deutschlands wahrzunehmende Phänomen zum Anlass, um die rechtstechnischen Entwicklungstendenzen im Statusprinzip des Familienrechts und die sie stimulierenden materiellen Wertungsmomente zu skizzieren und kritisch zu würdigen.

I. Der Begriff des familienrechtlichen Status

In einem ersten Schritt soll sich dabei dem Begriff des familienrechtlichen Status von seinen Außengrenzen genähert und dieser von der Bezeichnung des Personenstands unterschieden werden. Der Personenstand ist in § 1 Abs. 1 PStG legaldefiniert als die sich aus den Merkmalen des Familienrechts ergebende Stellung einer Person. Er umfasst unter anderem Daten über Geburt, Eheschließung, Begründung einer Lebenspartnerschaft und Tod sowie damit in Verbindung stehende familien- und namensrechtliche Tatsachen.¹ Demgegenüber findet sich in unserer Gesetzeslandschaft keine entsprechende Definition des Statusbegriffs.

1. Begriffliche Annäherung

Rechtliche Konturen werden jedoch beispielsweise der Begründung, Wirkung und Beendigung des Status der Beamten in § 1 des Beamtenstatusgesetzes und dem Status der Wehrpflichtigen nach § 58f des Soldatengesetzes gegeben. Auch auf europäischer Rechtsebene hat der Begriff des Status paradigmatisch in Art. 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention Eingang gefunden, nämlich im Verbot einer Diskriminierung im Genuss von Konventionsrechten wegen eines – neben Geschlecht, Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, etc. – „sonstigen“ Status.

a) Der Statusbegriff bei Jellinek

Betrachtet man die öffentlich-rechtliche Provenienz dieser hier keineswegs abschließend skizzierten Schlaglichter, so gibt die von Georg Jellinek in seinem System der subjektiven

öffentlichen Rechte entwickelte Statuslehre erste Anhaltspunkte für die Bedeutung des Statusbegriffs. Seine Statuslehre basiert auf dem Gedanken, dass die Positionen, in denen sich eine Person zum Staat befinden kann, zu Beziehungen werden, aus denen jeweils verschiedene Rechtswirkungen erwachsen, die Jellinek unter dem Begriff der subjektiven öffentlichen Rechte zusammenfasst: „Kraft seiner Zugehörigkeit zum Staate ist also das Individuum in eine Mehrheit von Statusverhältnissen gesetzt.“² Dabei unterscheidet Jellinek zwischen dem passiven, negativen, positiven und aktiven Status des Einzelnen im Staatsgefüge: „Leistungen an den Staat, Freiheit vom Staat, Forderungen an den Staat, Leistungen für den Staat sind die Gesichtspunkte, unter welchen die öffentliche Rechtsstellung des Individuums begriffen sein will.“³ Aufhorchen lässt nun die explizit in diesem Zusammenhang illustrierte Anleihe seiner öffentlich-rechtlichen Statuslehre an die Ehe als familienrechtliches Statusverhältnis: „Die Ehe qualifiziert die Individualität der Ehegatten in ihrem gegenseitigen Verhältnis [und] gewährt ihnen für die Dauer der Ehe unlösbar mit ihrer Person verknüpfte rechtliche Fähigkeiten.“⁴ Wesentlich ist, dass Jellinek wie im öffentlich-rechtlichen Status so auch in der Ehe „einen in der Regel nicht willkürlich zu ändernden oder aufzulösenden rechtlichen Zustand“ sieht und die Ehe insoweit unter den Ausdruck des „status familiae“ subsumiert.⁵ Insoweit teilt uns Jellinek mit, dass er seinen Statusbegriff „dem Vorbild des antiken Rechts entsprechend“ konstruiert.⁶

b) Der Statusbegriff im Römischen Recht

Geht man in einem zweiten Schritt näher an die Quellen dieses antiken Rechts heran, so fällt auf, dass das römische Recht den Begriff des status familiae wie auch die oft im selben Atemzug genannten Begriffe des status libertatis oder

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter an der Professur für Bürgerliches Recht und Rechtsphilosophie an der Justus-Liebig-Universität Gießen (Prof. Dr. Marietta Auer, M.A., LL.M., S.J.D. [Harvard]).

¹ Zur Abgrenzung des familienrechtlichen Status vom Personenstand siehe Kriewald, Statusrelevante Erklärungen des Familienrechts, 2009, S. 25 ff., 42 ff.; Muscheler, Familienrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 82 ff., 90 ff., 107 ff., 193 ff.; Röthel, StAZ 2006, 34 (40). Zur jüngsten Erweiterung des § 22 Abs. 3 PStG um die Geschlechtseintragung „divers“ siehe BVerfG NJW 2017, 3646 ff.; siehe dazu Märker, NZFam 2018, 1 ff.; Gössl, ZRP 2018, 174 ff.; Sanders, NZFam 2018, 241 ff.; Lindenberg, NZFam 2018, 1062 ff.; Jäschke, FamRZ 2018, 887 ff.; jüngst Völzmann, JZ 2019, 381 ff.

² Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1919, S. 86: „Die Ansprüche, die sich aus diesen Zuständen ergeben, sind das, was man als subjektive öffentliche Rechte bezeichnet.“

³ Jellinek (Fn. 2), S. 86 f. (passiver Status), S. 87, 94 ff. (negativer Status), S. 87, 114 f. (positiver Status), S. 87, 136 ff. (aktiver Status); ders., Allgemeine Staatslehre, 1921, S. 418 f. Fn. 1; zu jüngeren Reflexionen über Jellineks Statuslehre siehe Brugger, in: Härle/Vogel (Hrsg.), Vom Rechte, das mit uns geboren ist – Aktuelle Probleme des Naturrechts, 2007, S. 216 (219 f., 238 f.); Häberle, VVDStRL 30 (1972), 43 (86 ff.: „status activus processualis“).

⁴ Jellinek (Fn. 2), S. 88; siehe dazu Reh binder, in: Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch dargebracht von Mitgliedern der Juristischen Fakultät zum 65. Geburtstag, 1968, S. 141 (160).

⁵ Jellinek (Fn. 2), S. 88.

⁶ Jellinek (Fn. 3), S. 418; dazu siehe Reh binder (Fn. 4), S. 141 (159 f.).

civitas als solche gar nicht kennt.⁷ Ein Blick auf die Geschichte des Statusbegriffs und die in der gemeinrechtlichen Lehre bis in das 19. Jahrhundert zu ihm hervorgebrachten Reflexionsversuche ergibt vielmehr, dass diese Bezeichnungen unter dem Dach eines gestaffelten Grads an Rechtsfähigkeit mit dem privatrechtlichen Systembegriff der Person verbunden wurden.⁸ So weist etwa das lateinische *persona* seiner etymologischen Bedeutung zufolge ebenso wie das griechische *prósopon* – Gesicht, Miene, Gestalt – auf eine äußere Rollenzuschreibung des Menschen hin.⁹ Diese äußere Zuweisung findet im lateinischen *status* – Stand, Stellung, Verfassung, Ordnung – in gewisser Weise ihr inneres Pendant als „Ort einer Person im juristischen System“,¹⁰ als Stand des Menschen im Sinne seines Rechtszustandes innerhalb einer bestimmten Gesellschaftsschicht, also seiner dort eingenommenen Rechtsstellung.¹¹

2. Der „*status familiae*“ in Savignys System des heutigen Römischen Rechts

Nähert man sich dem römisch-rechtlichen Statusbegriff nun über die zu ihm einst ergangenen Untersuchungen, so stößt man auf *Friedrich Carl v. Savigny*s System des heutigen römischen Rechts. Darin gelingt *Savigny* innerhalb der Koordinaten des Privatrechts eine von den vorherigen Deutungsansätzen abweichende Funktionsbeschreibung des Statusbegriffs: „Status heißt in diesem technischen Sinn bey den Römischen Juristen die Stellung oder der Standpunkt, wel-

chen der einzelne Mensch im Verhältnis zu anderen Menschen einnimmt.“¹² Damit wendet sich *Savigny* gegen die gemeinrechtliche Doktrin, die nach den zuvor genannten Kriterien der Freiheit (*status libertatis*), des Bürgerrechts (*status civitatis*) und nach der Stellung im Familienverband (*status familiae*) einen dreifach abgestuften Grad an Rechtsfähigkeit unterschied und den Status einer Person, wie er paradigmatisch den ALR I 1 §§ 1, 7 zugrunde lag,¹³ als eine Eigenschaft begriff, vermöge deren ein Mensch gewisse Rechte habe.¹⁴ *Savigny* führte die Entwicklung dieser gemeinrechtlichen Lehre eines dreifachen Status auf eine „künstliche Herleitung“ aus den drei verschiedenen Formen zurück, wie ein Mensch im römischen Recht seine Gliedstellung innerhalb eines Personenverbandes verlieren konnte. Diese Formen einer rechtlichen Abstufung seien *Savigny* zufolge nicht mehr als „*capitis deminutio*“, sondern als „*status mutatio*“ bezeichnet worden, was in der Folge zu terminologischen Unschärfen geführt habe.¹⁵

⁷ Levy, ZRG (RA) 78 (1961), 142 (169): „Aber wir müssen uns doch der längst beobachteten Tatsache bewußt bleiben, daß die Römer der guten Zeit nicht so redeten. Weder kannten sie eine Dreiteilung der *status*, noch war ihnen auch nur eine der drei Wendungen geläufig.“; Kaser, Römisches Privatrecht, Bd. 1, 1975, S. 271 („nicht quellenmäßig“). Aus der Reihe von Abhandlungen, die gleichwohl einen dreifachen Status darstellen, seien nur genannt: *Hausmaninger/Selb*, Römisches Privatrecht, 7. Aufl. 1994, S. 73 ff.; *Mayer-Maly*, Römisches Privatrecht, 1991, S. 12 ff.

⁸ Bezeichnend insoweit *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung in das römische Recht, 6. Aufl. 2016, S. 34 f.: „Im Altertum ist die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, vor allem von der Zugehörigkeit des Menschen zu einer bestimmten Rechtsgemeinschaft abhängig: Solche Zugehörigkeit macht den *status personae* (die personenrechtliche Stellung des Einzelnen) aus. [...] Der *status personae* wird durch drei Merkmale näher bestimmt: Freiheit, Bürgerrecht, Stellung im agnatischen Familienverband.“; siehe ferner *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 1989, S. 284 ff., 287 ff.

⁹ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 15; *Kobusch*, Die Entdeckung der Person, 1993, S. 23 ff.; *Hetterich*, Mensch und „Person“ – Probleme einer allgemeinen Rechtsfähigkeit, 2016, S. 20 ff., 76 ff.; *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 1985, 169 f.

¹⁰ *Nörr*, ZRG (RA) 82 (1965), 67 (87).

¹¹ *Kobusch* (Fn. 9), S. 75, 79, 250; *Kriewald* (Fn. 1), S. 26; *Kaser* (Fn. 7), S. 271; *ders.*, Römisches Privatrecht, Bd. 2, 1975, S. 113; *Coing* (Fn. 9), S. 168 f.

¹² *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 2, 1840, S. 454. Im Zentrum von *Savigny*s Statusbegriff steht somit ein relationales Moment, das *Jellinek* mit ihm insoweit teilt, als dieser explizit von Statusverhältnissen spricht; siehe dazu *Jellinek* (Fn. 2), S. 86.

¹³ ALR I 1 § 1: „Der Mensch wird, in so fern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt, eine Person genannt.“; ALR I 1 § 7: „Die Mitglieder eines jeden Standes haben, als solche betrachtet, gewisse Rechte und Pflichten.“; siehe dazu *Roth*, Ausgestaltungen der Rechtsfähigkeit im 19. und 20. Jahrhundert, 2008, S. 51 („Möglichkeit einer nach Ständen abgestuften Rechtsfähigkeit“). Der hinter diesem Statusbegriff stehende Grundgedanke kann mit *Samuel v. Pufendorf* in Verbindung gebracht werden, für den die verschiedenen Status als *entia moralia* des Menschen existierten, innerhalb derer sich dieser verwirklichte, sodass die individuelle natürliche Person in rechtlicher Hinsicht entsprechend ihrer verschiedenen Status eine Vielzahl von *personae morales* darstelle; siehe dazu *Hetterich* (Fn. 9), S. 83. Mit *Immanuel Kant* vollzog sich im Rechtsdenken jedoch eine Wende in das diametral Entgegengesetzte: Nicht weil der Mensch einzelne von außen bestimmte Status innehat, ist er eine Person, sondern weil der Mensch eine Person ist, ist er rechtsfähig; siehe dazu *Hetterich* (Fn. 9), S. 86. Monströse Aberrationen von dieser Begründungsumkehr des Personseins lebten indes während des Nationalsozialismus auf. Die entsprechend inspirierte Rechtswissenschaft betrachtete den Menschen als einen Volksgenossen; siehe dazu *Larenz*, Rechtsperson und subjektives Recht, 1935, S. 24: „An die Stelle der jedem Menschen zukommenden Fähigkeit, ‚Person‘, und d.h. möglicher Träger jedes denkbaren Rechts zu sein, muß also in der neuen Systematik die konkrete Rechtsfähigkeit des Volksgenossen treten, deren besonderer Umfang sich jeweils nach seiner Fähigkeit zu bestimmten Gliedstellungen richtet.“

¹⁴ *Savigny* (Fn. 12), S. 444, 446.

¹⁵ *Savigny* (Fn. 12), S. 470, 474; siehe dazu *Hetterich* (Fn. 9), S. 120, 128 f.; *Muscheler* (Fn. 1), Rn. 91. Dabei bezeichnet der Begriff der *capitis deminutio* jeden Vorgang, durch den

a) Der Statusbegriff im Privatrecht

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklungsgeschichte gelang es *Savigny*, die Begriffe des status libertatis und des status civitatis als beide die privatrechtliche Rechtsfähigkeit bedingend unter einem einheitlichen „status publicus“¹⁶ kurz-zuschließen und diesem staatsrechtlichen einen genuin privatrechtlichen Statusbegriff gegenüber zu stellen,¹⁷ unter dem für ihn die römischen Juristen „nichts Anderes verstanden haben, als das hier Vorausgesetzte, nämlich: die Stellung, welche der einzelne Mensch in den verschiedenen Arten des Familienverhältnisses einnimmt.“¹⁸ Was sich verschiedentlich als „ius personarum“, „personarum status“ oder „status hominum“ sowohl in den Institutionen als auch in den Digesten finden lässt,¹⁹ bezeichne im römischen Recht die Familienstellung des Menschen und bilde den Gegensatz zu dessen Stellung als Bürger im Staat.²⁰ Dementsprechend lag für *Savigny* das „eigentliche Wesen“ der Familienrechtsverhältnisse „in der Stellung, welche der Einzelne in diesen Verhältnissen einnimmt, darin daß er nicht bloß Ehegatte, Vater, Sohn ist, also in einer fest bestimmten, von der individuellen Willkür unabhängigen, in einem großen Naturzusammenhang begründeten *Lebensform*.“²¹ Darum heiße „auch dieses Familienverhältnis eines Menschen vorzugsweise ein status desselben.“²²

b) Heutiges Begriffsverständnis

Im Lichte dieses begriffsgeschichtlichen Fingerzeigs ist festzuhalten, dass der Begriff des familienrechtlichen Status im Spiegel seiner ursprünglichen Reflexionsversuche nicht von dem modernen Bedeutungsgehalt einer allgemeinen und gleichen Rechtsfähigkeit zeugt, wie sie in § 1 BGB Ausdruck findet und heute durch die Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG

eine Person die Gliedstellung in ihrem Verband verlor, wobei zwischen der capitis deminutio maxima (Verlust der Freiheit), der capitis deminutio media oder minor (Verlust des Bürgerrechts) und der capitis deminutio minima (Ausscheiden aus der agnatischen Familienstellung) unterschieden wurde; siehe dazu *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Recht, 21. Aufl. 2017, § 13 Rn. 3.

¹⁶ *Savigny* (Fn. 12), S. 454 f., 468 f., 471 f.; siehe dazu auch *Hetterich* (Fn. 9), S. 128 Fn. 180.

¹⁷ *Savigny* (Fn. 12), S. 471 f.: „Status bezeichnet zwey Verhältnisse des öffentlichen Rechts (Freiheit und Civität), und aus dem Privatrecht alle der Familie angehörnde Rechtsverhältnisse. [...] Keine dieser beiden Anordnungen hat im Römischen Recht einen unmittelbaren Ausdruck gefunden, aber für jede derselben läßt sich eine indirecte Anerkennung nachweisen.“; siehe dazu *Hetterich* (Fn. 9), S. 128 f.

¹⁸ *Savigny* (Fn. 12), S. 460.

¹⁹ Im Einzelnen siehe etwa Inst. 1.3. („De iure personarum“); Hermogenianus D. 1.5.2. („de personarum statu“); D. 1.5. („De statu hominum“).

²⁰ *Savigny* (Fn. 12), S. 464 f.

²¹ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 349 f. (*Hervorhebung im Original*).

²² *Savigny* (Fn. 21), S. 350.

verfassungsrechtlich verbürgt ist. Denn die „Vorstellung des Status als Determinante der Rechtsfähigkeit(en) einer Person“²³ kann heute nicht mehr mit dem Begriff des familienrechtlichen Status verbunden werden.²⁴ Was ist mit diesem Begriff stattdessen gemeint? Greift man *Savignys* Gedanken auf, so geht es darum, einen Menschen als natürliche Person relational, also in einem bestimmten familienrechtlichen Verhältnis zu anderen Personen zu betrachten.²⁵ Im Ergebnis verbirgt sich hinter dem Begriff des familienrechtlichen Status somit die Zuweisung bestimmter Rechtsfolgen an sich typischerweise in persönlichen Beziehungen auswirkende, personenrechtliche Merkmale – also ein familienrechtlich ausgestaltetes Modell der „personalen Binnenkoordination.“²⁶ Mit Freilegung dieser Begriffssenz lässt sich der familienrechtliche Status heute definieren als eine durch das Familienrecht einer Person beziehungsrechtlich zugeschriebene Eigenschaft – etwa verheiratet, verwandt oder verschwägert zu sein –,²⁷ die in den verschiedensten Rechtsgebieten Wirkungen auslöst und die ihr einen Inbegriff unterschiedlicher Rechte und Pflichten vermittelt.²⁸

II. Entwicklungstendenzen im familienrechtlichen Status der Ehe

Auf dem Boden dieser Begriffsbestimmung sollen nun zwei zentrale Entwicklungstendenzen im Status der Ehe in den Blick genommen werden. Zum einen lässt sich die Entwicklung identifizieren, dass Rechtswirkungen nicht mehr ausschließlich an den Ehestatus, sondern auch an nichteheliche Paarbeziehungen geknüpft werden, sich Rechtswirkungen also vom Ehestatus *emanzipieren* (1.). Zum anderen zeigt die rechtsordnungsübergreifend wahrzunehmende Öffnung der Ehe, dass dieser familienrechtliche Status zunehmend *expandiert*, also ein von der bisherigen Paarkonfiguration abweichendes Beziehungsmodell in den Ehebegriff aufgenommen wird (2.).

²³ *Kriewald* (Fn. 1), S. 28.

²⁴ *Hausmaninger/Selb* (Fn. 7), S. 75 f.; *Röthel*, in: Lipp/Röthel/Windel (Hrsg.), Familienrechtlicher Status und Solidarität, 2008, S. 85 (107). Eine jüngere Reminiszenz an diese Sichtweise findet sich jedoch bei *Pawlowski*, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl. 2013, Rn. 96–277, der die Rechts-, Geschäfts- und Deliktsfähigkeit als „einzelne Statusrechte“ (Rn. 148 ff.) unter der Überschrift „Status der Person“ behandelt.

²⁵ Zu dieser relationalen Perspektive siehe *Röthel* (Fn. 24), S. 85 (107 Fn. 106); *Kriewald* (Fn. 1), S. 29; siehe ferner *Windel*, in: Lipp/Röthel/Windel (Fn. 24), S. 1 (10 f.). Eine Betonung der personalen Perspektive findet sich bei *Muscheler* (Fn. 1), Rn. 95; *ders.*, StAZ 2006, 189 (197) (Status als „qualitas personae“).

²⁶ *Röthel*, StAZ 2006, 34 (41).

²⁷ Zu diesen und weiteren familienrechtlichen Statusverhältnissen siehe *Muscheler* (Fn. 1), Rn. 95.

²⁸ *Muscheler* (Fn. 1), Rn. 95, 91; *ders.*, StAZ 2006, 189 (197); *Röthel* (Fn. 24), S. 85 (107 f.).

1. Die Emanzipation vom Ehestatus

Man kann diesen ersten Entwicklungsprozess mit einem Schlagwort beschreiben, das sich paradigmatisch unter der Federführung von *Ingeborg Schwenzer* herausgebildet hat: „Vom Status zur Realbeziehung.“²⁹ Ihr Ansatz plädiert im Wesentlichen für die rechtliche Anerkennung einer gerade nicht rechtsverbindlichen Personenbeziehung und für ein punktuelles Anknüpfen von Rechtsfolgen an ein solches Nicht-Statusverhältnis.³⁰ Ein modernes Familienrecht sei durch das materielle Wertungsprinzip individueller Verantwortung geprägt, das darin zum Ausdruck komme, dass Rechtsfolgen statusunabhängig an real gelebte Beziehungen und faktisch übernommene Beistandspflichten anzuknüpfen seien.³¹

a) Das Erbrecht als Beispiel eines sich vom Ehestatus emanzipierenden Rechtsgebiets

Dieser Trend zur Emanzipation rechtlicher Folgen vom Ehestatus ist rechtsordnungsübergreifend insbesondere im Erbrecht wahrzunehmen.³² So sieht etwa das österreichische Erbrecht für den Fall, dass kein gesetzlicher Erbe vorhanden ist, ein außerordentliches Erbrecht des faktischen Lebensgefährten vor.³³ Die Aktivierung dieses gesetzlichen Erbteils setzt voraus, dass der nichteheliche Lebensgefährte mit dem Verstorbenen zumindest in den letzten drei Jahren vor dem Erbfall in einem gemeinsamen Haushalt gelebt hat, wobei ein gemeinsamer Haushalt nicht erforderlich ist, wenn der Führung eines solchen erhebliche Gründe, etwa gesundheitlicher oder beruflicher Art, entgegenstanden, ansonsten aber eine für Lebensgefährten typische besondere Verbundenheit bestand.³⁴ Noch ausgeprägter verläuft ein solcher Emanzipationsprozess des Erbrechts vom Ehestatus zugunsten des überlebenden Partners einer faktischen Lebensgemeinschaft in

Brasilien. Ausgangspunkt der dortigen Entwicklung war, dass der überlebende Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft im Unterschied zum Ehegatten nicht nur mit Abkömmlingen und Vorfahren, sondern auch mit Seitenverwandten des Erblassers konkurrierte und nur an demjenigen Teil des Nachlasses partizipierte, der während der Lebensgemeinschaft entgeltlich erworben wurde.³⁵ Diese Ungleichbehandlung ist durch den brasilianischen Supremo Tribunal Federal für verfassungswidrig erklärt worden, weil die bisherige Rechtsgestaltung die nichteheliche Lebensgemeinschaft innerhalb des gesetzlichen Erbrechts gegenüber der Ehe diskriminiere.³⁶

Auch in der deutschen Diskussion finden sich verschiedene Ansätze zur Aufwertung der Realbeziehung im Erbrecht.³⁷ Dabei werden die Vorschriften zum Erbteil, Voraus und Pflichtteil des Ehegatten (§§ 1931, 1932, 2303 BGB) zwar nicht analog zugunsten des überlebenden Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft angewendet.³⁸ Jedoch wird dieser Lebensgefährte, soweit er zur Zeit des Todes des Erb-

³⁵ Art. 1790, 1892, 1830 bras. Código Civil; siehe dazu *Schmidt*, FamRZ 2017, 1117 ff.; *Dutta*, AcP 216 (2016), 609 (650).

³⁶ Supremo Tribunal Federal 10.5.2017, Recurso Extraordinário Nr. 878.694/MG; siehe dazu *Schmidt*, FamRZ 2017, 1117 (1118 m.w.N.).

³⁷ Gegen eine Aufnahme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in das Erbrecht siehe *Bosch*, FamRZ 1983, 227 (238). Für eine partielle Erstreckung erbrechtlicher Positionen auf den überlebenden Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft siehe *Leipold*, AcP 180 (1980), 160 (180 f.: „in Härtefällen eine Beteiligung am Nachlaß kraft richterlichen Ermessens“). Differenzierend *Goetz*, FamRZ 1985, 987 (990 f.: „Angemessen für das deutsche Erbrecht erscheint die Schaffung eines Legalvermächtnisses, das nur im Fall der gesetzlichen Erbfolge eingreifen sollte.“; vgl. ferner den Beschluss Nr. 11 des 57. Deutschen Juristentages, abgedruckt in NJW 1988, 2998 (2998): „a) Die Einführung eines gesetzlichen Erbteils der Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft wird abgelehnt (angenommen: 121:5:4). b) Es empfiehlt sich eine dem Voraus (§ 1932 Abs. 1 BGB) entsprechende Regelung bezüglich der Hausratsgegenstände zugunsten des überlebenden Partners [...] (angenommen: 84:30:16).“

³⁸ Siehe dazu OLG Saarbrücken NJW 1979, 2050 (2501): „Ein solches eheähnliches Verhältnis ist im Hinblick auf die besondere rechtliche Ausgestaltung, die gerade die Ehe durch den Gesetzgeber erfahren hat, ein völliges ‚aliud‘. Nach dem Familien-, insbesondere dem Eherecht kann die rechtliche Bewertung eines solchen ehelosen Zusammenlebens zwischen Mann und Frau nicht erfolgen, da die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen, vor allem die §§ 1371, 1931 BGB, eine Ehe zwingend voraussetzen. Eine etwaige analoge Anwendung würde einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG beinhalten, wonach eben nur Ehe und Familie unter besonderen staatlichen Schutz gestellt sind [...]“; ferner siehe OLG Frankfurt NJW 1982, 1885; dazu *Strätz*, FamRZ 1980, 301 (306); *Diederichsen*, NJW 1983, 1017 (1024 f.).

²⁹ *Schwenzer*, Vom Status zur Realbeziehung, 1987, S. 26, 274 ff. („from status to contract and relation“; Hervorhebung im Original), die damit die von *Henry Sumner Maine* geprägte Chiffre „from Status to Contract“ variiert. Mit dieser Chiffre fasste *Henry Sumner Maine* in seinem Werk „Ancient Law“ das fünfte Kapitel „Primitive Society and Ancient Law“ zusammen und beschreibt damit den Übergang von archaischen Rechtsformen zum klassischen (römischen) Recht.

³⁰ *Schwenzer* (Fn. 29), S. 276.

³¹ *Schwenzer* (F. 29), S. 276; *dies.*, *RebelsZ* 71 (2007), 705 (712); in diese Richtung deutet auch der jüngste Beschluss des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien hin, vgl. BVerfG BeckRS 2019, 7418.

³² Siehe dazu grundlegend *Dutta*, AcP 216 (2016), 609 (645 ff.); *Hoischen*, Die Vermögensauseinandersetzung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Deutschland und Frankreich, 2017, S. 21 ff., 45 ff., 181 ff.; siehe ferner *Dethloff*, NJW 2018, 23 (25).

³³ § 748 ABGB.

³⁴ Zu dieser Neuerung im österreichischen Recht siehe *Steiner*, ZEV 2016, 131 ff.; *Maurer-Stroh/Roglmeier*, ZERB 2017, 10 ff.

lassers zu dessen Hausstand gehörte und von ihm Unterhalt bezog, unter die nach § 1969 BGB berechtigten Familienangehörigen subsumiert.³⁹ Dies hat zur Folge, dass der überlebende Partner für die ersten 30 Tage nach dem Eintritt des Erbfalls wie in bisheriger Weise Unterhalt beziehen kann und die Wohnung wie auch die Haushaltsgegenstände benutzen darf. Sollte man nun den nächsten Schritt wagen und den bislang an den Ehestatus gekoppelten Erbteil, Voraus und Pflichtteil öffnen und diese Elemente gleichermaßen dem überlebenden Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zuweisen?

b) Bewertung der Statusemanzipation

Nach der hier vertretenen Meinung ist zu beachten, dass gerade die Statusbasierung von Rechtsfolgen einen entscheidenden Vorteil gegenüber einer Anknüpfung an eine nicht statusgegründete Realbeziehung aufweist: „Wo rechtlicher Schutz nur an die konkrete Gestaltung einer Beziehung, die Erbringung persönlicher Leistungen und finanzieller Beiträge im Einzelfall angeknüpft und an ihnen individuell Maß genommen wird, muss der Binnenraum der Beziehung ausgeleuchtet, die Privat- und Intimsphäre vor dem Richtertisch preisgegeben werden. Nicht zuletzt davor bewahren Statusverhältnisse.“⁴⁰ Diese Konsequenzen, die bei der Anknüpfung von Rechtsfolgen an eine Realbeziehung drohten, veranschaulichen, dass einer solchen faktischen Partnerschaft eine zentrale Eigenschaft fehlt, die den Charakter statusorientierten Rechts auszeichnet – nämlich die Entlastung davon, das Innenleben der ein Statusverhältnis begründenden Personen ausforschen zu müssen. Diese im Ergebnis befriedigende Funktion des familienrechtlichen Status – seine „wohlthuende Enthaltsamkeit [...] gegenüber Inhalten der persönlichen Bindung“⁴¹ – garantiert gleichermaßen Privatheit wie Intimität und belegt damit eindrücklich die Leistungsfähigkeit einer statusbasierten Erbrechtsaktivierung.

Darüber hinaus bringt die Anknüpfung von Rechtsfolgen an vorgeformte Statusverhältnisse einen weiteren entschei-

denden Vorteil mit sich. Betrachtet man nämlich die rechtstechnische Seite der statusbasierten Aktivierung von Rechtsfolgen, so müsste auch die Realbeziehung als ein solches aktivierendes Anknüpfungsmoment rechtssicher ausformbar sein. Gerade hierbei erweisen sich die rechtstechnischen Eigenschaften eines Statusverhältnisses – Stabilität, Transparenz und Rechtsklarheit – als vorteilhaft, weil sie personale Beziehungen rechtlich vorprägen.⁴² Wollte man dies auf die Realbeziehung übertragen, bedürfte es einer gesetzlichen Definition, die eine rechtlich relevante Realbeziehung von einer irrelevanten Realbeziehung abgrenzt.⁴³ An entsprechenden Typisierungsversuchen fehlt es zwar nicht,⁴⁴ doch bringen diese zum einen die Schwierigkeit mit sich, dass sie im Einzelfall entweder zu weit oder zu eng sind und damit keine rechtssichere Grundlage bereitstellen können, weil diese Definition Feststellungen über die inneren und nicht bis ins Letzte ergründbaren Grundlagen der Lebensgemeinschaft abverlangt.⁴⁵ Zum anderen geriete die mit einem solchen Definitionsbedürfnis beginnende Verrechtlichung auch mit dem inneren Wesen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, gerade nicht vollständig durch das Recht erfassbar sein zu wollen, in Widerspruch.⁴⁶

Vor dem Hintergrund dieser Aspekte dürfte die künftige Entwicklung des Familienrechts in rechtstechnischer Hinsicht weniger von einer Aufgabe der Statusorientierung oder einer

⁴² Zu den dogmatischen Strukturprinzipien familienrechtlicher Statusverhältnisse siehe *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 1 Rn. 40: „Statik und Transparenz sind den Familienverhältnissen eigentümlich.“; *Röthel* (Fn. 24), S. 85 (107): „Dauerhaftigkeit und Sichtbarkeit sind typische Anzeichen von Statusbeziehungen [...]“; siehe ferner *Kriewald* (Fn. 1), S. 31 ff. (Statusklarheit, Statusfestigkeit, Statuswahrheit); zu den weiteren Statusrechtsstrukturen der Intentionalität, Unität, Singularität, Totalität, Stabilität, Formalität, Generalität, Verität, Indisponibilität und Kapazität siehe *Muscheler* (Fn. 1), Rn. 183 ff. Zur rechtlichen Ausgestaltung statusbegründender und -lösender Erklärungen siehe *Kriewald* (Fn. 1), S. 42 ff., 65 ff., 81 ff., 239 ff.; *Muscheler* (Fn. 1), Rn. 88, 100 ff., 113 ff.

⁴³ Zur Problematik, den Tatbestand einer faktischen Partnerschaft zu erfassen, siehe *Dutta*, AcP 216 (2016), 609 (638 ff.); siehe ferner *Röthel* (Fn. 24), S. 85 (111).

⁴⁴ Sowohl das BVerfG als auch der BGH definieren die nichteheliche bzw. eheähnliche Lebensgemeinschaft als „Lebensgemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau, die auf Dauer angelegt ist, daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Entstehen der Partner füreinander begründen, also über die Beziehungen in einer reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen.“, vgl. BVerfGE 87, 234 (264) = NJW 1993, 643 (645) und BGHZ 168, 245 (252) = NJW 2006, 2687 (2688).

⁴⁵ *Röthel* (Fn. 24), S. 85 (111).

⁴⁶ *Dutta*, Warum Erbrecht?, 2014, S. 459: „[...] die Beteiligten wollen überhaupt außerhalb eines rechtlichen Regimes – sei es vertraglich oder gesetzlich – stehen.“; siehe ferner *Röthel* (Fn. 24), S. 85 (112).

³⁹ OLG Düsseldorf NJW 1983, 1566 (1567): „Zu den Familienangehörigen gehören dementsprechend nicht nur die eigentlichen Familienmitglieder – Ehegatte, Verwandte und Verschwägte –, sondern auch sonstige dem Erblasser nahestehende Personen, wie z.B. Freunde und Pflegekinder [...]. Entscheidend ist, daß diese wegen ihrer persönlichen Beziehungen zum Erblasser und ihrer tatsächlichen Aufnahme in die Familiengemeinschaft als zu ihr gehörig angesehen werden [...]. Deshalb wird, soweit die Literatur diese Frage überhaupt anspricht, die Lebensgefährtin, welche mit dem Erblasser in einem eheähnlichen Verhältnis gelebt hat, zu dem Kreis der nach § 1969 BGB berechtigten Personen gerechnet.“; vgl. ferner den Beschluss Nr. 10 c) des 57. Deutschen Juristentages, abgedruckt in NJW 1988, 2998 (2998): „Bei todesfallbedingter Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist an eine Unterhaltsregelung entsprechend § 1696 BGB zu denken, gegebenenfalls unter Verlängerung der Monatsfrist (angenommen: 86:34:12).“

⁴⁰ *Muscheler* (Fn. 1), Rn. 197.

⁴¹ *Röthel* (Fn. 24), S. 85 (112).

Hinwendung zur Realbeziehung geprägt sein. Vielmehr sollte grundsätzlich am familienrechtlichen Statusprinzip festgehalten werden. Dieses Statusprinzip steht allerdings vor der Entwicklung zu einem „Recht staatlich vorgeformter und abgesicherter, jedoch stets in Wandlung begriffener und offener Rollen“⁴⁷ – kurz: einer „Sozialsicherung durch Festlegung dynamischer Erwartungschancen.“⁴⁸ Wenn der Statusbegriff damit gewissermaßen zu einem Tor für die rechtliche Abbildung der vielfältigen und wandelbaren Lebens- und Beziehungsformen avanciert, stellt sich die Frage, wie weit der Ehestatus in materieller Hinsicht zukünftig noch expandieren darf und welche Paarbeziehungsformen dann als „verschiedene Typen von Ehe“⁴⁹ an dessen – seien es erb- oder auch steuer- und sozialrechtlichen – Wirkungen teilhaben werden.⁵⁰

2. Die Expansion des Ehestatus

Dass der Ehestatus in seiner Binnenstruktur bereits in mehreren Rechtsordnungen auf gleichgeschlechtliche Paarbeziehungsformen ausgedehnt wurde, zählt zu den prominentesten Phänomenen des gegenwärtigen Familienrechts.⁵¹

a) Erklärbarkeit durch die primäre Deutung der Ehe als Liebes- und Beistandsgemeinschaft

Dieses Phänomen der Statusexpansion wird verständlich, wenn man die Öffnung der Ehe in ihrer inhaltlichen Tragweite als normativen Ausdruck eines primär individualistischen, den wechselseitigen Beistandscharakter betonenden

Eheverständnisses begreift.⁵² Diese Betrachtungsweise findet sich auch in der Entscheidungsserie des BVerfG zur Angleichung der Lebenspartnerschaft an die Ehe wieder. Dem BVerfG zufolge besteht die innere Rechtfertigung für die Anordnung eines besonderen Schutzes der Ehe durch Art. 6 Abs. 1 GG im Charakter der Ehe als subjektiv-individualistische Lebens- und Verantwortungsgemeinschaft: „Die Rechtfertigung der Privilegierung der Ehe, und zwar auch der kinderlosen Ehe, liegt, insbesondere wenn man sie getrennt vom Schutz der Familie betrachtet, in der auf Dauer übernommenen, auch rechtlich verbindlichen Verantwortung für den Partner.“⁵³ Ausgehend von dieser betont individualistischen Wesensbeschreibung der Ehe können an sich keine Denkblockaden hinsichtlich gleichgeschlechtlicher Verantwortungsgemeinschaften als Eheformen aufrechterhalten werden. Daher scheint einer Aufnahme einer gleichgeschlechtlichen Paarbeziehung in den zivilrechtlichen Ehebegriff auf den ersten Blick nichts im Wege zu stehen. Im Gegenteil: Man könnte vielleicht sogar die künftige Hauptaufgabe einer modernen Familienrechtswissenschaft darin sehen, weitere Paarbeziehungsformen rechtlich zu identifizieren und diese auf ihre Aufnahmefähigkeit in den Ehebegriff des § 1353 BGB hin zu evaluieren.⁵⁴ Die Konsequenz einer solchen begrifflichen Expansion des Ehestatus wäre jedoch, dass sich auch polygame sowie zeitlich und sachlich befristete Paarbeziehungsformen als Beistands- und Verantwortungsgemeinschaften denken lassen könnten und damit auch als Formen einer noch weiter geöffneten Ehe werten lassen müssten.⁵⁵ Denn es wäre inkonsistent, unter Rückgriff auf den Charakter der Ehe als einer primär subjektiv-individualistisch verfassten Liebes- und Verantwortungsgemeinschaft gleichgeschlechtliche Paare in den Ehebegriff aufzunehmen, eine solche Aufnahme aber mehrpoligen und anderweitigen Beziehungsformen zu verweigern, soweit man diese als solidarische und untereinander gleichberechtigte Beistandsbeziehungen wahrnehmen sollte.

⁴⁷ Reh binder (Fn. 4), S. 141 (169).

⁴⁸ Reh binder (Fn. 4), S. 141 (169). Zu den Konsequenzen einer solchen Verrechtlichung personaler Binnenstrukturen und der damit verbundenen Ausdehnung des Staatseinflusses Forst hof f, DÖV 1955, 648 (649): „[...] Erlahmen des Dranges nach Selbstständigkeit im Sinne der Unabhängigkeit vom Staat [...]. Wer einmal die Wohltat staatlicher Subventionen genossen hat, verzichtet ungern auf die Anlehnung an den Staat.“; siehe ferner Werner, in: Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag, Bd. 2: Staats- und Verfassungsrecht, 1966, S. 153 (161 f.): „Konjunktur des Rechts“ [...] „juridifizierte[] Welt des Sozialstaates“; dazu Reh binder (Fn. 4), S. 141 (169).

⁴⁹ Muscheler (Fn. 1), Rn. 200.

⁵⁰ Dazu siehe auch Röthel, StAZ 2006, 34 (40, 34); ferner Auer, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie, 2018, S. 59 („höchstwahrscheinlich noch gar nicht abgeschlossene[] Öffnung des Ehebegriffs“).

⁵¹ Dazu umfassend Coester-Waltjen, Rechtsvergleichendes Gutachten über die Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe in ausgewählten Rechtsordnungen, 2018, S. 10 ff., 29 ff., 68 ff., 73 ff., 97 ff., 104 ff., online unter: <https://www.bayern.de/wp-content/uploads/2018/03/gutachte-n-ehe-fuer-alle-prof-coester-waltjen.pdf> (15.5.2019); dies., ZEuP 2018, 320 (323); siehe ferner Boele-Woelki, RabelsZ 82 (2018), 1 (23 f.); Dethloff, NJW 2018, 23 (25 f.); Dutta, AcP 216 (2016), 609 (620 ff.).

⁵² Auer, AcP 216 (2016), 239 (259 ff., 264); dies. (Fn. 50), S. 59 f. („Vertragsprinzip als Grundlage des Eheschlusses“).

⁵³ BVerfGE 124, 199 (225 f.) = NJW 2010, 1439 ff.

⁵⁴ Zur Einbeziehung neuer Lebensformen in den Ehebegriff siehe Dethloff, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, 2011, S. 409 (425): „Die Definition von Ehe und Familie muss heute grundsätzlich von Toleranz gegenüber unterschiedlichen gelebten Paar- und Familienformen geprägt sein und diesen rechtlichen Schutz zuerkennen. [...] Es [das Familienrecht] darf die sich wandelnden Familienformen, und dazu gehören auch polygame Lebensformen, nicht ignorieren, wenn es seine Schutzfunktion erfüllen soll.“ Differenzierend Brudermüller, Paarbeziehungen und Recht, 2017, S. 40 ff., 58 ff. (gleichgeschlechtliche Beziehung); S. 50 ff., 76 f., 199, 218 ff. (Polygamie); S. 45 ff., 68 ff., 225 ff. (plurale und alternative Paarbeziehungsformen).

⁵⁵ In diese Richtung beispielsweise Auer (Fn. 50), S. 59.

b) Die Ambivalenz der verfassungsrechtlichen Zulässigkeitsdebatte

Auf den zweiten Blick stellt sich aber die Frage, ob einer solch weitreichenden Expansion des Ehestatus durch Art. 6 Abs. 1 GG verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt sind. Bereits die vielfältigen Reflexionsversuche zur im Sommer 2017 Gesetz gewordenen „Ehe für alle“ sprechen sich einerseits für⁵⁶ und andererseits gegen⁵⁷ deren verfassungsrechtliche Zulässigkeit aus und zeichnen damit ein insgesamt ambivalentes Bild des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs.⁵⁸ Demgegenüber findet sich in der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG – neben dem individualistischen Legitimationsdenken des verfassungsrechtlichen Eheschutzes – die Feststellung, dass ein materieller Unterschied zwischen der verschiedengeschlechtlichen Ehe und der vormaligen gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft, die nach der Öffnung der Ehe nun nicht mehr eingegangen werden kann,⁵⁹ besteht. So wurde in der Entscheidung zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der eingetragenen Lebenspartnerschaft das natürliche Familienpotential der verschiedengeschlechtlichen Ehe als deren genuines Spezifikum gegenüber der gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft herausgestellt: „Der Unterschied, dass aus einer auf Dauer verbundenen Zweierbeziehung von Mann und Frau gemeinsame Kinder erwachsen können, aus einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft dagegen nicht, rechtfertigt es, verschiedengeschlechtliche Paare auf die Ehe zu verweisen, wenn sie ihrer Lebensgemeinschaft eine dauerhafte Rechtsverbindlichkeit geben wollen.“⁶⁰ Auch in seiner Entscheidung zum Ausschluss des Lebenspartners vom Erbschaftssteuerfreibetrag des Ehegatten hob das BVerfG mit dem natürlichen Familienpotential der Ehe ein Unterscheidungskriterium gegenüber der Lebenspartnerschaft hervor: „In ihrer Eignung als Ausgangspunkt der Generationenfolge unterscheidet sich die Ehe grundsätzlich von der Lebenspart-

nerschaft. Da die Lebenspartnerschaft auf gleichgeschlechtliche Paare begrenzt ist, können aus einer solchen Beziehung grundsätzlich keine gemeinsamen Kinder hervorgehen. Demgegenüber ist die Ehe als Verbindung verschiedengeschlechtlicher Partner möglicher Ursprung einer eigenen Generationenfolge.“⁶¹

Dieses Zusammentreffen individualistischer Denkkategorien mit dem natürlichen Familienpotential der Ehe hilft zu erkennen, dass man dem Gesamtcharakter des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs nicht gerecht wird, wenn man den besonderen Schutz der Ehe einseitig entweder auf ihre Funktion als Verantwortungsgemeinschaft⁶² oder ihr natürliches Familienpotential⁶³ zurückführt. Jede extreme Verschiebung in die eine oder andere Richtung führte nämlich zu einem verkürzten Verständnis des Ehebegriffs.⁶⁴ Daher ist nach der hier vertretenen Meinung die Aufnahme der Ehe in den Schutz-

⁶¹ BVerfGE 126, 400 (427) = NJW 2010, 2783 ff.

⁶² In diese Richtung BVerfGE 124, 199 (225); siehe ferner *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, Kommentar zum GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 43, 78: „Die Ehe genießt als Beistands- und Verantwortungsgemeinschaft, durch die sie den Staat entlastet, besonderen Schutz. Eine reproduktive Funktion, wie sie die Familie aufweist, kommt der Ehe nicht zu. [...] Nach hier verteilter Auffassung nehmen an der Institutsgarantie neben der Existenz der Ehe nur diejenigen Strukturprinzipien der Ehe teil, die zur Gewährleistung ihrer Funktion als wechselseitiger Beistands- und Verantwortungsgemeinschaft notwendig sind oder sich aus anderen Verfassungsbestimmungen ergeben.“

⁶³ In diese Richtung etwa *Ipsen*, NVwZ 2017, 1096 (1099): „Dies ist der tiefere Grund, warum der Verfassungsgeber auch die Ehe – nicht nur die Familie – unter den besonderen Schutz des Staates gestellt hat. Das Zusammenleben zweier Partner – sei es auch auf Dauer angelegt – allein vermag eine Schutzpflicht des Staates nicht auszulösen. Es will nicht einleuchten, warum neben dem Grundrechtsschutz, der jedem Bürger zuteilwird, nur die Zuneigung zweier Partner gleichen Geschlechts und die Absicht, eine Lebensgemeinschaft zu führen, eine besondere Schutzpflicht des Staates sollte begründen können.“ (*Hervorhebungen im Original*); siehe ferner *Di Fabio*, NJW 2003, 993 („Verfassungsentscheidung für die vitale Gesellschaft“).

⁶⁴ So auch *Böcking*, Der „besondere“ Schutz der Ehe gem. Art. 6 Abs. 1 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2017, S. 237: „Diese durch das Bundesverfassungsgericht vorgenommene, rein funktionale Auslegung führt dazu, dass die Funktionen der Ehe aufgespalten werden. Dabei bleibt auf der Strecke, dass die Ehe gerade deswegen geschützt wird, weil sie mehrere Funktionen in sich vereinigt.“; siehe dazu auch *Windel*, in: Barnstedt u.a. (Hrsg.), Was gehen den Staat Ehe und Partnerschaft an?, 2002, S. 45 (51): „[...] dass man das Gesamtinstitut Ehe in einzelne Funktionsbereiche mit unterschiedlich starkem verfassungsrechtlichem Schutz aufgliedert.“; siehe ferner *Muscheler* (Fn. 1), Rn. 200: „Warum sollte es undenkbar sein, dass das Gesetz verschiedene Typen von Ehe zur Verfügung stellt, zwischen denen man wählen kann [...]?“.

⁵⁶ So etwa *Gärditz*, FF 2018, 8 (10); *Hecker*, NVwZ 2018, 621; *ders.*, NJOZ 2018, 641 ff.; *Pschorr/Drechsler*, JA 2018, 122 (131); *Meyer*, FamRZ 2017, 1281 ff.; *Wasmuth*, NJ 2017, 353 ff.; *Bäumerich*, DVBl. 2017, 1457 (1461 ff.); *Blo-me*, NVwZ 2017, 1658 (1660 ff.).

⁵⁷ So etwa v. *Coelln*, NJ 2018, 1 ff.; *Haydn-Quindeau*, NVwZ 2018, 206 f.; *ders.*, NJOZ 2018, 201 ff.; *Schmidt*, NJW 2017, 2225 ff.; *Ipsen*, NVwZ 2017, 1069 ff.; *Froese*, DVBl. 2017, 1152 ff.; *Holler/Bender*, JSE 2017, 1 ff.

⁵⁸ Siehe dazu *Wollenschläger*, Rechtsgutachten für die Bayerische Staatsregierung zur Frage der verfassungsrechtlichen Bewertung des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, 2018, online abrufbar unter:

<https://www.bayern.de/wp-content/uploads/2018/03/gutachte-n-ehe-fuer-alle-prof.-wollenschlaeger-1.pdf> (15.5.2019).

⁵⁹ Nach Art. 3 Abs. 3 des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.7.2017 (BGBl. I 2017, 2787 – in Kraft getreten am 1.10.2017) können in Deutschland Lebenspartnerschaften ab Inkrafttreten dieses Gesetzes nicht mehr begründet werden; siehe dazu BT-Drs. 18/6665 und 18/12989.

⁶⁰ BVerfGE 105, 313 (352) = NJW 2002, 2543 ff.

titel des Art. 6 Abs. 1 GG dadurch gerechtfertigt, dass sich in der Ehe die Stabilität einer gegenseitigen Einstands- und Verantwortungsgemeinschaft mit dem natürlichen Potential, sich auf dieser Basis zur Familie entwickeln und dieser eine zuverlässige Grundlage bieten zu können, vereinigt.⁶⁵ Erst die Kombination dieser beiden Facetten legitimiert ihren besonderen Schutz.⁶⁶ Vor dem Hintergrund dieser Überlegung ist die Expansion des Ehestatus zugunsten gleichgeschlechtlicher Paarbeziehungsformen verfassungsrechtlich angreifbar, wenn man darauf hinweist, dass nach dem derzeitigen Stand aus einer gleichgeschlechtlichen Beziehung keine gemeinsamen Kinder hervorgehen können und sich die verschiedengeschlechtliche Ehe wegen ihres natürlichen Familienpotentials insoweit von ihrer gleichgeschlechtlichen Alternative unterscheidet.⁶⁷ Man wird mit dieser Expansion des Ehestatus jedoch dann keine Probleme haben, wenn man dazu bereit ist, auch einer gleichgeschlechtlichen Eheform ein Familienpotential insoweit zuzugestehen, als man diese Partner auf die Möglichkeit einer Adoption verweist und die in diesen Partnerschaften faktisch leistbare Erziehung von Kindern ausreichen lässt.⁶⁸

III. Ausblick: Rechtswirkungsbezogene Differenzierungen im Eheformenangebot

Hielte man die Expansion des Ehestatus auf dem Boden dieser letzteren Überlegung gleichwohl für verfassungsrechtlich zulässig, so wird man die Frage zulassen müssen, ob sich die zuvor in Einzelpunkten materiell vollzogene Angleichung der Lebenspartnerschaft an die Ehe nun künftig unter dem umgekehrten Vorzeichen ihres natürlichen Familienpotentials als materielle Abgrenzung der umfassenden verschiedengeschlechtlichen und familienpotentiellen Ehe (§ 1353 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB) von der gleichgeschlechtlichen und nicht von sich aus familienpotentiellen Eheform (§ 1353 Abs. 1

S. 1 Alt. 2 BGB) sukzessive wiederholen kann. Lässt man sich nämlich auf den Gedanken ein, dass die gleichgeschlechtliche Ehe nicht gegen ein von Art. 6 Abs. 1 GG vorgegebenes Strukturprinzip verstoßen sollte, so bleibt noch zu klären, ob ein in Bezug auf einzelne – beispielsweise erb-, steuer- oder auch sozialrechtliche – Rechtswirkungen differenzierendes Eheformenangebot mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist. Es käme also darauf an, ob die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehe nach § 1353 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB und das mit dieser Eheart verbundene natürliche Familienpotential ein hinreichend gewichtiges Unterscheidungsmerkmal im Verhältnis zur gleichgeschlechtlichen Eheform sein kann.

Nach der hier vertretenen Meinung wird man sich bei dieser Diskussion vor Augen zu führen haben, dass es dem BVerfG zufolge mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar war, Ehegatten nicht das Institut der Lebenspartnerschaft zu öffnen, weil „aus einer auf Dauer verbundenen Zweierbeziehung von Mann und Frau gemeinsame Kinder erwachsen können, aus einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft dagegen nicht [...]“.⁶⁹ Wenn man nun umgekehrt die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare verfassungsrechtlich nicht beanstanden will, sollte man diesem materiellen Unterschied konsequenterweise aber weiterhin Rechnung tragen. Dies ist möglich, indem man den expandierten Ehestatus hinsichtlich der mit ihm jeweils verbundenen Rechtswirkungen unter der Fragestellung aufspaltet, inwieweit eine jeweilige Rechtsfolge jedenfalls auch auf dem natürlichen Familienpotential einer vom expandierten Ehestatus umfassten Paarbeziehung beruht.⁷⁰ Im künftigen familienrechtlichen Diskurs gilt es also, hinsichtlich einzelner mit der Ehe verbundener Statuswirkungen Farbe bezüglich des normativen Stellenwerts des mit dem jeweiligen Ehetyp gegebenen oder ausgeschlossenen natürlichen Familienpotentials zu bekennen.⁷¹

⁶⁵ So auch Böcking (Fn. 64), S. 236 f. („Funktionskombination“).

⁶⁶ Ebenso Böcking (Fn. 64), S. 236 f.

⁶⁷ In dieser anfänglichen Unmöglichkeit eines gemeinsamen Kindes liegt auch ein wesentlicher Unterschied zur kinderlos gebliebenen verschiedengeschlechtlichen Ehe, bei der sich die prinzipiell mögliche Gründung einer eigenen Familie – jedenfalls vom Erbfall aus zurückblickend – erst nachträglich nicht verwirklicht hat; siehe ferner Ipsen, NVwZ 2017, 1096 ff.

⁶⁸ Zu den Möglichkeiten einer Familiengründung für gleichgeschlechtliche Partnerschaften siehe beispielsweise <https://www.familyship.org/> (15.5.2019); kritisch dazu Ipsen, NVwZ 2017, 1096 (1098 f.): „Vielfach ist vorgebracht worden, dass Paare gleichen Geschlechts Kinder adoptieren und deshalb ebenso wie verschiedengeschlechtliche Partner eine Familie gründen könnten. [...] Zur Adoption freigegebene Kinder müssen jedoch bereits in einer – anderen – Familie geboren sein. Hierin besteht der nach wie vor nicht zu leugnende Unterschied zwischen Ehe, die von Partnern verschiedenen und solchen, die von Partnern gleichen Geschlechts geschlossen werden; nur Ersteren ist das Fortpflanzungspotenzial zu eigen.“

⁶⁹ BVerfGE 105, 313 (352).

⁷⁰ In diese Richtung bereits BVerfGE 105, 313 (359; Sondervotum Papier: „Grenzen für eine substantielle Gleichstellung“).

⁷¹ So wird man die bisher nur an die verschiedengeschlechtliche Ehe geknüpften Statuswirkungen auf ihre Kompatibilität mit der gleichgeschlechtlichen Eheform hin kritisch untersuchen können, vgl. etwa Löhnig, NZFam 2017, 643 ff. („Ehe für alle – Abstammung für alle?“); Binder/Kiehnle, NZFam 2017, 742 ff. („Ehe für alle“ und Frauen als Väter“); Knoop, NJW-Spezial 2017, 580 (581): „[...] noch jede Menge zu tun: Sei es die Anpassung der Rechtsvorschriften, die ausdrücklich von Mann und Frau sprechen (z.B. beim Ehenamen: § 1355 Abs. 2 BGB) [...]“; zum Abstammungs- und Partnerschaftsrecht siehe Engelhardt, NZFam 2017, 1042 ff. („Die ‚Ehe für alle‘ und ihre Kinder“); ferner siehe Schwab, FamRZ 2017, 1284 ff.; ders., FamRZ 2016, 1 ff.

„Aberratio ictus“ als „error in persona vel objecto“ in der Sphäre des § 16 Abs. 1 StGB (?)

Anmerkungen zur Begriffsbildung und Unterscheidungsfähigkeit strafrechtlicher Irrtumsdogmatik

Von Wiss. Mitarbeiter **Martin Heuser**, Regensburg

Die Irrtumskonstellation der „aberratio ictus“ hat das Besondere an sich, einerseits von derjenigen des „error in persona vel objecto“ unterschieden, andererseits mit ihr auf das Engste verbunden zu sein, wie sich dies nicht zuletzt auch an den bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten erweist. Der Beitrag unternimmt darum den Versuch, diesen unbefriedigenden Befund auf die unzuweckmäßige Vermengung zweier an sich voneinander unterschiedener Irrtümer in der Begriffsbildung vom „error in persona vel objecto“ zurückzuführen, da im Falle einer „aberratio ictus“ sowohl ein für die Vorsatzbildung unbeachtlicher „error in persona“ als auch ein dafür beachtlicher „error in objecto“ gegeben sind. Vor diesem Hintergrund unterliegt insbesondere die These einer Gleichbehandlung von „aberratio ictus“ und „error in persona“ der Kritik, weil vielmehr eine solche von „aberratio ictus“ und „error in objecto“ angezeigt erscheint.

I. Zur Wirkung eines Tatbestandsirrtums

Nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB „handelt nicht vorsätzlich“, „wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört“. Wer beispielsweise bei seinem Tun nicht erkennt, dass er tatsächlich auf einen Menschen schießt, der kennt einen Umstand nicht, der mit dem darin normierten Tatobjekt („anderer Mensch“) zum gesetzlichen Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB gehört. Infolge dieser Fehlvorstellung vermag er mangels zutreffenden *Wissens* in seinem Tun kein hierauf basierendes *Wollen*, und mithin auch keinen Totschlagsvorsatz zu bilden. Die Norm des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB erkennt somit an, welche Auswirkungen ein Irrtum der handelnden Person über die Qualität ihres Handelns unter strafgesetzlichen Zurechnungsnormen auf ihre Handlung haben muss. Fehlt infolge eines Irrtums nämlich der entsprechende tatbestandliche Vorsatz, so ist dem Gesetzesanwender die Zurechnung des von der handelnden Person verwirklichten objektiven Tatbestandes zum subjektiven Tatbestand nicht möglich. Eine Zurechnung der objektiv tatbestandlichen Handlung zur Schuld dieser handelnden Person kommt schließlich nicht länger in Betracht. In der Folge ist sie unter dem betreffenden Delikt freizusprechen.¹

Vor diesem Hintergrund lässt sich dann jedoch nicht mit Recht sagen, dass durch den Tatbestandsirrtum der Vorsatz „vernichtet“ werde.² Denn nach dieser Diktion müsste ein Vorsatz ja trotz des Irrtums qualitativ bereits als existent vorausgesetzt worden sein, sodass die handelnde Person unter dem zu prüfenden Delikt immer schon als vorsätzlich agie-

render „Täter“ angesehen würde.³ Die Norm des § 16 Abs. 1 StGB wäre dann eine gesetzliche Regelung, die nicht bloß die Zurechnung mangels tatbestandlicher Voraussetzungen derselben unterbräche, sondern eine solche, die gleichsam ex post die Qualität der substanziell bereits vorsätzlichen Handlung als solcher negierte, und dem „Täter“ somit von der für ihn gedanklich bereits vorgesehenen Strafe nachträglich wieder befreite. Die Nichtexistenz des Vorsatzes (im Irrtumsfalle) wäre somit vom Zufall einer entsprechenden Prüfung durch den Gesetzesanwender abhängig.

Dem steht im Ergebnis letztlich auch die Ansicht nahe, die für die Vorsatzbestimmung auf ein voluntatives Moment verzichten möchte, und in § 16 Abs. 1 S. 1 StGB folglich eine indirekte sowie vollständige Definition des Vorsatzes erblickt.⁴ Demnach handelt von vornherein schon vorsätzlich, wer sich nicht im Tatbestandsirrtum befindet, sodass der maßgebliche Vorsatz jedenfalls aus derjenigen Perspektive, die ein voluntatives Moment für die Bestimmung des Vorsatzes fordert, nach dieser Ansicht, die ein solches nicht fordert, unzulässig unterstellt wird. Denn der fehlende Tatbestandsirrtum, d.h. die zutreffende Kenntnis aller maßgeblichen Tatumstände, begründet nach ihr noch nicht den Vorsatz. Freilich läuft eine solche Unterstellung mit ihrer Verschmelzung des Vorsatzes mit der Fahrlässigkeit dann in der Tendenz auf eine von der Vorsatzschuld unabhängige Erfolgshaftung hinaus. Dies lässt sich insbesondere an der Irrtumskonstellation des zufälligen Fehlgehens der Tat (*aberratio ictus*) erweisen. Allerdings setzt ein solcher Nachweis Klarheit in den zugrundeliegenden Begrifflichkeiten voraus:

II. Der „error in persona vel objecto“ als Tatbestandsirrtum

Denn die für die Vorsatzbildung überwiegend als beachtlich angesehene Irrtumskonstellation der *aberratio ictus* wird gewöhnlich in Abgrenzung zu der dafür weithin als unbeachtlich angesehenen Konstellation des *error in persona vel objecto* behandelt. Nun konfundiert diese letztgenannte Irrtumskategorie begrifflich allerdings zwei voneinander *prima facie* unterschiedene Irrtümer, nämlich den Irrtum über die Person (Identitätsirrtum) und den Irrtum über das Objekt (Objektsirrtum), sodass die Abgrenzung zwischen *aberratio ictus* und *error in persona vel objecto* notwendig unklar werden muss, wenn diese beiden in der letztgenannten Begriffsbildung verknüpften Irrtümer jeweils eine unterschiedliche Behandlung für sich selbst erforderlich machen. In diesem Fall suggerierte

¹ Dazu m.w.N. nur *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar 29. Aufl. 2014, § 15 Rn. 2 f., 6 ff., § 16 Rn. 1 ff.

² So aber beispielsweise *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 23 Rn. 8, 15.

³ Kritisch dazu deshalb auch *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 8 Rn. 80.

⁴ Dafür etwa *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 16 Rn. 1 f.; *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 246.

nämlich die nicht etwa exklusive, sondern einheitliche Verknüpfung beider Irrtümer durch das lateinische „vel“ („oder auch“) eine Gleichartigkeit, die gerade unter der gesetzlichen Bestimmung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB nicht gegeben wäre. Ist der error in persona vel objecto also tatsächlich insgesamt als unbeachtlich anzusehen?

Sollte der Irrtum über das individuelle Subjekt (im Objekt) als bloßer *Identitätsirrtum* die Vorsatzbildung ausschließen, dann müsste die Identität des betreffenden Tatobjekts gesetzliches Vorstellungsmerkmal der betreffenden strafbaren Handlung sein. Als generell-abstrakte Regelung wird sich aber kein Strafgesetz finden, das seine Rechtsfolge in einer strafbaren Handlung an die individuelle Identität irgendeines Tatobjekts knüpft. Ob der Täter beispielsweise die Person der Identität X oder Y vorsätzlich tötet bzw. töten will, ist der generell-abstrakten Regelung des Strafrechts (§ 212 Abs. 1 StGB) aus gutem Grund egal,⁵ da sie ihre Rechtsfolge objektiv an das von der subjektiven Identität der daran individuell beteiligten Rechtssubjekte unabhängige Totschlagsunrecht knüpft, und folglich bloß einen anderen Menschen als taugliches Tatobjekt gesetzlich bestimmen muss. Aus diesem Grund wird der bloße error in persona ganz allgemein mit Recht als unbeachtlich betrachtet.⁶ Betrachtete man den bloßen Identitätsirrtum dagegen als einen die Vorsatzbildung stets⁷ oder auch nur gegebenenfalls⁸ behindernden Tatbestandsirrtum, so würden in der Konsequenz letztlich willkürliche Vorstellungen und rein subjektive Motive, wie sie mit jeder Handlung freilich stets auch immer verbunden sind, gleichsam nachträglich über ihre Vorsätzlichkeit sowie ihre Strafbarkeit entscheiden.⁹ Dagegen gehört zum gesetzlichen

Tatbestand einer strafbaren Handlung objektiv immer auch ein gesetzlich bestimmtes Tatobjekt, auf welches der Vorsatz subjektiv bezogen sein muss, da die Handlung andernfalls subjektiv nicht auf den objektiven Unrechtserfolg der strafbaren Handlung gerichtet wäre. Aus diesem Grund behindert ein *Objektsirrtum* auch im Grundsatz von vornherein die Vorsatzbildung, sodass der error in objecto zur Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB führen muss.

1. Ungesetzliche Unterscheidung nach Un-/Gleichwertigkeit der Objekte

Demnach ist der error in persona vel objecto tatsächlich nicht insgesamt als unbeachtlich anzusehen, sondern lediglich der error in persona, sodass die unglückliche Begriffsbildung, die den Identitätsirrtum mit dem Objektsirrtum konfundiert, zu begrifflichen Unklarheiten sowie Verwirrungen führen muss:

a) Begriffliche Verwirrung in der Definition selbst

So heißt es etwa in einem gewichtigen Lehrbuch zum Strafrecht paradigmatisch: „Beim Irrtum über das Handlungsobjekt (error in persona vel in objecto) irrt sich der Täter über die Identität des Handlungsobjekts.“¹⁰ Es wird hier also der Objektsirrtum als „Irrtum über die Person oder auch das Objekt“ spezifiziert, und schließlich als Identitätsirrtum definiert. Träfe diese Definition indes zu, dann wäre der Irrtum über das Objekt eigentlich stets nur ein Irrtum über das individuelle Subjekt (im Objekt), sodass man besser ganz generell nur noch von einem Subjekts- bzw. Identitätsirrtum sprechen würde, weil diese den Begriff des Objekts mit dem von einem Subjekt verwechselnde Erklärung den error in objecto vollkommen auf den error in persona reduziert. So liegt es auch dort, wo man unter einem „error in objecto (oft in Form eines error in persona)“ eine „Verwechslung des Tatobjekts“ zu verstehen angibt, und dieses Tatobjekt sodann wiederum über seine subjektive Identität zu bestimmen können glaubt.¹¹

Nun mag es zwar sein, dass jeder Objektsirrtum tatsächlich stets auch einen Identitätsirrtum zur Folge hat, sodass es „error in objecto vel persona“ heißen könnte. Gewiss ist aber nicht jeder Identitätsirrtum zugleich ein Objektsirrtum, weshalb mit dieser Begriffserklärung (des Objektsirrtums als Identitätsirrtum) nicht der in der Sache zutreffende Ausschluss des error in persona aus der Sphäre des Tatbestandsirrtums zu gewinnen ist. Wenn beispielsweise der Knecht Rose in der Dämmerung auf den Kantorsohn Harnisch schießt, weil er ihn für den Zimmermann Schliebe hält, den zu töten er gemäß Anstiftung des Rosahl eigentlich angetreten war, dann liegt mit Blick auf § 212 Abs. 1 StGB zwar ein Identitätsirrtum, jedoch kein Objektsirrtum vor. Denn Harnisch und Schliebe sind gleichermaßen andere Menschen als taugliches Tatobjekt im Sinne dieser Norm.

⁵ Deshalb ist auch der Satz *Koriaths*, JuS 1998, 215 (216) unrichtig, „Zweifelloso ist die Identität des Opfers ein Aspekt der Tat, also ist sie Vorsatzgegenstand“, und kaum mit seinen weiteren Überlegungen zur Unbeachtlichkeit des error in persona (*Koriath*, JuS 1998, 215 [218]) vereinbar, sodass er sich schließlich zur Rettung der Unbeachtlichkeit in eine „teleologische Wertung“ (220) flüchten muss, die schwerlich mehr sein kann, als eine begriffslose Intuition, die er selbst mit Recht für kein ausreichendes Argument erachtet.

⁶ Die Unbeachtlichkeit des error in persona (Identitätsirrtum) für die Vorsatzbildung ist weithin unumstritten; siehe nur RGSt 18, 337; 19, 179 f.; BGHSt 11, 268 (270 f.); 37, 214 (216); BGH NSTz 1998, 294 f.

⁷ So etwa noch *Geib*, Archiv des Criminalrechts 1838, 36 ff. oder *Rothkugel*, Der Irrtum über das Objekt der Straftat, 1909, S. 28 ff.

⁸ Wie einstmals nur v. *Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl. 1919, S. 170 f. und gegenwärtig konsequent wohl alleine *Walter* (Fn. 4), S. 285 ff. (292 ff. i.V.m. 280), der da zur Vorsatzfeststellung im Anschluss an v. *Liszt* und *Dohna* fragt, „ob der Täter auch gehandelt hätte, wenn der Identitätsaustausch von ihm vorausgesehen worden wäre“.

⁹ Schwerlich haltbar deshalb auch *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 195: „[...] die Unbeachtlichkeit des error in persona [ist] nichts [...] kategorial Notwendiges, sondern ein Ergebnis teleologischer Interpretation [...], das auch anders ausfallen könnte“.

¹⁰ *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 311.

¹¹ *Roxin* (Fn. 9), § 12 Rn. 193 ff.; *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, S. 30 ff.

Definiert man den Objektsirrtum allerdings unter Verwechslung des Begriffs des Objekts mit dem vom Subjekt kurzerhand als Identitätsirrtum, und mithin – da Objekts- und Identitätsirrtum keine Wechselbegriffe mit einerlei begrifflicher Sphäre sind – als etwas von ihm selbst Verschiedenes, dann liegt im berühmten Rose-Rosahl-Fall¹² für den Rose infolge seines Identitätsirrtums ein Objektsirrtum vor, sodass eigentlich auch ein die Vorsatzbildung behindernder Tatbestandsirrtum im Sinne von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB gegeben sein würde. Der bloße Identitätsirrtum, den man mit dieser falschen Definition des Objektsirrtums allerdings nur irrig für einen Objektsirrtum selbst hält, tangiert jedoch die auf das Tatobjekt des Totschlagsunrechts bezogene Vorsatzbildung tatsächlich nicht. In der Folge dieser fehlerhaften Begriffsbildung resultiert deshalb nun die Verlegenheit, diesen bloßen Identitätsirrtum als in der Sache unbeachtlichen Irrtum wieder aus der Sphäre des (beachtlichen) Tatbestandsirrtums ausscheiden zu müssen. Zu diesem Zweck bedarf es dann zusätzlicher begrifflicher Bestimmungen, die sich dem Gesetz (§ 16 Abs. 1 StGB) eben deshalb nicht entnehmen lassen. Gefragt wird daher nach der gattungsmäßigen Gleichwertigkeit bzw. Ungleichwertigkeit der Tatobjekte: Ist das tatsächlich getroffene Tatobjekt mit dem seiner individuellen Identität nach subjektiv irrig vorgestellten Tatobjekt gattungsmäßig qualitativ gleichwertig, so sei der Irrtum für den Vorsatz unbeachtlich, andernfalls wirke er vorsatzausschließend.¹³ Für Rose war sein Irrtum demnach im Ergebnis unbeachtlich, da Harnisch und Schliebe als andere Menschen gleichermaßen taugliche Tat- sowie Vorsatzobjekte im Sinne von § 212 Abs. 1 StGB vorstellten.

Geprüft wird mit diesem Kriterium der gattungsmäßigen Gleichwertigkeit – freilich unausgesprochen – also bloß nochmals, ob entgegen der falschen Definition des Objektsirrtums (als Identitätsirrtum) tatsächlich überhaupt ein Objektsirrtum (als Irrtum über die gesetzliche Objektsqualität des tatsächlichen Handlungsobjekts) vorliegt. Denn wenn subjektiv vorgestelltes und objektiv getroffenes Handlungsobjekt gattungsmäßig gleichwertig sind, dann ist die subjektive Vorstellung des Handelnden über sein gesetzliches Tatobjekt insofern zutreffend. Es liegt dann tatsächlich schon gar kein Objektsirrtum vor mit der Konsequenz, dass diese Konstellation eines bloßen Identitätsirrtums im Ergebnis auch zutreffend aus der Sphäre des Tatbestandsirrtums ausgeschieden wird. Allerdings widerspricht diese gleichsam nachträgliche begriffliche Bestimmung der vorgängigen begrifflichen Bestimmung des Objektsirrtums als Identitätsirrtum, denn ein Identitätsirrtum liegt hier gerade vor. Es ist also widersprüchlich, den Objektsirrtum zunächst als Identitätsirrtum zu definieren, und den nach dieser Definition als Objektsirrtum bestimmten Identitätsirrtum schließlich aus der Sphäre des Objektsirrtums wieder auszuschließen, weil im bloßen Identitätsirrtum keine unzutreffende Vorstellung über die Gleich-

wertigkeit des Tatobjekts, d.h. überhaupt gar kein Objektsirrtum gelegen war.¹⁴ Wohl deshalb notierte bereits *Binding* mit Blick auf den error in persona zutreffend: „Dieser Irrtum ist ganz falsch als *error in objecto* bezeichnet worden, falsch deshalb, weil der Täter die Tauglichkeit des Objekts gerade für den wider es gerichteten Angriff ganz klar erkennt.“¹⁵

b) Begriffliche Verwirrung in der Einschätzung der Vorsatzrelevanz des Irrtums

Entsprechend dieser in sich widersprüchlichen Handhabung des error in persona vel objecto, die den Begriff des Objekts im Grunde ihrer Begriffsbildung mit dem eines individuellen Subjekts verwechselt, finden sich in der Literatur scheinbar ganz gegensätzliche Aussagen über dessen Vorsatzrelevanz. Im Ergebnis besteht allerdings – und zwar mit Recht – fast gänzlich unwidersprochene Einigkeit dahingehend, dass der bloße Irrtum über die individuelle Identität des Objekts für die Vorsatzbildung unbeachtlich ist, während der Irrtum über die Qualität des Objekts selbst beachtlich sein soll:¹⁶

Subsumiert man nämlich den error in objecto irrig unter den error in persona, und erachtet man den Letzteren dabei im Ergebnis zutreffend als unbeachtlich für die mögliche Vorsatzbildung, dann heißt es, der error in objecto sei insgesamt ein unbeachtlicher Irrtum.¹⁷ Es gilt dann „als gefestigter *Lehrsatz*, daß ein Irrtum in der Person oder im Gegenstand nicht schadet (*error in persona vel in objecto non nocet*)“¹⁸. In der Tendenz geht diese Aussage nach ihrem objektiven Begriffsgehalt jedoch zu weit, weil der Irrtum über das gesetzlich bestimmte Tatobjekt selbst (*error in objecto*) natürlich eine auf das Tatobjekt gesetzlich bezogene Vorsatzbildung unmöglich macht. Eben deshalb gelangen einige Vertreter dieser Begriffsbestimmung schließlich auch im

¹⁴ Teils richtig, teils unrichtig also *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 15 Rn. 24 mit seiner These, dass der gleichwertige error in objecto mit dem error in persona vel objecto schlechterdings nichts zu tun habe.

¹⁵ *Binding*, Die Schuld im deutschen Strafrecht, 1919, S. 83 Fn. 3, S. 89 f. (Zitat S. 90); *ders.*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 3, 1918, S. 193 ff., deshalb mit der Unterscheidung „echter/unechter“ Objektsirrtum. Zu Unrecht glaubt *Rath*, Zur strafrechtlichen Behandlung der aberratio ictus und des error in objecto des Täters, 1993, S. 14, die Begriffsbestimmung *Bindings* also als überwunden, denn es handelt sich bei ihr entgegen *Martins*, Versuch über die Vorsatzzurechnung am Beispiel der aberratio ictus, 2008, S. 28 Fn. 45 nicht um eine „willkürliche normative Begrenzung“. Willkürlich ist alleine die Definition des Objektsirrtums als Identitätsirrtum.

¹⁶ Zu diesem Konsens *Roxin* (Fn. 9), § 12 Rn. 193 ff.

¹⁷ Dafür besonders *Puppe*, GA 1981, 1 ff.; *dies.* (Fn. 4), § 16 Rn. 74, 93 f.

¹⁸ So *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 13 Rn. 20; in der Sache ebenso *Rath*, Zur Unerheblichkeit des error in persona vel in objecto, 1996, S. 9 ff.; *Stein*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2017, § 16 Rn. 37; vgl. dazu auch *Hettinger*, JuS 1992, L 65 ff.

¹² Preußisches Obertribunal GA 1859, 322 ff.

¹³ Siehe statt aller beispielsweise nur *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, Rn. 1103 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2018, Rn. 372 ff.

Falle der Irrtumskonstellation der *aberratio ictus* fälschlicherweise zur Unbeachtlichkeit dieses Irrtums.¹⁹

Erachtet man bei vorstehender Subsumtionslage den *error in persona* als „gleichwertigen“ *error in objecto* für unbeachtlich, dann heißt es gelegentlich, der „sonst unbeachtliche *error in objecto*“ gewinne im Falle der Ungleichwertigkeit ausnahmsweise „die Bedeutung eines Tatbestandsirrtums“.²⁰ Indem diese Auffassung jedoch den *error in objecto* ebenfalls irrig unter den *error in persona* subsumiert, steht ihr Regel-Ausnahme-Verhältnis natürlich noch auf dem Kopf. Denn richtigerweise ist der *error in persona* schon darum kein Tatbestandsirrtum, weil er kein *error in objecto* ist, während dieser bereits im Grundsatz ein solcher ist.

Subsumiert man dagegen umgekehrt den *error in persona* irrig unter den *error in objecto*, und erachtet man den Letzteren dabei im Ergebnis zutreffend als grundsätzlich beachtlich für die Vorsatzbildung, so heißt es alsdann wiederum, bloß der gleichwertige *error in objecto* (im Sinne des *error in persona*) sei ein für die mögliche Vorsatzbildung unbeachtlicher bzw. unwesentlicher Irrtum.²¹ Indem diese Aussage also immerhin das Regel-Ausnahme-Verhältnis wieder zurechtrückt, ist sie lediglich noch insofern als misslich zu betrachten, als sie *error in persona* und *error in objecto* falsch unterscheidet. Doch dieser Fehler lässt sich nicht aufheben, solange er in der Begriffsbildung vom *error in persona* vel *objecto* nicht als solcher erkannt wird.

2. Gesetzliche Bestimmung nach dem gesetzlich bestimmten Tatobjekt

Unterscheidet man dagegen den *error in objecto* (Objektsirrtum) vom *error in persona* (Identitätsirrtum), weil beide begrifflich voneinander unterschiedenen Irrtümer eben durch ihren Begriff auch tatsächlich voneinander verschieden sind, dann resultiert ihre zutreffende Lösung lediglich aus dem Gesetz:

Bestimmt der Deliktstatbestand nämlich ein bestimmtes Handlungsobjekt als Tatobjekt einer strafbaren Handlung, dann muss sich der Vorsatz in der räumlich-zeitlichen Handlungssituation eines Täters eben auch hierauf konkret und zutreffend beziehen. Irrt der Handelnde jedoch im Zeitpunkt seines Tuns über die gesetzlich vorgesehene Tatobjektsqualität seines konkret vorgesehenen Handlungsobjekts, so liegt

ein zutreffender Bezug zwischen gesetzlich bestimmtem und dem tatsächlich vorgesehenen Objekt in diesem Sinne nicht vor, sodass der Handelnde infolge seines Objektsirrtums (*error in objecto*) insofern unvorsätzlich handelt. Dies gilt etwa dann, wenn jemand einen Menschen irrig für eine Sache hält, während er insofern unvorsätzlich auf einen Menschen schießt. Bestimmt der Deliktstatbestand dagegen keine individuelle Identität des gesetzlich bestimmten Tatobjekts der strafbaren Handlung, so muss sich der Vorsatz in der räumlich-zeitlichen Handlungssituation eines Täters hierauf eben auch nicht konkret und zutreffend beziehen. Irrt der Handelnde dann im Zeitpunkt seines Tuns über die gesetzlich nicht weiter bestimmte Identität seines im Übrigen zutreffend vorgesezten Tatobjekts, oder macht er sich gar überhaupt keine Gedanken über die Identität seines Tatobjekts, so hat dies auf seine vorsätzliche Handlung keinerlei Auswirkung, weil ein zutreffender Bezug zwischen gesetzlich bestimmtem und dem tatsächlich vorgesehenen Tatobjekt trotz seines Identitätsirrtums (*error in persona*) tatsächlich gegeben ist. Dies gilt etwa dann, wenn Rose auf Harnisch schießt, den er irrig für Schliebe hält; oder auch, wenn Rose den Schliebe bloß beleidigen will, und – telefonisch falsch verbunden – die Beleidigung gegenüber Harnisch ausspricht.²²

In der gesetzmäßigen Lösung solcher Irrtumsfälle kommt es damit weder auf eine gesonderte Prüfung der Un-/Gleichwertigkeit der Tatobjekte an, noch auf das gesetzlich nicht vorgesehene Kriterium der Ziel- oder Planverwirklichung,²³ das letztlich nur auf eine Versubjektivierung der Irrtumsdogmatik hinauslaufen würde.

III. Abgrenzung „error in persona“ – „aberratio ictus“

Die exakte begriffliche Trennung von *error in objecto* und *error in persona* wirft überdies auch ein erhellendes Licht auf die trotz des „versammelten dogmatischen Scharfsinns“²⁴ bis heute mitunter im Dunkeln gebliebene Abgrenzung der sog. *aberratio ictus* vom *error in persona* vel *objecto*.²⁵ Denn die

¹⁹ Denn wenn der *error in objecto* als Objektsirrtum insgesamt unbeachtlich für die mögliche Vorsatzbildung wäre, dann müsste es auch unbeachtlich sein, wenn der Handelnde sein vorgesetztes Tatobjekt verfehlt und stattdessen ein nicht vorhergesehenes Handlungsobjekt zufällig trifft, sodass in einem solchen Fall ein Vorsatz unterstellt werden müsste, obwohl der Handelnde den Erfolg am tatsächlich getroffenen Handlungsobjekt nicht vorhergesehen und deshalb auch nicht in seinen Vorsatz aufgenommen hat (siehe dazu noch unten a.E. von III. 2.).

²⁰ Dafür etwa Jescheck/Weigend (Fn. 10), S. 311; tendenziell auch Walter (Fn. 4), S. 285.

²¹ Dafür etwa Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 151 f.; Maurach/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 23 Rn. 25.

²² Sollte der Versuch der Beleidigung eines anderen Menschen dabei überdies zufällig fehlschlagen, weil die irrig damit konfrontierte Person von der beleidigenden Äußerung wegen ihres sachlichen Gehalts tatsächlich gar nicht getroffen wird (beispielsweise trifft die Äußerung „Du dummes Weib“ irrig einen Mann), so ändert dies nichts am Vorsatz, einen anderen Menschen zu beleidigen, sondern betrifft (ggf.) lediglich den tatbestandlichen Erfolg, sodass ein auf hinreichendem Vorsatz basierender – jedoch mangels gesetzlicher Regelung strafloser – Versuch der Beleidigung eines anderen Menschen gegeben wäre.

²³ Siehe für das Tatplankriterium besonders im Falle der Beleidigung Roxin (Fn. 9), § 12 Rn. 199, der damit einer fallweisen Beachtlichkeit des *error in persona* das Wort reden möchte; für das Zielerreichungskriterium Herzberg, JA 1981, 470 (472 ff.).

²⁴ Burkhardt, in: Eser/Hasegger/Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 111 (141).

²⁵ Siehe zum Ganzen didaktisch vertieft auch Geppert, Jura 1992, 163 ff.; Hettinger, JuS 1992, L 73 ff.; Koriath, JuS

Konstellation, in der der Handelnde sein gesetzlich vorgesehenes und auch konkret vorgesetztes Tatobjekt zufällig verfehlt und stattdessen ein nicht vorhergesehenes anderes Objekt trifft, ist kein bloßer Fall des unbeachtlichen error in persona, wohl aber ein solcher des beachtlichen error in objecto:

Denn im Verhältnis zum konkret vorgesetzten, allerdings nicht getroffenen Tatobjekt geht die versuchte vorsätzliche Tat bloß fehl, sodass in diesem (Versuchs-)Verhältnis schon überhaupt gar kein *relevantes* subjektives Irrtumsproblem, sondern lediglich ein objektives Vollendungsproblem existent ist. Hinsichtlich des tatsächlich getroffenen Objekts ist dann aber zu bemerken, dass der Handelnde dieses Objekt als mögliches Tatobjekt unter diesem oder jenem Deliktstatbestand gar *nicht vorausgesehen* hat, sodass er es auch nicht in seinen konkreten Vorsatz unter diesem Deliktstatbestand aufnehmen konnte. Im Einzelnen bedeutet das:

Da er das getroffene Handlungsobjekt als mögliches Tatobjekt nicht vorausgesehen hat, konnte er sich auch hinsichtlich seiner Identität weder richtige, noch falsche Vorstellungen machen, sodass er insofern auch keinen für die Vorsatzbildung ohnehin unbeachtlichen Identitätsirrtum (error in persona) im Sinne einer positiven Fehlvorstellung erlitt. Dass er ursprünglich mit dem verfehlten Tatobjekt möglicherweise ein solches anderer Identität (z.B. X anstatt Y) treffen wollte, stellt dabei allenfalls einen unbeachtlichen error in persona im Sinne einer positiven Fehlvorstellung im Versuchsverhältnis dar,²⁶ dessen Kehrseite bei unvorhergesehener Abweichung eine fehlende Vorstellung über die Identität des Handlungsobjekts im Vollendungsverhältnis, d.h. ein *unbeachtlicher* error in persona im Sinne bloßer Unkenntnis ist.²⁷ Die-

sem unbeachtlichen Identitätsirrtum vorgelagert existiert im Verhältnis zum tatsächlich getroffenen Objekt allerdings zugleich auch insofern ein *beachtlicher* Objektsirrtum (error in objecto), als sich die handelnde Person, die dieses tatsächlich getroffene Objekt nicht voraussieht, auch keine Vorstellungen über dessen gesetzliche Objektsqualität macht, mithin nicht weiß, dass sie ein taugliches Tatobjekt dieses oder jenes Deliktstatbestandes vor sich hat. Infolge dieser Unkenntnis über einen zum Totschlagstatbestand gehörenden Umstand gem. § 16 Abs. 1 StGB handelt diese Person unvorsätzlich, d.h. allenfalls fahrlässig. D.h. die aberratio ictus ist nach alledem keine positive Fehlvorstellung, sondern lediglich die Abwesenheit einer Vorstellung über das getroffene Handlungsobjekt als Tatobjekt. Deshalb macht es keinen Unterschied, ob das zufällig getroffene Objekt mit dem ursprünglich intendierten Tatobjekt qualitativ gleichwertig oder ungleichwertig ist.²⁸

Auch dieses rein gesetzlich bestimmte Ergebnis entspricht im Grundsatz der in der Strafrechtsdogmatik herrschenden Ansicht, die zutreffend einen *konkreten* Vorsatz hinsichtlich des gesetzlich bestimmten Tatobjekts fordert, an dem es hier im Verhältnis zum unvorhergesehen und damit bloß irrig getroffenen Tatobjekt fehlt.²⁹ Allerdings verdunkelt und verfälscht diese Ansicht das Vorstehende unglücklicherweise wieder, weil sie hinsichtlich der Konkretisierung des Vorsatzes auf ein oder mehrere bestimmte Tatobjekte in der räumlich-zeitlichen Handlungssituation des Täters begrifflich irrig mitunter auch auf das individuelle *Subjekt* (die jeweilige Person) im jeweiligen Tatobjekt abstellt, obwohl die Konkretisierung beispielsweise des Totschlagsvorsatzes im Einzelfall bloß einen bestimmten (Kreis von) Menschen als Vorsatzobjekt, und nicht auch besonders bestimmte Personen/ Individuen als Tatobjekt voraussetzt.³⁰ Also bedarf es richtig-

1997, 901 ff.; Toepel, JA 1996, 886 ff.; monographisch etwa Grotendiek, Strafbarkeit des Täters in Fällen der aberratio ictus und des error in persona, 2000; Rath (Fn. 15), 1993; Mayr, Error in persona vel objecto und aberratio ictus bei der Notwehr, 1992.

²⁶ Dies gilt auch dann, wenn in die sich bereits verwirklichende (versuchte) Handlung jemand dazwischentritt und getroffen wird, etwa die Mutter, die sich vor ihren ansonsten getroffenen Sohn wirft. Deshalb kann man diesen Fall einer Vollendung selbst nicht als aberratio ictus, sondern bloß als error in persona ansehen. Wenn Herzberg, JA 1981, 369 (370 ff.), ders., ZStW 85 (1973), 867 hingegen ausgerechnet diesen Fall aber als den Paradefall der aberratio ictus ausgibt (obwohl das Handlungsmittel gar nicht abirrt), um daraus abzuleiten, dass es sich bei ihr gar nicht um ein relevantes Vorsatz- bzw. Irrtumsproblem handelt, dann geht das an der eigentlichen Abgrenzungsfrage von aberratio ictus und error in persona schlechterdings vorbei, denn die Irrtumskonstellation der beachtlichen aberratio ictus betrifft ein zufällig und unvorsätzlich getroffenes Handlungsobjekt, und zwar außerhalb der vorsätzlich bloß versuchten oder auch vollendeten Tat.

²⁷ A.A. Walter (Fn. 4), S. 286, der die Identität der Person mitunter als beachtliches Vorsatzmerkmal behandeln möchte, wenn er darauf insistiert, dass die handelnde Person die Identität des verletzten Objekts im Sinne einer fehlenden Vorstellung „bei der Tathandlung (noch) nicht kennt“ (§ 16)“.

tität des verletzten Objekts im Sinne einer fehlenden Vorstellung „bei der Tathandlung (noch) nicht kennt“ (§ 16)“.

²⁸ Im letztgenannten Fall ist unumstritten, dass kein vollendetes Vorsatzdelikt am tatsächlich getroffenen Handlungsobjekt in Betracht kommt (Sternberg-Lieben/Schuster [Fn. 1], § 15 Rn. 57). Solange sich der Vorsatz aber, wie im Falle der aberratio ictus, nicht auch auf dieses getroffene Handlungsobjekt erstreckt, ist es für die handelnde Person als bloßer Zufall anzusehen, ob das tatsächlich getroffene Objekt qualitativ gleichwertig oder ungleichwertig ist (vgl. insofern auch Groppe, in: Eser [Hrsg.], Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 55 [62 ff.]). Deshalb kann der Irrtum im Falle der Gleichwertigkeit der Objekte nicht plötzlich zum vollendeten Vorsatzdelikt zuzurechnen sein, wie uns dies die Gleichwertigkeitstheorie (dazu unten III. 2.) glauben machen möchte.

²⁹ Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 7. Aufl. 2017, § 16 Rn. 25 ff. m.w.N.; Sternberg-Lieben/Schuster (Fn. 1), § 15 Rn. 57 m.w.N.; aus der Rechtsprechung siehe RGSt 2, 335 (337); 3, 384; 19, 179 (180); 54, 349 (350); 58, 27 (28); BGHSt 34, 53 (54 f.); 38, 295 (296 f.); BGH NSZ 2009, 210 f.

³⁰ So wohl auch Hettinger, GA 1990, 531 (551): „Eine Bestimmung der Individualität des Menschen durch den Täter

erweise stets einer *Konkretisierung des Tatobjekts*, niemals aber einer *Individualisierung des Subjekts* im konkretisierten Tatobjekt, sodass hier eine deutliche Unterscheidung der Individualisierung von der Konkretisierung angemahnt werden muss.

Ohne diese Differenzierung muss es dagegen so scheinen, als fungiere die individuelle Identität des lediglich selbst als Tatobjekt zu konkretisierenden Handlungsobjekts, und zwar entgegen der unstrittigen Unbeachtlichkeit des *error in persona*, im Falle der *aberratio ictus* grundsätzlich doch als ein wesentliches Merkmal in der Bestimmung des Tatbestandsvorsatzes. Durch diesen – als solchen mangels hinreichender Unterscheidung unerkannten – Schein kann sich dann in der Folge sogar die These für ein Moment ihres Gedankens mit einer gewissen Plausibilität behaupten, *aberratio ictus* und *error in persona* seien trotz ihrer begrifflichen Verschiedenheit nicht stets hinreichend voneinander unterscheidbar.³¹ Denn wenn die Begriffe fälschlicherweise schon so definiert sind, dass sie ihren Begriffsgegenstand nicht richtig erfassen können, weil man sie irrig durch einen ihnen entgegengesetzten Begriff zu erklären versucht hat, dann lassen sich die mit ihnen eigentlich zu bestimmenden Begriffsgegenstände natürlich nicht länger von anderen Begriffsgegenständen präzise unterscheiden, insbesondere wenn es in der Unterscheidung um den Begriffsgegenstand zu tun ist, der dem definierten Begriff eigentlich begrifflich entgegengesetzt ist. Definiert man also den Objektsirrtum (*error in objecto*) irrig als Identitätsirrtum (*error in persona*), dann ist klar, dass damit weder der Objektsirrtum vom Identitätsirrtum, noch der Identitätsirrtum von der *aberratio ictus* als einer Sonderform des beachtlichen Objektsirrtums hinreichend unterscheidbar sind. Deshalb wird im Falle der *aberratio ictus* das Dasein eines dem unbeachtlichen *error in persona* vorgelagerten und beachtlichen *error in objecto* zwar auch von den Vertretern der These mangelnder Unterscheidbarkeit durchaus undeutlich gefühlt,³² jedoch nicht auch in der erforderlichen Klarheit begrifflich erkannt. Denn ein bloßer (unbeachtlicher) Identitätsirrtum ist für sich niemals ein (beachtlicher) Objektsirrtum, während ein (beachtlicher) Objektsirrtum an sich zugleich durchaus einen (an sich unbeachtlichen) Identitätsirrtum zur Folge haben kann.

Mit der zutreffenden Definition, die den Objektsirrtum dem bloßen Identitätsirrtum nicht subordiniert, sondern diesen jenem im Grunde entgegensetzt, ist dagegen klar zu erkennen, dass die Konstellation der *aberratio ictus* nicht bloß ein Identitätsirrtum, sondern vor allem ein beachtlicher Objektsirrtum ist. Darum können innerhalb der Feststellung einer irrigen Vorstellung über das gesetzliche Tatobjekt auch nicht plötzlich Kriterien des bloßen Identitätsirrtums beach-

lich werden, was dann noch dazu gemäß den zufälligen Empfindungen des je subjektiven Rechtsgefühls des Rechtsanwenders geschehen soll.³³ Eben deshalb geht es aber auch nicht an, die Konstellation der *aberratio ictus* mit derjenigen des bloßen *error in persona* in subjektivistischer oder objektivistischer Art gleich zu behandeln, denn einer solchen Gleichbehandlung steht die – infolge von Begriffsverwechslungen – unbemerkte Existenz eines Objektsirrtums entgegen.³⁴

1. Kritik einer subjektivistischen Ansicht zur möglichen Beachtlichkeit beider Irrtümer

Insbesondere tritt T. Walter, der den Identitätsirrtum in Anschluss an v. Liszt als einen potentiell vorsatzrelevanten Tatbestandsirrtum erachtet,³⁵ für eine Gleichbehandlung von *aberratio ictus* und *error in persona* ein, weil er dafürhält, dass im Falle der *aberratio ictus* im Grunde nur ein *error in persona* gegeben sei.³⁶ Der gleichwohl zwischen beiden Irrtümern noch immer oberflächlich beschreibbare Unterschied gebe aber nach seinem „Rechtsgefühl“ keinen Grund für eine Ungleichbehandlung.³⁷ Demnach sei entscheidend „die Bedeutung [...], die der Täter der Identität des Objekts beilegt: Kommt es ihm auf diese Identität an [...] oder nicht [...]“? Die Frage lautet in anderen Worten, ob der Täter auch gehandelt hätte, wenn der Identitätstausch von ihm vorausgesehen worden wäre.“³⁸ Zwar ergebe sich diese Unterscheidung nicht aus dem Gesetz, sie lasse sich aber „glatter“ als die herrschende Konkretisierungs- bzw. Individualisierungslehre in die Vorsatzdogmatik eingliedern.³⁹

An diesem Vorschlag ist nun gewiss richtig, dass die *aberratio ictus* eine für die Vorsatzbildung grundsätzlich beachtliche Irrtumskonstellation darstellt und bloße Identitätsirrtümer einheitlich zu behandeln sind. Allerdings ist dieses tendenziell zutreffende Ergebnis durch einen einseitigen Subjektivismus erkaufte. Denn indem die *aberratio ictus* zugleich auf den von ihr angeblich nicht immer unterscheidbaren *error in*

ist also nicht begriffswesentlich [für den konkreten Tötungsvorsatz].“

³¹ So etwa Walter (Fn. 4), S. 286 ff. im Anschluss an Puppe, GA 1981, 1 (4). – Träfe diese These indes zu, dann könnte man auch nicht zwischen unbeachtlichem *error in persona* und beachtlichem *error in objecto* unterscheiden, denn um keine andere Entscheidung handelt es sich hierbei (siehe oben).

³² Vgl. noch unten Fn. 37, 42.

³³ Vgl. dafür aber Herzberg, JA 1981, 369 (473 f.); 470 ff.; Heuchemer, JA 2005, 275 ff.; Prittwitz, GA 1983, 110 ff. (125 ff.); Roxin, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 289 (293); Schreiber, JuS 1985 873 (874 f.); Walter (Fn. 4), S. 277. Dagegen zutreffend kritisch Puppe, JZ 1989, 728 (731).

³⁴ Wird der *error in objecto* nämlich als *error in persona* definiert, dann ist das hier gemeinte „Objekt“ in Wahrheit nur das individuelle Subjekt im Objekt; spricht man dagegen bei einer *aberratio ictus* davon, dass der Handelnde ein anderes Objekt als das ursprünglich gewollte trifft, dann ist primär tatsächlich ein anderes Objekt als das ursprünglich in der konkreten Handlungssituation alleine vorgesehene gemeint, sodass der Versuch, die Objektsverschiedenheit anhand der Identität beider verschiedener Objekte festzumachen, untunlich ist.

³⁵ Oben Fn. 8.

³⁶ Walter (Fn. 4), S. 277, 285 ff.

³⁷ Walter (Fn. 4), S. 291 ff.

³⁸ Walter (Fn. 4), S. 293.

³⁹ Walter (Fn. 4), S. 293.

persona reduziert, und dieser wiederum als ein potentiell beachtlicher Tatbestandsirrtum angesehen wird, entscheiden letztlich rein subjektive Kriterien in der Vorstellung des Täters von seiner Handlung über den Vorsatz und mithin über seine Strafbarkeit unter dem Gesetz.⁴⁰ Es mag zwar sein, dass der Handelnde im Regelfall einer aberratio ictus nicht gehandelt hätte, wenn er den Erfolg am falschen Handlungsobjekt vorausgesehen hätte, sodass er insofern mit einem beachtlichen Irrtum richtigerweise als unvorsätzlich anzusehen wäre. Denn die fehlende Voraussicht des möglichen Erfolges am tatsächlich getroffenen Handlungsobjekt verursacht ja gerade die mangelnde Vorsätzlichkeit. Erliegt er in seinem Tun jedoch zugleich einem error in persona, so würde er den unvorsätzlich herbeigeführten Erfolg am unvorhergesehenen Handlungsobjekt subjektiv billigen müssen, weil er rein zufällig die von ihm gewünschte Person getroffen hätte. Er wäre infolge dieses Zufalls mithin aus einem versuchten sowie aus einem vollendeten Vorsatzdelikt zu bestrafen. Damit würde die Verankerung des Tatbestandsvorsatzes in den willkürlichen Motiven und Wünschen der handelnden Person aber zu einer Vorsatzverdoppelung führen müssen, die man auch im Falle des error in persona richtigerweise nicht annehmen kann. Die von *Walter* angemahnte einheitliche Behandlung bloßer Identitätsirrtümer kann also innerhalb einer um Stringenz bemühten Vorsatzdogmatik nur darin bestehen, sie unterschiedslos als unbeachtlich zu betrachten, was jedoch ohne Auswirkungen auf die aberratio ictus sein muss, weil diese kein bloßer Identitätsirrtum, sondern ein beachtlicher Objektsirrtum ist:

2. Kritik einer objektivistischen Ansicht zur grundsätzlichen Unbeachtlichkeit beider Irrtümer

Dieser subjektivistischen ist eine objektivistische Ansicht diametral entgegengesetzt, die insbesondere von *I. Puppe* mit Nachdruck vertreten wird, und die im Grundsatz für eine unterschiedslose Unbeachtlichkeit von error in persona sowie aberratio ictus eintritt,⁴¹ weil auch sie die aberratio ictus letztlich bloß für eine Art von error in persona (Identitäts- bzw. Motivirrtum) erachtet.⁴² Die Zurechnung des objektiven Tat-

bestandes zum Vorsatz sei nämlich von der Kongruenz derjenigen Tätervorstellungen mit der objektiven Wirklichkeit abhängig, die für den Vorsatz konstitutiv seien.⁴³ Insofern rügt *Puppe* an der herrschenden Strafrechtsdogmatik zur aberratio ictus mit Recht, dass sich der (konkret) zu fassende Vorsatz beispielsweise im Falle des Totschlags nicht etwa auf eine individuelle Person, sondern überhaupt nur auf einen Menschen beziehen muss, da nicht eine individuelle Person (Identität), sondern der Mensch überhaupt gesetzliches Tatobjekt dieses Delikts ist.⁴⁴ Wenn sie damit aber einer Gleichbehandlung der aberratio ictus mit dem error in persona das Wort reden will,⁴⁵ so abstrahiert sie vom konkret gefassten Vorsatz, einen Menschen zu töten. Denn im Verhältnis zum tatsächlich unvorhergesehen getroffenen Objekt liegt ein solch konkreter Vorsatz, anders als im Verhältnis zum zufällig verfehlten Tatobjekt, mangels Wissen und Wollen nicht vor.

Mithin verfehlt *Puppe* selbst ihren an sich zutreffend herausgestellten Maßstab, nämlich den, dass die Zurechnung der Handlung des objektiven Tatbestandes zum Vorsatz von der Kongruenz derjenigen Tätervorstellungen mit der objektiven Wirklichkeit abhängig ist, die für den Vorsatz konstitutiv sind. Es ist nämlich im Fall der aberratio ictus gar nicht so, dass sich der Handelnde mit Bezug auf das tatsächlich unvorhergesehen getroffene Handlungsobjekt das gesetzlich bestimmte Tatobjekt *zutreffend* als solches vorgestellt hat. Vielmehr hat er sich unter dem gesetzlich bestimmten Tatobjekt („Mensch“) in seiner Handlungssituation konkret nur das zufällig verfehlte Handlungsobjekt zutreffend als Tatobjekt vorgestellt, sodass auch nur in diesem Versuchsverhältnis ein Vorsatz anzunehmen ist und die aberratio ictus im Verhältnis zum getroffenen Handlungsobjekt infolge fehlender Vorstellung einen für die Vorsatzbildung beachtlichen (Objekts-) Irrtum darstellt. Damit ist es aber verfehlt, diesen beachtlichen Irrtum wie einen unbeachtlichen Identitätsirrtum zu behandeln, was allerdings nur schwerlich in der erforderlichen Deutlichkeit erkennbar ist, solange man den Objektsirrtum insgesamt irrig als unbeachtlichen Identitätsirrtum definiert.⁴⁶ Vom (beachtlichen) error in objecto in seiner typischen Erscheinungsweise unterscheidet sich die (beachtliche) aberratio ictus nämlich nur dadurch, dass bei jenem eine positive Fehlvorstellung über das Handlungsobjekt unter der gesetzlichen Bestimmung des Tatobjekts gegeben ist, während bei dieser in Hinsicht auf das unvorhergesehen getroffene Handlungsobjekt gar keine Vorstellung über ein mögliches Tatobjekt vorhanden ist.⁴⁷ Im Übrigen müsste aus der kritisierten

in persona und aberratio ictus auch von ihr „spontan ein Unterschied empfunden“ wird.

⁴³ *Puppe* (Fn. 4), § 16 Rn. 102, 72; *dies.*, Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 1 ff.

⁴⁴ *Puppe*, GA 1981, 1 ff. (4, 9); *dies.*, JuS 1998, 287 f.

⁴⁵ *Puppe*, GA 1981, 1 ff. (4, 20); *dies.* (Fn. 43), S. 10 ff.; *dies.* (Fn. 4), § 16 Rn. 95 ff.

⁴⁶ Dazu schon oben unter II. 1. a) und b) sowie Fn. 17, 31.

⁴⁷ Dass die fehlende Vorstellung von tatbestandlich erheblichen Umständen aber als „ignorantia facti“ grundsätzlich von der Irrtumsregelung des § 16 Abs. 1 StGB erfasst wird, betont besonders auch *Puppe* (Fn. 4), § 16 Rn. 2.

⁴⁰ Kritisch dagegen darum *Puppe* (Fn. 4), § 16 Rn. 95.

⁴¹ Diese unterschiedslose Unbeachtlichkeit beider Irrtümer ist übrigens der im 16.–18. Jahrhundert herrschende Standpunkt, wie man der Untersuchung *Winkelmanns*, Die Entwicklung der Lehre von error in persona und aberratio ictus in der Rechtswissenschaft seit der Zeit der Postglossatoren bis zum Ende des 18. Jahrhunderts, 1967, S. 64–77 entnehmen kann. Insofern geht man hinter die strafrechtsdogmatischen Einsichten des 19. Jahrhunderts wieder zurück, wenn man einer Gleichbehandlung beider Irrtümer das Wort redet, obwohl man sie begrifflich unterscheidet. Denn die deutliche Unterscheidung und entsprechende Bezeichnung beider Irrtumsarten setzt maßgeblich erst im 19. Jahrhundert ein (a.a.O., S. 77–90), und zwar durch *Pfotenhauer*, Dissertatio de delicto per errorem in persona commissio, 1828, S. 7, 33.

⁴² *Puppe*, GA 1981, 1 (4), die freilich dort vom „error in objecto“ spricht, wo sie „error in persona“ meint (dazu schon oben Fn. 17), und deshalb zugeben muss, dass zwischen error

Behandlungsweise der aberratio ictus als error in persona abermals eine Vorsatzverdoppelung resultieren, die man auch im Falle des Letzteren zu Recht nicht anerkennt.⁴⁸

Insofern läuft *Puppes* Ansicht mangels Vorstellung des getroffenen Handlungsobjekts als Tatobjekt also in der Tat auf eine Unterstellung des maßgeblichen Vorsatzes hinsichtlich des getroffenen Objekts hinaus.⁴⁹ Folglich steht sie der Ansicht nahe, die auf eine Konkretisierung des Vorsatzes auf konkrete Handlungsobjekte verzichtet bzw. zu verzichten vorgibt, und im Falle der aberratio ictus auf einen *abstrakten* Gattungsvorsatz – zu unbestimmt: auch genereller Vorsatz genannt – abstellen möchte, womit sie zur Strafbarkeit aus dem vollendeten Delikt gelangt sein will (sog. Gleichwertigkeitstheorie),⁵⁰ obwohl zwischen einem abstrakt-generellen und einem konkret-generellen Vorsatz ein für die Zurechnung entscheidender Unterschied bestehen dürfte. Denn für den Vorsatz reicht es nicht aus, sich bloß abstrakt-generell das gesetzliche Tatobjekt im Besonderen (noch unabhängig von konkreten Handlungsobjekten) nach gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen überhaupt nur vorzustellen.⁵¹ Vielmehr ist erforderlich, dass sich die handelnde Person ihre *im Einzelfall* konkret vorgesehenen Handlungsobjekte im Besonderen zumindest zutreffend als Tatobjekte unter dem gesetzlichen Tatbestand vorstellt, da andernfalls gar keine Abweichung dieser konkreten Vorstellung des Handlungsobjekts von der abstrakten Vorstellung des gesetzlichen Tatobjekts, d.h. kein Tatbestandsirrtum mehr bestimmbar ist,⁵² und zwar, weil schon keine Kenntnis und damit kein Wissen hinsichtlich der konkreten Tatumstände bestimmbar ist: Dass beispielsweise eine Kuh kein Mensch ist, ist solange nur abstraktes Vorstellen oder bloß vorstellendes Unterscheiden von Vorstellungen, und kein Tatbestandsirrtum, wie die Vorstellung von der Kuh oder dem Menschen nicht auch im Einzelfall des Handelns

konkret auf zumindest ein vermeintliches Vorstellungsobjekt Kuh oder Mensch in der Handlungswirklichkeit bezogen wird. Das etwaige Argument, der Täter habe einen (als Tatobjekt zutreffend vorausgesehenen) Menschen töten wollen und (einen als Handlungsobjekt gar nicht vorgestellten Menschen) auch getötet, stellt damit für sich also bloß auf die abstrakte Vorstellung ab, die hier – anders als beim error in persona – bei der getroffenen Person im Konkreten jedoch mangels Vorstellung derselben als Tatobjekt keine zutreffende Entsprechung hat. Sie ist darum ein Tatbestandsirrtum, was die Gleichwertigkeitstheorie allerdings verkennt, da sie eine konkrete Vorstellung überhaupt für unerheblich erklärt.⁵³

⁵³ Dies gilt auch für die abstrahierenden Überlegungen *Herzbergs*, JA 1981, 369 (371 f.): Wenn nämlich jemand Tränengas in eine Toilettenzelle wirft, um den Benutzer derselben heraus zu zwingen, so hat er – wie *Herzberg* zutreffend konstatiert – Nötigungs- und Körperverletzungsvorsatz hinsichtlich (numerisch) eines Menschen. Dies ist aber kein abstrakter, sondern ein konkreter Vorsatz, weil der Nötigende in der Zelle nur einen Menschen erwartet. Wenn sich nun wider Erwarten ein zweiter Mensch darin befindet, dann bleibt es bei diesem Vorsatz, (numerisch) einen Menschen zu nötigen/verletzen – aber nicht, weil ein abstrakter Vorsatz stets schon ausreichend wäre, sondern weil der andere Mensch konkret nicht vorausgesehen und folglich nicht in den Vorsatz aufgenommen wurde. Mit einem solchen abstrakten Vorsatzbegriff darf man sich aber nicht verwundern, wenn das „Urteil ‚vorsätzliche Vollendung‘ [...] nicht überall angemessen [ist], wo es begrifflich möglich ist“, *Herzberg*, JA 1981, 369 (374). Gewiss ist es dann allerdings aus der hier eingenommenen Perspektive kein dogmatisch zulässiger Weg, die durch die gedankliche Abstraktion eigens maßlos werdende Vorsatz- und Vollendungsstrafbarkeit mit der willkürlich gebildeten Kategorie eines „vollendungsausschließenden Tatverlaufsirrtums“ (*Herzberg*, JA 1981, 369 [374]) auf eine Versuchsstrafbarkeit zu beschränken, und die gefühlsmäßig subjektiv für objektiv richtig erachtete Lösung in frei wertender Rechtsfindung bzw. -fortbildung bestimmen zu wollen (*Herzberg*, JA 1981, 369 [470 ff.]). Denn auch *Herzberg* (JA 1981, 369 [472]) möchte im Ergebnis – wie die herrschende Konkretisierungstheorie – wegen Versuchs und Fahrlässigkeit bestrafen. Allerdings beruht dieses Ergebnis bei ihm auf freier Rechtsfortbildung in Analogie zu § 16 Abs. 1 StGB: Denn da er einen abstrakten Vorsatz für ausreichend hält, müsste er im Falle der aberratio ictus eigentlich zur Vollendungsstrafbarkeit gelangen, was jedoch seinem Rechtsgefühl widerstreitet. Darum sei im Verhältnis zum verfehlten Objekt nur ein auf (vermeintlich abstraktem) Vorsatz basierender Versuch, und im Verhältnis zum getroffenen Objekt trotz (tatsächlich abstraktem) Vorsatz nur Fahrlässigkeit anzunehmen: „Eine vollendete Tötung ist demnach nicht schon deshalb zu verneinen, weil die Kugel ‚abgeirrt‘ ist und ein anderes Objekt getroffen hat. Hinzukommen muss vielmehr, daß der Täter den realen Tötungserfolg nicht in sein ‚Wissen und Wollen‘ [...] aufgenommen hat.“ – Doch liegt in diesem Satz nicht das Anerkennung des Erfordernisses eines konkreten Vorsatzes?

⁴⁸ *Puppe* (Fn. 43), S. 14 führt an diesem Punkt ihres Konstruktivismus ein „Doppelverwertungsverbot“ ein. Man fragt sich allerdings, woher ein solches denn resultiert. Doch nicht etwa aus dem Schuldgrundsatz, der da besagt, dass eine Bestrafung wegen vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft begangener Tat dort nicht in Betracht kommt, wo der Erfolg an einem Handlungsobjekt eintritt, das niemals vom Tatvorsatz umfasst war?

⁴⁹ Vgl. dazu allgemein auch schon oben unter I.

⁵⁰ Dafür *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, Kap. 11 Rn. 57 ff.; *Heuchemer*, in: Bockemühl (Hrsg.), Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag, 2015, S. 189 ff.; *ders.*, JA 2005, 275 ff.; *Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, S. 491 ff.; *Loewenheim*, JuS 1966, 310 (313 ff.); *Noll*, ZStW 77 (1965), 1 (5); *Stein* (Fn. 18), § 16 Rn. 39; *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, 73 f. – Materiell differenzierend *Hillenkamp* (Fn. 11), S. 85 ff. (102 ff.).

⁵¹ So aber – wenn ich sie richtig verstehe – *Puppe*, GA 1981, 1 (10 ff.).

⁵² *Hettinger*, GA 1990, 531 (540 ff.), rügt insofern mit Recht die fehlende Berücksichtigung des Einzelfallbezuges in *Puppes* Gedanken.

Die Frage ist also nicht, ob jemand abstrakt einen Gattungsvorsatz hat, denn ein Gattungsvorsatz ist natürlich auch in dem konkreten Vorsatz enthalten, ein im Einzelfall – generell oder individuell – bestimmtes Tatobjekt zu verletzen (das dann verfehlt wird); die Frage stellt sich vielmehr, ob jemand im Einzelfall, und zwar im ausschließlichen im Gegensatz zu einem bloß abstrakten Vorsatz, mit Blick auf zumindest ein wirkliches Handlungsobjekt der gesetzlichen Qualität eines Tatobjekts einen konkreten Vorsatz aufweist, der dann die Zurechnung an diesem Punkt nicht nur ermöglicht, sondern durch seinen Umfang auch beschränkt (etwa wenn das Objekt verfehlt und ein anderes zufällig getroffen wird).⁵⁴

Der Gegenbegriff zu „konkret“ ist nämlich nicht „generell“, sondern „abstrakt“, während der zu „generell“ „individuell“ ist. Stellt man also – wie *Puppe* – dem konkreten Vorsatz einen generellen Vorsatz im Sinne eines bloßen Gattungsvorsatzes nach gesetzlichen Merkmalen des Tatobjekts entgegen, um zu behaupten, dass es auf einen „individuellen“ Vorsatz (bezogen auf ein seiner Identität nach willentlich besonders erwünschtes Individuum) nicht ankommt, dann geht diese alleine im Ergebnis zutreffende Behauptung in ihrer logizistischen Beweisführung jedoch fehl:

„[...] In Wahrheit impliziert aber jeder wie auch immer konkretisierte Vorsatz den sog. generellen Vorsatz logisch. [...] Wer einen in seiner Vorstellung irgendwie bestimmten Menschen, sei es den, den er vor sich sieht, einen Menschen bestimmten Namens oder seinen Gläubiger, töten will, will notwendig einen Menschen töten. Der generelle Vorsatz in dem Sinne, wie ihn der Tatbestand, [...], beschreibt, ist also in jedem wie auch immer konkretisierten Vorsatz notwendig enthalten. [...] Da die in diesem Sinne generelle Vorstellung vom Verletzungsobjekt nach dem Strafgesetz der Mindestinhalt des Vorsatzes ist, bedeutet also die Beachtung der aberratio ictus als Ausschließungsgrund für die Vorsatzhaftung [...], daß die Zurechnung des Erfolges von der Richtigkeit von Vorstellungen abhängig gemacht wird, die für den tatbestandsmäßigen Vorsatz nicht konstitutiv sind. [...] Der Umfang der Klasse von Tatbestandsverwirklichungen, die dem Täter zum Vorsatz zugerechnet werden können, wird damit von seinem Willen abhängig gemacht.“⁵⁵

Denn auf einen individuellen Vorsatz kommt es tatsächlich nicht an, weil die subjektiv erwünschte Identität generell nicht gesetzliches Vorstellungsmerkmal eines Tatobjekts ist. Allerdings ist der individuelle Vorsatz nicht mit dem konkreten Vorsatz (bezogen auf zumindest ein Handlungsobjekt der gesetzlichen Tatobjektsqualität) gleichzusetzen. Dieser konkrete Vorsatz kann nämlich auch ein genereller Vorsatz sein, und insofern als konkret-genereller Vorsatz richtigerweise im Gegensatz zum abstrakt-generellen Vorsatz stehen. Letzterer hat als vom Einzelfall losgelöster Vorsatz aber nichts mit der tatbestandlichen Handlung im konkreten Einzelfall zu tun, obwohl ein Gattungsvorsatz – das ist tatsächlich trivial – logisch gleichermaßen im abstrakt- als auch im konkret-generellen sowie überdies ebenso im konkret-individuellen Vorsatz enthalten ist. Die logizistische Subordination des

konkreten Vorsatzes unter den generellen Vorsatz gibt mit ihrer Unbestimmtheit an entscheidender Stelle also kein Argument für einen als ausreichend erachteten abstrakten Vorsatz im Sinne eines bloßen Gattungsvorsatzes nach gesetzlichen Merkmalen des Tatobjekts, der für sich selbst nicht mehr als bloße Tatgesinnung sein kann, während ein konkret-genereller Vorsatz, mehrere individuell unbestimmte Menschen zu töten, im Fall der klassischen aberratio ictus ebenfalls nicht besteht. Also ist sowohl die Behauptung eines für sich ausreichenden bloßen Gattungsvorsatzes einerseits,⁵⁶ als auch die einer notwendigen Individualisierung des Vorsatzes andererseits, wenig zielführend, da es lediglich auf eine Konkretisierung des abstrakten Vorsatzes, Handlungsobjekte der gesetzlichen Tatobjektsqualität zu verletzen, auf als solche im Einzelfall *zutreffend* erkannte Objekte ankommt.⁵⁷ Auf die Erkenntnis der gesetzlich bestimmten Unbeachtlichkeit einer

⁵⁶ *Erb*, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 389 (392), spricht in seiner Kritik daran von einem „ominösen Gattungsvorsatz“.

⁵⁷ Der Vollständigkeit halber ist hier Folgendes noch anzumerken: Indem man eine im Einzelfall zutreffende Vorstellung vom einzelnen Handlungsobjekt als gesetzlichem Tatobjekt für den konkreten Vorsatz fordert, ist natürlich zugleich auch gesagt, dass eine im Einzelfall unzutreffende, d.h. irrige Vorstellung vom einzelnen Handlungsobjekt als gesetzlichem Tatobjekt keinen Vorsatz zu begründen vermag, sodass beispielsweise auch im Falle des Versuchs am untauglichen Objekt infolge eines (sog. umgekehrten) Tatbestandsirrtums (error in objecto) kein konkreter Vorsatz denkbar ist. *Puppe* hat also insofern nicht Unrecht mit ihrer Behauptung, dass die Forderung eines konkreten Vorsatzes in der Abgrenzung von error in persona und aberratio ictus mitunter auch unvereinbar mit anderen Prämissen oder Annahmen der herrschenden Vorsatz- bzw. Irrtumsdogmatik ist, denn auch die vermeintliche Strafbarkeit des untauglichen Versuchs beruht im Grunde bloß auf einem abstrakten Vorsatz, d.h. – wie sollte es mangels objektiv tauglicher Handlung auch anders sein – auf bloßer Unrechtsgesinnung. Wer die Vollendungsstrafbarkeit bei aberratio ictus vertritt, der kann also auch ruhigen intellektuellen Gewissens die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs behaupten (vgl. auch *Herzberg*, JuS 1999, 224 f.; teils kritisch an diesem Punkt aus dem Blickwinkel ihrer objektivistischen Lehre von der Vorsatzgefahr aber selbst *Puppe* [Fn. 43], S. 44 ff.); – wer dagegen die Vollendungsstrafbarkeit bei aberratio ictus mangels eines konkreten Vorsatzes ablehnt, der dürfte mangels desselben eigentlich auch die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nicht behaupten. Mit dieser weithin unerkannten oder geleugneten Hypothek ist die herrschende Strafrechtsdogmatik gegenwärtig allerdings unausweichlich belastet, weil sie in der Versuchslehre – historisch bedingt – einem einseitigen Subjektivismus huldigt, während sie in der Vollendungslehre – trotz der systemwidrigen Vermengung beider Kategorien in der objektiven Zurechnung immer noch mehr oder weniger konsequent – die notwendige Einheit subjektiver und objektiver Momente in der Handlung voraussetzt.

⁵⁴ Vgl. dazu auch *Koriath*, JuS 1997, 901 (902 f., 904 ff.).

⁵⁵ *Puppe* (Fn. 43), S. 10 ff.

Individualisierung des jeweiligen Subjekts in der gesetzlich notwendig erforderlichen Konkretisierung des Objekts ist die von *Puppe* eingeleitete „Revision“ der Lehre vom konkreten Vorsatz also richtigerweise zu beschränken, weil sie andernfalls das Kind (die Konkretisierung) des abstrakten Vorsatzes mit dem Bade (der Individualisierung) ausgießen würde.⁵⁸

Verzichtete man mit *Puppe* dagegen ganz auf eine Konkretisierung, so müsste auch der an sich beachtliche Objektsirrtum infolge positiver Fehlvorstellung für unbeachtlich erklärt werden, denn in seinem Fall liegt ebenfalls keine zutreffende konkrete Vorstellung vom Handlungsobjekt als Tatobjekt vor, wohl aber ein abstrakter Gattungsvorsatz im Hinblick auf das Tatobjekt nach bloß gesetzlichen Merkmalen.⁵⁹ Demnach fungiert das Argument der gattungsmäßigen Gleichwertigkeit der Tatobjekte im Falle des error in persona vel objecto zur Begründung der Unbeachtlichkeit des Identitäts- sowie Beachtlichkeit des Objektsirrtums, während es im Falle der aberratio ictus umgekehrt zum Erweis der Unbeachtlichkeit des darin liegenden Objektsirrtums herangezogen werden soll. Das Argument wird also widersprüchlich gebraucht.

3. Kritik des Wahrnehmungspsychologismus herrschender Strafrechtsdogmatik

Beide zuvor kritisierten Rechtsansichten⁶⁰ rügen an der im Ergebnis zutreffenden herrschenden Ansicht vom Mangel eines konkreten Vorsatzes im Falle der aberratio ictus jedoch nicht ganz zu Unrecht, dass es auf die *sinnliche Wahrnehmung* des seiner Identität nach anvisierten Tatopfers als dem präsumtiven Tatobjekt bei der Vorsatzkonkretisierung nicht maßgeblich ankommen kann.⁶¹ Denn für vorsätzliches Handeln ist nach allgemeinen Maßstäben die als solche erkannte und gebilligte Möglichkeit der Verletzung eines Handlungsobjekts der gesetzlich bestimmten Tatobjektsqualität entscheidend, weshalb die handelnde Person im Falle der aberratio ictus mit Blick auf die Unkenntnis des getroffenen Handlungsobjekts als einem tauglichen Tatobjekt gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB unvorsätzlich handelt. Dass es also auf die sinnli-

che Wahrnehmung des nach seiner Identität anvisierten Tatopfers und auch auf eine Individualisierung nicht entscheidend ankommt,⁶² weil die Erkenntnis der Möglichkeit seiner Verletzung von seiner sinnlichen Wahrnehmung durch den Handelnden nicht zwingend abhängig ist, lässt sich dann sowohl an Fällen demonstrieren, in denen einen solche Wahrnehmung beim Stellen einer Falle gegeben ist, als auch in solchen, in denen sie fehlt. Denn weder bedarf es zum konkret-vorsätzlichen Handeln einer Individualisierung des Tatobjekts, noch einer sinnlichen Wahrnehmung des Individuums/Tatobjekts:

a) Keine aberratio ictus, sondern error in persona trotz sinnlicher Wahrnehmung des Individuums

Will der auf einer Brücke stehende Täter seinen unterhalb des Brückengeländers sinnlich wahrgenommenen Erzfeind durch das Herabfallenlassen eines Steines töten, und tritt dieser nach Fallenlassen des Steines zur Seite, weil er einem vom Täter nicht vorausgesehenen Passanten nicht im Weg stehen möchte, dann verwirklicht sich der Vorsatz, einen Menschen in der räumlich-zeitlichen Position des auftretenden Steines zu töten, wenn der Passant tödlich getroffen wird. Denn der Stein irrt nicht ab, sondern trifft – exakt nach der vorgesetzten Art und Weise – einen Menschen. Dass das tatsächlich getroffene Tatopfer eine andere Identität als das rein subjektiv erwünschte hat, ist als bloßer error in persona unerheblich.⁶³ Von der typischen Konstellation des bloßen Identitätsirrtums unterscheidet sich diese Konstellation nämlich nur dadurch, dass bei ihr ursprünglich die gewünschte Person (sinnlich) anvisiert und nicht getroffen wird, während bei jener irrig eine unerwünschte Person (sinnlich) anvisiert und

⁵⁸ *Puppe* (Fn. 43), S. 11 f., unterscheidet aber gar nicht zwischen Konkretisierung und Individualisierung, ebenso wie sie nicht zwischen konkretem Tatobjekt und individuellem Subjekt im Tatobjekt differenziert, weil ja schon abstrakte Gesetzesmerkmalsvorstellungen ausreichend sein sollen.

⁵⁹ Dazu auch *Toepel*, JRE 2 (1994), 413 (421 f.).

⁶⁰ Freilich stellen diese beiden Ansichten in gewisser Weise nur Extrempunkte in der Diskussion um die aberratio ictus dar. Daneben wäre beispielsweise auch noch *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 16 Rn. 84 zu erwähnen, der eine fallweise Unbeachtlichkeit dieses Irrtums normativ zurechnend nach dem Kriterium der „Gleichgültigkeit“ des Täters gegenüber der „Abweichungsgefahr“ bestimmen will; ferner *Roxin* (Fn. 9), § 12 Rn. 165 ff. mit seinem „Tatplankriterium“; außerdem *Burchard*, „Irren ist menschlich“, 2008, S. 438 ff. mit seiner von ihm sog. „objektiven Konkretisierungstheorie“ nach dem Merkmal der „konkreten Gefährdung“ des Angegriffenen.

⁶¹ *Puppe*, GA 1981, 1 (4 ff.); *Walter* (Fn. 4), S. 285 ff.

⁶² Dafür jedoch neben BGHSt 37, 214 (219) besonders *Pritt-witz*, GA 1983, 110 (127 ff.): „Die Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung ist dann erheblich – mit der Folge, daß der Täter wegen vorsätzlich vollendeter Tat nicht bestraft werden kann, wenn die eingetretene Rechtsgutsverletzung nicht beim vom Täter sinnlich wahrgenommenen Angriffsobjekt eintritt.“

⁶³ An diesem Fall zeigt sich auch, dass das jüngst von *El-Ghazi*, JuS 2016, 303 (305), wie einstmal schon gleichermaßen von *Backmann*, JuS 1971, 113 ff., Fn. 7, *Wolter*, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 103 (128), oder *Silva-Sanchez*, ZStW 101 (1989), 352 f., durch eine eher oberflächlich vergleichende Betrachtung beider Irrtumsarten gewonnene Zeitkriterium nicht zur verlässlichen Abgrenzung von aberratio ictus und error in persona taugt (kritisch dazu auch *Hoyer*, in: Zöller/Hilger/Küper/Roxin [Hrsg.], Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, S. 419 [422]). Denn da jene nach diesem stets dann gegeben sein soll, wenn der Täter sein (subjektiv erwünschtes) Ziel während der Tat (und nicht schon vorher) verfehlt (sonst error in persona), läge hier ein Fehlgehen der Tat vor, obwohl sich der vorgesetzte Verlauf exakt wie vorgesehen an einem tauglichen Tatobjekt (Mensch) realisiert hat und bloß ein Identitätsirrtum verbleibt, der dann wohl kaum den Ausschlag geben kann.

getroffen wird.⁶⁴ Also ist die sinnliche Wahrnehmung der als Tatopfer erwünschten Person für vorsätzliches Handeln ebenso unerheblich, wie die sinnliche Wahrnehmung einer als Tatopfer unerwünschten Person bzw. die mangelnde sinnliche Wahrnehmung der als Tatopfer erwünschten Person.

b) Keine aberratio ictus, sondern error in persona auch ohne sinnliche Wahrnehmung des Individuums/Tatobjekts

Montiert der Täter am Auto seines Erzfeindes eine mit dem Zündschluss gekoppelte Sprengladung, und bedient das Zündschluss eine andere Person, an die der Erzfeind das Auto kurzfristig verliehen hat, dann verwirklicht sich ebenfalls der Vorsatz, einen Menschen in der räumlich-zeitlichen Position des den Wagen startenden Fahrers zu töten, wenn der Leihnehmer umkommt. Denn auch hier irrt das Handlungsmittel nicht ab, sondern tötet – exakt nach der vorgesetzten Art und Weise – einen Menschen. Dass das tatsächlich getroffene Tatopfer eine andere Identität als das rein subjektiv erwünschte hat, ist als bloßer error in persona abermals unerheblich.⁶⁵ Auch in dieser Konstellation⁶⁶ kommt es für die vorsätzliche Tatbestandsverwirklichung weder auf die sinnliche Wahrnehmung der als Tatopfer erwünschten, noch auf die der als solchen unerwünschten Person an.

c) Kein error in persona, sondern aberratio ictus auch ohne sinnliche Wahrnehmung des Tatobjekts

Schießt jemand durch die Tür eines Büros, und vermutet er darin einen Menschen, dann verwirklicht sich sein Totschlagsvorsatz, wenn er einen Menschen trifft. Welche Identität

diese Person hat, es mag der Erzfeind oder auch die Geliebte des Täters sein, ist abermals unerheblich. Irrt die Kugel durch ihre Berührung mit dem stählernen Türrahmen auf unvorhergesehene Weise ab, und trifft sie einen in der Ferne zuvor nicht wahrgenommenen Menschen, so handelt es sich um eine aberratio ictus, obwohl der Schießende weder das verfehlte, noch das getroffene Tatobjekt sinnlich wahrnimmt. Auch in dieser Konstellation kommt es auf die Identität der Person nicht an, selbst wenn der getroffene Mensch der Erzfeind sein sollte.

4. Fazit

Die Irrtumskonstellation der aberratio ictus ist – wie im Begriff gelegen – nach der einen Seite nichts anderes als ein fehlgeschlagener Versuch. Insofern besteht ein hinreichender Tatbestandsvorsatz im Versuchsverhältnis, wohingegen ein solcher nach der anderen Seite im Vollendungsverhältnis gerade nicht besteht. Da es für die Vorsatzbestimmung positiv aber maßgeblich darauf ankommt, ob die handelnde Person den Erfolg mit ihrer Handlung ernstlich für möglich hält und die Handlung auf dieser Basis in ihren Willen aufnimmt, dürfte sich hierüber stets auch eine in rechtsbegrifflicher Hinsicht unstreitige Lösung für die Fälle der aberratio ictus ermitteln lassen.⁶⁷ Hält sie den Erfolg mit dem Risiko der Handlung nämlich ebenso an anderen Objekten für möglich, so wird oft ein hinreichend weiter Eventualvorsatz bestehen, sodass schon kein Fehlgehen der Tat vorliegt, wenn ein anderes als das subjektiv besonders erwünschte Handlungsobjekt getroffen wird. Hält sie den Erfolg mit dem Risiko der Handlung dagegen an anderen Objekten nicht für möglich, etwa weil sie diese schon nicht als solche voraussieht, so liegt ein Fehlgehen der Tat vor, sodass nur versuchte Tat am verfehlten Objekt in Tateinheit mit fahrlässiger Tat am irrig getroffenen Tatobjekt in Betracht kommt. Deshalb beruht die schematisch dagegensetzte Unbeachtlichkeit der aberratio ictus im Vollendungsverhältnis auf einer Unterstellung des tatsächlich infolge eines Objektsirrtums nicht existenten Vorsatzes, die sich vor dem Hintergrund der landläufigen Verwechslung der Begriffe von Objekt und Subjekt im Begriff des error in persona vel objecto scheinbar plausibel behaupten lässt.

Was die konkrete Bildung des Vorsatzes im Hinblick auf bestimmte Handlungsobjekte, und damit auch die Abgrenzung zum unbeachtlichen Identitätsirrtum angeht, ist hier zu bemerken, dass vom konkreten Vorsatz solche gesetzlich als Tatobjekte geeignete Handlungsobjekte umfasst werden, die sich zum Tatzeitpunkt zutreffend als möglich vorausgesehen und fernerhin als Tatobjekte gebilligt in der räumlich-zeitlichen Position der sich dort verwirklichenden Handlung befinden.⁶⁸ Denn diese jeweilige Position in Raum und Zeit

⁶⁴ Woran ersichtlich ist, dass auch das von Erb (Fn. 56), S. 389 (396) herausgestellte Abgrenzungskriterium mehr verspricht als es zu halten vermag: „Es ist [...] der error in persona, der eine direkte Wahrnehmung des Opfer (sic!) voraussetzt, während der vom Täter nicht bedachte Eintritt des Taterfolgs beim falschen Opfer ohne eine solche immer eine aberratio ictus darstellt [...]“.

⁶⁵ Die bloße Identität will hier jedoch Herzberg, JA 1981, 470 (473) mangels sinnlicher Wahrnehmung des Tatobjekts vermittelt „geistiger Identitätsvorstellung“ zum ausschlaggebenden Wertungskriterium erheben (i.E. auch Roxin [Fn. 33], S. 289 [294 f.]), sodass eine beachtliche aberratio ictus anzunehmen sei. Dagegen führt das auf sinnlicher Wahrnehmung basierende Wertungskriterium von Prittwitz, GA 1983, 110 (130) – anders als das (oben Fn. 64) von Erb (Fn. 56), S. 389 (396 f.) – in diesem Fall zum unbeachtlichen error in persona. Daran dürfte exemplarisch ersichtlich sein, dass die strafrechtliche Behandlung solcher Irrtumsfälle durch kriminalpolitische – d.h. subjektive – Wertung (oben Fn. 33) natürlich nicht zu objektiv eindeutigen sowie rechtssicheren Ergebnissen führen kann (kritisch dazu deshalb auch Puppe, JZ 1989, 728 [731]), und zwar, weil sie die begriffliche Bestimmung nicht nur der zu beurteilenden Fälle, sondern auch die der strafrechtsdogmatischen Begriffe selbst für obsolet erklärt.

⁶⁶ Vgl. auch den Fall in BGH NStZ 1998, 294 f. m. Anm. Herzberg, JuS 1999, 224 ff. und Schliebitz, JA 1998, 833 ff.

⁶⁷ Das gilt freilich nicht, wenn man den Vorsatz, wie Puppe (Fn. 4), § 15 Rn. 64 ff., § 16 Rn. 104 ff., über die objektivistische Lehre von der Vorsatzgefahr zu bestimmen versucht.

⁶⁸ Vgl. dazu etwa Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 8/81. Tritt beispielsweise ein geeignetes Handlungsobjekt in der Laufbahn der sich verwirklichenden Handlung dazwischen, dann gehört auch dieser Erfolg zur voraus-

bildet keine individuelle und die Identität betreffende Eigenschaft des Tatobjekts,⁶⁹ da die Person auch unabhängig von der veränderlichen Position ihrer Erscheinung in Raum und Zeit als gleichbleibend angesehen wird, weshalb dieses Kriterium der *Konkretisierung* (nicht: Individualisierung) des Handlungsobjekts als gesetzliches Tatobjekt auch unabhängig von der Identität der Person im Tatobjekt, und folglich zur Abgrenzung gegenüber dem unbeachtlichen error in persona nicht nur geeignet, sondern zwingend erforderlich ist.⁷⁰ Wer dagegen in der Bestimmung des Vorsatzes auf einen konkreten Gegenstand auch noch von Raum und Zeit abstrahiert, der abstrahiert damit zugleich von den Vorstellungsformen, darin sich äußeres und sohin rechtlich relevantes Handeln der Menschen untereinander nur abspielen kann, sodass mit dieser Abstraktion in Wahrheit objektiv gar kein konkretes Objekt mehr in der Handlung denkbar ist,⁷¹ womit sich dann der Vorsatz in der Handlung subjektiv natürlich vom Objekt löst.⁷² In der Folge soll das bloß abstrakte Wollen der Verletzung gesetzlicher Tatobjekte unabhängig von jedem konkreten Objektsbezug (d.h. die bloße Unrechtsgesinnung) die Vorsatzzurechnung begründen, sodass die objektivistische Ansicht an diesem Punkt ihres Gedankens also selbst gleichsam dialektisch in einen (abstrakten Vorstellungs-)Subjektivismus umschlägt, den sie in umgekehrter Gedankenrichtung mit Recht kritisiert. Wer die damit eintretende Bestrafung aus der bloßen Unrechtsgesinnung aber nicht für die Zwecke

gesehenen Verwirklichung der vorsätzlichen Tat (oben Fn. 26), sodass aus dieser Konstellation, entgegen *Heuchemer* (Fn. 50), S. 189 (195 Fn. 29), keine schlagende Kritik gegen ein nur vermeintlich naturalistisches Abgrenzungskriterium (Raum/Zeit) resultiert.

⁶⁹ So aber *Puppe*, GA 1981, 1 (10); *Heuchemer*, JA 2005, 275 (277 f.); zutreffend dagegen *Rath*, JA 2005, 709 (710).

⁷⁰ Keineswegs ist es also so, dass dieser Konkretisierungsgedanke zur Beachtlichkeit auch des richtigerweise unbeachtlichen error in persona führen müsste, wie *Herzberg*, JA 1981, 369 (374) glaubt. Wohl aber kann er erklären, weshalb der beachtliche error in objecto mit Recht als beachtlich angesehen wird.

⁷¹ Hat man denn schon einmal einen dem Täter äußeren Handlungsgegenstand (z.B. einen Menschen) außerhalb von Raum und Zeit gesehen? – Man kann ein Objekt in Raum und Zeit gedanklich aufheben, ohne die Vorstellungen von Raum und Zeit gedanklich aufheben zu müssen; man kann aber nicht Raum und Zeit gedanklich aufheben, ohne dass damit nicht zugleich auch das äußere Objekt darin gedanklich aufgehoben würde. Demnach ist das äußere Objekt gedanklich abhängig von den Vorstellungen von Raum und Zeit, während diese die Vorstellung vom äußeren Objekt ermöglichenden Vorstellungen von Raum und Zeit insofern unabhängig von der Vorstellung des äußeren Objekts sind. Also lässt sich der Gedanke eines äußeren Objekts überhaupt lediglich innerhalb der Vorstellungen von Raum und Zeit konkret bestimmt denken, sodass diese als bestimmende Formen der Konkretisierung eines äußeren Objekts überhaupt insofern als solche unabdingbar sind.

⁷² Vgl. dazu auch *Rath* (Fn. 15), S. 127 ff.

einer „funktionalen Revision“ des Vorsatzbegriffs (miss-)braucht,⁷³ der kann innerhalb eines Schuldstrafrechts kein Interesse an einer solchen logizistischen Verabsolutierung des objektiven Moments in der Unrechtsbegründung haben.⁷⁴

Nach den ausgeführten Kriterien der positiven Vorsatzbegründung – deren negative Bedingung die Abwesenheit maßgeblicher Tatbestandsirrtümer ist – sind im Falle eines error in persona des Vordermanns schließlich auch die berüchtigten Beteiligungsprobleme (z.B. Rose-Rosahl) einer Lösung zuführbar. Insofern ist die Rechtsfigur der aberratio ictus insoweit als überflüssig anzusehen,⁷⁵ als sie den freien Blick auf diese Kriterien der allgemeinen Vorsatzdogmatik, jedenfalls beim gegenwärtigen Stand begrifflicher Unterscheidungsfähigkeit, nicht selten verstellt.⁷⁶ Denn dass sich der Vorsatz nur auf die gesetzlich bestimmte Tatobjektsqualität im konkreten Handlungsobjekt und nicht auch auf dessen individuelle Identität beziehen muss, ist in der allgemeinen Vorsatzdogmatik trotz ihrer unglücklichen Begriffsbildung („error in persona vel objecto“) wohl nicht ernstlich umstritten. Vor diesem Hintergrund wäre es einer genaueren begriffsgeschichtlichen Untersuchung wert, zu welchem Zeitpunkt in der Debatte um das Verhältnis der zunächst noch nicht klar und deutlich voneinander unterschiedenen Irrtumskonstellationen des error in persona und der aberratio ictus der Identitätsirrtum mit dem Objektsirrtum begrifflich zum error in persona vel objecto verschmolzen wurde. Denn mit dieser heute weitgehend unhinterfragten Begriffsbildung musste die klare Unterscheidung zwischen error in persona und aberratio ictus wieder undeutlich werden, weil es sich bei der Letzteren, infolge der Unkenntnis des getroffenen Handlungsobjekts als geeignetem Tatobjekt, um einen beachtlichen error in objecto handelt.

⁷³ Wie etwa zuletzt wieder *Heuchemer* (Fn. 50), S. 189 ff.

⁷⁴ Vom Standpunkt der Logik gegen *Puppe*, GA 1981, 1 ff. deshalb mit Recht auch *Toepel*, JRE 2 (1994), 413 (417 ff.); von „logischer Überlegenheit“ der objektivistischen Gleichwertigkeitstheorie (konstatiert von *Herzberg*, JA 1981, 369 [371], 470 [473]; *Prittwitz*, GA 1983, 110 [122]) kann nämlich nicht die Rede sein (oben unter III. 2.).

⁷⁵ So nur im Ergebnis etwa auch *Puppe*, GA 1981, 1 (6).

⁷⁶ Wieso sollte etwa die Anstiftung, einen anderen Menschen zu töten, als fehlgeschlagen zu betrachten sein, wenn die vom angestifteten Täter in vorgesehener Weise getötete Person nur nicht den Identitätswünschen des Anstifters an das Tatobjekt entspricht? Die Annahme einer aberratio ictus für den Anstifter beruht demnach auf der unzulässigen Erhebung der Identität der Person zum Vorsatzmerkmal. Zutreffend i.E. daher beispielsweise die Lösung des BGH (BGHSt 37, 214 ff.; BGH NStZ 1998, 294 f.).

Das Versäumnisverfahren im Zivilprozess – Teil 2*

Von Diplom-Jurist **Jost Behrens**, Hannover**

Die folgenden Erörterungen schließen den Beitrag „Das Versäumnisverfahren im Zivilprozess“ ab. Während im ersten Teil (ZJS 2019, 15 ff.) die Voraussetzungen für den Erlass eines Versäumnisurteils behandelt wurden, befasst sich der hiesige zweite Teil mit dem Einspruch gegen ein Versäumnisurteil und das technisch zweite Versäumnisurteil.

VI. Einspruch gegen ein Versäumnisurteil

Zur Veranschaulichung der Wirkung des Einlegens eines Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil folgender Fall.

Beispielsfall 9: A klagt gegen B auf Zahlung von 10.000 €. Da B im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint, erlässt das zuständige Landgericht am 14.3.2019 gegen B ein Versäumnisurteil, welches diesem am 19.3.2019 zugestellt wird. Am 1.4.2019 legt B gegen dieses Urteil Einspruch ein.

Der Rechtsbehelf gegen ein Versäumnisurteil ist der Einspruch gem. § 338 ZPO. Da dieser bei dem Gericht eingelegt wird, welches das Versäumnisurteil erlassen hat (§ 340 Abs. 1 ZPO) und somit kein Devolutiveffekt – das Verfahren wird nicht in der höheren Instanz anhängig – bewirkt, handelt es sich nicht um ein Rechtsmittel, sondern um einen Rechtsbehelf.¹ Der Einspruch weist aber den Suspensiveffekt auf, da mit diesem der Eintritt der Rechtskraft des Versäumnisurteils gehemmt wird (§ 705 S. 2 ZPO). Nach § 232 ZPO hat das Versäumnisurteil eine Belehrung über die Einspruchsmöglichkeit, über das zuständige Gericht sowie über Frist und Form zu enthalten. Eine fehlerhafte oder unterbliebene Rechtsbehelfsbelehrung führt nach § 233 S. 2 ZPO jedoch im Wiedereinsetzungsverfahren nur zu der Vermutung, dass eine Versäumung der Einspruchsfrist unverschuldet war und die unrichtige oder unterbliebene Belehrung ursächlich für die Versäumung der Einspruchsfrist gewesen war.² Anders ist dies im Arbeitsgerichtsprozess, wo aus dem Wortlaut des § 59 S. 3 ArbGG „zugleich mit der Zustellung des Urteils“ gefolgert wird, dass der Hinweis auf die Zustellungsvoraussetzung ist, mit der Folge, dass die Einspruchsfrist mangels wirksamer Zustellung nicht zu laufen beginnt.³

Die Vorschriften über den Einspruch gegen ein Versäumnisurteil gelten wegen ihrer Verordnung im ersten Abschnitt des zweiten Buches der ZPO zunächst nur in Verfahren vor dem Landgericht, über die Verweisungsnorm des § 495a ZPO auch für Verfahren vor dem Amtsgericht.⁴ Im arbeitsgericht-

lichen Urteilsverfahren gelten die Vorschriften über den Einspruch gegen ein Versäumnisurteil gem. §§ 46 Abs. 2, 61 Abs. 6 ArbGG mit Ausnahme der in §§ 59, 64 Abs. 7 ArbGG genannten Besonderheiten entsprechend.

Kurzüberblick über die Voraussetzungen

1. Statthaftigkeit gem. § 338 ZPO
2. Zuständigkeit des Prozessgerichts gem. § 340 ZPO
3. Einspruchsfrist gem. § 339 ZPO
4. Form und Inhalt gem. § 340 ZPO
5. Allgemeine Prozessvoraussetzungen
6. Kein Verzicht oder keine Rücknahme gem. § 346 ZPO

1. Statthaftigkeit

Der Einspruch ist nur gegen sogenannte „echte“ Versäumnisurteile statthaft und Einspruchsführer kann nur die säumige Partei sein, also diejenige, gegen die das Versäumnisurteil erlassen wurde, nicht dagegen die gegnerische Partei.⁵ Gegen sogenannte „unechte“ Versäumnisurteile, d.h. Urteile, bei denen zwar eine Partei säumig war, diese aber nicht wegen der Säumnis der Partei ergehen, sondern aus einem anderen Grund, etwa wegen Unzulässigkeit oder Unschlüssigkeit der Klage, können nur mit Rechtsmitteln angegriffen werden.⁶ Grundsätzlich begehrt der Einspruchsführer mit seinem Einspruch neben der Aufhebung des Versäumnisurteils auch die Beseitigung der materiellen Beschwer. Der Einspruch kann aber auch dazu dienen, um eine Klageänderung⁷ oder einen Parteiwechsel herbeizuführen.⁸ Versäumnisurteile können auch nur zum Teil angefochten werden.⁹

Bei einem Versäumnisurteil gegen mehrere Streitgenossen, ist die Einspruchseinlegung für jeden Streitgenossen getrennt zu prüfen. In Fällen der notwendigen Streitgenossenschaft nach § 62 ZPO ist auch derjenige Streitgenosse im Einspruchsverfahren gem. § 62 Abs. 2 ZPO zuzuziehen, der selbst keinen Einspruch eingelegt hat.¹⁰

Der Einspruch ist auch dann der richtige Rechtsbehelf, wenn das Gericht irrtümlicherweise ein Versäumnisurteil erlassen hat, obwohl überhaupt kein Fall von Säumnis vorgelegen hat.¹¹ In diesem Fall greift auch nicht der Grundsatz der Meistbegünstigung.¹² Nach diesem Grundsatz darf den Parteien kein Rechtsnachteil dadurch erwachsen, dass das Gericht in falscher Form entschieden hat. Ihnen steht deshalb sowohl der Rechtsbehelf zu, der nach der Art der tatsächlich

* Fortführung von Behrens, ZJS 2019, 15 ff.

** Der Autor ist derzeit Rechtsreferendar am OLG Celle.

¹ Reichold, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 39. Aufl. 2018, § 338 Rn. 1.

² Toussaint, in: Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO, 32. Ed., Stand: 1.4.2019, § 338 Rn. 12.

³ Toussaint (Fn. 2), § 338 Rn. 13.

⁴ Diese Verweisungsnorm sollte in der Fallbearbeitung zumindest zu Beginn einmalig zitiert werden.

⁵ Musielak/Voit, Grundkurs ZPO, 14. Aufl. 2018, Rn. 351.

⁶ Herget, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 32. Aufl. 2018, Vor §§ 330 ff. Rn. 12.

⁷ OLG Köln NJW-RR 1993, 1408.

⁸ Czub/Göbel, in: Prütting/Gehrlein, Kommentar zur ZPO, 10. Aufl. 2018, § 338 Rn. 5.

⁹ Umkehrschluss aus § 340 Abs. 2 S. 2 ZPO.

¹⁰ Toussaint (Fn. 2), § 338 Rn. 7.

¹¹ Musielak/Voit (Fn. 5), Rn. 351.

¹² BGH NJW 1999, 583; BGH NJW-RR 1995, 379 (380); BGH NJW 1994, 665.

ergangenen Entscheidung statthaft ist, als auch derjenige, der bei einer in der korrekten Form erlassenen Entscheidung zulässig wäre.¹³ Dagegen wird der Grundsatz der Meistbegünstigung angewandt, wenn ein kontradiktorisches Urteil irrtümlich als Versäumnisurteil erlassen wurde.¹⁴ Gleiches gilt, wenn das den Parteien zugestellte Urteil entgegen § 313b Abs. 1 S. 2 ZPO nicht als Versäumnisurteil benannt worden ist.¹⁵ Ob die säumige Partei ihre Säumnis hätte vermeiden können, ist unbeachtlich. Dies wird teilweise für rechtspolitisch bedenklich erachtet, weil die Folgen der Säumnis durch den Einspruch ohne weitere Begründung beseitigt werden können und die säumige Partei sich somit einen unberechtigten Zeitgewinn verschaffen kann.¹⁶

2. Zuständigkeit des Prozessgerichts

Über die Zulässigkeit des Einspruchs entscheidet das Prozessgericht, welches das Versäumnisurteil erlassen hat. Gem. § 341 ZPO prüft das Gericht von Amts wegen, ob der Einspruch an sich statthaft und ob er frist- und formgerecht eingelegt worden ist.

3. Einspruchsfrist

Die Einspruchsfrist beträgt gem. § 339 Abs. 1 ZPO zwei Wochen. Sie ist eine Notfrist (§ 339 Abs. 1 Hs. 2 ZPO) und nicht verlängerbar (§ 224 Abs. 2 ZPO). Muss die Zustellung im Ausland erfolgen, beträgt die Frist einen Monat (§ 339 Abs. 2 S. 1 ZPO). In diesem Fall kann das Gericht aber im Versäumnisurteil eine längere Frist bestimmen (§ 339 Abs. 2 S. 2 ZPO). Im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren muss gem. § 59 S. 1 ArbGG binnen einer Notfrist von einer Woche (!) Einspruch gegen ein Versäumnisurteil eingelegt werden.

Die Frist beginnt mit Zustellung des Versäumnisurteils an die unterlegene Partei (§ 339 Abs. 1 Hs. 2 ZPO). In Fällen des Erlasses eines Versäumnisurteils ohne mündliche Verhandlung nach § 331 Abs. 3 ZPO beginnt sie mit der zeitlich letzten Zustellung an eine der Parteien, also entweder mit der Zustellung an den Kläger oder an den Beklagten.¹⁷ Dies folgt daraus, dass bei einem Versäumnisurteil, das nach § 331 Abs. 3 ZPO ohne mündliche Verhandlung ergeht, die Verkündung durch die Zustellung des Urteils ersetzt wird und dieses deshalb erst mit Zustellung an alle Parteien existent wird.¹⁸

Für die Berechnung der Frist gelten die §§ 222 ff. ZPO in Verbindung mit §§ 187 ff. BGB. Die Notfrist des § 339 Abs. 1 ZPO beginnt wegen der verbleibenden Möglichkeit der Nichtigkeitsklage und aus Gründen der Rechtssicherheit auch mit der unwirksamen Zustellung.¹⁹

4. Einspruchsschrift

Der Einspruch wird durch Einreichung einer Einspruchsschrift bei dem Gericht eingelegt, welches das Versäumnisurteil erlassen hat (§ 340 Abs. 1 ZPO). Die Einspruchsschrift muss nach § 340 Abs. 2 ZPO die Bezeichnung des Urteils, gegen das der Einspruch gerichtet wird (Nr. 1) und die Erklärung, dass gegen dieses Urteil Einspruch eingelegt werde (Nr. 2) enthalten. Nicht zwingend ist, dass der Begriff „Einspruch“ fällt, vielmehr genügt jeder Ausdruck (z.B. „Widerruf“, „Berufung“), der deutlich macht, dass die Partei sich gegen das Versäumnisurteil verteidigen möchte.²⁰

Nach § 340 Abs. 3 ZPO ist die Einspruchsschrift zu begründen. Die Frist zur Begründung des Einspruchs kann seitens des Gerichts verlängert werden, wenn der Rechtsstreit durch die Verlängerung nicht verzögert wird oder wenn die Partei erhebliche Gründe darlegt (§ 340 Abs. 3 S. 2 ZPO). Im Gegensatz zu der Begründung bei Berufung und Revision führt die unterlassene Begründung des Einspruchs allerdings nicht zu einer Verwerfung des Rechtsbehelfs als unzulässig.²¹ Vielmehr gilt für das verspätete Vorbringen die Präklusionswirkung des § 296 ZPO.²² Die Begründung des Einspruchs dient mithin dazu, die Präklusionswirkung des § 296 ZPO zu verhindern.²³

5. Allgemeine Prozessvoraussetzungen

Wie bei jeder Prozesshandlung müssen auch bei Einlegung des Einspruches die allgemeinen Prozessvoraussetzungen vorliegen.

6. Kein Verzicht oder keine Rücknahme

Der Einspruch darf nicht zurückgenommen noch darf auf ihn verzichtet worden sein. Für den Verzicht des Einspruchs und seine Zurücknahme gelten gem. § 346 ZPO die Vorschriften über den Verzicht auf die Berufung und über ihre Zurücknahme (§§ 515, 516 ZPO) entsprechend.

VII. Wirkungen

Ist der Einspruch unzulässig, ergeht – unabhängig ob eine mündliche Verhandlung stattfand oder nicht – ein Urteil nach § 341 Abs. 2 ZPO.

Der Tenor könnte lauten: „Der Einspruch des Beklagten gegen das Versäumnisurteil vom [...] wird als unzulässig verworfen.“²⁴

Bei zulässigem Einspruch ist gem. § 341a ZPO der Termin zur mündlichen Verhandlung über den Einspruch und die Hauptsache zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen. Es kann bereits durch Zwischenurteil festgestellt werden, dass der Einspruch zulässig ist.

Der Tenor könnte lauten: „Der Einspruch des Beklagten gegen das Versäumnisurteil vom [...] ist zulässig.“²⁵

¹³ BGH NJW 1999, 583 (584).

¹⁴ BGH NJW 1999, 583 (584).

¹⁵ OLG Hamm NJW-RR 1995, 186.

¹⁶ Grunsky/Jacoby, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2018, Rn. 501.

¹⁷ Herget (Fn. 6), § 339 Rn. 4.

¹⁸ Grunsky/Jacoby (Fn. 16), Rn. 503.

¹⁹ BGH NJW 2008, 2125; BGH NJW 1988, 2049; Herget (Fn. 6), § 339 Rn. 1; a.A. LG Berlin MDR 1988, 588; AG Hamburg-Harburg NJW-RR 1998, 791.

²⁰ Herget (Fn. 6), § 340 Rn. 4.

²¹ BGH NJW-RR 1992, 957; OLG Frankfurt NJW-RR 1993, 1151.

²² BGH NJW 1979, 1988; OLG Nürnberg NJW 1978, 2250.

²³ Stadler/Jarsumbek, JuS 2006, 34 (38).

²⁴ Reichold (Fn. 1), § 341 Rn. 5.

Der zulässige Einspruch bewirkt, dass der Rechtsstreit in die Lage zurückversetzt wird, in der er sich vor Eintritt der Säumnis befand (§ 342 ZPO). Der Einspruch hemmt die Rechtskraft des Versäumnisurteils (§ 705 S. 2 ZPO). Die Vollstreckbarkeit des Versäumnisurteils bleibt aber bestehen. In der Praxis wird der Einspruchsführer in der Regel beantragen, die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil einstweilen einzustellen (§ 719 in Verbindung mit § 707 ZPO).²⁶

VIII. Entscheidungen des Gerichts

1. Säumnis einer Partei

Ist die Partei, die den Einspruch eingelegt hat, erneut säumig, ergeht gegen sie ein technisch zweites Versäumnisurteil.²⁷ Ist der Einspruchsgegner säumig, ergeht gegen ihn auf Antrag ein erstes Versäumnisurteil.

2. Erscheinen beider Parteien

Sind beide Parteien erschienen und ist der Rechtsstreit entscheidungsreif, erlässt das Gericht ein Endurteil (§ 300 ZPO). Entschieden wird nicht über den Einspruch, sondern über die Klage aufgrund der neuen Verhandlung.²⁸ Die Entscheidung kann auf anderen rechtlichen Erwägungen als das Versäumnisurteil beruhen.²⁹ Da das Versäumnisurteil noch fortbesteht, muss bei der Tenorierung darauf geachtet werden, dass es entweder bestätigt oder aufgehoben wird (§ 343 ZPO).³⁰

a) Aufrechterhaltung nach § 343 S. 1 ZPO

Stimmt das Urteil mit dem Versäumnisurteil überein, so wird das Versäumnisurteil aufrechterhalten. (§ 343 S. 1 ZPO). Die säumige, unterlegene Partei trägt nach § 91 ZPO die Kosten des Rechtsstreits und auch des Versäumnisurteils, selbst wenn dies nicht in gesetzlicher Weise ergangen ist.³¹ Die Vollstreckung darf nur noch gegen Sicherheitsleistung fortgesetzt werden (§ 709 S. 3 ZPO); bisherige Vollstreckungsmaßnahme ohne Sicherheitsleistung nach § 708 Nr. 2 ZPO bleiben bestehen.³²

Formulierungsvorschlag: Das Versäumnisurteil vom [...] wird aufrechterhalten. Der Beklagte trägt auch die weiteren Kosten des Verfahrens.³³

b) Aufhebung nach § 343 S. 2 ZPO

Kommt das Gericht in der Verhandlung zu einer anderen Entscheidung als im Versäumnisurteil, hebt es das Versäumnisurteil auf (§ 343 S. 2 ZPO) und trifft eine andere Entscheidung (§ 343 S. 2 ZPO). In diesem Fall trägt die säumige, nun erfolgreiche Partei nur die durch ihre Säumnis entstandenen Kosten, sofern dieses in gesetzlicher Weise ergangen ist (§ 344 ZPO). Ist es dagegen nicht in gesetzlicher Weise erlassen worden, etwa weil die Partei ohne ihr Verschulden am Verhandeln gehindert war, sind auch diese Kosten dem Gegner gem. § 91 ZPO aufzuerlegen.³⁴ Für die vorläufige Vollstreckbarkeit gelten je nach Höhe der Kosten § 708 Nr. 11 oder § 709 S. 1 ZPO.³⁵

Formulierungsvorschlag: Das Versäumnisurteil vom [...] wird aufgehoben und die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der durch die Säumnis des Beklagten im Termin vom [...] entstandenen Kosten, die der Beklagte trägt.

c) Teilweise Aufrechterhaltung

Kommt das Gericht nach dem Einspruch zu dem Ergebnis, dass die Entscheidung nur teilweise mit dem Versäumnisurteil übereinstimmt, wird das Versäumnisurteil in diesem Umfang aufrechterhalten (§ 343 S. 1 ZPO) und hinsichtlich des abweichenden Teils aufgehoben (§ 343 S. 2 ZPO).³⁶

Formulierungsvorschlag: Das Versäumnisurteil vom [...] wird in Höhe von [...] € aufrechterhalten. Im Übrigen wird das Versäumnisurteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. (Vollstreckbarkeit)

d) Vergleich, Klagerücknahme oder übereinstimmende Erledigungserklärung

Kommt es zwischen den Parteien zu einem Vergleich, sollte auch eine Vereinbarung hinsichtlich des Versäumnisurteils berücksichtigt werden, indem etwa festgehalten wird, dass der Kläger bzw. der Beklagte sich verpflichtet, aus dem Versäumnisurteil nicht zu vollstrecken.³⁷ Im Fall einer Klagerücknahme nach Erlass des Versäumnisurteils, wird dieses nach § 269 Abs. 3 S. 1 ZPO wirkungslos, ohne dass es einer ausdrücklichen Aufhebung bedarf. Gleiches gilt bei einer übereinstimmenden Erledigungserklärung.³⁸

IX. Exkurs: „Flucht in die Säumnis“

Hat eine Partei Angriffs- oder Verteidigungsmittel verspätet vorgetragen, muss sie damit rechnen, dass diese nach § 296 ZPO zurückgewiesen werden. Eine Verzögerung liegt vor, wenn das Verfahren bei Zulassung des verspäteten Vorbrin-

²⁵ Reichold (Fn. 1), § 341 Rn. 7.

²⁶ Grunsky/Jacoby (Fn. 16), Rn. 506.

²⁷ Dazu unten X.

²⁸ Reichold (Fn. 1), § 343 Rn. 1. In der Fallbearbeitung ist nach Zulässigkeit des Einspruchs, die Zulässigkeit und Begründetheit der Klage, nicht die Begründetheit des Einspruchs zu prüfen!

²⁹ Stadler/Jarsumbek, JuS 2006, 34, (35).

³⁰ Vgl. Grunsky/Jacoby (Fn. 16), Rn. 507.

³¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 106 Rn. 67.

³² Czub/Göbel (Fn. 8), § 343 Rn. 7.

³³ Siehe dazu ausführlich Anders/Gehle, Das Assessorexamen im Zivilrecht, 13. Aufl. 2017, Rn. A-108 ff.; Giers, DGVZ 2008, 8 ff.

³⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 31), § 106 Rn. 68.

³⁵ Reichold (Fn. 1), § 343 Rn. 5.

³⁶ Vgl. dazu Büscher, in: Wieczorek/Schütze, Kommentar zur ZPO, Bd. 5/2, 4. Aufl. 2017, § 343 Rn. 29.

³⁷ Thamm, in: Kern/Diehm, Kommentar zur ZPO, 2017, § 343 Rn. 6.

³⁸ Thamm (Fn. 37), § 343 Rn. 7.

gens länger dauern würde als bei Zurückweisung (sog. absoluter Verzögerungsbegriff).³⁹ Nach der Gegenansicht ist ein Vergleich mit der (hypothetischen) Verfahrensdauer, die sich bei rechtzeitigem Vorbringen ergeben hätte, anzustellen. (sog. relativer Verzögerungsbegriff).⁴⁰ Eine absolute Verzögerung liegt mithin vor, wenn neben dem Einspruchstermin ein weiterer Termin erforderlich ist.⁴¹ In diesen Fällen kann es für die Partei ratsam sein, ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen zu lassen. In dem in die Lage vor der Säumnis zurückgesetzten Prozess ist neues Vorbringen im Rahmen der Einspruchsbegründung zulässig.⁴² Bereits verspätetes Vorbringen bleibt aber verspätet.⁴³ Eine Verzögerung findet nun nicht mehr statt, da nach § 341a ZPO ohnehin ein neuer Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt wird, in dem eine Beweisaufnahme stattfinden kann.⁴⁴ Andererseits muss das Gericht auch nicht den Einspruchstermin so weit hinauszuschieben, dass in ihm auch späteres Vorbringen noch im vollen Umfang ohne Verzögerung in der Erledigung des Rechtsstreits noch berücksichtigt werden kann.⁴⁵ Vor dem Hintergrund des Art. 103 Abs. 1 GG ist erforderlich, dass unproblematisch erkennbar ist, dass die Verspätung nicht ursächlich für eine Verzögerung ist.⁴⁶ Schließlich kann der Kläger auch seine Klage ändern oder erweitern oder der Beklagte Widerklage erheben.⁴⁷

Letzteres stellt als sog. „Flucht in die Klageerweiterung bzw. Widerklage“ eine Alternative dar, um die Zurückweisung zu umgehen. Da § 296 ZPO nur Angriffs- und Verteidigungsmittel umfasst, können Klageerweiterung und Widerklage als Sachanträge nicht zurückgewiesen werden.⁴⁸ Die Flucht in die Klageerweiterung bzw. Widerklage birgt im Gegensatz zur Flucht in die Säumnis vor allem Kostenvorteile. Nach § 344 ZPO hat der Beklagte die durch die Säumnis entstandenen Mehrkosten zu tragen. Hinzu kann die Erhebung einer Verzögerungsgebühr nach § 38 GKG in Betracht kommen. Dagegen entstehen im Fall der Flucht in die Klageerweiterung bzw. Widerklage gar keine Kostennachteile oder nur in sehr geringerem Umfang.⁴⁹ Zudem ist letztere gegen-

über der Flucht in die Säumnis – zumindest bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs⁵⁰ – mehrmals möglich.⁵¹

X. Technisch zweites Versäumnisurteil

Beispielsfall 10 (BGH NJW 1998, 3125): Der Kläger verlangt vom Beklagten restlichen Werklohn. In der mündlichen Verhandlung erging gegen den Beklagten, dessen Prozessbevollmächtigter trotz ordnungsgemäßer Ladung zum Termin nicht erschienen war, ein Versäumnisurteil. Gegen das Versäumnisurteil legte der Prozessbevollmächtigte des Beklagten fristgerecht Einspruch ein. Im neuen Termin zur mündlichen Verhandlung erschien für den Beklagten wieder niemand, mit der Folge, dass auf Antrag des Klägers durch zweites Versäumnisurteil sein Einspruch verworfen wurde. Der Rechtsanwalt des Beklagten legte hiergegen Berufung ein. Zur Begründung trug er vor, es sei in dem Termin unverschuldet säumig gewesen. Die Post sei von der Auszubildenden bearbeitet worden, die von einer erfahrenen und gewissenhaft arbeitenden Rechtsanwalts- und Notarfachangestellten überwacht worden sei. Es seien nur die Fristen notiert worden. Von beiden sei die Ladung übersehen worden und daher der Termin zur Verhandlung über den Einspruch nicht im Kalender eingetragen worden.

Kurzüberblick über die Voraussetzungen

1. Zulässiger Einspruch
2. Erneute Säumnis im Einspruchstermin
3. Prozessantrag und keine Hinderungsgründe
4. Gesetzmäßigkeit des ersten Versäumnisurteils (str.)

1. Zulässiger Einspruch

Einspruch der säumigen Partei muss zulässig sein.⁵² Bei Unzulässigkeit ist der Einspruch durch kontradiktorisches Urteil als unzulässig zu verwerfen.⁵³

2. Säumnis im Einspruchstermin

Der Einspruchsführer muss im Einspruchstermin säumig sein. Einspruchstermin ist entweder der nach § 341a ZPO bestimmte Termin oder der Termin, auf den vertrag wurde (§§ 227, 335, 337 ZPO), wenn es dort nicht zur Verhandlung über die Hauptsache gekommen ist.⁵⁴

Ein zweites Versäumnisurteil darf nur bei unmittelbar aufeinanderfolgender Säumnis ergehen. Zwischen den beiden Terminen darf nicht zur Hauptsache verhandelt worden sein.

³⁹ Greger, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 32. Aufl. 2018, § 296 Rn. 22; Reichold (Fn. 1), § 296 Rn. 15.

⁴⁰ Vgl. Greger (Fn. 39), § 296 Rn. 22.

⁴¹ Vgl. M. Huber, JuS 2015, 985 (987).

⁴² BGH NJW 1980, 1105.

⁴³ Pohlmann, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 588.

⁴⁴ Büßer, JuS 2009, 319 (320); Schwab, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2016, Rn. 283.

⁴⁵ BGH NJW 1981, 286, für den Fall eines noch einzuholenden schriftlichen Sachverständigengutachtens.

⁴⁶ BVerfG NJW 1987, 2733 (2735).

⁴⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 31), § 106 Rn. 62.

⁴⁸ Greger (Fn. 39), § 296 Rn. 3; vgl. auch BGH NJW 1986, 2257.

⁴⁹ Windau, zpoblog, abrufbar unter <http://www.zpoblog.de/flucht-in-die-saeumnis-klageerweiterung-widerklage-befangenheitsantrag/> (21.5.2019).

⁵⁰ BGH NJW 1986, 2257 (2258); sie ist aber nicht bereits rechtsmissbräuchlich, wenn die Flucht auch den Zweck der Präklusion verfolgt, vgl. BGH NJW 1995, 1223.

⁵¹ Windau, zpoblog, abrufbar unter <http://www.zpoblog.de/flucht-in-die-saeumnis-klageerweiterung-widerklage-befangenheitsantrag/> (21.5.2019).

⁵² Büscher (Fn. 36), § 345 Rn. 6.

⁵³ Büscher (Fn. 36), § 345 Rn. 3.

⁵⁴ Stadler/Jarsumbek, JuS 2006, 134.

Wird dazwischen mündlich verhandelt, darf kein zweites, sondern nur ein weiteres erstes Versäumnisurteil ergehen.⁵⁵ Ein erstes Versäumnisurteil ergeht auch, wenn der Einspruchsgegner in dem Einspruchstermin (zum ersten Mal) säumig ist. Es kann dann ein erstes Versäumnisurteil gegen ihn ergehen. Unverschuldet ist die Säumnis, wenn die Partei trotz aller ihr zumutbaren Anstrengungen an der Wahrnehmung des Termins gehindert war. Den Parteien ist das Verschulden ihrer Prozessbevollmächtigten gem. § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen.

In Beispielsfall 10 war fraglich, ob dem Beklagten an seinem Nichterscheinen ein Verschulden traf. Der Beklagte selbst war zwar nicht schuldhaft zum Termin nicht erschienen, jedoch steht gem. § 85 Abs. 2 ZPO das Verschulden des Prozessbevollmächtigten dem Verschulden der Partei gleich. Der BGH verneinte jedoch ein dem Beklagten zurechenbares Verschulden seines Prozessbevollmächtigten, da es sich bei der bloßen Eintragung von Terminen in einen Terminkalender um einfache Tätigkeiten handelt, für die keine juristischen Fachkenntnisse erforderlich sind und bei denen auch keine Berechnungen vorzunehmen sind. Es genügt daher, wenn der Rechtsanwalt die allgemeine Weisung erteilt, den Termin in den Kalender einzutragen. (Eine Zurechnung entsprechend § 278 BGB findet nicht statt!) Gegen den Beklagten war mithin kein technisch zweites Versäumnisurteil zu erlassen.

3. Prozessantrag und keine Hinderungsgründe

Es muss ein Antrag der gegnerischen Partei vorliegen⁵⁶ und es dürfen keine Ausschlussgründe nach §§ 335, 337 ZPO bestehen.⁵⁷

4. Gesetzmäßigkeit des Versäumnisurteils (str.)

Umstritten ist, ob das Gericht im Einspruchstermin prüfen muss, ob das erste Versäumnisurteil in gesetzlicher Weise ergangen ist. Nach einer Ansicht gehört die Frage der Gesetzmäßigkeit des ersten Versäumnisurteils zum Prüfungsumfang des Gerichts. Eine erneute Prüfung müsse im Interesse einer materiell gerechten Entscheidung erfolgen.⁵⁸ Hiernach hat das Gericht bei Fehlen von Unzulässigkeit oder Unschlüssigkeit das erste Versäumnisurteil aufzuheben und die Klage durch kontradiktorisches Urteil abzuweisen. Die Zulässigkeit der Klage sei von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens zu prüfen.⁵⁹

Nach anderer Auffassung hat das Gericht ein technisch zweites Versäumnisurteil auch in den Fällen zu erlassen, in denen das erste Versäumnisurteil nicht hätte erlassen werden

dürfen.⁶⁰ Das zentrale Argument hierfür folge aus dem Umkehrschluss zu § 700 Abs. 6 ZPO. Nach dieser Vorschrift ist eine nachzuholende Schlüssigkeitsprüfung gerade erforderlich, was § 345 ZPO dagegen nicht vorsieht.⁶¹ Wegen der unterschiedlichen Rechtsauffassung zwischen dem BGH und dem BAG und der daraus resultierenden Unterschiede im Zivilprozess einerseits und Arbeitsgerichtsverfahren andererseits, wird eine Vorlage an den *Gemeinsamen Senat* nach § 2 RsprEinhG für erforderlich gehalten.⁶²

XI. Entscheidungen des Gerichts

Ist der Einspruch zulässig, die säumige Partei aber im Einspruchstermin oder in dem Termin, auf den ohne Verhandlung vertrag wurde, wiederum säumig, wird der Einspruch auf Antrag verworfen (§ 345 ZPO), allerdings nicht wie bei § 341 Abs. 1 S. 2 ZPO als unzulässig.⁶³ In Fällen des § 337 ZPO ist der Einspruchstermin zu vertragen.⁶⁴ Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO entsprechend. Die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 2 ZPO.⁶⁵

Formulierungsvorschlag: Der Einspruch des Beklagten gegen das Versäumnisurteil vom [...] wird verworfen. Der Beklagte trägt auch die weiteren Kosten des Rechtsstreits.

Das zweite Versäumnisurteil ist ein Urteil sui generis.⁶⁶ Die üblicherweise vorgenommene Unterscheidung zwischen Prozessurteil und Sachurteil bezieht sich auf die Trennung zwischen Zulässigkeit und Begründetheit der Klage.⁶⁷ Der Einspruch kennt aber keine Begründetheit. Es kommt mithin zu keiner Sachentscheidung, sondern bei zulässigem Einspruch nur zu der gesetzlichen Folge des § 342 ZPO.⁶⁸

Wird dagegen im Einspruchstermin verhandelt, erlässt das Gericht bei Säumnis eines Beteiligten auf Antrag ein erneutes erstes Versäumnisurteil gegen die säumige Partei.⁶⁹

XII. Anfechtung des technisch zweiten Versäumnisurteils

Gegen das technisch zweite Versäumnisurteil kann die säumige Partei keinen Einspruch mehr einlegen (§ 345 ZPO).

⁵⁵ Reichold (Fn. 1), § 345 Rn. 2; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 31), § 105 Rn. 71.

⁵⁶ Büscher (Fn. 36), § 345 Rn. 26; Kießling, in: Saenger, Kommentar zur ZPO, 8. Aufl. 2019, § 345 Rn. 4; Toussaint (Fn. 2), § 345 Rn. 7.

⁵⁷ Vgl. Teil 1, Behrens, ZJS 2019, 15 ff. unter II. 5.

⁵⁸ BAG NZA 1994, 1102; LAG Frankfurt NZA 1993, 816; Bartels, in: Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, Bd. 5, 23. Aufl. 2015, § 345 Rn. 7; Herget (Fn. 6), § 345 Rn. 4.

⁵⁹ Bartels (Fn. 58), § 345 Rn. 7.

⁶⁰ BGH NJW 1986, 2113; Hartmann, in: Baumbach u.a., Kommentar zur ZPO, 77. Aufl. 2019, § 345 Rn. 6; Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 1, § 345 Rn. 9; Reichold (Fn. 1), § 345 Rn. 4.

⁶¹ Prütting (Fn. 60), § 345 Rn. 9 ff., 15 mit weiteren Argumenten nach den klassischen Arten der Gesetzesauslegung.

⁶² Stadler/Jarsumbek, JuS 2006 134 (135).

⁶³ Bartels (Fn. 58), § 345 Rn. 13; Büscher (Fn. 36), § 345 Rn. 33.

⁶⁴ BGH NJW 1998, 3125.

⁶⁵ Reichold (Fn. 1), § 345 Rn. 6.

⁶⁶ Prütting (Fn. 60), § 345 Rn. 23; Stadler/Jarsumbek, JuS 2006, 134 (135); Toussaint (Fn. 2), § 345 Rn. 7.

⁶⁷ Prütting (Fn. 60), § 345 Rn. 23.

⁶⁸ Zum Streitstand ausführlich Büscher (Fn. 36), § 345 Rn. 27 m.w.N.

⁶⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 31), § 107 Rn. 71.

Könnte die säumige Partei uneingeschränkt Einspruch einlegen, führte dies zu einer endlosen Verzögerung des Verfahrens. Das Verfahren würde dann gem. § 342 ZPO immer in die Lage vor Eintritt der Säumnis zurückversetzt werden, so dass eine Entscheidung des Gerichts nie rechtskräftig ergehen könnte.⁷⁰ Die andere Partei kann die Prozessverschleppung allerdings dadurch verhindern, dass sie einen Antrag auf Entscheidung nach Lage der Akten gem. § 31a ZPO stellt.⁷¹ Statthafes Rechtsmittel ist somit nur Berufung nach § 514 Abs. 2 S. 1 ZPO und nur insoweit, als es auf einen Grund gestützt wird, dass ein Fall der schuldhaften Versäumnis nicht vorgelegen, dass ein Fall des § 335 Abs. 1 ZPO vorgelegen habe oder dass die Verhandlung wegen entschuldbarer Nichterscheinen der Partei nach § 337 S. 1 ZPO habe vertagt werden müssen.⁷² Andere Gründe sind ausgeschlossen.⁷³ Die Zulässigkeit des Rechtsmittels hängt von der schlüssigen Darlegung der entsprechenden Tatsachen ab.⁷⁴ Die Zulässigkeit der Berufung ist nicht vom Wert des Beschwerdegegenstands oder der Zulassung abhängig (§ 514 Abs. 2, Abs. 4 S. 2 in Verbindung mit § 511 Abs. 2 ZPO). Dagegen ist eine Berufung mit der Begründung ausgeschlossen, das erste Versäumnisurteil hätte wegen eines Fehlers des Gerichts nicht ergehen dürfen, etwa weil vor Erlass des ersten Versäumnisurteils gar kein Fall schuldhafter Säumnis vorlag oder das Versäumnisurteil wegen Unzulässigkeit oder Unschlüssigkeit nicht ergehen durfte.⁷⁵ Bezeichnet das Gericht irrtümlich ein zweites Versäumnisurteil als erstes, dann soll der betroffenen Partei nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung die Wahl zwischen Einspruch und Berufung zustehen.⁷⁶

Eine Anfechtung des zweiten Versäumnisurteils wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör kommt wegen § 321a ZPO nach wohl überwiegender Auffassung nicht mehr in Betracht.⁷⁷

XIII. Besonderheiten bei Einspruch gegen einen Vollstreckungsbescheid

Im Gegensatz zum Einspruch gegen ein Versäumnisurteil, ist bei einem Einspruch gegen ein Vollstreckungsbescheid, der gem. § 700 Abs. 1 ZPO einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil gleichsteht, eine erneute Sachprüfung erforderlich, da der Mahnbescheid gem. § 692 Abs. 1 Nr. 2

ZPO ohne Schlüssigkeitsprüfung erlassen wird und eine richterliche Prüfung der vollstreckbaren Entscheidung bis zu diesem Zeitpunkt somit noch nicht stattgefunden hat.⁷⁸ Der gem. § 20 Nr. 1 RPflG für den Erlass zuständige Rechtspfleger prüft nur, ob der Antragsgegner nicht rechtzeitig Widerspruch gegen den vorgeschalteten Mahnbescheid eingelegt hat (§ 699 Abs. 1 S. 1 ZPO). Im Säumnisternin ist daher wegen § 700 Abs. 6 ZPO die Zulässigkeit des Erlasses eines Vollstreckungsbescheides und vor allem die Schlüssigkeit des Anspruchs zu prüfen. Nur dann darf der Einspruch verworfen werden; es dürfen also insbesondere keine Zurückweisungsgründe nach §§ 335, 337 ZPO bestanden haben. Ist der Einspruch zulässig, gibt das Mahngericht den Rechtsstreit an das Empfangsgericht ab.

XIV. Säumnis in der Rechtsmittelinstantz

Ist die Berufung unzulässig wird sie gem. § 522 Abs. 1 ZPO durch Prozessurteil oder Beschluss verworfen, auch wenn die eine oder die andere Partei säumig ist, da das Urteil bzw. der Beschluss auf der Unzulässigkeit beruht.⁷⁹ Ein Versäumnisurteil ergeht erst, wenn Berufung und Klage zulässig sind.⁸⁰ Ist der Berufungsführer in der Berufungsverhandlung säumig, wird seine Berufung auf Antrag der anderen Partei gem. §§ 539 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen.⁸¹ Ist dagegen der Berufungsgegner säumig, bestimmt § 539 Abs. 2 ZPO, dass das Berufungsgericht der schlüssigen Berufung durch Versäumnisurteil stattgibt. Ist die Berufung unschlüssig, wird sie durch Sachurteil zurückgewiesen.

Hinsichtlich des Inhalts des Versäumnisurteils ist danach zu unterscheiden, ob der Berufungsführer Kläger oder Beklagter ist. Im Falle der Berufung durch den Kläger wird das angefochtene Urteil aufgehoben und der Beklagte verurteilt. Ist hingegen der Beklagte Berufungsführer, wird das angefochtene Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Im Übrigen gelten gem. § 539 Abs. 3 ZPO die §§ 330 ff. ZPO entsprechend.⁸² Für die Revision gelten nach §§ 565, 555 Abs. 1 S. 1 ZPO die §§ 539, 330 ff. ZPO entsprechend.

⁷⁰ Braun, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 2014, S. 621 f.

⁷¹ Musielak/Voit (Fn. 5), Rn. 355

⁷² Schwab (Fn. 44), Rn. 282.

⁷³ KG Berlin MDR 2007, 49; Stadler/Jarsumbek, JuS 2006, 134 (136).

⁷⁴ BGH NJW-RR 2016, 60; BGH NJW 2006, 448.

⁷⁵ BGH NJW-RR 2007, 1363 (1363); BGH NJW 1986, 2113; BGH NJW 2016, 642 (643); BAG AP § 513 ZPO Nr. 6; Rimmelspacher, in: Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 2, 5. Aufl. 2016, § 514 Rn. 17; a.A. Herget (Fn. 6), § 345 Rn. 4.

⁷⁶ BGH NJW 1999, 2599.

⁷⁷ Ball, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 16. Aufl. 2019, § 514 Rn. 12; Heßler, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 32. Aufl. 2018, § 514 Rn. 5; Wörstmann, in: Saenger, Kommentar zur ZPO, 8. Aufl. 2019, § 514 Rn. 8; a.A. Rimmelspacher (Fn. 75), § 514 Rn. 16.

⁷⁸ Prütting (Fn. 58), § 514 Rn. 15.

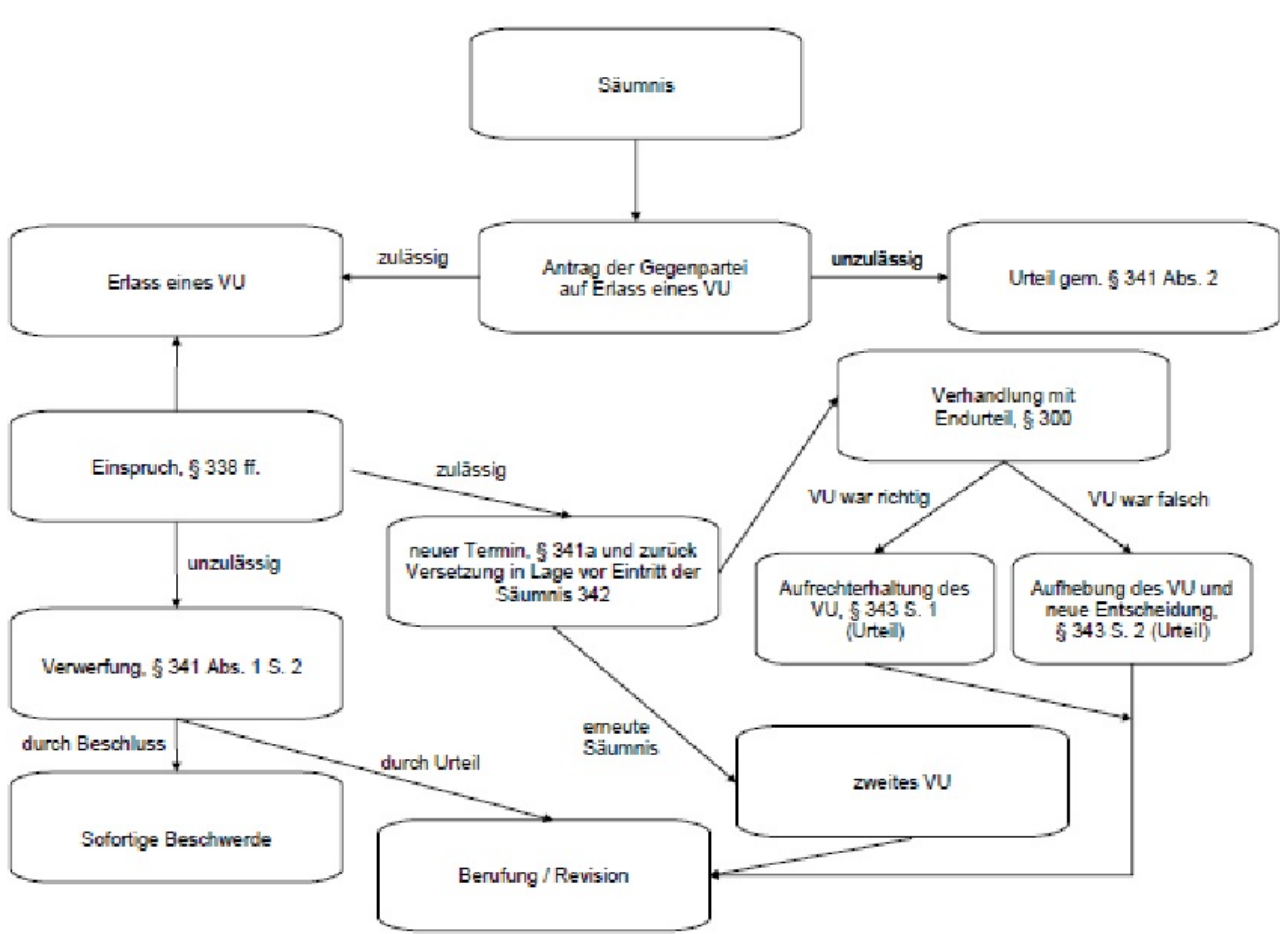
⁷⁹ Schellhammer, Zivilprozess, 15. Aufl. 2016, Rn. 1561.

⁸⁰ Schellhammer (Fn. 79), Rn. 1561.

⁸¹ OLG Celle MDR 1993, 686; Schlosser, Jura 1981, 141 (145).

⁸² Schellhammer (Fn. 79), Rn. 1561.

XV. Zusammenfassende Übersicht



Der gesetzliche Aufhebungsanspruch nach § 1179a BGB

Von Stud. iur. **Marco Rehmet**, Freiburg

Das Liegenschaftsrecht gehört unter den Studierenden zu den eher unliebsamen, aber zugleich höchst anspruchsvollen Themen. Daher scheint es geradezu prädestiniert, um in einer Examensklausur abgeprüft zu werden. Dass dies kein Unkenruf ist, manifestiert sich etwa in den jüngsten Examenskampagnen Baden-Württembergs: Sowohl in dem Herbsttermin 2018 als auch in dem darauffolgenden Frühjahrstermin 2019 wurde sachenrechtlich schwerpunktmäßig die Hypothek und die Grundschild behandelt. Die §§ 1113 ff. BGB sollten freilich in der Prüfungssituation nicht zum ersten Mal gelesen werden. Diese Gefahr droht allerdings bei dem – ein Schattendasein fristenden – Aufhebungsanspruch aus § 1179a BGB. Doch selbst die Lektüre jener Vorschrift lässt den Leser mit mehr Fragezeichen zurück als sie Antworten geben sollte. Aller Unzugänglichkeit zuwider muss berücksichtigt werden, dass die Vorschrift in einer Klausur – insbesondere als „Rahmen“ – von herausragender Bedeutung sein kann; dies nicht zuletzt wegen der leicht zu übersehenden Vormerkungsfiktion (§ 1179a Abs. 1 S. 3 BGB) und der Anwendbarkeit auf die Grundschild (§ 1192 Abs. 1 BGB).

Mit dem hier vorgelegten Aufsatz soll dazu beigetragen werden, § 1179a BGB zugänglicher und verständlicher zu machen, um jene Vorschrift letztlich souverän zu handhaben. Dazu werden in einem ersten Schritt der Telos, die Anspruchsvoraussetzungen und die damit im Zusammenhang stehenden Schwierigkeiten erläutert (hierzu I.). In einem zweiten Schritt werden einige mögliche klausurrelevante Problemfälle behandelt (hierzu II.).

I. Einführung und Allgemeines

Nach § 1179a Abs. 1 S. 1 BGB kann der Gläubiger einer Hypothek von dem Eigentümer verlangen, dass dieser eine vorrangige oder gleichrangige Hypothek löschen lässt, wenn sie im Zeitpunkt der Eintragung der Hypothek des Gläubigers mit dem Eigentum in einer Person vereinigt ist oder eine solche Vereinigung später eintritt. Ist das Eigentum nach der Eintragung der nach § 1179a Abs. 1 S. 1 BGB begünstigten Hypothek durch Sondernachfolge auf einen anderen übergegangen, so ist jeder Eigentümer wegen der zur Zeit seines Eigentums bestehenden Vereinigungen zur Löschung verpflichtet (vgl. § 1179a Abs. 1 S. 2 BGB).

„Der subjektivdingliche Lösungsanspruch des § 1179a BGB gehört als Ausfluss einer Ranganwartschaft zum Inhalt [...]“¹ der begünstigten Hypothek. Dieser Natur entspricht es, dass der Aufhebungsanspruch nicht isoliert an den Zessionar abgetreten werden kann, sondern – sobald er einmal entstanden ist – mit Übertragung des Grundpfandrechts mitläuft.² Als gesetzlicher Inhalt entsteht er ebenfalls beim gutgläubi-

gen Grundpfandrechtserwerb, sobald die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen.³

Abzugrenzen ist § 1179a BGB von § 1179 BGB: Bei Letzterem handelt es sich um einen rechtsgeschäftlichen Lösungsanspruch, der durch eine Lösungs Vormerkung gesichert werden kann.⁴ Der Kreis der möglichen Anspruchsberechtigten ist beschränkt, namentlich auf den Inhaber einer Dienstbarkeit, eines Nießbrauchs, einer Reallast oder eines Vorkaufsrechts sowie auf den Inhaber von Ansprüchen auf Einräumung solcher Rechte oder auf Grundstücksübereignung (vgl. § 1179 Nrn. 1, 2 BGB). § 1179a BGB gilt daher neben der Rentenschuld (§ 1199 BGB) insbesondere für die Hypothek (§§ 1113 ff. BGB) sowie für die Grundschild (§ 1192 Abs. 1 BGB)⁵, d.h. für die Grundpfandrechte.

Der Übersichtlichkeit halber wird im Folgenden überwiegend letztere Terminologie gewählt und zwischen dem begünstigten, also dem nach-/gleichrangigen, und dem betroffenen, also dem vor-/gleichrangigen Grundpfandrecht differenziert.

1. Telos

Zur Bestellung einer Hypothek oder Grundschild ist die Eintragung in das Grundbuch erforderlich, §§ 873 Abs. 1, 1115 BGB (§ 1192 Abs. 1 BGB). Sie werden in die dritte Abteilung des Grundbuchs eingetragen (vgl. § 11 Abs. 1 GBV). Das Rangverhältnis unter mehreren Rechten, mit denen ein Grundstück belastet ist, bestimmt sich, wenn die Rechte in derselben Abteilung des Grundbuchs eingetragen sind, nach der Reihenfolge der Eintragungen (§ 879 Abs. 1 S. 1 BGB). Das Rangverhältnis ist von essenzieller Bedeutung für die Geltendmachung von Grundpfandrechten. Die Geltendmachung erfolgt über den Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gem. § 1147 BGB.⁶

Hierzu der folgende Fall 1:

Fall 1: Grundstückseigentümer G nimmt bei der Bank B ein Darlehen i.H.v. 150.000 € auf. Zur Absicherung des Rückzahlungsanspruchs aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB wird am Grundstück des G (Wert: 300.000 €) eine Hypothek i.H.v. 150.000 € zu Gunsten der B bestellt. Einige Zeit später gerät G in Liquiditätsengpässe und erhält von seinem Nachbarn N ein Darlehen i.H.v. 50.000 €. Auch hierfür bestellt G dem N zur Sicherheit eine Hypothek i.H.v. 50.000 € an seinem Grundstück.

¹ BGH NJW-RR 2004, 1458; BGHZ 80, 119 (122). Zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit vgl. BGHZ 99, 363 (370 f.); Siehe auch Rohe, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2019, § 1179a Rn. 7.

² Kohlhaser, JA 1979, 176 (178).

³ Vgl. insoweit mit missverständlicher Terminologie Rambold, Rpfleger 1995, 284 (285).

⁴ Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, 30. Aufl. 2015, § 27 Rn. 56.

⁵ Vgl. BGH NZI 2012, 756 (757); Rohe (Fn. 1), § 1179a Rn. 3. Daneben sind auch Zwangshypothek (§§ 866 ff. ZPO) sowie Sicherungshypothek (§§ 128, 130 ZVG) begünstigt, vgl. Konzen, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 1179a Rn. 3.

⁶ Zu den Anspruchsvoraussetzungen vgl. Wolf/Wellenhofer (Fn. 4), § 26 Rn. 15 ff.

Wenn G bei Fälligkeit der Rückzahlungsansprüche⁷ zahlungsunfähig ist und sein Grundstück infolgedessen zwangsversteigert wird, kann sich Folgendes ereignen: Wird bei der Versteigerung etwa nur ein Erlös von 190.000 € erzielt, sind die Hypotheken entsprechend ihrer Rangstelle zu bedenken (vgl. § 11 Abs. 1 ZVG). B kann mit ihrer erstrangigen Hypothek vollumfänglich befriedigt werden. Die nachrangige Hypothek des N fällt dagegen i.H.v. 10.000 € aus.

Bereits dieser *Fall 1* zeigt das Interesse, das Gläubiger an der Rangordnung ihres Grundpfandrechts haben. Diesem Interesse wird dadurch Rechnung getragen, dass die Rangordnung nicht starr ist, sondern formal das sog. Prinzip der gleitenden Rangordnung⁸ herrscht: Das rangschlechtere Grundpfandrecht rückt nach, wenn ein bessergestelltes Grundpfandrecht wegfällt. Dies gilt es freilich zu relativieren. Denn wenn in *Fall 1* G stattdessen die Forderung aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB der Bank B bei Fälligkeit beglichen hätte, wäre sie gem. § 362 Abs. 1 BGB erloschen. Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek (§ 1163 Abs. 1 S. 2 BGB). Vereinigt sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne dass dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschild (§ 1177 Abs. 1 S. 1 BGB). Die einstige Hypothek wird nunmehr zur Eigentümergrundschild mit dem bisherigen Rang.⁹ G könnte infolgedessen von B Mitwirkung an der Berichtigung des Grundbuchs verlangen (§ 894 BGB – Grund: Ausweislich des Grundbuchs wäre B noch Hypothekarin, in Wirklichkeit steht G aber eine Eigentümergrundschild zu) sowie gegebenenfalls Rückgabe des Hypothekenbriefes aus § 1144 BGB. Dies hat aber zugleich zur Konsequenz, dass der Eigentümer auch über die Eigentümergrundschild verfügen kann. So könnte beispielsweise die attraktive erstrangige Grundschild auf einen neuen Forderungsgläubiger übertragen werden. Ein solches Vorgehen würde allerdings das eingangs erwähnte Ranginteresse des nach-/gleichrangigen Gläubigers eines Grundpfandrechts konterkarieren. Früherer Praxis entsprach es daher regelmäßig, einen Lösungsanspruch zu vereinbaren, der im Grundbuch durch eine Vormerkung abgesichert und geltend gemacht wurde, wenn eine Vereinigung von Eigentum und der vor-/gleichrangigen Hypothek eintrat. Um die Übersichtlichkeit des Grundbuchs zu wahren,¹⁰ wurde diese Praxis letztlich in Form des § 1179a BGB Gesetz.¹¹

N stünde in der oben beschriebenen Abwandlung von *Fall 1* mithin nicht hilflos; § 1179a Abs. 1 BGB trüge seinem Aufrückinteresse Rechnung.

⁷ Aufgrund der Akzessorietät ist die Hypothek in der Regel fällig, wenn die Forderung fällig ist.

⁸ Vgl. *Westermann/Staudinger*, BGB – Sachenrecht, 13. Aufl. 2017, § 15 I 2 Rn. 442 ff.

⁹ *Berger*, in: *Jauernig*, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 1177 Rn. 2.

¹⁰ *Wieling*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, § 30 4. a.

¹¹ Vgl. zum Ganzen *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 46 IV Rn. 34 ff. Siehe auch *Fu*, Abstrakte Sicherheiten in China und Deutschland, 2016, S. 131 ff.

2. Voraussetzungen

Wie oben bereits festgestellt, gehört der Aufhebungsanspruch zum gesetzlichen Inhalt des begünstigten Grundpfandrechts und entsteht kraft Gesetzes.¹² Welche Anspruchsvoraussetzungen erforderlich sind, wird nachstehend beleuchtet.

a) Anspruchsberechtigung

Anspruchsberechtigt ist der Inhaber des begünstigten Grundpfandrechts.

Problematisch ist die Anspruchsberechtigung in den Fällen, in denen die Forderung, für welche die begünstigte Hypothek bestellt ist, noch nicht zur Entstehung gelangt ist, etwa mangels Valutierung.¹³ Dann steht die Hypothek nach § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB dem Eigentümer zu. Entsprechend § 1177 Abs. 1 S. 1 BGB besteht eine vorläufige Eigentümergrundschild.¹⁴ Sie ist auflösend bedingt durch das Entstehen der Forderung.¹⁵ Mit Bedingungseintritt entsteht automatisch eine Fremdhypothek.¹⁶ Daraus folgt, dass auch frühestens mit eben jenem Bedingungseintritt die Anspruchsberechtigung vorliegen kann. Für Unklarheit sorgt in diesem Zusammenhang indes § 1179a Abs. 3 BGB.

Hiernach besteht der Lösungsanspruch für den eingetragenen Gläubiger (oder seinen Rechtsnachfolger), wenn in Hinblick auf die begünstigte Hypothek die Voraussetzungen des § 1163 BGB vorliegen, ohne dass das Recht (hier: die vorläufige Eigentümergrundschild) für den Eigentümer (oder seinen Rechtsnachfolger) im Grundbuch eingetragen ist. Gemeint ist damit der Fall der Inkongruenz des materiell Berechtigten und des Buchberechtigten, weil die eingetragene Hypothek tatsächlich eine Eigentümergrundschild ist.¹⁷ Aus dem Wortlaut von § 1179a Abs. 3 BGB müsste man eigentlich schlussfolgern, dass die Anspruchsberechtigung bereits vorliegt, obwohl die Fremdhypothek noch gar nicht entstanden ist; mit anderen Worten würde der Aufhebungsanspruch einem Nichtberechtigten zustehen.¹⁸ Von der ganz h.M. wird dieses Ergebnis durch eine teleologische Reduktion des § 1179a Abs. 3 BGB vermieden: Der Aufhebungsanspruch wird erst mit Bedingungseintritt erworben, gleichwohl wird die Wirkung des Lösungsanspruches im Sinne von § 1179a Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Eintragung der begünstigten Hypothek zurückdatiert.¹⁹ Dies ist letztlich nur die Kon-

¹² *Rohe* (Fn. 1), § 1179a Rn. 6.

¹³ Vgl. zum Hypothekenerwerb vor Valutierung *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 26. Aufl. 2017, Rn. 460 f.

¹⁴ *Berger* (Fn. 9), § 1163 Rn. 1.

¹⁵ BGHZ 60, 226 (228 f.).

¹⁶ BGHZ 60, 226 (228 f.).

¹⁷ *Kollhosser*, JA 1979, 176 (180).

¹⁸ *Wolfsteiner*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, 2015, § 1179a Rn. 51.

¹⁹ Vgl. etwa *Herrler*, in: *Palandt*, Kommentar zum BGB, 77. Aufl. 2018, § 1179a Rn. 2; *Wenzel*, in: *Erman*, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 1179a Rn. 3; *Berger* (Fn. 9), § 1179a Rn. 6; *Kollhosser*, JA 1979, 176 (180); *Krause*, in: *Ring/Grziwotz/Keukenschrijver*, Nomos-Kommentar zum

sequenz daraus, dass der Aufhebungsanspruch unselbstständiger Bestandteil des begünstigten Grundpfandrechts ist; damit kann der Aufhebungsanspruch konsequenterweise auch nur demjenigen zustehen, der materiell berechtigt ist, mithin nicht dem Buchberechtigten.

Hätte in *Fall I* N das Darlehen i.H.v. 50.000 € noch nicht ausgezahlt, wäre der Rückzahlungsanspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB noch nicht entstanden. Nach § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB stünde G eine Eigentümergrundsuld entsprechend § 1177 Abs. 1 S. 1 BGB zu. Wenn G in dieser Schwebezeit die Forderung der Bank B beglichen hätte, wäre nach §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB eine erstrangige Eigentümergrundsuld entstanden. Würde N das Darlehen anschließend auszahlen und somit seine Anspruchsberechtigung aus § 1179a Abs. 1 BGB erlangen, bestünde das Problem, dass zwar eine Vereinigung im Sinne von § 1179a Abs. 1 BGB vorliegt (hier: die erstrangige Eigentümergrundsuld), aber N zum Zeitpunkt jener Vereinigung noch nicht Hypothekar, also auch noch nicht anspruchsberechtigt war. In diese Lücke stößt die von der h.M. präferierte Auslegungskorrektur: Die Wirkung des Löschungsschutzes aus § 1179a Abs. 1 BGB wirkt nach § 1179a Abs. 3 BGB auf den Zeitpunkt zurück, in dem die Hypothek des N eingetragen wurde.

Abschließend sind im Rahmen der Anspruchsberechtigung Rangänderungen zu beachten. Das Rangverhältnis kann nachträglich geändert werden (§ 880 Abs. 1 BGB). Zu der Rangänderung ist die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten und die Eintragung der Änderung in das Grundbuch erforderlich (§ 880 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BGB). Soll eine Hypothek, eine Grundsuld oder eine Rentenschuld zurücktreten, so ist außerdem die Zustimmung des Eigentümers erforderlich (§ 880 Abs. 2 S. 2 BGB). In diesen Fällen sind auf die Löschung der dem ehemals vor-/gleich-rangigen Grundpfandrecht infolge der Rangänderung nunmehr vorgehenden oder gleichstehenden Grundpfandrecht § 1179a Abs. 1–3 BGB mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden, dass an die Stelle des Zeitpunkts der Eintragung des zurückgetretenen (Grundpfand-)Rechts der Zeitpunkt der Eintragung der Rangänderungen tritt (vgl. § 1179a Abs. 4 BGB). Der Aufhebungsanspruch wird infolgedessen von solchen Vereinigungen ausgelöst, die im Zeitpunkt der Eintragung der Rangänderung bestehen oder später eintreten.²⁰

b) Anspruchsgegner

Anspruchsgegner ist im Fall von § 1179a Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB der Eigentümer zur Zeit der Eintragung des begünstigten Grundpfandrechts. Tritt die Vereinigung später ein (§ 1179a Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB, d.h. nach Eintragung des

begünstigten Grundpfandrechts), ist Anspruchsgegner der Eigentümer zum Zeitpunkt des Eintritts jener Vereinigung.

Beim Eigentümerwechsel ist zu differenzieren: Veräußert der Grundstückseigentümer nach Eintragung des begünstigten Grundpfandrechts und Vereinigung nur das Grundstück und verbleibt ihm infolgedessen eine Fremgrundschuld, so ist er alleiniger Anspruchsgegner (§ 1179a Abs. 1 S. 2 BGB). Überträgt der Grundstückseigentümer dagegen neben dem Eigentum auch die Eigentümergrundsuld, so ist jedenfalls der neue Eigentümer Anspruchsgegner (§ 1179a Abs. 1 S. 2 BGB).²¹ Herrschend wird unter Berufung auf den Wortlaut („bestehenden Vereinigungen“) angenommen, dass auch der alte Eigentümer tauglicher Anspruchsgegner ist.²²

c) Vereinigung des betroffenen Grundpfandrechts mit dem Eigentum

Erforderlich ist abschließend, dass das betroffene Grundpfandrecht im Zeitpunkt der Eintragung des begünstigten Grundpfandrechts mit dem Eigentum in einer Person vereinigt ist oder eine solche Vereinigung später eintritt, § 1179a Abs. 1 S. 1 BGB. Denkbare Fälle der angesprochenen Vereinigung können beispielsweise die Folgenden sein: §§ 889 (i.V.m. § 1192 Abs. 1 BGB), 1143 Abs. 1, 1168 Abs. 1 (i.V.m. § 1192 Abs. 1 BGB), 1170 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 2 BGB sowie die Übertragung der Grundsuld auf den Eigentümer oder gegebenenfalls die Zahlung²³ auf die Grundsuld.

Im Umkehrschluss aus § 1179a Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BGB ergibt sich, dass die Vereinigung endgültig sein muss. Das bedeutet für die Fälle des § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB, dass die Löschung erst verlangt werden kann, wenn sich ergibt, dass die zu sichernde Forderung nicht mehr entstehen wird (§ 1179a Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BGB). Wenn § 1179a Abs. 2 S. 1 Hs. 2 BGB davon spricht, der Lösungsanspruch bestehe von diesem Zeitpunkt ab jedoch auch wegen der vorher bestehenden Vereinigungen, so ist damit gemeint, dass der Lösungsanspruch das betroffene Grundpfandrecht auch dann erfasst, wenn darüber verfügt wurde, bevor das Schicksal der Forderung feststand („Rückwirkung“²⁴).²⁵

Bei der Briefhypothek/Briefgrundsuld (§ 1116 Abs. 1 BGB [i.V.m. § 1192 Abs. 1 BGB]) steht bis zur Übergabe des Briefes an den Gläubiger dem Eigentümer die Hypothek/Grundsuld zu (§ 1163 Abs. 2 BGB). Für diese Form der Vereinigung sieht § 1179a Abs. 2 S. 2 BGB vor, dass ein Anspruch nach § 1179a Abs. 1 BGB nicht begründet wird.

²¹ Siehe *Lieder* (Fn. 19), § 1179a Rn. 21.

²² Vgl. *Herrler* (Fn. 19), § 1179a Rn. 3; *Berger* (Fn. 9), § 1179a Rn. 8; *Wolfsteiner* (Fn. 18), § 1179a Rn. 47; *Lieder* (Fn. 19), § 1179a Rn. 20 a.E.; *Rohe* (Fn. 1), § 1179a Rn. 9.

²³ Vgl. zu den Rechtsfolgen bei Zahlung im Rahmen der Sicherungsgrundschuld *Medicus/Petersen* (Fn. 13), Rn. 499 ff. sowie i.Ü. zur Zahlung auf die Grundsuld *Wolf/Wellenhofer* (Fn. 4), § 28 Rn. 12 ff.

²⁴ *Reischl*, in: *Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth*, juris-Praxiskommentar zum BGB, 4. Aufl. 2009, § 1179a Rn. 49.

²⁵ So *Berger* (Fn. 9), § 1179a Rn. 3; *Stöber*, Rpfleger 1977, 425 (428).

BGB, 4. Aufl. 2016, § 1179a Rn. 4; *Hansen*, Der gesetzliche Lösungsanspruch gegenüber Grundpfandrediten, 1981, S. 87 ff.; *Konzen* (Fn. 5), § 1179a Rn. 8 a.E.; *Stöber*, Rpfleger 1977, 425 (427); *Rohe* (Fn. 1), § 1179a Rn. 5; *Lieder*, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 1179a Rn. 17; BayObLG NJW-RR 1992, 306; a.A. *Wolfsteiner* (Fn. 18), § 1179a Rn. 52.

²⁰ *Wolfsteiner* (Fn. 18), § 1179a Rn. 36; *Herrler* (Fn. 19), § 1179a Rn. 9; *Stöber*, Rpfleger 1977, 425 (428).

Das ist nur konsequent, andernfalls würde schließlich ein normaler Entstehungstatbestand durch den Aufhebungsanspruch vereitelt.²⁶

Strittig ist in diesem Zusammenhang das Verhältnis von § 1179a Abs. 2 S. 1 BGB zu § 1179a Abs. 2 S. 2 BGB.

Fall 2: G bestellt der Bank B eine erstrangige Briefhypothek an seinem Grundstück. B hat das Darlehen noch nicht ausgezahlt (§ 1163 Abs. 1 S. 1 BGB); der Hypothekenbrief wurde der B noch nicht erteilt (§ 1163 Abs. 2 BGB). Anschließend wird zur Sicherung des Rückzahlungsanspruchs eines bei Nachbar N durch G aufgenommenen Darlehens i.H.v. 50.000 € eine Hypothek ordnungsgemäß am Grundstück des G bestellt. Es stellt sich heraus, dass der Darlehensvertrag zwischen G und B nichtig ist; infolgedessen unterbleibt die Auszahlung des Darlehens endgültig. N verlangt nun von G die Aufhebung der erstrangigen Eigentümergrundschuld.

Nach einer teilweise vertretenen Ansicht sei § 1179a Abs. 2 S. 2 BGB *lex specialis* zu § 1179a Abs. 2 S. 1 BGB.²⁷ Dieser Auffassung nach könnte N von G die Aufhebung der erstrangigen Eigentümergrundschuld wegen § 1179a Abs. 2 S. 2 BGB nicht verlangen.

Ein anderes Ergebnis erzielt die überwiegende Lehre dadurch, dass sie annimmt, § 1179a Abs. 2 S. 1 BGB gehe § 1179a Abs. 2 S. 2 BGB vor, wenn schon vor Briefübergabe feststehe, dass die Forderung nicht mehr entstehen wird.²⁸ Hiernach könnte N von G die Aufhebung der Eigentümergrundschuld verlangen; § 1179a Abs. 2 S. 2 BGB stünde nicht entgegen.

Zuzugeben ist, dass sich von der Warte des Wortlauts und der Systematik aus § 1179a Abs. 2 S. 2 BGB recht eindeutig gegen den Aufhebungsanspruch auszusprechen scheint. Allerdings muss der Telos fruchtbar gemacht werden. *Lieder*²⁹ befürwortet diesbezüglich eine teleologische Reduktion des § 1179a Abs. 2 S. 2: Der Gesetzgeber habe mit der Regelung die frühere Rechtsprechung zur Löschungs Vormerkung übernehmen wollen. Dort sei anerkannt gewesen, dass der Löschungsanspruch auch in den Fällen von § 1163 Abs. 2 BGB besteht, sofern die Vereinigung endgültig ist. § 1179a Abs. 2 S. 2 BGB könne daher nur die vorläufige Eigentümergrundschuld im Auge haben.

Diese Meinungsverschiedenheiten dürfen nicht überbewertet werden, denn praktische Bedeutung hat § 1179a Abs. 2

S. 2 BGB wohl kaum³⁰: Eine Briefhypothek wird in der Regel nach § 1117 Abs. 2 BGB bestellt, wonach die Übergabe des Briefes durch die Vereinbarung ersetzt werden kann, dass der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen, sog. Aushändigungsabrede. Der Gläubiger erwirbt die Hypothek dann schon mit der Eintragung;³¹ den Hypothekenbrief erwirbt er nach § 952 Abs. 2 BGB mit Herstellung.³²

d) Rechtsfolge: Inhalt des Aufhebungsanspruchs

Ausweislich seines Wortlauts zielt der Anspruch auf „Löschung“ des betroffenen Grundpfandrechts ab. Dies ist insofern ungenau, als es vielmehr um die Aufhebung des betroffenen Grundpfandrechts, d.h. um die rechtsgeschäftliche Beseitigung geht.³³ Diese richtet sich nach § 875 BGB.³⁴ Zur Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück (hier: das betroffene Grundpfandrecht) ist, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt, die Erklärung des Berechtigten, dass er das Recht aufhebe, und die Löschung des Rechts im Grundbuch erforderlich (§ 875 Abs. 1 S. 1 BGB). Im Rahmen von § 875 Abs. 1 S. 1 BGB gilt es zwingend, zweierlei auseinanderzuhalten: einerseits die Löschungsbewilligung und andererseits die Aufgäbeerklärung (sog. Doppeltatbestand³⁵). Beide fallen zwar häufig zusammen³⁶, gleichwohl sind sie für den wichtigsten Fall – namentlich die Vormerkungsfiktion – strikt zu trennen (vgl. II. 1.).

Die Aufgäbeerklärung ist eine formlose, einseitige und empfangsbedürftige Willenserklärung.³⁷ Zur Abgabe der Erklärung sind der wahre Berechtigte (Grundpfandrechtsgläubiger) und der Verfügungsberechtigte legitimiert. Die Löschung eines Rechts (hier: das betroffene Grundpfandrecht) erfolgt durch Eintragung eines Löschungsvermerks im Grundbuch, § 46 Abs. 1 GBO.³⁸ Eine Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird, § 19 GBO. Dies ist die Löschungsbewilligung, die gem. § 39 GBO nur der Voreingetragene erteilen kann.

II. Problemfälle

1. Vormerkungsfiktion

Der gesetzliche Aufhebungsanspruch ist gem. § 1179a Abs. 1 S. 3 BGB mit einer Vormerkungswirkung ausgestattet. Ist der Aufhebungsanspruch entstanden, kann er durch Verfügungen über das betroffene Grundpfandrecht nicht mehr beeinträchtigt werden.

²⁶ Siehe hierzu *Konzen* (Fn. 5), § 1179a Rn. 15.

²⁷ *Kollhosser*, JA 1979, 176 (180); *Stöber*, Rpfleger 1977, 425 (429); *Wolfsteiner* (Fn. 18), § 1179a Rn. 43.

²⁸ *Berger* (Fn. 9), § 1179a Rn. 3; *Herrler* (Fn. 19), § 1179a Rn. 6 für eine entsprechende Anwendung von § 1179a Abs. 2 S. 1 BGB; *Lieder* (Fn. 19), § 1179a Rn. 24; *Wenzel* (Fn. 19), § 1179a Rn. 7; *Konzen* (Fn. 5), § 1179a Rn. 15 a.E.; *Reischl* (Fn. 24), § 1179a Rn. 28.

²⁹ Vgl. *Lieder* (Fn. 19), § 1179a Rn. 24 mit Verweis auf OLG Hamburg OLGZ 1966, 288. Ebenso *Konzen* (Fn. 5), § 1179a Rn. 15 a.E.

³⁰ So *Kollhosser*, JA 1979, 176 (180).

³¹ BGH NJW-RR 2007, 165 (166 f.).

³² Siehe zum Ganzen *Berger* (Fn. 9), § 1117 Rn. 4 f.

³³ Bereits *Stöber*, Rpfleger 1977, 425 (425); *Berger* (Fn. 9), § 875 Rn. 1 und § 1179a Rn. 3.

³⁴ Siehe auch *Wieling* (Fn. 10), § 30 4. c.; *Westermann/Staudinger* (Fn. 8), § 23 Rn. 643; *Wenzel* (Fn. 19), § 1179a Rn. 10; *Konzen* (Fn. 5), § 1179a Rn. 18.

³⁵ *Berger* (Fn. 9), § 875 Rn. 2.

³⁶ *Berger* (Fn. 9), § 875 Rn. 2.

³⁷ BGHZ 60, 46 (50).

³⁸ Die Eintragung wird nicht entfernt, sondern gem. § 17 Abs. 2 S. 1, 2 GBV rot unterstrichen.

tigt werden (vgl. § 883 Abs. 2 S. 1 BGB). Anzumerken ist, dass der Aufhebungsanspruch keinen Anspruch auf Herbeiführung des Vereinigungsfalls vermittelt.³⁹ Dies ist besonders relevant für die Fremdgrundschuld, bei der mangels Akzessorietät der § 1163 Abs. 1 BGB keine Anwendung findet (vgl. § 1192 Abs. 1 BGB), eine automatische Vereinigung mithin ausbleibt. Der Grundstückseigentümer ist somit nicht daran gehindert, die Fremdgrundschuld neu zu valutieren oder den Rückgewähranspruch abzutreten.⁴⁰ Auch bei der Hypothek kann die Vereinigung durch Auswechslung der Forderung (§ 1180 BGB) verhindert werden.⁴¹

Fall 3: Wie *Fall 1*, aber G gerät nicht in Liquiditätseingpässe, sondern kann bei Fälligkeit des hypothekarisch gesicherten Rückzahlungsanspruchs der Bank B diesen vollständig erfüllen. Unter Mitwirkung von B wird das Grundbuch entsprechend berichtigt; eine Umschreibung auf G findet statt. Nach all den Strapazen findet G, dass er sich eine Belohnung verdient hat. Zu diesem Zweck will er sich einen neuen Sportwagen anschaffen (Wert: 200.000 €). Da er wieder knapp bei Kasse ist, nimmt er bei dem Kreditinstitut K ein Darlehen i.H.v. 200.000 € auf. G überträgt K die Grundschuld; K wird im Grundbuch eingetragen. Angesichts der nahenden Fälligkeit des hypothekarisch gesicherten Rückzahlungsanspruches des Nachbarn N (siehe oben) fürchtet dieser um den Verbleib seiner 50.000 €. N fragt sich, was er unternehmen kann.

Eingangs wurde bereits festgestellt, dass N keine vorteilhafte Stellung hat, wenn es zur Zwangsversteigerung des Grundstücks des G kommt. Seinem Begehren entspräche es daher, wenn er in der Rangordnung aufsteigen würde. Abhilfe könnte § 1179a Abs. 1 BGB schaffen. Hierfür müssten die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen. N ist als nachrangiger Hypothekar anspruchsberechtigt. Richtiger Anspruchsgegner ist G als Grundstückseigentümer. Indem G den Rückzahlungsanspruch der B erfüllte, entstand eine Eigentümergrundschuld, §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 362 Abs. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB. Das Grundbuch wurde entsprechend berichtigt. Damit lag eine spätere Vereinigung im Sinne von § 1179a Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB vor. Rechtsfolge ist die Aufhebung im Sinne von § 875 Abs. 1 BGB. G müsste zunächst bezüglich der Aufhebungserklärung berechtigt sein. Berechtigt ist der Grundpfandrechtsgläubiger. Hier hat G die Eigentümergrundschuld auf K übertragen, §§ 1192 Abs. 1, 1154 Abs. 3, 873 BGB. Damit war er nicht mehr Grundpfandrechtsgläubiger, mithin nicht berechtigt; die Abgabe der Aufhebungserklärung ist G nicht möglich (§ 275 Abs. 1 Var. 1 BGB).

Allerdings könnte die Abtretung gegenüber N, also relativ, unwirksam sein. Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird (hier: nach Eintragung des begünstigten

Grundpfandrechts), ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde (§ 883 Abs. 2 S. 1 BGB). Dogmatisch handelt es sich bei der Abtretung um ein Verfügungsgeschäft zwischen dem Zedenten und dem Zessionar.⁴² Durch die Abtretung von G an K wird der Aufhebungsanspruch aus § 1179a Abs. 1 BGB insofern vereitelt, als G seine Berechtigung zur Abgabe der Aufhebungserklärung verliert. Damit ist die Abtretung der Grundschuld relativ unwirksam. Im Verhältnis zu N ist G Grundpfandrechtsgläubiger. Folglich kann G die Aufhebungserklärung abgeben.

Anders verhält es sich jedoch mit der Löschungsbewilligung. Nach § 39 GBO müsste G als Berechtigter eingetragen sein. Vorliegend ist K als Gläubiger der Grundschuld im Grundbuch eingetragen. § 883 Abs. 2 S. 1 BGB vermag hierüber nicht hinweg zu helfen. Gleichwohl kann sich N über § 888 Abs. 1 BGB möglicherweise an K halten. Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechts (hier: Abtretung der Grundschuld an K) oder eines Rechts an einem solchen Recht gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist (hier: relative Unwirksamkeit der Abtretung, § 1179a Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 883 Abs. 2 S. 1 BGB, vgl. oben), kann dieser (hier: N) von dem Erwerber (hier: K) die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs (hier: § 1179a Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB) erforderlich ist (§ 888 Abs. 1 BGB). Damit kann N von K die Löschungsbewilligung aus § 19 GBO nach § 888 Abs. 1 BGB verlangen.

Im Auge zu behalten ist auch die Frage, inwieweit die Vormerkungsfiktion wirksam gemacht werden kann, wenn über die Hypothek durch den Hypothekengläubiger verfügt wird, nachdem der Vereinigungsfall eingetreten ist (z.B. als forderungsentkleidete Hypothek nach §§ 1138, 892 BGB), der ehemalige Hypothekengläubiger also nunmehr Nichtberechtigter ist.⁴³

2. Originäre und nachträgliche Eigentümergrundschuld

Eine Grundschuld kann auch für den Eigentümer bestellt werden (§ 1196 Abs. 1 BGB). Dadurch wird sie „[...] Platzhalter zur optimalen Kreditsicherung [...]“.⁴⁴ Für die originäre Eigentümergrundschuld enthält § 1196 Abs. 3 BGB eine Sondervorschrift hinsichtlich des Aufhebungsanspruchs aus § 1179a Abs. 1 BGB: Ein Anspruch auf Löschung der Grundschuld nach § 1179a BGB besteht nur wegen solcher Vereinigungen der Grundschuld mit dem Eigentum in einer Person, die eintreten, nachdem die Grundschuld einem anderen als dem Eigentümer zugestanden hat.⁴⁵

Fall 4: Grundstückseigentümer G bestellt an seinem Grundstück ordnungsgemäß eine erstrangige Eigentümergrundschuld in Form eines Briefrechts. Anschließend

³⁹ BGHZ 108, 237 (244 f.); 160, 168 (172); *Wolfsteiner* (Fn. 18), § 1179a Rn. 23.

⁴⁰ BGH NJW 2006, 2408; *Wilhelm*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2016, Rn. 1692 sowie Rn. 1689 Fn. 2658.

⁴¹ *Wilhelm* (Fn. 40), Rn. 1692.

⁴² *Stürner* (Fn. 9), § 398 Rn. 1.

⁴³ Vgl. hierzu die Darstellung bei *Berger* (Fn. 9), § 1179a Rn. 10 f.

⁴⁴ *Rohe* (Fn. 1), § 1196 Rn. 14.

⁴⁵ Nicht erforderlich ist die Valutierung der Grundschuld, vgl. *Rohe* (Fn. 1), § 1196 Rn. 16 m.w.N.

nimmt er bei dem Kreditinstitut K ein Darlehen i.H.v. 50.000 € auf. Der Rückzahlungsanspruch wird durch eine Hypothek am Grundstück des G gesichert.

Wegen § 1196 Abs. 3 BGB kann K von G die Aufhebung der Eigentümergrundschuld hier nicht verlangen.

Fall 5: Wie *Fall 4*, allerdings wandelt G die Eigentümergrundschuld unter gleichzeitiger Abtretung an die Bank B in eine Fremdhypothek um (§ 1198 S. 1 BGB), um den Rückzahlungsanspruch aus einem Darlehen i.H.v. 70.000 € abzusichern, das er bei B aufgenommen hat. Dies geschieht nach Vornahme der Rechtsgeschäfte mit K. G tilgt bei Fälligkeit seine Schuld i.H.v. 70.000 €; infolgedessen wird unter Mitwirkung von B das Grundbuch wieder entsprechend berichtigt.

Die originäre Eigentümergrundschuld war in *Fall 5* damit einmal Fremdrecht (hier: bei B) und es folgte eine Vereinigung. K kann über § 1179a Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB von G Aufhebung der Eigentümergrundschuld verlangen; § 1196 Abs. 3 BGB steht hier nicht (mehr) entgegen.⁴⁶

Einen Sonderfall stellt der nachstehend zu behandelnde Sachverhalt dar.

*Fall 6:*⁴⁷ Grundstückseigentümer G ist als Inhaber von vier Eigentümergrundschulden (§ 1196 Abs. 1 BGB), die an seinem Grundstück bestehen, im Grundbuch eingetragen (Rangstellen Nrn. 1, 2, 4, 5). Im Juni 2018 tritt das Kreditinstitut K dem G eine Fremdgrundschuld ab, die G der K im Januar 2018 ordnungsgemäß bestellt hatte (Rangstelle Nr. 3). Eine Umschreibung auf G erfolgt unter Mitwirkung von K. Im Juli 2018 tritt G die vier Grundschulden (Rangstellen Nrn. 1, 2, 4, 5) an die Bank B ab. Ende September 2018 tritt G auch die einst als Fremdgrundschuld bestellte Grundschuld (Rangstelle Nr. 3) wieder an K ab. Unter Hinweis auf § 1179a Abs. 1 BGB (i.V.m. § 888 Abs. 1 BGB) verlangt B von K die Löschung der Grundschuld der Rangstelle Nr. 3.

Problematisch war in dem vom BGH zu beurteilenden Fall die Frage, ob § 1196 Abs. 3 BGB auf die Grundschuld Nr. 3 Anwendung findet; infolgedessen wäre § 1179a Abs. 1 BGB unanwendbar. Eine direkte Anwendung der Norm scheitert allerdings daran, dass es sich bei der Grundschuld Nr. 3 nicht

um eine originäre Eigentümergrundschuld handelt, die G im Sinne von § 1196 Abs. 1, 2 BGB bestellte. Denn die Grundschuld Nr. 3 wurde dadurch zur Eigentümergrundschuld, dass sie als einstige Fremdgrundschuld von K an den Eigentümer G abgetreten und auf G umgeschrieben wurde. Mit anderen Worten lag eine planwidrige Regelungslücke vor.

Für eine Analogie bedarf es darüber hinaus einer vergleichbaren Interessenlage. Ausgehend vom Telos des § 1196 Abs. 3 BGB – namentlich der Nutzung der originären Eigentümergrundschuld zwecks Kreditsicherung – stellte der BGH⁴⁸ zunächst fest, dass dieser Grundgedanke es rechtfertige, die Vorschrift auf nachträgliche Eigentümergrundschulden dann entsprechend anzuwenden, wenn die Grundschuld im Grundbuch vor Eintragung eines nachrangigen Grundpfandrechts auf den Eigentümer umgeschrieben worden ist.⁴⁹ Es sei kein Grund ersichtlich, die Eigentümergrundschuld in diesem Fall anders zu behandeln. Die eine entsprechende Anwendung von § 1196 Abs. 3 BGB rechtfertigende Konstellation sei aus dem Grundbuch ersichtlich, sodass auch dem Publizitätsprinzip entsprochen würde. Zudem wäre es widersinnig, den Grundstückseigentümer darauf zu verweisen, die nachträgliche Eigentümergrundschuld aufzuheben und anschließend eine originäre im gleichen Rang nach § 1196 Abs. 1, 2 BGB zu bestellen.

Keine andere Interessenlage sei die in *Fall 6*, dass alle bestehenden Grundpfandrechte sich nachträglich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt haben und sie später wiederum abgetreten werden.⁵⁰ Der Grundstückseigentümer kann an seinem Grundstück auch mehrere Eigentümergrundschulden im Sinne von § 1196 Abs. 1 BGB bestellen. Dementsprechend kann er auch eine nachrangige Eigentümergrundschuld abtreten, ohne befürchten zu müssen, dass der Zessionar einer abgetretenen vorrangigen Grundschuld einem Aufhebungsanspruch des neuen nachrangigen Grundschuldgläubigers ausgesetzt sein wird. Daher gäbe es keinen Grund, die nachträgliche Vereinigung aller Grundschulden mit dem Eigentum hinsichtlich der Anwendung des § 1196 Abs. 3 BGB anders zu behandeln. Auch hier sei es nach Auffassung des BGH widersinnig, wenn der Grundstückseigentümer zur Vermeidung eines Aufhebungsanspruchs sämtliche Eigentümergrundschulden aufheben müsste, nur um sie anschließend wieder zu bestellen.

Im *Fall 6* besteht der von B geltend gemachte Anspruch daher nicht gegenüber K; § 1196 Abs. 3 BGB findet analoge Anwendung. Die Grundschuld Nr. 3 ist infolgedessen als originäre Eigentümergrundschuld zu behandeln.

3. Ausschluss gem. § 1179a Abs. 5 BGB

Abschließend ist noch zu klären, inwieweit der Aufhebungsanspruch ausgeschlossen werden kann. Der Ausschluss ist nach § 1179a Abs. 5 S. 1 BGB möglich, unter Umständen

⁴⁶ Vgl. zur Problematik bei der Abtretung der Eigentümerbriefgrundschuld nach Vereinigung *Baur/Stürner* (Fn. 11), § 46 IV Rn. 41 sowie *Wolfsteiner* (Fn. 18), § 1179a Rn. 81. Für einen möglichen Kreditgeber ist nämlich nicht ersichtlich, ob die Eigentümerbriefgrundschuld mit einem Aufhebungsanspruch behaftet ist oder nicht. Vorzugswürdig ist die Lösung über das Schuldrecht von *Lieder* (Fn. 19), § 1196 Rn. 25: „Der Eigentümer, der ein dem Lösungsanspruch unterliegendes Recht zediert, hat gegenüber dem Zessionar nicht ordnungsgemäß erfüllt und ist dafür schadensersatzpflichtig.“

⁴⁷ Angelehnt an BGHZ 136, 246 ff.; in vereinfachter Form.

⁴⁸ BGHZ 136, 246 ff.

⁴⁹ Zustimmend *Wilhelm* (Fn. 40), Rn. 1691; *Herrler* (Fn. 19), § 1196 Rn. 8; *Rohe* (Fn. 1), § 1196 Rn. 15; *Lieder* (Fn. 19), § 1196 Rn. 25 a.E.

⁵⁰ Ebenso *Rohe* (Fn. 1), § 1196 Rn. 15 und *Lieder* (Fn. 19), § 1196 Rn. 25 a.E.

beschränkt auf bestimmte Fälle der Vereinigung. Der Ausschluss kann bei Bestellung des begünstigten Grundpfandrechts oder nachträglich erfolgen.⁵¹ Umgekehrt kann der Ausschluss auch wieder nach § 1179a Abs. 5 S. 3 BGB aufgehoben werden. Sowohl beim nachträglichen Ausschluss als auch bei der Aufhebung des Ausschlusses handelt es sich um Inhaltsänderungen nach § 877 BGB.⁵² Die Vorschriften der §§ 873, 874, 876 BGB finden daher Anwendung: Für den nachträglichen Ausschluss respektive die Aufhebung ist folglich die Einigung zwischen dem Grundpfandrechtsgläubiger und dem Grundstückseigentümer sowie die Eintragung erforderlich, vgl. § 877 i.V.m. §§ 873 Abs. 1, 1179a Abs. 5 S. 2 BGB. Der nachträgliche Ausschluss erfasst auch eine bereits eingetretene Vereinigung;⁵³ wird dagegen der Ausschluss aufgehoben, so entstehen dadurch keine Aufhebungsansprüche für Vereinigungen, die nur vor dieser Aufhebung bestanden haben (vgl. § 1179a Abs. 5 S. 3 BGB).

Zu beachten ist, dass ein genereller Ausschluss, also dass dem Grundpfandrechtsgläubiger ein Aufhebungsanspruch überhaupt nicht zustehen soll, nicht möglich ist.⁵⁴ Das Recht zur Aufhebung kann nur gegen ein bestimmtes vorgehendes Grundpfandrecht oder mehrere bestimmte vorgehende Grundpfandrechte ausgeschlossen werden.⁵⁵

Fall 7: Ausgangssituation ist jene in *Fall 1*. Nachträglich einigen sich G und N, dass der gesetzliche Lösungsanspruch gegenüber der zugunsten der B bestellten Hypothek Nr. 1 ausgeschlossen ist. Die Eintragung im Grundbuch erfolgt.

Infolgedessen kann bei Vereinigung die Aufhebung der nunmehr erstrangigen Eigentümergrundsuld wegen § 1179a Abs. 5 S. 1 BGB nicht von N verlangt werden.

Von *Fall 7* gilt es jedoch strikt die folgende Sachverhaltskonstellation in Form eines pactum de non petendo zu unterscheiden:

Fall 8: Ausgangssituation ist wieder jene wie in *Fall 1*. G ist momentan liquide und möchte alsbald die Forderung der B begleichen. Allerdings würde er gerne die dadurch entstehende Eigentümergrundsuld sicherungshalber auf das Kreditinstitut K übertragen. Daher besucht er N und trägt sein Anliegen vor. N hat hierfür vollstes Verständnis und beide vereinbaren, dass N auf die Geltendmachung des Aufhebungsanspruchs bei Vereinigung der Hypothek Nr. 1 verzichtet. Eine Eintragung im Grundbuch unterbleibt. In den folgenden Wochen begleicht G seine Schuld bei B und die Hypothek wird auf G umgeschrieben. N gerät währenddessen in finanzielle Schwierigkeiten und tritt daher den Rückzahlungsanspruch aus dem mit G vereinbarten Darlehen gegen Zahlung von 40.000 € an seine

Schwester S ab. Diese hatte keine Kenntnis von der Vereinbarung zwischen G und N. S verlangt nun von G die Aufhebung der nunmehr erstrangigen Eigentümergrundsuld.

In *Fall 8* handelt es sich – anders als in *Fall 7* – nicht um eine Inhaltsänderung im Sinne von § 877 BGB; es fehlt die Eintragung im Grundbuch. Gleichwohl ist eine vertragliche Vereinbarung, wie sie G und N getroffen haben (Abrede der Nichtgeltendmachung), grundsätzlich möglich. Aus ihr erwächst eine Einrede, die G und gegebenenfalls auch K (§ 888 Abs. 1 BGB bei Abtretung der Grundsuld durch G) dem Aufhebungsbegehren seitens N hätten entgegenhalten können.⁵⁶ Problematisch ist in der vorliegenden Konstellation allerdings, dass N die Forderung aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB an S abgetreten hat. Es lag schuldrechtlich ein Rechtskauf im Sinne von § 453 Abs. 1 BGB vor. In dinglicher Hinsicht geht die zugunsten des N bestellte Hypothek mit Abtretung der hypothekarisch gesicherten Forderung nach §§ 398, 401 Abs. 1, 1153 Abs. 1 BGB auf S über. Klärungsbedürftig ist, ob G auch der S die Einrede entgegenhalten kann. Eine Einrede, die dem Eigentümer aufgrund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zusteht, kann auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden (§ 1157 S. 1 BGB). Prinzipiell kann G auch der S die Einrede entgegenhalten. Allerdings gelten die Vorschriften der §§ 892, 894 bis 899, 1140 auch für diese Einrede (§ 1157 S. 2 BGB). S könnte daher die Hypothek gutgläubig einredefrei erworben haben. Dies ist hier der Fall: Die Vereinbarung zwischen G und N wurde nicht ins Grundbuch eingetragen und S hatte von jener Vereinbarung auch keine Kenntnis. Es liegt ein gutgläubig einredefreier Erwerb vor, § 1157 S. 2 BGB i.V.m. § 892 Abs. 1 BGB.⁵⁷

In *Fall 8* kann S von G die Aufhebung der erstrangigen Eigentümergrundsuld aus § 1179a Abs. 1 BGB verlangen.

III. Zusammenfassung

Zusammenfassend bleibt mit *Wieling*⁵⁸ festzuhalten: § 1179a BGB ist unübersichtlich und schwer verständlich. Nichtsdestotrotz erscheint grosso modo vor allem die Beherrschung der Vormerkungsfiktion und die dabei einzuhaltende strikte Trennung von Aufhebungserklärung und Löschungsbewilligung im Rahmen von § 875 BGB wichtig; andernfalls erschließt sich nicht das Zusammenspiel der §§ 1179a Abs. 1, 275 Abs. 1 Var. 1, 883 Abs. 2 S. 1, 888 Abs. 1 BGB. Ebenso wichtig zu trennen ist die Inhaltsänderung nach § 877 BGB innerhalb des § 1179a Abs. 5 BGB von dem pactum de non petendo und den damit auftauchenden Fragen um § 1157 BGB. Im Übrigen lassen sich die meisten Probleme mit der juristischen Methodik lösen.

⁵¹ Berger (Fn. 9), § 1179a Rn. 4.

⁵² Konzen (Fn. 5), § 1179a Rn. 22.

⁵³ Herrler (Fn. 19), § 1179a Rn. 11.

⁵⁴ Wolfsteiner (Fn. 18), § 1179a Rn. 27; vgl. auch Kollhosser, JA 1979, 176 (182).

⁵⁵ Kollhosser, JA 1979, 176 (182).

⁵⁶ Vgl. Konzen (Fn. 5), § 1179a Rn. 19; Herrler (Fn. 19), § 1179a Rn. 13; Stöber, Rpfleger 1977, 425 (430); Wilhelm (Fn. 40), Rn. 1696 a.E.; Berger (Fn. 9), § 1179a Rn. 8 a.E.; Rambold, Rpfleger 1995, 284 (285).

⁵⁷ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch § 1192 Abs. 1a BGB.

⁵⁸ Vgl. hierzu Wieling (Fn. 10), § 30 4. a.

Die Individualverfassungsbeschwerde vor dem Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen

Von Stud. iur. **Lennart Deutschmann**, Bochum

Das vom nordrhein-westfälischen Landtag verabschiedete Gesetz zur Änderung des Verfassungsgerichtshofgesetzes vom 21.6.2018 machte zum 1.1.2019 den Weg für Individualverfassungsbeschwerden vor dem Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen frei.¹ Damit können Bürger erstmals eine Verletzung ihrer in der Landesverfassung enthaltenen Rechte im Wege der Individualverfassungsbeschwerde vor dem Verfassungsgerichtshof des Landes Nordrhein-Westfalen geltend machen.

Der folgende Beitrag soll einen cursorischen Überblick über den neuen Rechtsbehelf und insbesondere zu seinen prozessualen und materiell-rechtlichen Voraussetzungen verschaffen.

I. Sachurteilsvoraussetzungen

Der Aufbau innerhalb der Sachurteilsvoraussetzungen entspricht weitestgehend demjenigen der Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht. Da allerdings hier weder das Bundesverfassungsgerichtsgesetz noch die verfassungsprozessualen Vorschriften des Grundgesetzes (insbesondere Art. 92 ff. GG) Anwendung finden, ergeben sich doch einige Unterschiede. Sämtliche Sachurteilsvoraussetzungen richten sich nach dem Verfassungsgerichtshofgesetz (VGHG NRW)² sowie nach der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen (LV NRW).

1. Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofs NRW

Gem. § 12 Nr. 9 VGHG NRW (i.V.m. Art. 75 Nr. 5a LV NRW i.V.m. § 53 Abs. 1 VGHG NRW) ist der Verfassungsgerichtshof NRW mit Sitz in Münster für die Entscheidungen über Individualverfassungsbeschwerden zuständig.

2. Beteiligtenfähigkeit (auch: Verfassungsbeschwerdefähigkeit)

Die Beteiligtenfähigkeit richtet sich nach § 53 Abs. 1 VGHG NRW. Danach ist „jeder“ fähig Beteiligter an einem Verfassungsbeschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof NRW zu sein. Folgerichtig richtet sich die Beteiligtenfähigkeit nach der Grundrechtsfähigkeit.

Grundrechtsfähig sind grundsätzlich alle natürlichen Personen. Etwas anderes ergibt sich nur bei Deutschengrundrechten, die nur deutschen Staatsbürgern und Statusdeutschen im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG vorbehalten sind. Ausländer können sich hier jedenfalls auf die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, die über Art. 4 Abs. 1 LV NRW inkorporierter Teil der nordrhein-westfälischen Landesverfassung ist, berufen und sind damit auch Grundrechtsträger.

Inländische juristische Personen sind nur dann grundrechtsfähig und damit beteiligtenfähig, wenn sie zumindest teilrechtsfähig sind und das in Rede stehende Grundrecht soweit ihrem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar ist. Dies ergibt sich aus Art. 19 Abs. 3 GG, der über Art. 4 Abs. 1 LV NRW ebenso inkorporierter Teil der nordrhein-westfälischen Landesverfassung ist.

3. Prozessfähigkeit

Genauso wie im BVerfGG enthält das VGHG NRW keine Bestimmungen zur Prozessfähigkeit. Auch hier empfiehlt sich eine analoge Anwendung des § 62 VwGO. Damit folgt die Prozessfähigkeit der Geschäftsfähigkeit.³

Juristische Personen sind schon per Definition prozessunfähig und werden daher durch ihre gesetzlichen Vertreter vertreten.

Die Verfassungsbeschwerde kann durch den Kläger selbst erhoben werden. Alternativ können die Beteiligten sich in jeder Lage des Verfahrens durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt oder durch einen Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule vertreten lassen, wobei in der mündlichen Verhandlung vor dem Verfassungsgerichtshof eine Vertretung in einer solchen Weise vorgeschrieben ist, vgl. § 17 Abs. 1 S. 1 VGHG NRW.

4. Beschwerdegegenstand

Möglicher Beschwerdegegenstand können Akte aller drei Landesgewalten, also der Legislative, der Exekutive und der Judikative sein, vgl. § 53 Abs. 1 VGHG NRW.

Einschränkungen bezüglich des Beschwerdegegenstandes ergeben sich aus § 53 Abs. 2 VGHG NRW. Danach ist die Verfassungsbeschwerde unzulässig, soweit die öffentliche Gewalt des Landes Bundesrecht ausführt oder anwendet, es sei denn, es geht um die Anwendung von Prozessrecht des Bundes durch ein Gericht des Landes. Diese Einschränkung soll dem Umstand Rechnung tragen, dass verfassungsrechtlich bislang nicht abschließend geklärt ist, ob und inwieweit das Verfassungsgericht eines Landes berechtigt ist, die Ausführung oder Anwendung von Bundesrecht durch Stellen des Landes am Maßstab der Landesverfassung zu überprüfen.⁴ In diesem Lichte ist auch die Rückausnahme in § 53 Abs. 2 Hs. 2 VGHG NRW zu sehen. Diese statuiert lediglich, dass die Verfassungsbeschwerde nicht schon aufgrund der (bundesrechtlichen) Prozessordnungen (VwGO, ZPO, StPO) unzulässig ist.

Handelt es sich bei dem Beschwerdegegenstand um einen Akt der Judikative ist zu beachten, dass es sich nicht mehr

¹ GV. NRW. 2018 S. 400.

² Amtl. Bezeichnung: Gesetz über den Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen.

³ Für die Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG im Ergebnis zutreffend: *Ebert*, ZJS 2015, 486 (486); wenngleich die Hinzuziehung von §§ 51, 52 ZPO eher fernliegend ist. Vorrangig dürften hier die Vorschriften der VwGO sein.

⁴ Vgl. LT-Drs. 17/2122, S. 25 (Gesetzentwurf); BVerfGE 96, 345 (362).

um eine Entscheidung eines Landesgerichtes handelt, sobald ein Bundesgericht in der Weise am Verfahren beteiligt war, dass es die Entscheidung beeinflusst, verändert oder bestätigt hat.

Seit dem 11.4.2019 ist die Individualverfassungsbeschwerde auch in Art. 75 Nr. 5a LV NRW normiert. Nach dessen Wortlaut sind Akte der öffentlichen Gewalt des Landes uneingeschränkt tauglicher Beschwerdegegenstand. Da der § 53 Abs. 2 VGHG NRW diesen weiten Begriff der öffentlichen Gewalt des Landes einschränkt, könnte hier auf den ersten Blick von einem Widerspruch zwischen Art. 75 Nr. 5a LV NRW und § 53 Abs. 2 VGHG NRW die Rede sein. Bei näherer Betrachtung ist der Absatz 2 des § 53 VGHG NRW jedoch vielmehr eine Konkretisierung der nunmehr auch verfassungsrechtlich garantierten Individualverfassungsbeschwerde. Dafür spricht, dass der Verfassungsgeber lediglich die schon vorher einfachgesetzlich normierte Möglichkeit eine Individualverfassungsbeschwerde erheben zu können verfassungsrechtlich verankern wollte. Zudem soll mit dem § 53 Abs. 2 VGHG NRW die Problematik der Überprüfbarkeit von Bundesrecht am Maßstab der Landesverfassung umgegangen werden. Durch diese Einschränkung sind keine Rechtsschutzlücken ersichtlich.

5. Beschwerdebefugnis

Die Beschwerdebefugnis ergibt sich aus § 53 Abs. 1 VGHG NRW. Erforderlich ist die Behauptung des Beschwerdeführers, durch die öffentliche Gewalt des Landes in einem seiner in der Landesverfassung enthaltenen Rechten verletzt zu sein. Er muss also – in Anlehnung an die Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht – darlegen, dass ihn eine eigene, gegenwärtige und unmittelbare Beschwer (sog. Betroffenheitstrias⁵) betrifft und dadurch eine Verletzung von den ihm zugeordneten Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten nicht schlechterdings ausgeschlossen ist.

6. Form

Gemäß §§ 18 Abs. 1 S. 1, 55 Abs. 4 VGHG NRW ist der Antrag auf Erhebung der Verfassungsbeschwerde unter Bezeichnung des Rechtes, das verletzt sein soll, und der Handlung oder Unterlassung der Stelle, durch die der Beschwerdeführer sich verletzt fühlt, *schriftlich* beim Verfassungsgerichtshof in Münster einzureichen.

7. Frist

Bezüglich der Klagefristen bei der Individualverfassungsbeschwerde ist zwischen Rechtssatz- und Urteilsverfassungsbeschwerden zu differenzieren.

Richtet sich die Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz oder gegen einen sonstigen Hoheitsakt, gegen den ein Rechtsweg nicht offensteht, so kann die Verfassungsbeschwerde nur binnen eines Jahres seit dem Inkrafttreten des Gesetzes oder dem Erlass des Hoheitsaktes erhoben und begründet werden, § 55 Abs. 3 VGHG NRW. Umfasst sind hier also grundsätzlich nicht nur formelle Gesetze, die vom nordrhein-west-

fälischen Landtag verabschiedet wurden, sondern auch sonstige generell-abstrakte Regelungen mit Außenwirkung der Landesexekutive (Gesetz im materiellen Sinne).

Im Ergebnis ist der Anwendungsbereich des § 55 Abs. 3 Alt. 2 VGHG NRW in Bezug auf sublegale Normen restringt: Im Ergebnis ist der § 55 Abs. 3 Alt. 2 VGHG NRW hinsichtlich seines Anwendungsbereichs obsolet.

Unverändert ist nämlich gegen Satzungen, die nach Vorschriften des Baugesetzbuchs erlassen worden sind sowie gegen Rechtsverordnungen aufgrund des § 246 Abs. 2 BauGB gem. § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die prinzipale Normenkontrolle vor dem Oberverwaltungsgericht Münster⁶ statthaft, sodass diese nach der erforderlichen Rechtswegerschöpfung (dazu I. 8.) ohnehin nur in Form eines judikativen Aktes Gegenstand der Individualverfassungsbeschwerde sein können, vgl. § 47 Abs. 5 S. 1 VwGO.

Darüber hinaus entscheidet das Oberverwaltungsgericht Münster gem. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO auch über die Gültigkeit anderer im Rang unter dem Landesgesetz stehender Rechtsvorschriften, sofern das Landesrecht dies bestimmt. In Nordrhein-Westfalen findet sich eine entsprechende Bestimmung seit dem 1.1.2019 in § 109a JustG NRW.⁷ Ein Anwendungsbereich der Gesetzesverfassungsbeschwerde vor dem Verfassungsgerichtshof NRW, die sublegale Landesnormen zum Gegenstand hat, besteht damit nicht.

In den Übrigen Fällen, also im Falle der Urteilsverfassungsbeschwerde, beträgt die Klagefrist einen Monat nach Zustellung oder nach formloser Mitteilung der in vollständiger Form abgefassten Entscheidung oder hilfsweise sonstiger Bekanntgabe in vollständiger Form, § 55 Abs. 1 VGHG NRW.

8. Rechtswegerschöpfung

Nach § 54 S. 1 VGHG NRW muss grundsätzlich der Rechtsweg vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde erschöpft sein. Eine Gegen Ausnahme macht § 54 S. 2 VGHG NRW hingegen für den Fall, dass die Verfassungsbeschwerde von allgemeiner Bedeutung ist oder dass dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde. In den Fällen, in denen ein Rechtsweg nicht offensteht, entfällt demgemäß dieses Erfordernis.

9. Subsidiarität

Die Subsidiarität der Individualverfassungsbeschwerde vor dem Landesverfassungsgerichtshof NRW gegenüber der vor dem Bundesverfassungsgericht ist in § 53 Abs. 1 Hs. 2 VGHG NRW normiert. Die Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgerichtshof ist demnach unzulässig, soweit Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erhoben worden ist oder wird. Der Beschwerdeführer hat hier ein Wahlrecht, ob er den Landesverfassungsgerichtshof oder das Bundesverfassungsgericht anruft.⁸

⁶ Der Sitz des OVG ist in § 16 JustG NRW gesetzlich normiert.

⁷ LT-Drs. 17/3580 (Gesetzentwurf).

⁸ LT-Drs. 17/2122 (Gesetzentwurf), S. 25 f.

⁵ Erstmals: BVerfGE 1, 97 (101 f.).

Diese Regelung mag auf den ersten Blick etwas seltsam anmuten, wenn man § 90 Abs. 3 BVerfGG mit im Blick hat, wonach neben der Erhebung der Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht das Recht, eine Verfassungsbeschwerde beim Landesverfassungsgericht nach dem Recht der Landesverfassung zu erheben, unberührt bleibt. Folglich ist davon auszugehen, dass die verfassungsrechtlichen Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichtes sowie der Landesverfassungsgerichte für Individualverfassungsbeschwerden parallel verlaufen. Dieser Grundsatz wird jedoch durch die Subsidiaritätsklausel des § 53 Abs. 1 Hs. 2 VGHG NRW durchbrochen: Eine Parallelität ist nur dann gegeben, wenn die Subsidiarität nicht besteht. Ist oder wird eine unzulässige oder unbegründete Individualverfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht erhoben, so ist die Individualverfassungsbeschwerde vor dem Verfassungsgerichtshof in Münster per se unzulässig. Im Hinblick auf die Rechtsschutzmöglichkeiten, die gerade durch die Einführung der Individualverfassungsbeschwerdemöglichkeit auf Landesebene gestärkt werden sollten⁹, ist dies nicht gerade verständlich.

II. Begründetheit/Prüfungsumfang

Erforderlich ist für die Begründetheit der Individualverfassungsbeschwerde vor dem Landesverfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen, dass die Verletzung eines Grundrechts, das in der nordrhein-westfälischen Landesverfassung verbürgt ist, gegeben ist.

Zu beachten ist, dass gemäß Art. 4 Abs. 1 LV NRW die im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der Fassung vom 23.5.1949 festgelegten Grundrechte und staatsbürgerlichen Rechte inkorporierter Bestandteil der nordrhein-westfälischen Landesverfassung und unmittelbar geltendes Landesrecht und damit auch Prüfungsgegenstand von Verfassungsbeschwerden vor dem Verfassungsgerichtshof NRW sind.

Für den Fall, dass der Landesverfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen bei der Auslegung des Grundgesetzes von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes oder des Verfassungsgerichtes eines anderen Landes abweichen will, so hat er gem. Art. 100 Abs. 3 GG die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. Durch diese Divergenzvorlagepflicht soll einerseits der Grundsatz der Einheitlichkeit der Verfassungenauslegung gewahrt werden, während sie den Landesverfassungsgerichten andererseits ermöglicht trotz der Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes¹⁰ gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG von diesen Entscheidungen abweichen zu können.¹¹ Problematisch und deshalb auch umstritten ist die Frage, ob diese Divergenzvorlagepflicht sowohl abweichende Auslegung für die in der Landesverfassung gem. Art. 4 Abs. 1 LV NRW inkorporierten Bundesgrundrechte als auch für die inhaltlich mit dem Bundesgrundrechten übereinstimmenden Landesgrundrechte

gilt.¹² Zwar stehen die Verfassungsbereiche von Bund und Ländern grundsätzlich selbstständig nebeneinander¹³, dennoch kann es bei der Auslegung im Ergebnis doch wohl keinen Unterschied machen, ob die Bundesgrundrechte durch eine entsprechende Klausel in die Landesverfassung inkorporiert wurden oder ob sie inhaltsgleich aber eigenständig als Landesgrundrechte in die Landesverfassung aufgenommen wurden. Richtigerweise gilt diese Divergenzvorlagepflicht in beiden Fällen. Einzig sinnvoller Bezugspunkt von Art. 100 Abs. 3 GG kann insoweit auch nur die inhaltliche Identität und nicht der normative Charakter des jeweils inkorporierten Verfassungsrechts sein.¹⁴ Da die nordrhein-westfälische Landesverfassung keine eigenen mit den Bundesgrundrechten übereinstimmenden Landesgrundrechte, sondern nur die über Art. 4 Abs. 1 LV NRW inkorporierten Bundesgrundrechte enthält, trifft den Landesverfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen in jedem Fall bei einer intendierten Abweichung bei der Auslegung des Grundgesetzes von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes oder eines Verfassungsgerichtes eines anderen Bundeslandes die Divergenzvorlagepflicht gem. Art. 100 Abs. 3 GG.

Für die Auslegung von den in der Landesverfassung NRW normierten Staatszielbestimmungen (z.B. Art. 29a LV NRW: Schutz von Tieren und natürlichen Lebensgrundlagen) und subjektiv-rechtlichen Gewährleistungen (z.B. Art. 4 Abs. 2 LV NRW: Anspruch auf Schutz seiner personenbezogenen Daten) gilt die Divergenzvorlagepflicht nicht, da es sich hierbei um originäres Landesverfassungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalens handelt.

Des Weiteren ist der Landesverfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen auch im Rahmen eines konkreten Normenkontrollverfahrens gem. Art. 100 Abs. 1 GG vor dem Bundesverfassungsgericht vorlageberechtigt, jenes Verfahren der Überprüfung gesetzlicher Bestimmungen am Maßstab höher-rangigen Rechts (Verfassungsrecht, Bundesrecht) dient.¹⁵ Aus den Umständen, dass einerseits Gegenstand einer konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG vor dem Bundesverfassungsgericht nur Gesetze im formellen Sinne sein können und andererseits gem. § 53 Abs. 1 VGHG NRW zulässige Beschwerdegegenstände im Rahmen Individualverfassungsbeschwerde vor dem Landesverfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen nur Akte der Landesgewalt sein können, ergibt sich für die Vorlagemöglichkeit des Landesverfassungsgerichtshofes nur ein beschränkter Anwendungsbereich: Einzige Vorlagegegenstände, die der Landesverfassungsgerichtshof dem Bundesverfassungsgericht in einem

⁹ LT-Drs. 17/2122 (Gesetzentwurf), S. 1 f.

¹⁰ Für eine grundsätzliche Bindungswirkung für die Landesverfassungsgerichtsbarkeit: *Sachs*, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 493.

¹¹ Vgl. BVerfGE 3, 261 (265); 85, 360 (360).

¹² Siehe hierzu zum Verhältnis des schleswig-holsteinischen Verfassungsrechtes zum Bundesverfassungsrecht: *Caspar*, NordÖR 2008, 193 (193 ff.).

¹³ Siehe hierzu bloß: BVerfGE 4, 178 (189); 96, 345 (368).

¹⁴ So auch: *Zierlein*, AöR 120 (1995), 205 (208); *Nordmann*, NordÖR 2009, 97 (100); a.A.: *Wolff*, in: Hömig/Wolff, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl. 2018, Art. 100 GG, Rn. 18.

¹⁵ Statt vieler: *Müller-Terpitz*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Kommentar zum Grundgesetz, 14. Aufl. 2017, Art. 100 GG, Rn. 5.

Normenkontrollverfahren vorlegen könnte, sind ein formelles Gesetz des Landesgesetzgebers und – wegen der Rückausnahme des § 53 Abs. 2 Hs. 2 VGHG NRW – formelles Prozessrecht des Bundes, sofern dieses durch ein Gericht des Landes unter Ausschluss sämtlicher anderer bundesrechtlicher Normen angewendet wurde und diesem Gesetz bei einer Urteilsverfassungsbeschwerde vor dem Landesverfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen eine entscheidungserhebliche Bedeutung zukommt. Im Falle der Annahme der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes gem. Art. 100 Abs. 1 S. 1 und 2 Alt. 1 GG besteht für die Vorlage eines Landesgesetzes überhaupt kein Anlass, denn der Landesverfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen hat hierfür schon selbst die notwendige Normverwerfungskompetenz. Die Vorlagepflicht macht demgemäß nur für die Annahme der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes nur bei formellem Prozessrecht des Bundesgesetzgebers Sinn.

Anders sieht es hingegen für die Annahme der Unvereinbarkeit von formellen Landesgesetzen mit einem Bundesgesetz gem. Art. 100 Abs. 1 S. 1 und 2 Alt. 2 GG aus: In diesem Falle kann der Landesverfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen dem Bundesverfassungsgericht dieses Gesetz – bei Vorliegen entsprechender Entscheidungserheblichkeit¹⁶ – zur Überprüfung auf Vereinbarkeit mit einem Bundesgesetz vorlegen.

Vor allem im Verfahren der Urteilsverfassungsbeschwerde relevant dürfte der Prüfungsumfang des Landesverfassungsgerichtshofs Nordrhein-Westfalen bei Individualverfassungsbeschwerden sein. Es dürfte anzunehmen sein, dass auch der Landesverfassungsgerichtshof – sowie wie das Bundesverfassungsgericht – keine Superrevisionsinstanz sein möchte. Demnach prüft er nicht die streitgegenständlichen Gerichtsentscheidungen und die ihnen zugrunde liegenden behördlichen Maßnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit dem einfachen Recht, sondern lediglich die mögliche Verletzung spezifischen Verfassungsrechtes.

III. Ausblick

Die Verfassungsbeschwerde wurde nun noch nachträglich durch den Landtag mit Beschluss am 10.4.2019 in der Landesverfassung explizit in Art. 75 Nr. 5a LV NRW normiert.¹⁷ Vorher war sie lediglich unterverfassungsrechtlich geregelt.

Im Hinblick auf die Stärkung der Rechtsschutzmöglichkeiten der Bürger ist die Einführung dieses neuen Rechtsbehelfes sicherlich zu begrüßen. Disputabel dürfte aber nach wie vor die Ausgestaltung der Subsidiaritätsklausel nach § 53 Abs. 1 Hs. 2 VGHG NRW sein.

Besser dürfte es sein, den Anwendungsbereich der Klausel derart zu beschränken, dass eine Individualverfassungsbeschwerde vor dem Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen immer nur dann möglich ist, wenn nicht eine *zulässige* Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erhoben ist oder wird, die genau die selbige Verletzung in den

konkreten Grundrechten, grundrechtsgleichen Rechten oder sonstigen subjektiv öffentlichen Rechten verfassungsrechtlicher Art rügt.

Wie sich die neue Möglichkeit eine Individualverfassungsbeschwerde vor dem Landesverfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen erheben zu können entwickeln wird und wie sie angenommen werden wird, bleibt abzuwarten bis ein erstes Verfahren anhängig gemacht worden ist.¹⁸

¹⁶ Vgl. BVerfGE 97, 49 (66 f.); *Detterbeck*, in: Sachs, Kommentar zum GG, 8. Aufl. 2018, Art. 100 Rn. 3.

¹⁷ LT-Drs. 17/5665 (Beschlussempfehlung und Bericht des Hauptausschusses).

¹⁸ Überblick zu den anhängigen Verfahren des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen <https://www.vgh.nrw.de/rechtsprechung/verfahren/index.php> (25.5.2019).

Kraftfahrzeugrennen vor deutschen Gerichten

Was man aus und mit den Raserfällen des BGH lernen kann*

Von Wiss. Mitarbeiter **Johannes Gründel**, Erlangen

Illegale Kraftfahrzeugrennen und andere Raserfälle beschäftigen die deutschen Gerichte immer wieder. Das Urteil des Bundesgerichtshofs zu den Rasern vom Kurfürstendamm nimmt Stellung zu einigen Problematiken, die auch von Studierenden beherrscht werden müssen, so die Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, der Zeitpunkt des Vorsatzes, die Hemmschwellentheorie, Mittäterschaft und Mordmerkmale. Zudem eignet es sich, um sich Rolle und Prüfungsmaßstab von Revisionsgerichten vor Augen zu führen. Die Schaffung des § 315d StGB ermöglicht zudem attraktive Klausurkonstellationen.

I. Ausgangssituation/Grundproblematik

Das Auto gilt gemeinhin als des Deutschen liebtes Kind. Was dem Amerikaner seine Waffe, ist dem Deutschen sein fahrbarer Untersatz: Freiheitssymbol und Todesgefahr.¹ Beim Auto wird diese Todesgefahr besonders plastisch im Zusammenhang mit illegalen Autorennen.² Das Strafrecht tat sich dabei bislang schwer, angemessen auf dieses Phänomen zu reagieren. Wenn niemand verletzt oder gar getötet wurde, war lediglich ein Bußgeld, das regelmäßig 400 Euro betrug, und ein einmonatiges Fahrverbot gem. §§ 29 Abs. 1, 49 Abs. 2 Nr. 5 StVO möglich. Im Falle einer Tötung kamen neben der Straßenverkehrsgefährdung gem. § 315c StGB nur einerseits Mord oder Totschlag gem. §§ 212, 211 StGB, andererseits fahrlässige Tötung gem. § 222 StGB in Betracht. Der Strafrahmen der fahrlässigen Tötung gem. § 222 StGB wurde jedoch als zu niedrig befunden, da der Unrechtsgehalt des eigensüchtig-rücksichtslosen Verhaltens nicht adäquat widerspiegelt wurde.³ Zugleich war ein Vorsatz konstruktiv schwierig zu begründen.⁴

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medizinstrafrecht (Prof. Dr. Christian Jäger) an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

¹ Näher lesenswert: Kubiciel, BGH-Urteil zu Ku'Damm-Rennen: Deutschland, deine Raser, in: Legal Tribune Online v. 1.3.2018, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/27301/ (1.5.2019).

² Wenngleich freilich das Gros der Todesopfer im Straßenverkehr nicht bei illegalen Autorennen zu beklagen ist, allerdings sind diese Fälle regelmäßig spektakulärer und öffentlichkeitswirksamer, wie man auch in letzter Zeit sehen konnte.

³ BT-Drs. 18/10145, S. 7, 10; Grünwald, JZ 2017, 1062 (1071 f.); Jäger, JA 2017, 786 (788); Walter, NJW 2017, 1350 (1353).

⁴ Es ist vor diesem Hintergrund auch nicht verwunderlich, dass das Urteil des LG Berlin auch gerade bei diesem Aspekt einen Rechtsfehler aufwies, näher dazu unter Punkt III.).

II. Die verschiedenen Fälle

Diese Gemengelage kennzeichnet die schwierige Situation, in der die Gerichte ein Urteil mit einer tat- und schuldangemessenen Strafe (§ 46 StGB) fällen mussten. Keine Überraschung ist daher, dass die Urteile in jüngerer Vergangenheit eine große Spannweite aufweisen.

1. Der Kölner Fall⁵

Im Jahr 2015 hatte das LG Köln einen Fall zu entscheiden, in dem sich zwei Heranwachsende in den frühen Abendstunden ein Autorennen in der Kölner Innenstadt lieferten. Dabei verlor einer der beiden Fahrer bei rund 75 km/h die Kontrolle über sein Auto und stieß mit einer 19-jährigen Fahrradfahrerin zusammen, die infolge des Unfalls starb. Das Landgericht Köln verurteilte die beiden Fahrer wegen fahrlässiger Tötung zu Freiheitsstrafen von zwei Jahren beziehungsweise 21 Monaten, welche auf Bewährung ausgesetzt wurden.

Auf Revision der Staatsanwaltschaft hob der Bundesgerichtshof das Urteil (nur) insofern auf, als die Strafaussetzung zur Bewährung erfolgt war, da zwar die Höhe der Strafe keine Rechtsfehler aufwies, die Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung hingegen zu beanstanden sei.⁶ Das Landgericht habe unter anderem § 56 Abs. 3 StGB nicht ausreichend gewürdigt, wonach eine Freiheitsstrafe über sechs Monaten nicht zur Bewährung ausgesetzt wird, wenn die Verteidigung der Rechtsordnung die Vollstreckung der Verurteilung gebiete.⁷

Am 22.3.2018 verurteilte daraufhin eine andere Kammer des Landgerichts die beiden Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung zu Freiheitsstrafen in derselben Höhe⁸, die jedoch nicht zur Bewährung ausgesetzt wurde.⁹

2. Der Bremer Fall¹⁰

In Bremen fuhr 2016 ein Motorradfahrer durch die Innenstadt. Dabei erreichte er zwischenzeitlich Geschwindigkeiten bis zu 150 km/h. Als er mit 97 km/h auf eine gelbe Ampel zufuhr, betrat ein Fußgänger trotz für ihn geltenden Rotlichts die Fahrbahn. Obwohl der Fahrer sofort eine Vollbremsung eingeleitet hatte, erfasste er aufgrund der überhöhten Geschwindigkeit das Opfer, das später seinen Verletzungen erlag. Der Fahrer zog sich bei der Kollision schwere Verletzungen zu. Er wurde vom LG Bremen wegen vorsätzlicher

⁵ LG Köln BeckRS 2016, 17841.

⁶ BGH NSTZ 2018, 29 ff.

⁷ BGH NSTZ 2018, 29 (31).

⁸ Diesbezüglich blieb die Revision der Staatsanwaltschaft ohne Erfolg, BGH NSTZ 2018, 29 (30), sodass das Urteil bezüglich der Höhe der Freiheitsstrafe rechtskräftig wurde und das Landgericht nur noch über die Frage der Bewährung zu entscheiden hatte.

⁹ LG Köln, Ur. v. 22.3.2018 – 103 KLS 13/17.

¹⁰ LG Bremen, Ur. v. 31.1.2017 – 21 Ks 280 Js 39688/16.

Straßenverkehrsgefährdung und fahrlässiger Tötung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt.

Der Bundesgerichtshof bestätigte dieses Urteil. Die Beweiswürdigung des Landgerichts sei fehlerfrei erfolgt, insbesondere sei die fehlende Annahme eines Tötungsvorsatzes nicht zu beanstanden, da der Motorradfahrer auf seine eigenen Fahrkünste vertraut, sofort eine Notbremsung eingeleitet habe und für ihn ein Unfall mit erheblichen Verletzungen verbunden gewesen sei, weshalb er geglaubt habe, einen Unfall vermeiden zu können.¹¹

3. Der Frankfurter Fall¹²

In Frankfurt überfuhr 2015 ein Heranwachsender mit 142 km/h (statt der erlaubten 70 km/h) eine für ihn bereits seit sieben Sekunden rote Ampel. Er konnte ein vorfahrberechtigtes und bei Grün regelkonform fahrendes Auto nicht sehen, sodass er ungebremst mit diesem kollidierte. Das Opfer starb noch am Unfallort, während der Täter nur leichte Verletzungen erlitt. Das LG Frankfurt verurteilte ihn wegen fahrlässiger Tötung in Tateinheit mit Straßenverkehrsgefährdung zu einer Jugendstrafe von drei Jahren.

Der Bundesgerichtshof hob dieses Urteil auf, da die Begründung des Landgerichts, der Angeklagte hätte bei Annahme eines Tötungsvorsatzes auch zwangsläufig seinen eigenen Tod billigend in Kauf genommen, nicht ausreichend belegt sei. Man könne nicht allgemein annehmen, dass bei einem Unfall das Risiko für alle Fahrzeuge nahezu gleich verteilt sei.¹³

4. Der Berliner Fall¹⁴

Der sicherlich spektakulärste (und auch medial am stärksten rezipierte) Fall spielte sich auf dem Berliner Kurfürstendamm ab. Zwei junge Männer, H und N, verabredeten sich spontan zu einem Autorennen, überfuhren dabei mehrere rote Ampeln, wobei der spätere Unfallfahrer zu Beginn des Rennens noch an zwei roten Ampeln hielt. Im Laufe des Rennens mussten zwei Fußgängerinnen, die die Fahrbahn gerade überqueren wollten, hinter das Geländer eines U-Bahn-Eingangs zurückspringen, um nicht von den beiden Fahrzeugen erfasst zu werden. Später fuhren die beiden Fahrer dann in einen Kreuzungsbereich ein, wobei sie sich nach den Feststellungen des Landgerichts „spätestens jetzt“¹⁵ einer wahrscheinlichen Todesfolge eines Unfalls mit einem möglicherweise kreuzenden Fahrzeugs bewusst waren. Zu diesem Zeitpunkt war der Unfallfahrer H aber bereits „absolut unfähig noch zu reagieren“¹⁶ und damit den sich anbahnenden Unfall zu verhindern.

In der Kreuzung der zuletzt überfahrenen roten Ampel kam es dann bei einer Geschwindigkeit von mindestens 160 bis 170 km/h zur Kollision mit einem bei grün regelkonform in die Kreuzung eingefahrenen Auto des Querverkehrs. Der Insasse dieses Autos verstarb noch am Unfallort. Da das Auto des H in Folge des Unfalls auch mit dem Auto des N kollidierte, zog sich die Beifahrerin und Freundin des N erhebliche Verletzungen zu. Umherfliegende Trümmer verfehlten den Kopf einer Fußgängerin nur um wenige Zentimeter, H und N wurden leicht verletzt.

Dieser Fall erregte besonders deshalb großes Aufsehen, weil das Landgericht Berlin die beiden Angeklagten wegen mittäterschaftlichen Mordes zu lebenslangen Freiheitsstrafen verurteilte. Neben der medialen Rezeption wurde dieses Urteil auch in der Fachpresse ausgiebig diskutiert.¹⁷

III. Dar- und Klarstellungen des BGH im Berliner Fall

Am 1.3.2018 nahm sich der Bundesgerichtshof des Themas der Raser vertieft an. Die Fälle aus Bremen, Frankfurt und Berlin wurden am selben Tag entschieden. Gerade im Berliner Fall setzte sich der 4. Strafsenat ausführlich mit der Frage auseinander, welche Anforderungen an einen bedingten Vorsatz in Raserfällen zu stellen sind.

Im Kern wies der Bundesgerichtshof dem Landgericht Berlin drei Fehler nach: Zum einen wurde der Vorsatz nicht ordnungsgemäß belegt,¹⁸ zum anderen wurde der Faktor der Eigengefährdung nicht ausreichend und widerspruchsfrei gewürdigt,¹⁹ abschließend wurde der gemeinsame Tatplan im Zusammenhang mit der Mittäterschaft nicht hinreichend erläutert.²⁰ Diese drei Rechtsfehler umgibt der Bundesgerichtshof mit allgemeinen lehrbuchartigen Ausführungen, die jedem Studierenden zur Lektüre empfohlen werden können. Zum Schluss gibt der Bundesgerichtshof dem neuen Tatgericht einige Leitlinien im Hinblick auf die Vorsatzprüfung, möglicherweise zu untersuchende Mordmerkmale, Konkurrenz und Nebenaspekte auf den Weg.²¹

Im Folgenden soll der Beitrag studienrelevante Aspekte, die im Zusammenhang mit diesem Urteil stehen, anhand der Urteilsgründe des Bundesgerichtshofs näher ausführen. Namentlich sind das die Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit (1.), das zeitliche Moment des Vorsatzes (2.), die Reste der Hemmschwellentheorie (3.), Mittäterschaft (4.) bzw. Mordmerkmale bei illegalen Autorennen (5.) sowie die Rolle und der Überprüfungsmaßstab des Revisionsgerichts (6.).

¹¹ BGH NStZ 2018, 460 ff.

¹² LG Frankfurt, Urte. v. 1.12.2016 – 5/8 KLS 4690 Js 215349/15.

¹³ BGH NStZ 2018, 460 (462).

¹⁴ LG Berlin, Urte. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16) – juris.

¹⁵ LG Berlin, Urte. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16), Rn. 100 (juris).

¹⁶ LG Berlin, Urte. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16), Rn. 101 (juris).

¹⁷ Vgl. z.B. Fischer, Zeit Online v. 7.3.2017, abrufbar unter <https://www.zeit.de/gesellschaft/2017-03/sicherheit-raser-moerder-kommissare-fischer-im-recht/komplettansicht> (30.5.2019); Jäger, JA 2017, 786 ff.; Jahn, JuS 2017, 700 ff.; Kubiciel/Hoven, NStZ 2017, 439 ff.; Preuß, NZV 2017, 303 ff.; Puppe, ZIS 2017, 439 ff.; Sasse, NJ 2017, 384 ff.; Walter, NJW 2017, 1350 ff.

¹⁸ BGH, Urte. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17, Rn. 14 (juris).

¹⁹ BGH, Urte. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17, Rn. 20, 25 (juris).

²⁰ BGH, Urte. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17, Rn. 28 (juris).

²¹ BGH, Urte. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17, Rn. 29 ff. (juris).

1. Abgrenzung bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit

Die Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit ist ein klassisches Thema des ersten Semesters.²² Die Vielzahl an denkbaren und teilweise sehr ähnlichen Theorien²³ wirkt dabei regelmäßig abschreckend auf Studierende. Der Bundesgerichtshof führt hierzu aus: „In rechtlicher Hinsicht ist nach ständiger Rechtsprechung bedingter Tötungsvorsatz gegeben, wenn der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und dies billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Todes abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (Willenselement) [...]. Bewusste Fahrlässigkeit liegt dagegen vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten.“²⁴ Er bestätigt damit die ständige Rechtsprechung, wonach die Möglichkeit des Erfolgseintritts erkannt (kognitives Element) und dieser Erfolg durch den Täter gebilligt werden oder sich dieser zur Erreichung des Ziels wenigstens mit dem Erfolgseintritt abfinden muss (voluntatives Element).²⁵

Während sich das kognitive Element meist als relativ unproblematisch herausstellt,²⁶ bereitet die Begründung des voluntativen Elements erhebliche Schwierigkeiten. Dieses wird dem Täter anhand verschiedener Kriterien „zugeschrieben“. ²⁷ Insbesondere können dafür herangezogen werden: Die Ausprägung des kognitiven Elements, die tatsächliche objektive Gefährlichkeit, die Zeit zwischen Auslöser und Reaktion (spontane Tat oder geplant?), das Verhältnis zwischen Täter und Opfer, die Geschehensdynamik, die Motivlage oder das Nachtatverhalten.²⁸ Darüber hinaus wird gerade in den Raserfällen auch die Eigengefährdung für Leben und Auto des Täters und ggf. anwesende Mitfahrer angeführt.²⁹ Diesem pauschalen Argument hat der Bundesgerichtshof aber im Frankfurter Fall wegen der ungleichen Risikoverteilung bei einem Ver-

kehrsunfall eine Absage erteilt.³⁰ Im Bremer Fall hingegen hatte sich das Landgericht ausführlicher mit den Umständen des Einzelfalls auseinandergesetzt, weshalb der Bundesgerichtshof die hohe (und tatsächlich verwirklichte) Eigengefährdung des Motorradfahrers als tragfähiges Argument billigte.³¹ Dies zeigt: Eine einfache und pauschale Antwort existiert nicht. Wenngleich die wichtigsten Argumente (Selbstgefährdung, Selbstüberschätzung, Risikobereitschaft, Adrenalinrausch, fehlende Vorsorge für möglichen Todesfall)³² in den meisten Fällen gleich oder ähnlich gelagert sind, ist stets der Einzelfall zu berücksichtigen. Besteht Einigkeit zwischen den Tätern, dass das Rennen wichtiger ist als das Überleben einer Person, sagen sie also beispielsweise vor dem Rennen zueinander: „Und wenn wir jemanden dabei töten, ist das auch egal“, liegt der Vorsatz (unter Berücksichtigung des zeitlichen Moments)³³ sicherlich nahe. Vereinbaren die Täter hingegen vor dem Rennen, sich an Höchstgeschwindigkeiten und Ampelsignale zu halten, ist dies ein gewichtiges Argument, von einem ernstlichen Vertrauen auf das Ausbleiben möglicher Todesfolgen auszugehen.

2. Das zeitliche Moment des Vorsatzes

An dieser Stelle knüpft der zweite Grundlagen-Aspekt der Entscheidung an, nämlich das zeitliche Moment des Vorsatzes. Der Umkehrschluss aus § 16 Abs. 1 S. 1 StGB („bei Begehung der Tat“) zeigt, dass der Vorsatz zum Zeitpunkt der Tat, also der Tathandlung (vgl. § 8 StGB) vorliegen muss (Koinzidenz- bzw. Simultaneitätsprinzip).³⁴

Hierzu schreibt der Bundesgerichtshof: „Voraussetzung für die Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Tat ist nach § 16 Abs. 1 StGB, dass der Täter die Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, bei ihrer Begehung kennt. Dementsprechend muss der Vorsatz im Zeitpunkt der zum Taterfolg führenden Handlung vorliegen [...]. Fasst der Täter den Vorsatz erst später (dolus subsequens), kommt eine Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Tat nicht in Betracht [...] Aus der Notwendigkeit, dass der Vorsatz bei Begehung der Tat vorliegen muss, folgt, dass sich wegen eines vorsätzlichen Delikts nur strafbar macht, wer ab Entstehen des Tatentchlusses noch eine Handlung vornimmt, die in der vorgestellten oder für möglich gehaltenen Weise den tatbestandlichen Erfolg – bei Tötungsdelikten den Todeserfolg – herbeiführt. Dass dies auf die Tat der Angeklagten zutrifft, lässt sich dem angefochtenen Urteil nicht entnehmen.“³⁵

Weder ein nachgelagerter (dolus subsequens) noch ein vorhergehender Vorsatz (dolus antecedens) reicht also für eine Vorsatzstrafbarkeit aus. Der Vorsatz muss im Moment der Tathandlung vorliegen. Zur Verdeutlichung dient folgender Beispielsfall:

²² Vgl. dazu Jäger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, Rn. 75 ff.; Hillenkamp/Cornelius, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2017, 1. Problem.

²³ Vgl. zur Zählung Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 5 Rn. 45, Fn. 142.

²⁴ BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17, Rn. 17 (juris).

²⁵ z.B. BGHSt 7, 363 (369); 36, 1 (9); 57, 183 (186); BGH NStZ 2008, 451; BGH NStZ 2018, 37 (38).

²⁶ Woran man jedoch im Berliner Fall durchaus zweifeln könnte, da H nach dem Unfall nur und immer wieder fragte: „Wie konnte das passieren, wie konnte das passieren?“, LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16), Rn. 112 (juris); so zutreffend Jäger, JA 2017, 786 (787).

²⁷ Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.11.2018, § 15 Rn. 23.

²⁸ Kudlich (Fn. 27), § 15 Rn. 23 m.e.N.

²⁹ Dazu LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16), Rn. 243 ff. (juris); Fischer, Die Zeit v. 7.3.2017; Walter, NJW 2017, 1350 (1351).

³⁰ Vgl. II. 3.

³¹ Vgl. II. 2.

³² Walter, NJW 2017, 1350 (1350 f).

³³ Vgl. III. 2.

³⁴ Statt aller: Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 14 Rn. 55.

³⁵ BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17, Rn. 13 (juris).

Beispiel: T ist seiner Freundin O überdrüssig und möchte sie loswerden. Deshalb überlegt er sich, dass er sie am nächsten Tag die Treppe herunterschubsen und das Geschehen wie einen Unfall aussehen lassen könnte. Tags drauf trägt er eine schwere Kiste die Treppe hoch. An der obersten Stufe angelangt verliert er aufgrund des hohen Tempos das Gleichgewicht und stürzt rückwärts die Treppe herunter. Zu ihrem Pech steht F direkt hinter ihm und fällt mit ihm herab. Dabei kommt sie so unglücklich auf, dass sie sich das Genick bricht und verstirbt. Als T erkennt, was geschehen ist, freut er sich und denkt: „Super. Besser hätte ich es nicht machen können!“.

Hier hatte T sowohl vor als auch nach der Tat Vorsatz hinsichtlich der Tötung der F. Im Zeitpunkt der Tathandlung (unachtsamer Schritt) allerdings wollte er nur die Treppe hochlaufen. Er hielt das folgende Geschehen weder für möglich noch billigte er es. T handelte somit vorsatzlos, auch wenn er die Tötung im Nachhinein billigt. In Betracht kommt also nur fahrlässige Tötung, jedoch kein vorsätzliches Tötungsdelikt.

Um sich den Geschehnissen vom Kurfürstendamm zu nähern, muss man diesen Beispielsfall nur ein wenig abwandeln:

Abwandlung: Diesmal ist O etwas weiter unter T. Nach dem letzten Schritt fällt er also erst einmal eine halbe Sekunde, bevor er auf O trifft. Während dieser Zeit erkennt T, dass O möglicherweise infolge des Sturzes sterben könnte und findet das gut. Er hätte aber keine Chance mehr gehabt, den Sturz aufzuhalten, selbst wenn er es gewollt hätte. O stürzt infolge des Aufpralls ebenfalls und kommt durch den Sturz zu Tode.

Hier ergibt sich in der rechtlichen Bewertung kein Unterschied zum Ausgangsfall. Maßgeblicher Zeitpunkt für den Vorsatz ist nämlich, wie § 8 StGB zeigt, nur der Zeitpunkt der Tathandlung. Diese liegt hier aber im Treppensteigen mit zu hohem Tempo, da T alles Weitere nicht mehr kontrollieren kann. Auch wenn sich sein Vorsatz noch vor dem Aufprall mit O bildet, geschieht dies doch nach der Tathandlung und ist damit als *dolus subsequens* unbeachtlich.³⁶

Der Berliner Fall war (ausweislich der Feststellungen des Landgerichts) mit Blick auf den Vorsatz im Kern gleich gelagert. Spätestens beim Einfahren in die Unfallkreuzung sei den Tätern die Tötung des Insassen eines möglicherweise kreuzenden Fahrzeugs bewusst gewesen und billigend in Kauf genommen worden, so das Landgericht.³⁷ Zu diesem Zeitpunkt sei der Unfallfahrer aber „absolut unfähig [gewesen,]

noch zu reagieren“.³⁸ Das Urteil beschreibt also eine Situation wie im abgewandelten Beispielsfall. In *dubio pro reo* muss an dieser Stelle davon ausgegangen werden, dass sich der Vorsatz genau zu jenem Zeitpunkt gebildet hat, zu dem er „spätestens“ vorlag, da dies die für den Angeklagten günstigste Variante des Sachverhalts ist. Hat sich der Vorsatz aber erst zu einem Zeitpunkt gebildet, in dem der Täter nicht mehr reagieren konnte, ist das genau diejenige Situation, in der der Täter seinen Vorsatz im Sturz, aber vor dem Aufprall bildet. Er hätte hier nicht mehr reagieren können, selbst wenn er es gewollt hätte. „Bei Begehung der Tat“ (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) lag aber noch kein (nachgewiesener) Vorsatz vor.

Der Bundesgerichtshof formuliert dies folgendermaßen: „Aus dieser Feststellung [Vorsatz spätestens beim Einfahren in die Kreuzung] [...] folgt zugleich, dass sich das Landgericht nicht die Überzeugung verschafft hat, dass die Angeklagten den Tod eines anderen Verkehrsteilnehmers als Folge ihrer Fahrweise schon vor dem Einfahren in den Kreuzungsbereich als möglich erkannten und billigend in Kauf nahmen. Hatten die Angeklagten indes den Tötungsvorsatz erst beim Einfahren in den Kreuzungsbereich gefasst, könnte ihre Verurteilung wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts nach den dargestellten Grundsätzen nur dann Bestand haben, wenn sie nach diesem Zeitpunkt noch eine Handlung vornahmen, die für den tödlichen Unfall ursächlich war, oder eine gebotene Handlung unterließen, bei deren Vornahme der Unfall vermieden worden wäre.“

Feststellungen zu einem solchen unfallursächlichen Verhalten, das vom Tötungsvorsatz der Angeklagten getragen war, hat das Landgericht nicht getroffen. Vielmehr hat es sowohl bei der Darstellung des Sachverhalts als auch an weiteren Stellen des Urteils ausgeführt, dass die Angeklagten beim Einfahren in den Kreuzungsbereich bereits keine Möglichkeit zur Vermeidung der Kollision mehr besaßen: [wird weiter ausgeführt] Die für den Unfall maßgeblichen Umstände, insbesondere die bereits erreichte Kollisionsgeschwindigkeit sowie das Einfahren in den Kreuzungsbereich trotz roten Ampelsignals, lagen danach bereits vor bzw. waren unumkehrbar in Gang gesetzt, als die Angeklagten – nach den Feststellungen – den Tötungsvorsatz fassten. Ein unfallursächliches Verhalten der Angeklagten, das zeitlich mit der Fassung des Tötungsvorsatzes zusammenfiel oder nachfolgte, ist dem Urteil nicht zu entnehmen. Dass der Tötungsvorsatz ab einem Zeitpunkt vorlag, als die tödliche Kollision bereits nicht mehr zu verhindern war, ist für die Annahme eines vorsätzlichen Tötungsdelikts rechtlich bedeutungslos.“³⁹

Kurz gesagt: Als die Täter merkten, was passiert, hatten sie schon keine Chance mehr. Das bedeutet, Handlung und Vorsatz lagen nicht zum gleichen Zeitpunkt vor. Eine Verurteilung wegen Mordes, gem. § 15 StGB ein Vorsatzdelikt, steht also im Widerspruch zu dem Sachverhalt, den das Landgericht ermittelt hat. Ein solcher Widerspruch ist aber ein Rechtsfehler, also eine Gesetzesverletzung im Sinne des § 337 StPO, auf dem das Urteil des LG Berlins zudem be-

³⁶ Dieses konsequente Abstellen auf den Zeitpunkt der Tathandlung ist auch einer der Gründe, aus denen es wichtig ist, im Obersatz die Tathandlung anzugeben. Wenn man hier nämlich konsequent bleibt, kann man die fehlerhafte Annahme eines *dolus antecedens* bzw. *subsequens* relativ einfach vermeiden.

³⁷ LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16), Rn. 99 f. (juris).

³⁸ LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16), Rn. 101 (juris).

³⁹ BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17, Rn. 14 f. (juris).

ruht.⁴⁰ Der Bundesgerichtshof konnte und musste das Urteil also aufheben, bevor er zu der Frage Stellung nehmen konnte, ob ein Vorsatz überhaupt vorliegt.

3. Die Reste der Hemmschwellentheorie

Zu der soeben angesprochenen Frage äußerte sich der Bundesgerichtshof im Rahmen seines Überprüfungsmaßstabs⁴¹ ebenfalls und deckte innere Widersprüche in der Beweiswürdigung des Landgerichts auf. Das Landgericht ging nämlich davon aus, dass die Fahrer sich in ihren eigenen Autos einerseits sicher gefühlt hätten, wodurch der hohen Eigengefährdung im Rahmen der Frage nach dem Tötungsvorsatz ein geringeres Gewicht zukam, sie andererseits aber Vorsatz hinsichtlich einer das Leben gefährdenden Behandlung (§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB) in Bezug auf die Beifahrerin hatten und dabei sogar tödliche Verletzungen dieser in Kauf genommen hätten.⁴²

Zuvor stellt der Bundesgerichtshof fest, die Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit erfordere „insbesondere bei Tötungs- oder Körperverletzungsdelikten eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände, wobei es vor allem bei der Würdigung des voluntativen Vorsatzelements regelmäßig erforderlich ist, dass sich der Tatrichter mit der Persönlichkeit des Täters auseinandersetzt und dessen psychische Verfassung bei der Tatbegehung, seine Motivation und die für das Tatgeschehen bedeutsamen Umstände – insbesondere die konkrete Angriffsweise – mit in Betracht zieht [...] Dabei ist die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung wesentlicher Indikator sowohl für das Wissens- als auch für das Willenselement des bedingten Vorsatzes. [...] Die Gefährlichkeit der Tathandlung und der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts sind jedoch keine allein maßgeblichen Kriterien für die Entscheidung, ob ein Angeklagter mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat; vielmehr kommt es auch bei in hohem Maße gefährlichen Handlungen auf die Umstände des Einzelfalles an. [...] Dabei hat der Tatrichter die im Einzelfall in Betracht kommenden, einen Vorsatz in Frage stellenden Umstände in seine Erwägungen einzubeziehen.“⁴³

Diese Ausführungen sind in der Sache nichts anderes als die verbliebenen Reste der Hemmschwellentheorie, einem Aspekt der Vorsatzbestimmung, der vielen Studierenden erfahrungsgemäß Probleme bereitet. Ursprünglich wurde die Hemmschwellentheorie teilweise dergestalt verstanden, dass das voluntative Element des Vorsatzes für eine Tötung eine

Hemmschwelle überwinden müsse, also auch objektiv gefährliche Aktionen einen Tötungsvorsatz nicht ohne Auseinandersetzung mit dieser erhöhten Hemmschwelle belegen.⁴⁴ Dies gipfelte in einer Entscheidung des Landgerichts Saarbrücken: Der Täter hatte im betrunkenen Zustand (maximal 1,58 ‰ BAK) seinem Opfer ein doppelklingiges Messer mit einer Klingenlänge von je elf Zentimetern derart heftig in den Rücken gerammt, dass es eine Rippe durchstieß und anschließend in die Lunge eindrang. Dabei hatte er gerufen: „Verreck‘ Du Hurensohn“.⁴⁵

Das Landgericht führte dazu aus: „Zwar sprechen nicht unerhebliche Gesichtspunkte für einen zumindest bedingten Tötungsvorsatz, nämlich insbesondere die erhebliche Wucht des von dem Ausspruch „Verreck‘, du Hurensohn“ begleiteten durchgeführten Messerstichs. Dagegen spricht indes die Tatsache, dass der Angeklagte lediglich einen Stich ausführte und darüber hinaus auch nicht unerheblich alkoholisiert gewesen war. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der Hemmschwellentheorie sieht die Kammer im Zweifel zugunsten des Angeklagten einen Tötungsvorsatz als nicht mit letzter Sicherheit erwiesen an.“⁴⁶

Diesem pauschalen Verweis auf die Hemmschwellentheorie ist der Bundesgerichtshof deutlich entgegengetreten, indem er klarstellte, dass sich die Hemmschwellentheorie auf die „prozessuale Selbstverständlichkeit“⁴⁷ beschränkt, gem. § 261 StPO alle Umstände des Einzelfalles zu würdigen.⁴⁸ Diese Beschneidung der Hemmschwellentheorie führt faktisch dazu, dass sie keinen über das Gesetz hinausgehenden Erklärungswert hat und somit vom Bundesgerichtshof zu Grabe getragen wurde,⁴⁹ wenngleich er formal immer noch daran festhält.⁵⁰

In der Klausurpraxis stellt sich hier für Studierende die Frage, ob die Hemmschwellentheorie noch thematisiert werden sollte oder nicht. Dies ist auch in der Ausbildungsliteratur umstritten. *Heghmanns* empfiehlt, gänzlich auf sie zu verzichten,⁵¹ *Jäger* hingegen empfiehlt eine Erwähnung unter Berücksichtigung der relativierenden Rechtsprechung.⁵² *Nicolai* sieht in ihr (nur) ein mögliches Indiz für die Argumentation.⁵³ *Vavra* und *Holznagel* gehen davon aus, dass der Terminus nicht weiterhelfe und man daher genauso gut auf

⁴⁰ Näher zu Rechtsfehlern beim Schluss von objektiven Umständen auf den subjektiven Tatbestand: *Wiedner*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 15.10.2018, § 337 Rn. 133 ff.

⁴¹ Vgl. dazu III. 6.

⁴² BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17, Rn. 25 (juris), über dies hinaus fragt man sich freilich, weshalb das Landgericht dann nicht auch einen versuchten Mord an der Beifahrerin angenommen hatte, das LG-Urteil schweigt dazu jedenfalls; vgl. dazu auch *Jäger*, JA 2017, 786 (788); *Preuß*, NVZ 2017, 303 (306).

⁴³ BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17, Rn. 19 (juris).

⁴⁴ Näher *Puppe*, JR 2012, 474 (477 ff.); *Streng*, in: Esser (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag am 21. August 2013, 2013, S. 47 (52 ff.).

⁴⁵ BGHSt 57, 183 (184 f.).

⁴⁶ LG Saarbrücken, Urt. v. 17.6.2011 – 1 Ks 3/11, Rn. 50 (juris).

⁴⁷ *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 1. Aufl. 2003, § 212 Rn. 48; ähnlich auch *Kett-Straub*, CHD 2013, 226 (229).

⁴⁸ BGHSt 57, 183 (191 f.).

⁴⁹ *Heghmanns*, ZJS 2012, 826 (829); *Leitmeier*, NJW 2012, 2850 (2851).

⁵⁰ Zuletzt BGH NStZ 2019, 208 m. Anm. *Beining* zur Hemmschwellentheorie; BGH NStZ-RR 2018, 371.

⁵¹ *Heghmanns*, ZJS 2012, 826 (829).

⁵² *Jäger* (Fn. 22), Rn. 82b.

⁵³ *Nicolai*, JA 2019, 31 (36).

ihn verzichten könne.⁵⁴ *Fahl* dagegen bezieht die Hemmschwellentheorie auf die Abgrenzung zwischen Tötungs- und Körperverletzungsvorsatz und erkennt ihr diesbezüglich eine Daseinsberechtigung zu,⁵⁵ die sich dann auch in der Klausur widerspiegeln muss. Die Korrekturerfahrung des *Verf.* zeigt: Man sollte die Hemmschwellentheorie zwar noch erwähnen, allerdings zugleich klarstellen, dass sich diese in einem Hinweis auf § 261 StPO erschöpft, und sogleich die erforderliche Gesamtschau der Umstände vornehmen. Geht man dergestalt voran, kann die entsprechend knappe Darstellung der Hemmschwellentheorie als solche vom Korrektor selbst dann nicht negativ bewertet werden, wenn er die Hemmschwellentheorie nicht erwartet, da auch der Bundesgerichtshof immer noch auf die Hemmschwellentheorie zurückgreift. Erwartet der Korrektor hingegen aus eben diesem Grund eine Darstellung der Hemmschwellentheorie, kann dies zu Punktabzügen führen.⁵⁶ Der wichtigste Aspekt in einer entsprechenden Klausur – und dahingehend besteht Einigkeit in der Ausbildungsliteratur⁵⁷ – ist jedoch eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt.⁵⁸

4. Mittäterschaft bei illegalen Autorennen

Der dritte Aufhebungsgrund war die Annahme einer Mittäterschaft. Das Landgericht hatte nur auf das gemeinsam vereinbarte Rennen abgestellt.⁵⁹ Der Bundesgerichtshof führt dazu aus: „Bezugspunkt des Tatentschlusses bzw. des Tatplans ist gemäß § 25 Abs. 2 StGB jedoch stets die Straftat. Ein mitäterschaftlich begangenes Tötungsdelikt setzt daher voraus, dass der gemeinsame Tatentschluss auf die Tötung eines Menschen durch arbeitsteiliges Zusammenwirken gerichtet ist. Für die Annahme eines mitäterschaftlich begangenen Tötungsdelikts reicht es deshalb nicht aus, dass sich die Täter lediglich zu einem gemeinsamen Unternehmen entschließen, durch das ein Mensch zu Tode kommt.“⁶⁰ Da das Landgericht keine Ausführungen zur Frage gemacht hatte, ob der mögliche Tod eines Menschen Teil des Tatplans gewesen war, musste der Bundesgerichtshof also auch hier einen Rechtsfehler feststellen.⁶¹ Dies zeigt, wie wichtig eine akkurate

Arbeitsweise bei der Mittäterschaft ist. Der gemeinsame Tatplan muss sich stets auf sämtliche Tatbestandsmerkmale der konkreten Straftat beziehen. Nur wenn diese Teil des gemeinsamen Tatplans sind, ist eine mitäterschaftliche Zurechnung der entsprechenden Tathandlungen möglich. Es ist insofern bedauerlich, dass dem gemeinsamen Tatplan in den gängigen Lehrbüchern ein relativ geringer Stellenwert zukommt, soweit es nicht um Exzesse oder Irrtümer geht.⁶²

5. Mordmerkmale bei illegalen Autorennen

a) Tatbegehung mit gemeingefährlichen Mitteln

Im für die amtliche Sammlung nicht vorgesehenen Abschnitt III. weist der Bundesgerichtshof für den neuen Tatrichter auf die Auslegung möglicher Mordmerkmale hin, denn das Landgericht hatte einerseits festgestellt, dass mögliche Gedanken an die Zerstörung der Täterautos im Adrenalinrausch ausgeblendet worden seien,⁶³ andererseits aber den Vorsatz zum Mordmerkmal der Begehung mit gemeingefährlichen Mitteln aufgrund der herumfliegenden Fahrzeugteile bejaht.⁶⁴ Diese beiden Gegensätze ließen sich, so der Bundesgerichtshof, nicht ohne Weiteres in Einklang bringen.⁶⁵

Eine Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln liegt vor, wenn der Täter eine für ihn nicht mehr beherrschbare Anzahl von Menschen an Leib und Leben gefährdet, weil er die Ausdehnung der Gefahr nicht mehr in der Hand hat.⁶⁶ Grundlage dieser „Qualifikation“⁶⁷ ist die besondere Rücksichtslosigkeit des Täters beim Durchsetzen seines Ziels auch mittels der Schaffung unberechenbarer Gefahren für andere. Dabei muss sich nach herrschender Meinung nicht unbedingt eine konkrete Gefährdung für weitere Personen, die sich tatsächlich im Einwirkungsbereich des Tatmittels aufhalten, bestehen.⁶⁸ Es genügt vielmehr die Gefährdungseignung in der konkreten Situation.⁶⁹ Eine genaue Mindestanzahl wird nur teilweise in

⁵⁴ *Vavra/Holznagel*, ZJS 2018, 559 (566).

⁵⁵ *Fahl*, JuS 2013, 499 (502).

⁵⁶ Dass solche Punktabzüge angesichts des Streits in der Ausbildungsliteratur beurteilungsfehlerfrei sind, erscheint zweifelhaft. Jedenfalls sollte der aufwendige und statistisch nicht sehr erfolgsversprechende Weg über die Remonstration im Vorfeld vermieden werden, wenn dies unproblematisch möglich ist.

⁵⁷ *Heghmanns*, ZJS 2012, 826 (830), *Jäger* (Fn. 22), Rn. 82b; *Nicolai*, JA 2019, 31 (36); *Vavra/Holznagel*, ZJS 2018, 559 (566).

⁵⁸ Hierfür gibt es verschiedene Klausurgestaltungen, in denen eine mehr oder weniger ausführliche Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt erwartet wird. Vgl. hierzu *Vavra/Holznagel*, ZJS 2018, 559 (566 f.).

⁵⁹ LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16), Rn. 195 ff. (juris).

⁶⁰ BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17, Rn. 27 (juris).

⁶¹ BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17, Rn. 28 (juris).

⁶² Vgl. aber zur Tatbestandsbezogenheit *Kühl* (Fn. 23), § 20 Rn. 29, 104.

⁶³ LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16), Rn. 245 (juris).

⁶⁴ LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16), Rn. 262 (juris).

⁶⁵ BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17, Rn. 32 (juris).

⁶⁶ BGHSt 38, 353 (354) m.e.N.

⁶⁷ So erstaunlicherweise mehrfach explizit der BGH, der in § 211 StGB eigentlich gerade keine Qualifikation zum Totschlag sieht, BGHSt 34, 13 (14); BGH NSTz 2006, 167 (168); BGH NSTz 2017, 471 (477). In letzterem Urteil – zum Berliner Raserfall – heißt es anschließend sogar ausdrücklich: „Die Mordqualifikation kann deshalb auch dann erfüllt sein, wenn ein Tötungsmittel eingesetzt wird, das seiner Natur nach, wie hier, nicht gemeingefährlich ist.“

⁶⁸ BGHSt 38, 353 (354 f.); *Eschelbach*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 27), § 211 Rn. 67; *Jähnke*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 11. Aufl. 2005, § 211 Rn. 57; weitere Nachweise bei *Puppe*, ZIS 2017, 439 (443).

⁶⁹ BGHSt 38, 353 (354), a.A. *Rengier*, NSTz 1982, 225 (227); *ders.*, JZ 1993, 364 (365).

der Literatur genannt, zwei Personen sind jedenfalls zu wenig.⁷⁰

Entsprechend der herrschenden Meinung sind die herumfliegenden Fahrzeugteile hiervon erfasst, da verschiedene Personen – das LG Berlin nennt neben dem Unfallopfer noch sieben weitere gefährdete Personen⁷¹ – zum Teil lebensgefährlich verletzt werden hätten können.⁷² Es ist hingegen eine Frage der Einzelfallbetrachtung, ob dahingehend auch Vorsatz gem. § 15 StGB vorliegt. Wenn Tötungsvorsatz vorliegt, erscheint es naheliegend, dass der Täter herumfliegende Autoteile, die möglicherweise vorhandene Passanten treffen könnten, billigend in Kauf genommen hat. Denn es liegt gerade im typischen Ablauf eines Hochgeschwindigkeitsunfalls, dass Autoteile herumfliegen. Auch können mehrere Fahrzeuge hintereinander in den Unfallbereich einfahren und das Fahrzeug des Unfallgegners vollbesetzt sein.⁷³ Dem kann man jedoch mit dem „Tunnelblick“ eines Rasers, der auch schon gegen die Annahme des Tötungsvorsatzes spricht, entgegenreten. Nur weil der Raser einen Autounfall für möglich hält, muss er nicht auch alle Unfallfolgen in seinen Vorsatz aufgenommen haben. Hier muss in einer Klausur der Sachverhalt vollumfänglich ausgewertet und aufgearbeitet werden. Gelingt dies, wird das gefundene Ergebnis regelmäßig vertretbar sein. Die Ausführung des LG Berlin sind an dieser Stelle für die Frage nach dem objektiven Vorliegen eines gemeingefährlichen Mittels als Lesebeispiel gut geeignet.⁷⁴

b) Heimtücke

Auch weist der Bundesgerichtshof auf das vom Landgericht nicht thematisierte Merkmal der Heimtücke hin, wobei hier besonderes Augenmerk auf das Ausnutzungsbewusstsein zu legen sei.⁷⁵ Dabei ist Heimtücke das (bewusste) Ausnutzen der Arg- und hierauf beruhenden Wehrlosigkeit des Opfers.⁷⁶

Arglos ist derjenige, der sich im Zeitpunkt der ersten mit Tötungsvorsatz geführten Handlung keines Angriffs seitens des Täters auf sich versieht.⁷⁷ Wehrlos ist, wer aufgrund der Arglosigkeit keine oder nur eingeschränkte Verteidigungsmöglichkeiten besitzt.⁷⁸ Regelmäßig wird sich zumindest das sich verkehrsregelkonform verhaltende Opfer keines Angriffs auf sich selbst versehen,⁷⁹ ist also arglos. Gerade aufgrund dieses Vertrauens wird das Opfer auch in die Unfallkreuzung einfahren, weshalb es auch aufgrund der Arglosigkeit wehrlos ist. Da dem Raser auch kein altruistisches Motiv zugesprochen werden kann, führt auch die restriktive Auslegung über die Einschränkung auf Handeln in feindlicher Willensrichtung nicht zu einem Ausschluss der Heimtücke.

Allerdings sind auch bei den tatbezogenen Mordmerkmalen subjektive Aspekte zu berücksichtigen. Das Vorsatzerfordernis aus § 15 StGB gilt auch für die Mordmerkmale und ist in einer Klausur zu thematisieren. Darüber hinaus fordert die h.M. bei der Heimtücke eben jenes vom Bundesgerichtshof im konkreten Fall herausgehobene Ausnutzungsbewusstsein, das auch erfahrungsgemäß in vielen Klausuren nicht thematisiert wird. Dieses erfordert weder, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers selbst verursacht oder verstärkt,⁸⁰ noch, dass er die Arg- und Wehrlosigkeit zur ursächlichen Bedingung seines eigenen Handelns macht.⁸¹ Vielmehr genügt deren Wahrnehmung,⁸² eine Instrumentalisierung ist nicht erforderlich.⁸³ Hier muss in einer Klausur Sachverhaltsarbeit geleistet werden. Anhand der geschilderten Umstände muss darauf geschlossen werden, ob der Raser sich der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst war oder nicht.

Bejaht man den Tötungsvorsatz, unterstellt man also dem Raser, dass er andere Verkehrsteilnehmer im Bewusstsein hat, erscheint es konsequent, auch das Ausnutzungsbewusstsein zu bejahen. Denn wenn der Raser kognitiv wahrnimmt, dass andere Verkehrsteilnehmer bei einem drohenden Unfall nicht mehr ausweichen und deshalb sterben können, ist er sich regelmäßig auch dessen bewusst ist, dass der andere Verkehrsteilnehmer auf verkehrsgerechtes Fahren der anderen Verkehrsteilnehmer vertraut und nur deshalb in die Kreuzung einfährt. Daher ist es regelmäßig vorzugswürdig, das

⁷⁰ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 20. Aufl. 2019, § 4 Rn. 47b m.e.N.

⁷¹ LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16), Rn. 259 (juris).

⁷² LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16), Rn. 259 ff. m.e.N. (juris), Grünwald, JZ 2017, 1069 (1072); Walter, Zeit online v. 18.2.2017, abrufbar unter <https://www.zeit.de/gesellschaft/2017-02/illegal-autorennen-raser-gesetz-mord/komplettansicht> (1.5.2019), gegen diese h.M. und zugunsten einer restriktiveren Auslegung Puppe, ZIS 2017, 439 (442 f.).

⁷³ Diese Erwägungen finden sich auch beim LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16), Rn. 260, 262 (juris).

⁷⁴ LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16), Rn. 259 ff. (juris).

⁷⁵ BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17, Rn. 33 (juris).

⁷⁶ So die h.M. basierend auf der st. Rspr., z.B. BGHSt 2, 251 (254), BGH NSTz 2018, 654 (655), im Anschluss hieran u.a. Fischer, Strafrecht, Besonderer Teil, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 211 Rn. 34; Jähnke (Fn. 68), § 211 Rn. 40; Rengier (Fn. 70), § 4 Rn. 23, weitere Nachweise bei Schnei-

der, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrecht, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 211 Rn. 149.

⁷⁷ Joecks/Jäger, Studienkommentar, StGB, 12. Aufl. 2018, § 211 Rn. 32.

⁷⁸ BGHSt 20, 301 (302).

⁷⁹ Wer die Verkehrsregeln einhält, darf sich nach dem Vertrauensgrundsatz grundsätzlich darauf verlassen, dass die anderen Verkehrsteilnehmer dies ebenfalls tun, näher dazu Duttge, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 15 Rn. 141 ff.

⁸⁰ BGHSt 8, 216 (219).

⁸¹ BGH NSTz 1989, 365 (366).

⁸² BGHSt 2, 60 (61).

⁸³ So mittlerweile explizit BGH NSTz 2009, 569 (570); BGH NSTz 2013, 470 (471) unter Berufung auf BGH Urt. v. 20.4.1989 – 4 StR 87/89, anders BGH NSTz 2006, 167 (169) für einen Amokfahrer.

Ausnutzungsbewusstsein zu bejahen, wenn man den Tötungsvorsatz auch bejaht.

c) Sonstige niedrige Beweggründe

Darüber hinaus hatte das Landgericht auch sonstige niedrige Beweggründe geprüft und verneint, da sie nicht mit Sicherheit feststellbar seien, zumal sich Täter und Opfer nicht kennen.⁸⁴ Der Bundesgerichtshof hat hierzu keine Stellung bezogen, auch nicht als Hinweis an den neuen Tatrichter. Die Frage, ob bei Autorasern typischerweise niedrige Beweggründe vorliegen, ist in der Literatur umstritten.⁸⁵ In einer Klausur muss deshalb unbedingt Stellung zu den niedrigen Beweggründen genommen werden, zumal sich diese förmlich aufdrängen, wenn man die Formel der ungehemmten Eigensucht⁸⁶ berücksichtigt.

Vorzugswürdig ist es regelmäßig, niedrige Beweggründe zu bejahen. Das zentrale Motiv eines Rasers liegt im Adrenalinrausch, teilweise auch im Geltungsdrang innerhalb der Raserszene und im Ehrgeiz zu gewinnen. Gerade die letzten beiden Motive weisen eine Nähe zum Mordmerkmal der Habgier auf: Hätte es eine Siebprämie in Geld gegeben, auf deren Erlangung es dem Raser bei seiner Fahrt angekommen wäre, wäre ein Habgiermord wohl schwerlich zu verneinen gewesen. Die „immaterielle Siebprämie“ in Form der Anerkennung ist als handlungsleitendes Motiv für eine Tötung nicht nachvollziehbarer und führt zu keinem weniger krassen Missverhältnis zwischen Anlass und Tötungshandlung als es beim typisierten niedrigen Beweggrund der Habgier der Fall wäre.⁸⁷ Soweit ein Adrenalinrausch handlungsleitend wird, kann man hierin eine gewisse Nähe zur Mordlust erkennen: Zwar wird nicht die Tötung als solche aus purer Freude angestrebt,⁸⁸ wohl aber die für den Täter und Unbeteiligte den hohen Geschwindigkeiten unmittelbar anhaftende Lebensgefahr. Hierin zeigt sich eine ähnlich geringe Wertschätzung des menschlichen Lebens wie bei der Mordlust. Diesem Argument kann man freilich jedoch entgegensetzen, dass Mordlust direkten Tötungsvorsatz voraussetzt,⁸⁹ während im vorliegenden Fall der Tötungsvorsatz und insbesondere dessen voluntativer Aspekt überhaupt fragwürdig ist. Auch kann man das Anstreben des Tötungserfolgs nicht gleichsetzen mit demjenigen einer Lebensgefährdung.

In der Gesamtschau erscheint es dennoch vorzugswürdig, sonstige niedrige Beweggründe regelmäßig zu bejahen, so man den Tötungsvorsatz bejaht. Denn das Anstreben eines Adrenalinrausches und eines guten Rufs in der Raserszene

auf Kosten des Lebens eines anderen Menschen zeugt von ungehemmter Eigensucht und von rücksichtslosem Egoismus, da der Raser keinen Respekt vor dem Leben anderer hat, wenn er dieses leichtfertig aufs Spiel setzt, um sich selbst besser zu fühlen oder in seinem sozialen Umfeld als besonders wagemutig wahrgenommen zu werden.

6. Rolle und Überprüfungsmaßstab des Revisionsgerichts

Abschließend mag sich jemand, der noch keine Vorlesung zum Strafprozessrecht besucht hat, fragen, warum der Bundesgerichtshof nicht selbst entschieden hat, ob Vorsatz vorlag oder nicht. Immerhin gibt das Urteil des Landgerichts doch eine sehr ausführliche Schilderung des Sachverhalts an die Hand. Die Antwort hierauf liegt in der Rolle des Bundesgerichtshofs als Revisionsgericht begründet. Seine Aufgabe ist es, das vorinstanzliche Urteil auf Rechtsfehler zu überprüfen. Dies ergibt sich aus § 337 StPO, der statuiert, dass eine Revision nur auf eine Verletzung des Gesetzes gestützt werden kann. Der Bundesgerichtshof ist daher (grundsätzlich)⁹⁰ eine reine Rechtsinstanz. Über Tatsachenfragen kann er nur insoweit entscheiden, als das vorinstanzliche Gericht gegen Gesetze verstoßen hat. Gesetze sind hierbei Rechtsnormen im Sinne von § 7 EGStPO. Hier muss sich das Urteil lediglich an § 261 StPO messen, wobei eine widersprüchliche Beweiswürdigung, insbesondere eine Verletzung von Natur- oder Denkgesetzen, eine Verletzung dieser Norm darstellt, sodass die Beweiswürdigung des Gerichts nur beschränkt überprüft werden kann.⁹¹ Eine eigene Beweiswürdigung ist dem Bundesgerichtshof damit verwehrt. Daher entscheidet der Bundesgerichtshof auch nicht, ob eine Tat vorsätzlich erfolgt sei oder nicht, sondern billigt oder verwirft lediglich die Ausführungen des jeweiligen Tatgerichts.⁹²

Hinzu kommt, dass dem Bundesgerichtshof auch keine eigene Strafzumessung erlaubt ist. Ausnahmen bestehen gem. § 354 Abs. 1, Abs. 1a StPO nur dort, wo kein Strafzumessungsermessen besteht (Freispruch, Einstellung, absolute bzw. Mindeststrafe, Absehen von Strafe), wenn das Instanzgericht seinen Ermessensspielraum nach oben überschritten hat⁹³ oder wenn die Rechtsfolge trotz eines Fehlers angemessen ist.⁹⁴

Nimmt man diese beiden Grundsätze zusammen, erkennt man, dass der Bundesgerichtshof hier nicht selbst „durchentscheiden“ konnte. Zwar hat der Mord einen absoluten Strafrahmen, allerdings hat das Landgericht den Tötungsvorsatz nicht tragfähig begründet.⁹⁵ Da dem Bundesgerichtshof eine eigene Beweiserhebung und -würdigung versagt ist, konnte er auch nicht feststellen, ob die Angeklagten mit Tötungsvorsatz oder nur fahrlässig handelten. Er musste daher gem. § 354 Abs. 2 S. 1 StPO an eine andere Kammer des Landgerichts

⁸⁴ LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – (535 Ks) 251 Js 52/16 (8/16), Rn. 263 f. (juris).

⁸⁵ Dafür *Hoven/Kubiciel*, NStZ 2017, 439 (443 f.), wohl auch *Puppe*, ZIS 2017, 439 (443); Dagegen *Preuß*, NVZ 2017, 105 (106); *dies.*, NVZ 2017, 303 (306).

⁸⁶ BGH NStZ 1984, 261; BGH NStZ 2009, 210; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 211 Rn. 5a; *Schneider* (Fn. 76), § 211 Rn. 73 m.w.N.

⁸⁷ Zu den abstrakten Vorgaben für die niedrigen Beweggründe *Eschelbach* (Fn. 68), § 211 Rn. 29 ff.

⁸⁸ *Eschelbach* (Fn. 68), § 211 Rn. 16.

⁸⁹ *Eschelbach* (Fn. 68), § 211 Rn. 16.

⁹⁰ Ausnahme: Ermittlungsrichter beim Bundesgerichtshof.

⁹¹ Vgl. dazu BGH BeckRS 2014, 17478; BGH BeckRS 2017, 104320.

⁹² *Stam*, NStZ 2018, 206 (209).

⁹³ Dann Herabsetzung in angemessener Weise.

⁹⁴ Näher dazu *Kett-Straub/Kudlich*, Sanktionenrecht, 2017, § 11 Rn. 7 ff.

⁹⁵ Vgl. III. 1. und 2.

Berlins verweisen.⁹⁶ Diese Grundlagen des Rechtsmittelrechts sollten gerade in mündlichen Prüfungen bekannt sein.

IV. Blick in Gegenwart und Zukunft: § 315d StGB

Der Gesetzgeber hat reagiert und mit § 315d StGB die Gesetzeslücke bei illegalen Autorennen geschlossen. Diesen hat er als ein abstraktes Gefährdungsdelikt (Abs. 1) mit einem konkreten Gefährdungsdelikt (Abs. 2, 4) als Qualifikation und einem Erfolgsdelikt (Abs. 5) als Erfolgsqualifikation ausgestaltet.⁹⁷ Diese Norm eignet sich gut für Prüfungen, gerade in Kombination mit dem Allgemeinen Teil des StGB.⁹⁸

1. Grunddelikt

Das Grunddelikt stellt sowohl das Ausrichten bzw. Durchführen (§ 315d Abs. 1 Nr. 1 StGB) als auch die Teilnahme an einem nicht erlaubten Kfz-Rennen (§ 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB) sowie das sogenannte Einzelrennen (§ 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB) unter Strafe. All dies muss im Straßenverkehr geschehen, wobei damit wohl bei systematischer Auslegung wie in den anderen §§ 315 ff. StGB der öffentliche Straßenverkehr gemeint sein dürfte.⁹⁹

Unter einem Rennen versteht der Gesetzgeber Veranstaltungen oder Wettbewerbe zwischen mindestens zwei Teilnehmern mit dem Ziel einer möglichst hohen Höchst- oder Durchschnittsgeschwindigkeit, wobei weder die Art des Starts noch die Länge der Strecke eine Rolle spielen.¹⁰⁰ Problematisiert wird an dieser Stelle die Frage, ob ein solches Rennen dann noch vorliegt, wenn sichergestellt wird, dass im Einzelfall absolut keine Gefahr vorliegen kann, beispielsweise bei einem Rennen von wenigen Metern nachts auf einer leeren Straße ohne Kreuzungen oder sonstigen Möglichkeiten, dass Unbeteiligte hinzu oder zu Schaden kommen.¹⁰¹ In Betracht kommt hier eine teleologische Reduktion,

ähnlich wie sie bei den Brandstiftungsdelikten diskutiert wird.¹⁰² Ebenso wird eine teleologische Reduktion für solche Fälle vorgeschlagen, in denen die Rennteilnehmer sämtliche Verkehrsregeln beachten.¹⁰³ Dies erscheint jedoch zweifelhaft angesichts der Aussage des Gesetzgebers, die Einhaltung der Verkehrsregeln widerspreche dem Renncharakter nicht.¹⁰⁴

2. Qualifikationen

Die Qualifikationen bilden zusammen mit dem Grunddelikt eine Treppe, die an zunehmend schweren Auswirkungen härtere Rechtsfolgen knüpft.¹⁰⁵ Dabei stellt Absatz 2 eine konkrete Gefährdung wie einen Beinahe-Unfall unter schwerere Strafe. Die Vorschrift entspricht dabei der des § 315c StGB.¹⁰⁶ Da es sich um eine Qualifikation und keine Erfolgsqualifikation handelt, ist gem. § 15 StGB Vorsatz auch bezüglich der Gefährdung erforderlich. Für die fahrlässige Verursachung bietet § 315d IV StGB eine § 315c Abs. 3 Nr. 1 StGB entsprechende Norm, wobei die Höchststrafe wegen der höheren abstrakten Gefährlichkeit und der unmöglichen fahrlässigen Handlung bei drei statt zwei Jahren liegt.¹⁰⁷

§ 315d Abs. 5 StGB stellt hingegen eine Erfolgsqualifikation entsprechend dem § 315 Abs. 3 StGB dar. Dies hat zur Folge, dass gem. § 18 StGB bloße Fahrlässigkeit hinsichtlich der schweren Folge genügt. Als schwere Folgen sind der Tod, die schwere Gesundheitsschädigung eines Menschen oder die Gesundheitsschädigung einer großen Zahl an Menschen¹⁰⁸ benannt. Problematisch ist hierbei, ob Renngegner, Beifahrer oder andere Personen aus dem Umfeld der Rennsituation tauglicher Opfer sein können. Beim Renngegner wird man jedenfalls im Rahmen des vorhersehbaren Renngeschehens wohl eine eigenverantwortliche Selbst- bzw. Fremdgefährdung sehen. Anderes gilt wohl mangels eigener Gefährherrschaft für Beifahrer oder andere Beteiligte, wobei hier eine Einwilligung in Betracht kommt.¹⁰⁹

Unklar bleibt jedoch, warum sich der Gesetzgeber für eine Maximalstrafe von zehn Jahren entscheiden hat, während z.B. §§ 221 Abs. 3, 227, 312 StGB und selbst § 97 Abs. 1 AufenthG (Einschleusen mit Todesfolge) eine Maximalstrafe von 15 Jahren vorsehen. Freilich gibt es hier unterschiedliche Voraussetzungen (Grunddelikt schon ein konkretes Gefährdungs- oder Erfolgsdelikt, weitreichendere Gefährdung, Ausgeliefertsein des Opfers), allerdings wird die Diskrepanz bei der Brandstiftung mit Todesfolge deutlich: Während § 306c StGB, der leichtfertiges Handeln voraussetzt, eine Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren vorsieht, liegt bei § 315d Abs. 5 StGB, der im Falle einer Todesfolge oftmals ebenfalls

⁹⁶ Alternativ hätte er grundsätzlich auch an ein anderes Landgericht desselben Landes verweisen können, allerdings hat Berlin nur ein Landgericht und von dieser Möglichkeit wird ohnehin nur spärlich Gebrauch gemacht. Das neue, abermals mittäterschaftlichen Mord bejahende Urteil fällt die dritte mit dem Fall beschäftigte Strafkammer, da die drei Berufsrichter der neuen Kammer Ende August erfolgreich wegen der Besorgnis der Befähigung abgelehnt worden war, nachdem sie sich im Haftfortdauerbeschluss zu stark am aufgehobenen erstinstanzlichen Urteil orientiert hatten, LG Berlin, Beschl. v. 27.8.2018 – (540 Ks) 251 Js 52/16 (4/18), im Volltext abrufbar unter

https://www.burhoff.de/asp_weitere_beschluesse/inhalte/4656.htm (1.5.2019).

⁹⁷ Kulhanek, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 27), § 315d Rn. 2.

⁹⁸ Diese Einzelprobleme hier weiter zu vertiefen, würde den Rahmen sprengen. Es sei diesbezüglich auf die ausführliche Darstellung von Gerhold/Meglalu, ZJS 2018, 321 ff. verwiesen.

⁹⁹ Kulhanek (Fn. 97), § 315d Rn. 10.

¹⁰⁰ BT-Drs. 18/12964, S. 5; einschränkend Blanke-Roeser, JuS 2018, 18 (22).

¹⁰¹ Zieschang, JA 2016, 721 (726).

¹⁰² Vgl. BGHSt 26, 121 (124 f).

¹⁰³ Kulhanek (Fn. 97), § 315d Rn. 14 m.w.N.

¹⁰⁴ BT-Drs. 18/12964, S. 5.

¹⁰⁵ Zum Prüfungsaufbau Joecks/Jäger (Fn. 77), § 315d Rn. 3.

¹⁰⁶ BT-Drs. 18/12964, S. 6.

¹⁰⁷ BT-Drs. 18/12964, S. 6 f.

¹⁰⁸ Wohl erst ab 20, Kulhanek (Fn. 97), § 315d Rn. 58; Für § 306b StGB: Fischer (Fn. 76), § 306b Rn. 5 m.w.N.

¹⁰⁹ So auch Kulhanek (Fn. 97), § 315d Rn. 60.1 ff., aber ohne die Einschränkung auf vorhersehbare Verläufe.

leichtfertig verwirklicht wird,¹¹⁰ die Maximalstrafe bei eben jenen zehn Jahren. Hier wäre es wünschenswert gewesen, den Strafraum ähnlich zu § 227 StGB nach oben offen zu gestalten, wobei die Mindeststrafe von einem Jahr angesichts der auch einfach fahrlässigen Begehungsweise angemessen erscheint.

V. Mögliche Klausurvarianten

Die hier aufgezeigten Probleme bieten klausurrelevanten Stoff. Solche illegalen Autorennen eignen sich, um die Grundlagen des bedingten Vorsatzes, der Mittäterschaft und der Mordmerkmale ebenso abzuprüfen wie den Umgang mit neuen Normen und damit verbunden die Auslegungsmethodik. Mit wenigen Modifikationen kann man auch noch weitere interessante Aspekte in die Klausur einbringen: So kann man einen Teilnehmer (z.B. einen Anstifter, der das Wettrennen vorschlägt) einbauen, sodass die Teilnahme an Erfolgsqualifikationen verlangt werden kann.¹¹¹ Oder man lässt einen Fahrer das Rennen vorzeitig abbrechen, bevor es zum Erfolgseintritt kommt. Auch die Problematik der Risikoerhöhung¹¹² kann ohne Weiteres abgeprüft werden, indem explizit ungeklärt bleibt, ob der Todeserfolg bei verkehrsregelgerechter Fahrt ohne Wettrennen nicht auch eingetreten wäre, beispielsweise weil das Opfer dunkle Kleidung trug und unerwartet auf die Straße trat.

VI. Fazit

Die Raserfälle bieten also vielerlei Möglichkeiten und sollten deshalb von Studierenden aller Semester beherrscht werden. Der Bundesgerichtshof hat mit seinem Urteil zum Berliner Fall einige Grundlagen des Strafrechts lehrbuchartig wiedergegeben, weshalb sich dieses Urteil als Lektüre für Studierende gut eignet. Auch § 315d StGB bietet interessante Problemfelder. Eine Auseinandersetzung mit all diesen Aspekten ist aufgrund ihrer Klausurträchtigkeit also zu empfehlen.

¹¹⁰ Vgl. zur Leichtfertigkeit in diesem Zusammenhang *Rostalski*, GA 2017, 585, 595 ff.

¹¹¹ Näher dazu *Kudlich*, JA 2000, 511 ff.

¹¹² Näher dazu *Rengier* (Fn. 34), § 52 Rn. 31 ff.

Fortgeschrittenenklausur: (K)ein Recht auf Party kraft Verfassung?*

Von Wiss. Mitarbeiter **Marco Meyer**, Hamburg**

Der vorliegende Fall greift Problemklassiker des öffentlichen Rechts auf, die von Examenkandidatinnen und -kandidaten beherrscht werden sollten. Eingekleidet in einen Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutz, sind Fragen des Zugangs zu öffentlichen Einrichtungen zu thematisieren. In Betracht kommen hier insb. Ansprüche aus Grundrechten und einer Selbstbindung der Verwaltung. Eine besondere Herausforderung der an die Entscheidung des OVG Hamburg vom 10.1.2018 (OVG Hamburg, Beschl. v. 10.1.2018 – 5 Bs 281/17) angelehnten Klausur ist es, einen schlüssigen Aufbau der eigenen Ausführungen zu präsentieren.

Sachverhalt

A ist Veranstalter der seit 1975 jährlich in den Räumen (in Foyer und Nebenräumen) der Hochschule H (einer staatlichen Hochschule im Geltungsbereich des HmbHG¹) stattfindenden, mehrtägigen Party „TäTeRä“. Zu diesem Zweck schloss die H mit A in der Vergangenheit regelmäßig Mietverträge, zuletzt im Jahr 2015 für die Zeiträume 15.2.2016 bis 23.2.2016 und 20.2.2017 bis 28.2.2017. Der Mietvertrag enthält die Klausel: „Seitens der H besteht keine Option auf weitere Veranstaltungen über das Jahr 2017 hinaus.“ Im September 2017 teilt die H dem A unter Verweis auf ein Gespräch im Mai 2017 schriftlich mit, dass die Flächen der H nicht mehr für die „TäTeRä“ zur Verfügung gestellt würden.

Am 8.11.2017 stellt der A dennoch einen Antrag auf Anmietung von Räumen der H zur Durchführung der „TäTeRä“ für Ende Februar 2018. Der Präsident der H teilt dem A daraufhin am 9.11.2017 unter Verweis auf das vorgenannte Schreiben mit, dass die Räumlichkeiten nicht mehr für die „TäTeRä“ zur Verfügung stehen. Zur Begründung führt er an: In Hamburg bestünden zahlreiche Möglichkeiten für Veranstaltungen in dem von A geplanten Umfang. Der Mietvertrag von 2015 sei zu Planungszwecken für den A für einen Zeitraum von zwei Jahren abgeschlossen worden, damit er zwischenzeitlich einen neuen Standort suchen könne. Schon damals habe die H auf die Probleme der Vermietung für die „TäTeRä“ hingewiesen: Die Nutzung der überlassenen Räume sei nach der Veranstaltung durch Geruch und Beschädigungen jeweils für eineinhalb Wochen eingeschränkt. Es sei daher bereits in den Vertragsverhandlungen 2015 für A erkennbar gewesen, dass seine Veranstaltung über das Jahr 2017 hinaus nicht mehr am bisherigen Standort durchgeführt

werden soll. Zudem sei es in der Folge der „TäTeRä“ 2016 wegen eines Personenschadens zu Schadensersatzforderungen gekommen, für die H zunächst eine Zahlung in Höhe von 10.000 € habe leisten müssen; der Betrag ist später von A beglichen worden. Der Präsident beruft sich (unter Verweis auf die Übergabeprotokolle der Jahre 2011 bis 2017) zur weiteren Begründung der Ablehnung auf diverse Sachschäden am Gebäude, u.a. am Parkett, an Wänden, Böden und Glasscheiben. Aufgrund stark angestiegener Studierendenzahlen seit erstmaliger Durchführung der „TäTeRä“ (1974: 900, 2017: 3.828), bestehe zudem ein vorrangiger Bedarf der H, die Räume zu akademischen Zwecken zu nutzen. Im Falle der Vermietung wären im Foyer befindliche „Lerninseln“ für insgesamt eineinhalb Wochen nicht für die Studierenden nutzbar, was letztlich ca. 30 % der vorlesungsfreien Zeit ausmache. Er meint, gemäß den Bestimmungen über die Vergabe und Nutzung von Räumlichkeiten und Einrichtungen der H (VB-H) habe der Antrag zurückgewiesen werden dürfen. Die Entscheidung entspreche dem Bildungsauftrag der H. Die Bedeutung der „TäTeRä“ sei insgesamt gering und habe zudem zum Teil fragwürdige Inhalte: So habe die Lokalpresse über eine vergangene „TäTeRä“ mit oberkörperfreien Fotos von Frauen berichtet, zudem bewirbt A die Veranstaltung mit einer „berühmt-berüchtigten Fummelwiese“ und der Durchführung der „Kür der Miss Bikini und Mr. Badehose 2018“. Jedenfalls nach der öffentlichen Darstellung sei die H teilweise nicht erkennbar vom veranstaltenden A zu unterscheiden.

Am 24.11.2017 widerspricht A der Entscheidung schriftlich und trägt vor:

Die von ihm begehrten Räume der H seien im Großraum Hamburg die einzig geeigneten für die beabsichtigte Veranstaltung. Es sei geplant, mehrere DJs parallel Musik spielen zu lassen, sodass Räumlichkeiten mit mehreren Etagen notwendig seien. Alternative Veranstaltungsorte seien aufgrund ihrer Architektur und Kapazität nicht geeignet. Entgegen der Einschätzung der H stellten ihr Foyer samt Nebenräumen für die Veranstaltung „TäTeRä“ die einzig geeigneten Räumlichkeiten im Großraum Hamburg dar; insofern habe die H eine Monopolstellung inne. Dies ergebe sich aus der einmaligen Architektur, der Größe und dem verschachtelten Aufbau von Halle und Hörsälen, die u.a. als zentrales Getränkelerager genutzt würden. Zudem sei andernorts wegen konkurrierender Gastronomie As betriebswirtschaftliches Konzept nicht umsetzbar. Die „TäTeRä“ sei zudem weitreichend bekannt, habe große Bedeutung für den Stadtteil und finde seit Jahrzehnten immer an der H statt. Da der Termin in die vorlesungsfreie Zeit fiel, sei der Ausfall der „Lerninseln“ für die Studierenden der H verkraftbar. Die „TäTeRä“ sei in der Vergangenheit stets ohne Schwierigkeiten verlaufen, es habe nie größere Probleme gegeben. Das Parkett im Foyer befinde sich auch ohne Zutun des A in desolatem Zustand. Es sei in der Vergangenheit nur zu unerheblichen Sachschäden und lediglich einmal 2016 zu einem Personenschaden gekommen. Etwaige Zahlungen für Sachschäden seien stets unverzüglich beglichen worden. A sei im Sommer 2015 bei Abschluss des

* Der vorliegende Fall basiert auf einer Entscheidung des OVG Hamburg aus dem Jahr 2018, OVG Hamburg, Beschl. v. 10.1.2018 – 5 Bs 281/17.

** Marco Meyer ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Internationales Recht, Europarecht und Öffentliches Recht der Bucerius Law School in Hamburg. Für hilfreiche Kritik und wertvolle Anmerkungen dankt der Autor den Herren Prof. Dr. Mehrdad Payandeh und Dr. Volker Steffahn.

¹ Soweit im Folgenden auf das HmbHG Bezug genommen wird, wird an geeigneten Stellen auf vergleichbare Regelungen anderer Bundesländer verwiesen.

letzten Mietvertrages davon ausgegangen, dass im Jahr 2017 für die „TäTeRä“ 2018 neue Verhandlungen erfolgen würden. Hierauf habe er fest vertraut. Es sei zudem gängige Praxis der H, die betreffenden Räume für Veranstaltungen, insbesondere Flohmärkte mit zahlreichen Besuchern und Studierendenpartys, zu vermieten. Sie habe sich durch diese Praxis und die VB-H selbst gebunden. Die von der H vorgebrachten Gründe seien vorgeschoben, insbesondere seien die Sachschäden bisher nicht als Ausschlussgründe für eine Vermietung angesehen worden. Im Übrigen diene die „TäTeRä“ auch der Kultur- und Brauchtumpflege, der Karneval liege Ende Februar gerade erst zurück, und die meisten der Gäste kämen in Verkleidung. U.a. die Teilattraktionen „Fummelwiese“ sowie die o.g. „Misswahl“ täten ihr Übriges für ein kulturell-künstlerisches Gesamtgepräge. Schon wegen des verfassungsrechtlichen Schutzes der Kunstfreiheit seien A die Räumlichkeiten zu vermieten.

Die H hielt mit Schreiben vom 5.12.2017 an ihrer Entscheidung fest und ergänzte, die bei der „TäTeRä“ aufgetretenen Sachschäden hätten in einigen Jahren die Höhe der Kaution von 5.000 € überschritten. Diese regelmäßig auftretenden Schäden seien auch nicht bloß marginal, zumal sie von H beseitigt werden müssten. Bei den nur viermal jährlich sonntags stattfindenden Flohmärkten seien dagegen seit 2003 keine Sach- oder Personenschäden aufgetreten. Auch die Abnutzung und die Verunreinigungen, die die „TäTeRä“ regelmäßig in Form einer schmierigen Masse aus verschiedensten Flüssigkeiten und Schmutz auf dem Fußboden hinterlasse, seien nicht mit den Auswirkungen der Flohmärkte vergleichbar. Ähnliches gelte für die – bloß abendfüllenden – Studierendenpartys. Dass es A nicht um Brauchtumpflege gehe, belege schon A's Bewerbung der „TäTeRä“ mit dem Slogan: „Ist das jetzt Fasching? Karneval? Schlagermove? Oder doch eher Oktoberfest, denn einen Bayrischen Biergarten gibt es ja auch?“ Zudem stünden dem A im Großraum Hamburg weitere Orte zur Verfügung, an denen eine Veranstaltung von der Größe der „TäTeRä“ ausgerichtet werden könne.

A beantragt daraufhin form- und fristgerecht beim Verwaltungsgericht Hamburg, die H „umgehend“ zum Abschluss eines Mietvertrags mit ihm zu „verurteilen“, damit seine Veranstaltung noch zum nahenden Termin im Februar 2018 stattfinden könne.

Aufgabe

Hat A mit seinem Vorgehen vor dem Verwaltungsgericht Erfolg? Nehmen Sie im Rahmen eines Gutachtens zu allen aufgeworfenen Rechtsfragen Stellung.

Bearbeitungsvermerk

Es ist davon auszugehen, dass dem A alle für die Durchführung der Party evtl. erforderlichen Genehmigungen erteilt wurden.

Anlage

Die folgenden vom Kanzler der H erstellten Bestimmungen über die Vergabe und Nutzung von Räumlichkeiten und Einrichtungen der H (Vergabebestimmungen – VB-H) wurden

im Jahr 2005 der Hochschulverwaltung und den Fakultätsverwaltungen als „Allgemeine Handlungsanweisung“ mitgeteilt. Sie stehen auch auf der Homepage der H, neben einem Mustermietvertrag und weiteren Merkblättern, zum Download zur Verfügung:

Bestimmungen über die Vergabe und Nutzung von Räumlichkeiten und Einrichtungen der H (Vergabebestimmungen – VB-H)

§ 1 Grundsatz

Die Räumlichkeiten und Einrichtungen der H, im Folgenden als „Räume“ bezeichnet, dienen zur Erfüllung der in § 3 HmbHG genannten Aufgaben der H. Darüber hinaus können die Räume Dritten zur Verfügung gestellt werden. Das Verfahren der Raumvergabe regeln die folgenden Bestimmungen.

§ 2 Vergabe für Zwecke der H und ihrer Mitglieder

(1) Die Räume sind den Mitgliedern der H insbesondere zur Durchführung von Lehr- und Forschungsaufgaben und Weiterbildung sowie den akademischen Selbstverwaltungsorganen zur Verfügung zu stellen.

(2) Die Räume können den Organen der Studierendenschaft zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben und zur Durchführung ihrer satzungsgemäßen Zwecke auf Antrag zugewiesen werden. Dies gilt entsprechend für die Zuweisung von Räumen an die Gruppenvertreter in den akademischen und studentischen Selbstverwaltungsgremien.

§ 3 Vermietungen

Die Räume können auf Antrag an Dritte vermietet werden.

§ 4 Versagungsgründe

(1) Eine Vergabe nach § 2 Abs. 2 kann aus wichtigen Gründen abgelehnt werden, insbesondere wenn die in § 2 Abs. 2 genannten Vereinigungen beabsichtigen, für den Zutritt zu der Veranstaltung ein über die Selbstkosten der Veranstaltung hinausgehendes Entgelt zu erheben, oder wenn neben den Organen der Studierendenschaft, den Gruppenvertretern oder den Gremien selbst andere Personen oder Personengruppen als Nutzer auftreten.

(2) Eine Vermietung nach § 3 kann insbesondere abgelehnt werden, wenn bei einer früheren Veranstaltung des Mieters Sach- oder Personenschäden aufgetreten sind, der Mieter mit der Zahlung des Entgelts für eine frühere Vermietung oder der Erfüllung von Schadensersatzansprüchen, die sich aus einer früheren Benutzung ergeben haben, im Rückstand ist oder die Kaution nicht vor Vermietungsbeginn gezahlt hat.

Lösungsvorschlag

A begehrt im Dezember 2017, die streitgegenständlichen Räumlichkeiten der H im Februar 2018 zu nutzen. Bei lebensnaher Betrachtung ist dieses Begehren bloß noch im Wege einstweiligen Rechtsschutzes zu realisieren. A hat mit

seinem Vorgehen Erfolg, soweit sein Antrag zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Rechtswegeröffnung nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.

1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Dann müsste es sich zunächst um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handeln. Streitgegenständlich ist die Frage des Zugangs zu den Räumlichkeiten der H. Nach der modifizierten Subjektstheorie ist die Streitigkeit als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, wenn die streitentscheidende Norm eine solche des öffentlichen Rechts ist, also einen Hoheitsträger gerade in dieser Funktion berechtigt oder verpflichtet.² Ein entsprechender Zugangsanspruch könnte sich aus einer öffentlich-rechtlichen Anspruchsgrundlage, etwa den Grundrechten als Sonderrecht für bzw. gegen Hoheitsträger (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG), ergeben. Allerdings erfolgt die Nutzung von Räumlichkeiten der H durch Dritte auf der Grundlage eines privatrechtlichen Mietvertrags im Sinne der §§ 535 ff. BGB, sodass man an der Qualifizierung der Streitigkeit als öffentlich-rechtlich zweifeln könnte. Hier kommt die Anwendung der Zwei-Stufen-Theorie in Betracht, nach der die Frage des Zugangs zu einer öffentlichen Einrichtung (das „Ob“) sich stets nach öffentlichem Recht bestimmt, während die Frage nach den Nutzungsmodalitäten (das „Wie“) auf einer zweiten Stufe auch privatrechtlich ausgestaltet werden kann, mit der Folge, dass Streitigkeiten über diese Modalitäten nicht als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sind.³ Dann müsste es sich bei den Räumlichkeiten der H um eine öffentliche Einrichtung handeln und die Parteien müssten um die Frage des Zugangs streiten.

Eine öffentliche Einrichtung ist eine Gesamtheit aus Sach- oder Personalmitteln, die der Allgemeinheit von einem Hoheitsträger durch – mindestens konkludenten⁴ – Widmungsakt zur Benutzung zur Verfügung gestellt wurde.⁵ Die Räume der H werden auch externen Nutzern zur Durchführung von Veranstaltungen zur Verfügung gestellt, sowohl durch § 3 VB-H, als auch durch die tatsächliche Bereitstellung erfolgt eine entsprechende Widmung⁶. Eine öffentliche Einrichtung liegt mithin vor. Es geht den Parteien auch nicht erst um die Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses, sondern bereits um den Zugang zur Einrichtung. Der Streit bezieht sich somit

auf das „Ob“ der Benutzung, mithin liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.

2. Nicht verfassungsrechtlicher Art

Schon durch Beteiligung des Privatrechtssubjekts A liegt ein Fall der sog. „doppelten Verfassungsunmittelbarkeit“, bei der Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, nicht vor.⁷ Die Streitigkeit ist nicht verfassungsrechtlicher Art.

3. Keine abdrängende Sonderzuweisung

Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

II. Statthafte Antragsart

Fraglich ist die statthafte Antragsart.

1. Einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO

Statthaft ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO, wenn dem Antragsteller kein Rechtsschutz über die §§ 80 und 80a VwGO zu gewähren ist, vgl. § 123 Abs. 5 VwGO. Ein Antrag nach §§ 80, 80a VwGO setzt voraus, dass der Kläger in der Hauptsache die Aufhebung eines Verwaltungsakts verfolgt, sein Begehren nach § 88 VwGO mithin auf eine Anfechtungsklage gerichtet ist. Vorliegend begehrt der A nicht die Aufhebung eines Verwaltungsakts, sondern möchte gerade ein Handeln – die Gewährung des Zugangs zum Foyer – der H erzwingen. Sein Begehren wäre in der Hauptsache mithin nicht im Wege der Anfechtungsklage zu verfolgen. Einstweiliger Rechtsschutz ist nicht nach den §§ 80, 80a VwGO, sondern nach § 123 Abs. 1 VwGO zu gewähren.

2. Regelungs- oder Sicherungsanordnung?

Fraglich ist, ob es sich bei der von A begehrten Anordnung um eine Regelungs- oder eine Sicherungsanordnung handelt. Mit einer Regelungsanordnung beabsichtigt der Antragsteller die vorläufige Erweiterung seines Rechtskreises (vgl. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO), während es ihm beim Antrag auf Erlass einer Sicherungsanordnung auf die einstweilige Bewahrung des status quo ankommt (§ 123 Abs. 1 S. 1 VwGO).⁸ Hier geht es A nicht um Abwehr von Eingriffen in die eigene Rechtssphäre, sondern darum, die H zu einer Leistung zu verpflichten und so den eigenen Handlungsspielraum zu erweitern. Statthaft ist der Antrag auf Erlass einer Regelungsanordnung nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO.⁹

² Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 222.

³ Krüger, JuS 2013, 598 (601); Kramer/Bayer/Fiebig/Freudenreich, JA 2011, 810 (812 f.).

⁴ VG Köln, Urt. v. 14.4.1989 – 20 K 4703/87, Rn. 72.

⁵ VG Düsseldorf, Beschl. v. 6.2.2017 – 18 L 213/17, Rn. 7; siehe auch Schoch, NVwZ 2016, 257 (258 ff.).

⁶ Wohl a.A. OVG Hamburg, Beschl. v. 10.1.2018 – 5 Bs 281/17, Rn. 23, 27.

⁷ Ehlers/Schneider (Fn. 2), § 40 Rn. 136; krit. Bethge, JuS 2001, 1100 (1100 f.).

⁸ Bostedt, in: Fehling/Kastner/Strömer, Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2016, VwGO § 123 Rn. 59 ff.; Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl. 2014, Rn. 1025 ff.

⁹ Für Sicherungsanordnung wohl noch OVG Münster NJW 1976, 820 (821).

III. Antragsbefugnis

A müsste gem. § 42 Abs. 2 VwGO analog antragsbefugt sein. Dafür müsste zumindest die Möglichkeit bestehen, dass dem Kläger ein Anordnungsanspruch zusteht und dass ein Anordnungsgrund nicht von vornherein ausgeschlossen ist.¹⁰

1. Möglichkeit eines Anordnungsanspruchs

Fraglich ist das mögliche Bestehen eines Anordnungsanspruchs. Hierfür genügt es, wenn der Antragsteller eine Norm identifizieren kann, die ihm subjektiv-öffentliche Rechte zu verleihen vermag, und es nicht von vornherein ausgeschlossen ist, dass ihm diese Rechte auch tatsächlich zustehen.¹¹ Vorliegend scheint es zumindest denkbar, dass der A ein Recht auf Zugang zu den Räumlichkeiten der H aufgrund etwaiger grundrechtlicher Positionen aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 bzw. Art. 12 Abs. 1 GG herleiten kann. Auch aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. einer etwaigen Selbstbindung der H kann sich ein Anspruch ergeben. Die Möglichkeit eines Anordnungsanspruchs besteht.

2. Möglichkeit eines Anordnungsgrunds

Weiterhin müsste A die Möglichkeit eines Anordnungsgrunds darlegen. Ein möglicher Anordnungsgrund besteht, wenn der Antragsteller die Eilbedürftigkeit seines Antrags behaupten kann.¹² Angesichts des nahenden Termins droht die Versagung der Zulassung durch die H die Möglichkeit der Durchführung der Veranstaltung vollständig zu vereiteln. Eine Entscheidung in einem möglichen Hauptsacheverfahren käme zu spät. A hat folglich auch die Möglichkeit eines Anordnungsgrunds dargelegt.

Aufgrund der Möglichkeit des Bestehens von Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund ist der A antragsbefugt.

IV. Antragsgegner

Für die Bestimmung des Antragsgegners gilt gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog das Rechtsträgerprinzip.¹³ Rechtsträgerin ist gem. § 2 Abs. 1 S. 1 HmbHG¹⁴ die H als rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts.

V. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

A ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO partei- und gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig.

Die Parteifähigkeit der H folgt aus § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO. Sie wird gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 81 Abs. 2 HmbHG¹⁵ durch den Präsidenten vertreten.

VI. Rechtsschutzbedürfnis

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn der Antragsteller sein Ziel mit dem Antrag überhaupt nicht erreichen kann oder ihm hierfür ein einfacherer bzw. wirksamerer Weg zu Gebote steht.¹⁶ Hier ist nicht ersichtlich, durch welches Alternativverhalten der A seinem Ziel der Nutzung des Foyers der H anders oder besser näherkommen könnte. Dies gilt insbesondere nach Ablehnung seines Antrags durch die H.

Das Rechtsschutzbedürfnis des A liegt vor.

VII. Zwischenergebnis

Der Antrag des A ist zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag des A ist begründet, wenn er anhand von Tatsachen einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund glaubhaft machen kann.¹⁷

I. Anordnungsanspruch

Ein Anordnungsanspruch liegt vor, wenn nach einer summarischen Prüfung das Vorliegen eines Zulassungsanspruchs in die Räumlichkeiten der H überwiegend wahrscheinlich ist. Dies setzt einen Anspruch auf Zulassung voraus.

1. Einfachgesetzliche Ansprüche auf Zugangsgewährung

Vorliegend sind keine einfachgesetzlich normierten Ansprüche des A gegen die H ersichtlich. In Betracht kommen folglich nur verfassungsunmittelbare (bzw. verfassungsrechtlich begründete) Ansprüche auf Zugangsgewährung.¹⁸

2. Leistungsanspruch aus der Kunstfreiheit Art. 5 Abs. 3 Alt. 1 GG

Hinweis: Diese grundrechtlichen Erwägungen können auch erst im Rahmen der Ermessensreduzierung des Anspruchs aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. den Vergabebestimmungen gemacht werden, insbesondere sofern man diesen Anspruch seiner Natur nach als eher einfachgesetzlich begreift. Angesichts des Parteivortrags des A, in dem er sich unmittelbar auf seine verfassungsrechtlichen Rechte beruft, war eine Prüfung jedoch bereits an dieser Stelle indiziert.

¹⁰ Peine, Klausurenkurs im Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 345.

¹¹ Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. 2016, § 33 Rn. 9.

¹² Hummel, JuS 2011, 502 (503).

¹³ Schoch, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 2), § 123 Rn. 108.

¹⁴ Vgl. etwa § 2 Abs. 1 S. 1 HG NRW, Art. 11 Abs. 1 Bay-HSchG u.a.

¹⁵ Vgl. etwa § 18 Abs. 1 S. 1 HG NRW, Art. 21 Abs. 7 Bay-HSchG.

¹⁶ VGH München NVwZ 2014, 163 (165).

¹⁷ Zum Erfordernis umfassender Rechtsprüfung siehe aber Wollenschläger, in: Gärditz, VwGO, 18. Aufl. 2018, § 123 Rn. 118 ff.; Sauer, Klausurtraining AllgVerR, 2018, Rn. 430, 476; Ernst/Kämmerer, Fälle AllgVerwR, 3. Aufl. 2016, S. 268.

¹⁸ Ansprüche aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Verwaltungsvorschriften fügen sich hier jedenfalls nicht unmittelbar ein, da ihre Bindungswirkung zugunsten des Bürgers letztlich aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz folgt, vgl. OVG Münster, Beschl. v. 29.5.2017 – 4 A 516/15, Rn. 24; Detterbeck, Allg. Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2018, Rn. 871; Peine (Fn. 10), Rn. 273.

Fraglich ist, ob A gegen die H einen Anspruch aus Art. 5 Abs. 3 GG herleiten kann. Voraussetzung hierfür wäre zunächst, dass das geplante Verhalten – hier die Ausrichtung und Durchführung der „TäTeRä“ – vom Schutzbereich der Kunstfreiheit erfasst ist. Die Schwierigkeit einer gemeingültigen Definition von Kunst zeigt sich plastisch in den Versuchen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Entwicklung eines Kunstbegriffs: Während der sog. formale Kunstbegriff darauf abstellt, ob das streitgegenständliche Werk sich einem bestimmten Werktyp zuordnen lässt, soll nach dem materiellen Kunstbegriff entscheidend sein, dass in der freien schöpferischen Gestaltung „Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden.“¹⁹ Daneben tritt der offene Kunstbegriff, nach dem es genügt, wenn einem Werk ein mannigfaltiger Aussagegehalt innewohnt, der die Möglichkeit eröffnet, „der Darstellung im Wege der fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutungen zu entnehmen, so dass sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt.“²⁰ Geschützt ist hierbei nicht nur der sog. Werkbereich, sondern auch der Wirkbereich, der dem Künstler erst die Interaktion mit dem Publikum ermöglicht.²¹

Vorliegend ist bereits zweifelhaft, ob der Wunsch des A sich unter irgendeinen dieser – nicht miteinander konkurrierenden, sondern sich gegenseitig ergänzenden – Kunstbegriffe fassen lässt. Wenn A darauf verweist, dass nur in den Räumlichkeiten der H sein betriebswirtschaftliches Konzept umsetzbar sei, deutet das zumindest auch auf die Absicht kommerziellen Gewinnstrebens hin. Nun schließt allein die Aussicht auf Profit noch nicht aus, dass es sich um ein Kunstwerk handelt.²² Die von ihm vorgetragenen Teilattraktionen („Fummelwiese“, „Kür der Miss Bikini und Mr. Badehose“) vermögen indes nicht zu begründen, dass der Gesamtveranstaltung ein schöpferisches oder kulturelles Element innewohnt. A trägt vor, seine Gäste kämen kurz nach Ende des Karnevals teilweise verkleidet, dies sei als Brauchtumspflege zu berücksichtigen. Sofern man Brauchtumspflege dem Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG unterstellen will,²³ reichen das bloße Erscheinen einiger Gäste in Kostümierung und die bloß noch vage zeitliche Nähe zum Karneval in einigen Teilen Deutschlands nicht aus, um aus der „TäTeRä“ eine Kulturveranstaltung zu machen. Dafür spricht auch das Selbstverständnis der Veranstaltung, mit der A diese bewirbt: Das bloße Zusammenstellen publikumswirksamer Elemente, die bloß teilweise verschiedensten regionalen Traditionen (Verkleidung, Biergarten, Schlagermusik etc.) entnommen

sind, genügt jedenfalls nicht, um aus einer im Schwerpunkt²⁴ gewinnorientierten Großveranstaltung eine Kulturveranstaltung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 GG zu machen.²⁵ Der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG ist nicht eröffnet.

A hat keinen Anspruch auf Zugang aus Art. 5 Abs. 3 GG.

3. Leistungsanspruch aus der Berufsfreiheit des Art. 12

Abs. 1 GG

Demgegenüber könnte der A einen Anspruch aus Art. 12 Abs. 1 GG haben.

a) Die „TäTeRä“ als von Art. 12 Abs. 1 GG geschütztes Verhalten

Fraglich ist, ob die Ausrichtung und Durchführung der „TäTeRä“ von der Berufsfreiheit des A geschützt ist. Ein Beruf ist eine Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient oder zu ihrer Schaffung und Erhaltung beiträgt.²⁶ Art. 12 Abs. 1 GG schützt als einheitliches Grundrecht die Berufswahl ebenso wie die Berufsausübung.²⁷ A veranstaltet die „TäTeRä“ in erster Linie zur Gewinnerzielung: Er trägt vor, er habe ein eigenes betriebswirtschaftliches Konzept, das auch und gerade die Abwesenheit veranstaltungsfremder Gastronomie voraussetze. Damit verfolgt er eine vor allem wirtschaftliche Zwecksetzung, die zur Sicherung seines Lebensunterhalts mindestens beiträgt. Im Rahmen der Durchführung der „TäTeRä“ kann A sich folglich auf seine Berufs(ausübungs)freiheit berufen.²⁸

b) Art. 12 Abs. 1 GG als originäres Leistungsrecht?

Hiermit ist freilich noch nicht geklärt, ob A als Folge seines grundrechtlich geschützten Verhaltens von der H auch verlangen kann, ihm im Sinne eines aktiven Tuns ihre Räumlichkeiten zur Verfügung zu stellen. Im Ausgangspunkt handelt es sich bei den Grundrechten um Abwehrrechte, die die Freiheitssphäre des Bürgers gegen staatliche Eingriffe schützen (status negativus der Grundrechte), aber grundsätzlich keine Ansprüche des Bürgers auf staatliche Leistungen begründen.²⁹ Hierfür spricht insbesondere, dass das Grundgesetz die konkrete Ausgestaltung des Verhältnisses der Bürger zum Staat dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber

¹⁹ BVerfGE 67, 213 (225); 30, 173 (188).

²⁰ BVerfGE 67, 213 (226).

²¹ OVG Hamburg NJW 1991, 1500 (1501).

²² Zur Abgrenzung siehe *Wittreck*, in: Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 2013, Bd. 1, Art. 5 Abs. 3 Rn. 47 sowie *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Bd. 1, Art. 5 Rn. 435 f.

²³ So VGH München, Beschl. v. 18.1.2010 – 7 ZB 09.2150, Rn. 19 für eine „Weihnachtsgala“; im Anschluss wohl auch OVG Hamburg NordÖR 2018, 235 (236 f.).

²⁴ Zu den Grundrechtskonkurrenzen vgl. *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, 85. Lfg., Stand: November 2018, Art. 5 Abs. 3 Rn. 49; *Kempen*, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 40. Ed., Stand: 15.2.2019, Rn. 171.

²⁵ Wie hier OVG Hamburg NordÖR 2018, 235 (236 f., 238), mit krit. Anm. *Kalscheuer*.

²⁶ Statt vieler *Manssen*, Staatsrecht II, 15. Aufl., 2018, Rn. 610.

²⁷ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 32. Aufl. 2016, Rn. 899.

²⁸ Offenlassend OVG Hamburg NordÖR 2018, 235 (237) mit krit. Anm. *Kalscheuer*.

²⁹ Grundlegend BVerfGE 7, 198 (204 f.); *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Fn. 24), Art. 1 Abs. 3 Rn. 15.

aufgibt.³⁰ Insofern kommen sog. originäre Leistungsrechte des Individuums gegen den Staat (status positivus der Grundrechte) nur dort in Betracht, wo entweder die Verfassung selbst ein entsprechendes Leistungsrecht ausdrücklich anordnet oder die grundrechtlich gewährleistete Freiheit ohne die staatliche Leistung vollkommen entleert oder vereitelt würde.³¹

Vorliegend bleibt es A auch ohne Zugang zu den Räumen der H möglich, die „TäTeRä“ zu veranstalten. Dass er ein bestimmtes betriebswirtschaftliches Konzept (Abwesenheit von Fremdgastonomie, Nutzung architektonischer Besonderheiten) entwickelt hat, das seiner Ansicht nach nur bei staatlicher Mitwirkung – hier Bereitstellung der Räumlichkeiten durch die H – aufgeht, ändert nach dem oben Gesagten nichts an diesem Befund, insbesondere weil im Großraum Hamburg ähnlich geeignete Immobilien zur Verfügung stünden.³² Nur weil der Bürger eine Veranstaltung derart plant, dass die konkrete Art und Weise der Durchführung notwendig die Nutzung staatlicher Ressourcen erfordert, folgt hieraus nicht, dass sein Grundrecht entwertet würde, falls letztere ihm nicht gewährt würden. Die von A behauptete „Monopolstellung“ der H führt vor diesem Hintergrund nicht zu einer anderen Bewertung.³³

A hat folglich keinen unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Anspruch auf Nutzung des Foyers und der Nebenräume.

4. Anspruch aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. den Vergabebestimmungen der H (VB-H)

a) VB-H als Anspruchsgrundlage?

aa) Rechtsnatur

Fraglich ist, ob sich aus den VB-H überhaupt ein Anspruch des A ergeben kann. Das wäre dann der Fall, wenn sie ein subjektiv-öffentliches Recht auf Zugang vermitteln würden. Voraussetzung hierfür ist nach der „Schutznormtheorie“, dass die entscheidende Norm zumindest auch Individualinteressen zu dienen bestimmt ist und Außenwirkung gegenüber dem Bürger entfaltet.³⁴ Es kommt mithin darauf an, welche Rechtsnatur die VB-H haben. Es könnte sich entweder um Rechtsnormen mit unmittelbarer Außenwirkung etwa in Form einer Rechtsverordnung oder Satzung handeln. Andererseits ist auch eine Einordnung als bloße Verwaltungsvorschrift denkbar, die grundsätzlich nur die Behörde bindendes Innenrecht darstellt.³⁵ Zur Abgrenzung können zunächst formale

Aspekte, wie die Bezeichnung der Vorschrift und das Vorliegen eventuell erforderlicher Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen herangezogen werden.³⁶ Als materielle Unterscheidungskriterien bieten sich vor allem die Frage nach dem Adressaten und die intendierte Rechtswirkung an.³⁷ Die streitgegenständlichen Vorschriften sind hier als „Vergabebestimmungen“ betitelt. Das allein ermöglicht zwar noch keine abschließende Einordnung, üblicherweise werden Regelwerke, die als Rechtsverordnungen oder Satzungen ergehen sollen, aber auch als solche (bzw. im Hochschulbereich als „Ordnungen“)³⁸ bezeichnet. Mögliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen ergeben sich vorliegend allenfalls aus dem HmbHG. Ein Verordnungs- oder Satzungserlass für Raumnutzungen ist dort zwar nicht vorgesehen, allerdings enthält § 2 Abs. 2 HmbHG³⁹ eine allgemeine Satzungsermächtigung, die sich jedoch nur auf Angelegenheiten der akademischen Selbstverwaltung bezieht. Obwohl hierunter in erster Linie Aufgaben von Forschung und Lehre fallen,⁴⁰ könnte als Annex hierzu auch die Verwaltung der eigenen Räumlichkeiten angesehen werden.⁴¹ Dagegen könnte man einwenden, die bloße Vermietung von Räumen an nicht hochschulangehörige Dritte stelle keine wissenschaftsrelevante Entscheidung dar und sei daher keine Selbstverwaltungsangelegenheit.⁴² Jedenfalls aber sind die VB-H bloß vom Kanzler der H erstellt worden, und es ist nicht ersichtlich, dass die gesetzlichen Zuständigkeiten (§§ 85, 89 HmbHG) und Genehmigungsverfahren zum Satzungserlass eingehalten wurden (§ 108 HmbHG). Auch wurden die VB-H als Handlungsanweisung zunächst bloß an die Untergliederungen der H versandt und nicht förmlich bekanntgemacht. Ihre bloße Bereitstellung im Internet neben weiteren Informationen für Mietinteressenten vermittelt ihnen dagegen noch nicht die Qualität einer Außenrechtsnorm,⁴³ deren Veröffentlichung dagegen Wirksamkeitsvoraussetzung ist und (regelmäßig formalisiert) gesetzlich vorgegeben ist (vgl. etwa § 108 Abs. 5 HmbHG). Nach alledem handelt es sich bei den VB-H um eine Verwaltungsvorschrift.⁴⁴

³⁰ BVerwGE 91, 135 (139) m.w.N.; Sodan/Ziekow, Grundkurs ÖR, 8. Aufl. 2018, Rn. 9; Voßkuhle/Kaiser, JuS 2011, 411 (411).

³¹ Rüfner, in: HGR II, 2006, § 40 Rn. 43, 56 ff.; Michael/Morlok, Grundrechte, 5. Aufl. 2016, Rn. 525 f.

³² So auch OVG Hamburg NordÖR, 2018, 235 (238).

³³ Vgl. BVerwGE 91, 135 (138 f.) m.w.N.; VGH München, Beschl. v. 18.1.2010 – 7 ZB 09.2150, Rn. 19.

³⁴ Ramsauer, JuS 2012, 769 (769 ff.); Voßkuhle/Kaiser, JuS 2009, 16 (17 f.).

³⁵ Hierzu Detterbeck (Fn. 15), Rn. 852 f., 867 ff.; Reimer, Jura 2014, 678 (679).

³⁶ Maurer/Waldhoff, Allg. Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 24 Rn. 18; zur Umdeutung einer rechtsfehlerhaft erlassenen Außenrechtsnorm in eine Verwaltungsvorschrift vgl. Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2016, 314 (315).

³⁷ Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2016, 314 (315).

³⁸ Trute/Bastian, in: Hoffmann-Riem/Koch, Hmb. Staats- und Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2006, S. 393.

³⁹ Vgl. etwa § 2 Abs. 4 HG NRW sowie Art. 13 Abs. 1 Bay-HSchG.

⁴⁰ Vgl. Trute/Bastian (Fn. 38), 3. Aufl. 2006, S. 392 f.

⁴¹ Vgl. Scheunert/Winkler-Bondartschuk, in: Neukirchen/Reußow/Schomburg, HmbHG, 2. Aufl. 2017, § 5 Rn. 3.

⁴² So wohl VGH München, Beschl. v. 18.1.2010 – 7 ZB 09.2150, Rn. 19.

⁴³ Maurer/Waldhoff (Fn. 36), § 24 Rn. 30.

⁴⁴ I.E. wie hier wohl OVG Hamburg NordÖR 2018, 235 (237).

*bb) Außenwirkung der VB-H und subjektiv-öffentliches Recht des A**(1) Außenwirkung der VB-H*

Mangels Außenwirkung scheiden Verwaltungsvorschriften regelmäßig als Grundlage für einen Anspruch aus. Grundsätzlich regeln Verwaltungsvorschriften bloß den behördeninternen Bereich, sie stellen behördliches Innenrecht dar und erzeugen keine unmittelbaren Rechte.⁴⁵ Wenn der Verwaltung jedoch, wie hier im Bereich der gesetzessfreien Leistungsverwaltung, Ermessensspielräume verbleiben, muss sie bei der Ermessensausübung wie auch sonst die rechtlichen Grenzen des ihr verbleibenden Ermessens beachten.⁴⁶ Hierzu gehört u.a. die Beachtung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG in dem Sinne, dass es der Verwaltung verwehrt ist, gleich gelagerte Fälle ohne sachlichen Grund unterschiedlich zu behandeln.⁴⁷ Die Verwaltung bindet sich durch ihre eigene Praxis insofern selbst. Diese sog. mittelbare Außenwirkung durch die Bindung der Behörde an Art. 3 Abs. 1 GG wird vermittelt über die antizipierte Verwaltungspraxis, die die Behörde bereits mit Erlass sog. ermessenslenkender Verwaltungsvorschriften ausübt.⁴⁸

(2) Subjektiv-öffentliches Recht

Die VB-H müssten zudem geeignet sein, ein subjektiv-öffentliches Recht vermitteln. Die Bereitstellung der Räume auch zur Drittvermietung durch die H i.V.m. der tatsächlichen Vergabepraxis in der Vergangenheit begründen eine Bindung der H durch Art. 3 Abs. 1 GG. Diese Norm dient zumindest auch dem Schutz des Einzelnen. Entsprechende Anträge auf Nutzung sind zumindest ermessensfehlerfrei zu bescheiden.

Ein entsprechender Anspruch des A kann sich demnach aus den VB-H i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG ergeben. Das setzt voraus, dass die Voraussetzungen für eine Vermietung nach den VB-H vorliegen.

*b) Anspruch nach § 3 VB-H**aa) Antragstellung*

A hat einen Antrag auf Vermietung des Foyers und seiner Nebenräume gestellt.

bb) Keine Versagungsgründe nach § 4 Abs. 2 S. 1 Var. 1 VB-H
Jedenfalls das Auftreten von Personen- bzw. Sachschäden war in der Vergangenheit zu bejahen. Damit lag zumindest tatbestandlich der Versagungsgrund des § 4 Abs. 2 S. 1 Var. 1 VB-H vor. Fraglich ist aber, ob die H sich hierauf berufen kann, da sie hiervon trotz der in Folge der „TäTeRä“ auch in den vergangenen Jahren aufgetretenen Sachschäden keinen Gebrauch gemacht hat. Sie könnte sich durch eine ständige Verwaltungspraxis gem. Art. 3 Abs. 1 GG trotz

anderslautender Verwaltungsvorschrift allein an ihre Praxis gebunden haben.⁴⁹ Allerdings ist zu beachten, dass es sich bei § 4 Abs. 2 VB-H um eine Ermessensvorschrift handelt. Wenn die H auch in der Vergangenheit trotz aufgetretener Sachschäden Zugang gewährt hat, kann dies das Ergebnis von Ermessensausübung gewesen sein. Für die Annahme, hier liege eine generelle Abkehr von den VB-H vor, fehlt es vorliegend an hinreichenden Anhaltspunkten. Dagegen spricht vielmehr das Interesse der H, im Einzelfall die Nutzung der eigenen Räume untersagen zu können, sofern Schäden Überhand nehmen. Für diese Annahme spricht schließlich auch die Anwendung des § 4 Abs. 2 VB-H nach dem zusätzlichen Auftreten eines Personenschadens bei der „TäTeRä“ 2016. Die bisherige Nichtanwendung stellt sich demnach nicht als Abkehr von der Verwaltungsvorschrift dar, sondern als Ermessensausübung. § 4 Abs. 2 VB-H ist hiernach weiterhin anwendbar.

Hinweis: Die überkommene Prüfstruktur nach strikter Trennung von Tatbestand und Rechtsfolge bietet sich hier insofern nicht an, da das Vorliegen des Versagungsgrunds seinerseits Ermessen nach sich zieht. Eine Herausforderung des Falls war an dieser Stelle, eine schlüssige Verortung des Versagungsgrunds zu finden, da sowohl die eigentliche Zugangsentscheidung, als auch die Anwendung des § 4 VB-H ins Ermessen der H gestellt waren. Bereits die Ermessensbindung des § 3 VB-H gestattet der H aber, die Schäden in ihre Abwägung miteinzubeziehen. § 4 VB-H hat demgegenüber bloß noch Indizwert, weil er keine bindende Versagung anordnet. An dieser Stelle erschöpft sich der Unterschied zwischen „Zugangsgewährungsermessen“ als Rechtsfolge und Versagungsermessen auf Tatbestandseite aber weitgehend in der Formulierung, sodass es hier am sachgerechtesten erscheint, eine „einheitliche Ermessensentscheidung“ anzunehmen.⁵⁰ Aus Gründen der Übersichtlichkeit wurde das tatbestandliche Vorliegen eines Ausschlussgrundes hier vorgezogen.

cc) Ermessensreduzierung zugunsten des A

Die Entscheidung der H nach §§ 3, 4 Abs. 2 S. 1 VB-H müsste ermessensfehlerfrei sein. Einen Anspruch auf Zugang zu den Räumen der H hätte der A allerdings – ungeachtet des Vorliegens von Ermessensfehlern – bloß dann, wenn zu seinen Gunsten eine Ermessensreduzierung auf Null vorläge.

Fraglich ist, ob die H dem A Zugang zu ihren Räumlichkeiten aufgrund einer Ermessensreduzierung gewähren muss. Eine solche liegt *ausnahmsweise* dann vor, wenn nur noch eine einzige Entscheidung ermessensfehlerfrei ist.⁵¹ Diese Ermessensreduzierung kann sich als Folge insbesondere einer

⁴⁵ Hierzu ausführlich Jarass, JuS 1999, 105 (107 ff.).

⁴⁶ Maurer/Waldhoff (Fn. 36), § 1 Rn. 27.

⁴⁷ Bull/Mehde, Verwaltungslehre, 9. Aufl. 2015, Rn. 233; Sachs/Jasper, JuS 2016, 769 (773).

⁴⁸ Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2016, 314 (315 f.); Michl, Jura 2015, 202 (207).

⁴⁹ Wollenschläger, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 193; Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2016, 314 (316).

⁵⁰ Hierzu BVerwGE 72, 1 (4 f.); zu Versagungsgründen als „negative Tatbestandsmerkmale“, vgl. Uerpmann-Witzack, Examens-Rep. Allg. VerwR, 5. Aufl. 2018, Rn. 150.

⁵¹ Gerhard, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 2), § 114 Rn. 27.

Selbstbindung der Verwaltung, der Gewährung berechtigten Vertrauensschutzes oder den Grundrechten ergeben.⁵²

(1) Ermessensreduzierung durch Selbstbindung (Art. 3 Abs. 1 GG)

A trägt vor, H habe sich durch die wiederholten Vermietungen der letzten Jahre und die Überlassung der Räume für Flohmärkte und Studierendenpartys selbst gebunden, sodass ihm auch jetzt ein Zulassungsanspruch zustehe. Die Bindung der Verwaltung an eine Art. 3 Abs. 1 GG entsprechende Ermessensausübung durch eine durch sie selbst geschaffene Praxis setzt zunächst voraus, dass eine tatsächliche Praxis existiert und der vorliegende Fall auch mit den bereits entschiedenen Fällen vergleichbar ist.⁵³ Bezüglich der Studierendenpartys bestehen an der Vergleichbarkeit bereits deshalb Zweifel, weil die Studierenden als Hochschulangehörige bzw. deren Selbstverwaltungsorgane, soweit diese als Veranstalter auftreten, schon keine Fremdnutzer sind.⁵⁴ Bereits die Zweckbestimmung in § 1 VB-H i.V.m. der Differenzierung zwischen hochschulinternen Nutzern (§ 2 VB-H) und Drittnutzern (§ 3 VB-H) spricht vor dem Hintergrund des gesetzgeberischen Auftrags der H nach § 3 Abs. 1 HmbHG⁵⁵ dafür, die Feiern für Studierende als wesentlich verschieden zu betrachten: Dienen solche Veranstaltungen zwar nicht unmittelbar Forschungs- oder Lehrzwecken, so tragen sie doch typischerweise auch zum Austausch und zur Diskussion über Lehrinhalte und Hochschulangelegenheiten sowie zur Netzwerkbildung bei und sind den o.g. Zwecken damit zumindest förderlich. Daneben fällt ins Gewicht, dass es sich bei den besagten Studierendenfeiern um bloß abendfüllende Veranstaltungen handelt, während die „TäTeRä“ über mehrere Tage hinweg stattfindet. Im Rahmen einer derartigen Veranstaltung treten aber mit zunehmender Dauer auch mehr Schäden auf, und die Räumlichkeiten sind während der gesamten Dauer nicht anderweitig nutzbar. Die Studierendenpartys werden dagegen typischerweise in den Abendstunden stattfinden, in denen die Räume ohnehin weniger frequentiert werden. Beide Argumente lassen sich erst Recht auf die Flohmärkte übertragen: Die Verhaltensweisen der Besucher von Flohmärkten sind substantiell andere als die von alkoholisierten Partygästen, was sich insbesondere in Verunreinigungsgrad und Schadensgeneigtheit bemerkbar macht.⁵⁶ Zudem finden sie nur sonntags statt, sodass der Hochschulbetrieb ebenfalls nur marginal beeinträchtigt wird. Aufgrund der Unterschiede zwischen der „TäTeRä“ einerseits und den Studierendenfeiern bzw. Flohmärkten andererseits sind die Sachverhalte bereits nicht vergleichbar, sodass die H jedenfalls nicht aufgrund von Art. 3 Abs. 1 GG an eine entsprechende Verwaltungspraxis gebunden ist.

⁵² Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 114 Rn. 130 ff.

⁵³ Wollenschläger (Fn. 49), Art. 3 Rn. 193.

⁵⁴ So auch OVG Hamburg NordÖR 2018, 235 (238).

⁵⁵ Vgl. § 3 Abs. 1 HG NRW sowie Art. 2 Abs. 1 BayHSchG.

⁵⁶ OVG Hamburg NVwZ 2018, 1077 (1078 f.).

(2) Ermessensreduzierung durch Vertrauensschutz

Fraglich ist, ob A sich mit Erfolg auf den Vertrauensschutz berufen kann. Der aus Art. 20 Abs. 3 GG folgende Grundsatz des Vertrauensschutzes gebietet einer Behörde – die durch kontinuierliche Praxis einen Vertrauenstatbestand dahingehend setzt, dass sie auch zukünftig wie bisher entscheiden wird – das Vertrauen des Bürgers im Rahmen ihrer Ermessenserwägungen zu berücksichtigen. Dies kann auch eine Ermessensreduzierung auf Null bedeuten.⁵⁷ Das Setzen eines Vertrauenstatbestands kann durch Zusicherung, Zusage oder schlichtes Verwaltungshandeln erfolgen.⁵⁸ Dies kann die Behörde zwingen, beabsichtigte Änderungen der eigenen Praxis anzukündigen und Übergangszeiträume oder andere Härtefallausgleiche einzukalkulieren.⁵⁹ Um sich erfolgreich auf einen eventuellen Vertrauensschutz berufen zu können, muss zunächst tatsächlich ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden sein und dieses Vertrauen müsste auch schutzwürdig sein.⁶⁰ Seit 1975 wurden dem A die Räume der H für die „TäTeRä“ überlassen. Aus dieser Zeitspanne allein ergibt sich allerdings noch kein zu schützendes Vertrauen.⁶¹ Auch hatte die H bereits im Rahmen der Vertragsverhandlungen im Jahr 2015 auf die aufgetretenen Schäden hingewiesen und ihre Unzufriedenheit hierüber zum Ausdruck gebracht. Zudem wurde die Klausel in den Vertrag mit aufgenommen, dass seitens der H keine Verlängerungsoption nach 2017 bestehe. Durch den Vertragsabschluss für zwei Jahre hatte der A demgegenüber hinreichende Sicherheit, um bereits einen neuen Standort zu suchen. Hiernach und nach dem zusätzlichen Auftreten des Personenschadens (vgl. auch § 4 Abs. 2 VB-H) im Jahr 2016 konnte der A aber jedenfalls nicht mehr sicher sein, dass ihm die Räume der H zur Verfügung stehen würden. An einem das Ermessen der H reduzierenden Vertrauenstatbestand zugunsten des A fehlt es bereits.

(3) Ermessensreduzierung durch Grundrechte

Eine Verdichtung des Ermessensspielraums der Behörde auf nur eine einzige Entscheidung kommt zudem angesichts massiver Grundrechtsbeeinträchtigungen und schwerer Gefahren für wichtige Rechtsgüter in Betracht.⁶² In der Verpflichtungssituation wird dies regelmäßig bedeuten, dass das Begehrte zum Schutz des grundrechtlich gesicherten Freiheitsraums des Bürgers unentbehrlich sein muss.⁶³ Für den

⁵⁷ Maurer, in: HbStR, Bd. 4, § 79 Rn. 132; Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 8), § 114 Rn. 25; Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2011, 794, 795 f.

⁵⁸ Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40 Rn. 114, 121; Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2011, 794 (795 f.).

⁵⁹ Aschke, in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, 2. Aufl. 2018, § 40 Rn. 68.

⁶⁰ Detterbeck (Fn. 18), Rn. 249.

⁶¹ Maurer (Fn. 57), § 79 Rn. 131.

⁶² Kopp/Schenke, VwGO, 22. Aufl. 2016, § 114 Rn. 6; Hufen, ZJS 2010, 603 (605).

⁶³ BVerwGE 91, 135 (139).

Zugang zu öffentlichen Einrichtungen wird diese Situation unter dem Stichwort der „Monopolstellung“ diskutiert.⁶⁴

Hinweis: Hier geht es, anders als bei der obigen Prüfung eines Anspruchs aus Art. 12 Abs. 1 GG, nicht mehr um einen verfassungsunmittelbaren Anspruch, sondern um die Frage, ob Art. 12 Abs. 1 GG den Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. den VB-H derart verengen kann, dass sich ein Zulassungsanspruch ergibt.⁶⁵

Innerhalb der Rechtsprechung wird von einer Monopolstellung dann ausgegangen, wenn der beklagte Hoheitsträger über die einzige für die Durchführung der Veranstaltung geeignete Einrichtung verfügt.⁶⁶ Schließlich kann auch bei Vorliegen einer Monopolstellung der Zugang versagt werden, soweit die Behörde nachvollziehbare Gründe für die Versagung ins Feld führen kann, die im Einzelfall gegenüber den grundrechtlichen Interessen des Veranstalters überwiegen.⁶⁷ A kann sich bei der Durchführung der „TäTeRä“ einzig auf die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG berufen (s.o.). Hiergegen führt die H das Interesse an einer Bereitstellung der Räume insbesondere für Studienzwecke an, die bei der Durchführung der „TäTeRä“ (Lärmbelästigung und keine Nutzbarkeit der Räume in diesem Zeitraum) und durch die gesteigerten Reinigungs- und Reparaturarbeiten in ihrem Nachgang ganz bzw. teilweise unmöglich gemacht wird. Hier werden aber die von Art. 5 Abs. 3 GG garantierten und in § 3 Abs. 1 HmbHG einfachgesetzlich konkretisierten ureigensten Interessen am Studienbetrieb der H berührt, zumal die Studierendenzahlen sich in den letzten Dekaden vervielfachten. Die durch § 5 Abs. 1 HmbHG⁶⁸ gewährte Hochschulautonomie räumt Hochschulen auch das Recht ein, die eigenen Ressourcen so zu nutzen, wie es ihrem gesetzlichen Auftrag am besten dient.⁶⁹ Dem A hingegen stehen Handlungsalternativen zur Verfügung: Im Großraum Hamburg existieren weitere Räumlichkeiten, die dazu geeignet erscheinen, eine Veranstaltung dieser Größenordnung auszurichten. Zwar müsste der A möglicherweise einen Besucherrückgang und damit Umsatzeinbußen in Kauf nehmen, weil er die „TäTeRä“ auf die charakteristische Architektur der H und die fehlende Fremdgastronomie abgestimmt hat. Die passgenaue Veranstaltungsplanung, die bloß rentabel ist, soweit eine spezielle Infrastruktur bereitgestellt wird, führt aber nicht zu einem

Anspruch auf Nutzung konkreter staatlicher Ressourcen.⁷⁰ Auch wenn man die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt, wirken diese hier nicht so stark, dass eine Abweichung von dem durch den Versagungsgrund indizierten Ergebnis zwingend ist. Selbst wenn man das Vorliegen einer Monopolstellung bejaht, überwiegen im vorliegenden Fall die Interessen der H, sodass eine Ermessensreduzierung zugunsten des A auch nicht auf grundrechtliche Erwägungen gestützt werden kann.

Mangels einer Ermessensreduzierung hat der A keinen Anspruch auf Zugang zum Foyer der H aus § 3 VB-H i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG.

Ein Anordnungsanspruch liegt nicht vor.

– *Hilfsgutachten* –

II. Anordnungsgrund

Ein Anordnungsgrund liegt nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO vor, wenn eine vorläufige Regelung erforderlich ist, um wesentliche Nachteile abzuwehren.⁷¹

Wartete A eine Entscheidung des VG in der Hauptsache ab, wäre der vorgesehene Zeitpunkt für die „TäTeRä“ verstrichen. Nur durch Erlass einer einstweiligen Anordnung könnte der A noch rechtzeitig Zugang zu den Räumlichkeiten der H erhalten.

Ein Anordnungsgrund wäre folglich gegeben, dieser Punkt kann aber im Ergebnis dahinstehen, da es bereits an einem Anordnungsanspruch fehlt.

III. Zwischenergebnis

Mangels Anordnungsanspruchs ist der Antrag unbegründet.

C. Gesamtergebnis

Der Antrag des A ist zulässig, aber unbegründet. Er wird mithin keinen Erfolg haben.

Hinweis: Es erscheint vorliegend zumindest denkbar, nach Ablehnung einer Ermessensreduktion weiter zu prüfen, ob dem A zumindest ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Neubescheidung zusteht. Bereits innerhalb der Rechtsprechung ist nicht geklärt, ob der Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO zulässigerweise auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gerichtet werden kann, die die Antragsgegnerin zur (sofortigen) Neubescheidung verpflichtet. Während das VG Bremen einen solchen Antrag wohl grds. für zulässig hielt,⁷² hält das VG Schleswig Anträge nach § 123 Abs. 1 VwGO mit der „noch h.M.“

⁶⁴ OVG Hamburg NVwZ 2018, 1077 (1079); VGH München, Beschl. v. 18.1.2010 – 7 ZB 09.2150, Rn. 19; vorsichtiger dagegen BVerwGE 91, 135 (139 f.).

⁶⁵ Vgl. BVerwGE 91, 135 (140); VGH München, Beschl. v. 18.1.2010 – 7 ZB 09.2150, Rn. 19.

⁶⁶ OVG Hamburg NVwZ 2018, 1077 (1079).

⁶⁷ BVerwGE 91, 135 (140); OVG Hamburg NVwZ 2018, 1077 (1079).

⁶⁸ Vgl. § 2 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 S. 1 HG NRW und Art. 11 Abs. 1 S. 1 BayHSchG.

⁶⁹ Scheunert/Winkler-Bondartschuk (Fn. 41), § 5 Rn. 3.

⁷⁰ In diese Richtung wohl bereits BVerwGE 91, 135 (138 f.); das OVG Hamburg geht sogar davon aus, diese Umstände seien „rechtlich nicht von Relevanz“, NordÖR 2018, 235 (238).

⁷¹ Vgl. i.E. Kuhla, in: Posser/Wolff, VwGO, 49. Ed., Stand: Juli 2018, § 123 Rn. 126 ff.

⁷² VG Bremen, Beschl. v. 2.10.2012 – 5 V 1031/12; so auch Bostedt (Fn. 8), § 123 Rn. 87.

dort für nicht möglich,⁷³ wo die begehrte Behördenentscheidung eine Ermessensentscheidung darstellt, in der Hauptsache folglich bloß ein Bescheidungsurteil denkbar wäre. Im vorliegenden Fall kollidieren hier das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache und ggf. das der überschießenden einstweiligen Anordnung mit dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes.⁷⁴ Bejaht man die Möglichkeit der Geltendmachung eines Anspruchs auf ermessensfehlerfreie Neubescheidung im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, so wäre noch zu prüfen, ob Ermessensfehler vorliegen, wofür vorliegend aber keine Anhaltspunkte ersichtlich sind. Im Ergebnis scheidet also auch ein solcher Anspruch aus, sodass der Antrag auch unter diesem Gesichtspunkt unbegründet wäre.

⁷³ VG Schleswig, Beschl. v. 8.9.2017 – 11 B 33/17, Rn. 6.

⁷⁴ Zum Ganzen vgl. *Schoch* (Fn. 13), § 123 Rn. 158, sowie *Detterbeck* (Fn. 18), Rn. 1535 f.

Hausarbeit: Ein nervenaufreibender Urlaub

Von Wiss. Mitarbeiter Ass. jur. **Nicolas Böhm**, Konstanz

Bei der vorliegenden Falllösung handelte es sich um eine gekürzte Version einer im Sommersemester 2018 an der Universität Konstanz gestellten Zwischenprüfungshausarbeit im Strafrecht. Sie weist einen mittleren Schwierigkeitsgrad auf. Die Schwerpunkte bilden das oftmals vernachlässigte Strafanwendungsrecht, sowie Fragen der Rechtfertigung und Irrtumslehre. Ferner sind Körperverletzungsdelikte in die Fallbearbeitung integriert.

Sachverhalt

O verbringt gemeinsam mit seiner neuen Lebensgefährtin K einen Urlaub auf Mallorca. Dort beziehen sie eine luxuriöse Hotelsuite mit traumhaftem Meeresblick. Nicht lange nach dem Check-in veröffentlicht O auf diversen Social Media Kanälen Bilder vom Urlaubsparadies. Auch F, die zwar zu dem Zeitpunkt noch mit O verheiratet ist, aber seit Monaten getrennt von ihm lebt, sind die Bilder nicht entgangen. Von starken Eifersuchtsgefühlen geprägt, schreibt sie O mehrere Drohnachrichten, in denen sie zum Ausdruck bringt, dass sie nach Mallorca fliegen werde, um ihn mit einem Knüppel „fertigzumachen“ und sie aufgrund der Fotos genau wisse, in welcher Hotelsuite sie sich befänden. O nimmt die Bedrohung sehr ernst, was ihm den Schlaf raubt. K hingegen hält das alles für leere Drohungen und tut sie als Hirngespinnste ab. In der Nacht vor der Abreise klopft es gegen drei Uhr morgens mehrmals heftig an der Hotelzimmertür. O ist davon überzeugt, dass F ihre Ankündigung wahr macht und im nächsten Augenblick mit dem Knüppel durch die – zu allem Überfluss – unverschlossene Tür kommen wird, um ihm erhebliche Verletzungen beizufügen. Deshalb fragt O seine Lebensgefährtin K um Rat, was er denn jetzt tun solle. Diese reagiert blitzschnell und empfiehlt ihm, die auf dem Nachtschisch stehende und im Eigentum des spanischen Hotels befindliche massive Glasvase zu nehmen, sofort die Tür aufzureißen und die Person mit der Vase niederzustrecken. Dabei weiß K zwar nicht, ob es sich bei dem nächtlichen Besuch tatsächlich um F handelt; letztlich geht sie aber nicht davon aus, dass eine gefährliche Lage besteht. Vielmehr ist ihr gleichgültig, wer an der Tür trommelt, da sie in Ruhe weiter schlafen und keinesfalls aufstehen möchte, und sie sich deshalb auch mit einer Verletzung der Person an der Tür abfindet. Gesagt, getan, öffnet O ruckartig die Hotelzimmertür und schlägt, weil er in dieser Situation keinen anderen Ausweg sieht, die Person mit der Vase nieder, die dabei, wie von ihm und K billigend in Kauf genommen, irreparabel zu Bruch geht. Kurz darauf stellt sich heraus, dass es sich bei dem nächtlichen Besuch nicht um die eifersüchtige F handelt, sondern um den deutschen Staatsbürger H, der als Mitarbeiter in dem Hotel beschäftigt ist und sich bei seinem Nachtdienst in der Tür geirrt hat. H erleidet dabei eine Platzwunde auf der Stirn.

Bearbeitungsvermerk

Wie haben sich O und K nach dem deutschen Strafgesetzbuch strafbar gemacht? Es ist davon auszugehen, dass alle in

Betracht kommenden Delikte – ggf. in Verbindung mit den Vorschriften des Allgemeinen Teils – auch nach spanischem Strafrecht strafbar sind.

Lösungsvorschlag

A. Strafbarkeit des O

I. §§ 223, 224 Abs. 1 Nrn. 2, 3, 4, 5 StGB

O könnte sich, indem er mit der Vase den H schlug, wegen einer gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nrn. 2 Var. 2, 3, 4, 5 StGB strafbar gemacht haben.

1. Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts

Da der Sachverhalt einen Auslandsbezug aufweist, muss – als eine der materiell-rechtlichen Prüfung vorangehende Verfahrensvoraussetzung¹ – zunächst der Geltungsbereich des deutschen Strafrechts begutachtet werden. Eine Anwendbarkeit des innerstaatlichen Rechts setzt einen sinnvollen Anknüpfungspunkt voraus, der einen unmittelbaren Bezug zwischen der Handlung des O und dem deutschen Inland herstellt.² Als legitimierender Bezugspunkt könnte das in § 3 StGB normierte Territorialprinzip in Betracht kommen, das sich an dem Begehungsort der Tat orientiert. Der Tatort wird durch § 9 StGB konkretisiert, wobei nach der Ubiquitätstheorie kumulativ sowohl der Handlungs- als auch der Erfolgsort die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts begründet.³ Da die in Rede stehenden Taten des O in Spanien verübt wurden, kann über §§ 3, 9 StGB mangels eines innerstaatlichen Tatorts deutsches Strafrecht keine Geltung beanspruchen. Der Anwendungsbereich könnte aber gem. § 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB eröffnet sein. Für O ergibt sich die Anwendbarkeit des StGB sowohl aus dem eingeschränkten aktiven (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB) als auch aus dem passiven Personalitätsprinzip (§ 7 Abs. 1 StGB), weil O als Täter und das Opfer H deutsche Staatsbürger sind.⁴ Ferner ist von der Strafbarkeit der Delikte nach spanischem Tatortrecht auszugehen.

2. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Grundtatbestand, § 223 Abs. 1 StGB

Eine körperliche Misshandlung, unter der man jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefin-

¹ BGHSt 34, 1 (3 f.); OLG Saarbrücken NJW 1975, 506 (509); Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 6 Rn. 3.

² Vgl. Böhm, NStZ 2017, 618 (618 ff.). Das Kriterium des sinnvollen Anknüpfungspunkts resultiert aus dem völkerrechtlichen Nichteinmischungsprinzip (Art. 2 Nr. 1 UN Charta). Dazu BVerfG NJW 2001, 1848 (1852 f.).

³ Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 3 Rn. 4 ff.; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, S. 113; Walter, JuS 2006, 870 (871 ff.); BGHSt 44, 52 (55).

⁴ Vgl. zu § 7 StGB Ambos (Fn. 3), § 3 Rn. 24 ff. Zum Ganzen instruktiv Reinbacher, ZJS 2018, 142 (142 ff.).

den nicht nur unerheblich beeinträchtigt, versteht, ist durch den Schlag mit der Vase gegeben. Zudem liegt eine Gesundheitsschädigung vor, da durch die Platzwunde ein vom Normalzustand abweichender pathologischer Zustand hervorgerufen wurde.

bb) Qualifikation, § 224 Abs. 1 StGB

Des Weiteren könnte die Körperverletzung in qualifizierter Form begangen worden sein, §§ 224 Abs. 1 Nr. 2, 3, 4, 5 StGB.

Die von O als Schlaggegenstand verwendete Vase könnte ein gefährliches Werkzeug gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB sein. Zwar ist eine Vase nach ihrem ursprünglichen Verwendungszweck als Aufbewahrungsgegenstand nicht dazu bestimmt, Verletzungen hervorzurufen. Jedoch ist sie ein robuster Gegenstand und durch ihre Beschaffenheit aus massivem Glas dazu geeignet, erhebliche Blessuren herbeizuführen. Dies gilt umso mehr, als dass bei einer Verwendung der Vase als Angriffsmittel das Glas auch zerspringen kann. Zudem spiegelt sich das gesteigerte Verletzungsrisiko in der Platzwunde bei H wider. Die Körperverletzung wurde mittels eines gefährlichen Werkzeugs verübt.

Während H nicht mit einem Angriff des O rechnet, könnte er ihn hinterlistig im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB überfallen haben. Ein Überfall ist ein überraschender oder unerwarteter Angriff; Hinterlist setzt voraus, dass der Täter planmäßig in einer auf Verdeckung seiner wahren Absicht berechneten Weise vorgeht, um die Abwehr des Angriffs zu erschweren.⁵ H versieht sich nicht eines Übergriffes auf seine körperliche Integrität, sodass ein Überfall vorliegt. Ein hinterlistiges Vorgehen setzt des Weiteren ein planmäßig auf Verdeckung ausgerichteten Verhalten voraus. O hingegen nutzt lediglich und ohne seine wahren Absichten zu verschleiern den Überraschungsmoment aus, was für die Erfüllung des Tatbestandes nicht ausreicht.⁶ Die Tat wurde nicht mittels eines hinterlistigen Überfalls im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB durchgeführt.

Indem K am Tatort anwesend ist und O den Hinweis mit der Vase gibt, könnte O die Körperverletzung mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich begangen haben, § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB. Mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich wird die Körperverletzung begangen, wenn mindestens zwei Personen einverständlich zusammenwirken und dem Opfer im Tatortbereich unmittelbar entgegenstehen, wobei auch die Begehung mit einem Teilnehmer grundsätzlich ausreicht.⁷ Aus dem Sinn und Zweck der Norm ergibt sich

⁵ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 20. Aufl. 2019, § 14 Rn. 44; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 224 Rn. 22.

⁶ H.M., vgl. BGH NStZ 2005, 97 (97); BGH NStZ-RR 2013, 173 (174). Aus dem Schrifttum siehe Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 224 Rn. 6; Rengier (Fn. 5), § 14 Rn. 44 f. Ein gegenteiliges Ergebnis ist vertretbar.

⁷ Rengier (Fn. 5), § 14 Rn. 47; Sternberg-Lieben, in: Schönte/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 224 Rn. 11a; Küper, GA 2003, 363 (378).

allerdings, dass der Qualifikationstatbestand nur dann erfüllt ist, falls die Gefährlichkeit der Körperverletzung für das Opfer H durch Erhöhung der Angriffsintensität oder Schwächung der Abwehrmöglichkeiten verstärkt wird.⁸ K hält eine Angriffssituation für unwahrscheinlich und möchte vielmehr in Ruhe weiterschlafen und keinesfalls aufstehen. Ein gemeinschaftliches und gefahrerhöhendes örtliches Zusammenwirken ist somit zu verneinen.⁹

Schließlich könnte der Schlag mit der Vase eine lebensgefährliche Behandlung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB darstellen. Nach h.M. wird dafür eine Begehungsweise verlangt, die nach den Umständen des konkreten Falles objektiv generell geeignet ist, das Opfer in Lebensgefahr zu bringen.¹⁰ Der Schlag mit einer massiven Glasvase auf eine sensible Körperregion wie den Kopf und für das Opfer völlig überraschend, ist objektiv generell dazu geeignet, eine Lebensgefahr bei dem nicht zur Abwehr bereiten H hervorzurufen. Die Gegenansicht, die auf eine konkrete Gefahr abstellt, müsste eine lebensgefährliche Behandlung verneinen, da H lediglich eine Platzwunde erleidet.¹¹ Diese Ansicht kann nicht überzeugen, weil dadurch die Tatbestandsvariante zum einen kaum mehr von einem versuchten Tötungsdelikt abzugrenzen ist und zum anderen auch die übrigen Nummern des § 224 StGB jeweils lediglich eine abstrakte Gefahrerhöhung verlangen.¹² Die Körperverletzung wurde mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB begangen.¹³

b) Subjektiver Tatbestand

Zu prüfen ist, ob O mit Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung handelt, da nicht F an der Tür klopft, sondern H. Insofern könnte für O ein vorsatzausschließender Tatumsstandsirrtum gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB vorliegen. Freilich setzt dies voraus, dass die Fehlvorstellung der Wirklichkeit sich auf einen Umstand bezieht, der „zum gesetzlichen Tatbestand gehört“. O ist sich bewusst einen anderen Menschen mit der Vase zu verletzen, sodass er positive Kenntnis über alle Tatumstände hat. Die Fehlvorstellung über die Identität des Opfers ist kein Irrtum über das Tatbestandsmerkmal „Mensch“, sondern angesichts der Gleichwertigkeit der Objekte ein unbeachtlicher Motivirrtum, sog. *error in persona*.¹⁴

⁸ Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönte/Schröder (Fn. 7), § 224 Rn. 11b; Küper, GA 2003, 363 (378); Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2017, Rn. 338.

⁹ Andere Ansicht wohl noch vertretbar.

¹⁰ BGH NStZ 2006, 618 (618); Theile, ZJS 2018, 99 (99); Eisele (Fn. 8), Rn. 341.

¹¹ Paeffgen/Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 224 Rn. 27 f.; Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 6 Rn. 58.

¹² Rengier (Fn. 5), § 14 Rn. 50; Buchholz, ZJS 2017, 681 (685); Fischer (Fn. 5), § 224 Rn. 26 f.

¹³ § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB kann bei entsprechender Begründung verneint werden.

¹⁴ Siehe hierzu nur Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 193 ff.; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner

3. Rechtswidrigkeit

Die tatbestandsmäßige Handlung kann mangels einer Notwehrlage nicht gem. § 32 StGB gerechtfertigt sein. Nach der insoweit entscheidenden ex-post-Perspektive¹⁵ liegt schon objektiv kein Angriff vor, weil nicht F, sondern der ohne böse Absichten an die Tür klopfende H die Nachtruhe stört.¹⁶ Auch § 34 StGB muss aufgrund einer fehlenden objektiven Gefahr ausscheiden.

4. Erlaubnistatbestandsirrtum

Da O von einem nächtlichen Besuch der F ausgeht, könnte er einem Erlaubnistatbestandsirrtum unterlegen sein. Ein solcher ist gegeben, wenn sich der Täter Umstände vorstellt, die ihn, wenn sie vorlägen, rechtfertigen würden.¹⁷

a) Hypothetische Rechtfertigungsprüfung

Wären vorliegend die Vorstellungen des O richtig gewesen, hätte die Verletzungshandlung von § 32 StGB gedeckt sein können. Da die Hotelzimmertüre unverschlossen war, hätte sich der Angriff schon im strafbaren Versuchsstadium befunden, wäre daher unmittelbar bevorgestanden, mithin also gegenwärtig gewesen. Die Verteidigungshandlung hätte geeignet und erforderlich sein müssen. Ein relativ milderes Mittel, um den Angriff gleich effektiv und sicher abzuwehren, wäre angesichts des aggressiven Auftretens und der Aufrüstung mit dem Knüppel nicht ersichtlich gewesen. Fraglich erscheint, ob die Gebotenheit hypothetisch in Abrede gestellt werden kann. Da O und F verheiratet sind, könnte man aufgrund einer engen persönlichen Beziehung das Notwehrrecht einschränken. Voraussetzung hierfür wäre ein noch so intaktes Verhältnis zwischen den Eheleuten, dass überhaupt eine Garantenpflicht fortbesteht.¹⁸ Angesichts der Drohungen der F und dem Getrenntleben ist dies zu verneinen. Ferner ist zu bedenken, dass O keineswegs die Gefahr von gravierenden Verletzungen durch rechtswidrige Attacken der Ehefrau F in Kauf nehmen muss.¹⁹ O hätte sich, wäre seine Vorstellung korrekt gewesen, somit auf § 32 StGB berufen können. Ein Erlaubnistatbestandsirrtum liegt vor.

Teil, 8. Aufl. 2017, § 13 Rn. 18 ff.; *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, Rn. 1099 ff.

¹⁵ *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 32 Rn. 63; *Rönnau/Hohn*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 94; *Rengier* (Fn. 1), § 18 Rn. 12.

¹⁶ Eher fernliegend erscheint es in der Störung der Nachtruhe einen notwehrfähigen Angriff zu erblicken.

¹⁷ Aufbautechnisch wird sich an der von *Rengier* (Fn. 1), § 30 Rn. 2, 9 vorgeschlagenen Lösung orientiert. Entscheidend ist vor allem, dass genau zwischen den Voraussetzungen des Erlaubnistatbestandsirrtums und der rechtlichen Behandlung unterschieden wird.

¹⁸ BGHSt 48, 301 (301 ff.); *Rengier* (Fn. 1), § 18 Rn. 12; *Heinrich* (Fn. 14), Rn. 381.

¹⁹ *Rengier* (Fn. 1), § 18 Rn. 69. Siehe zu der insgesamt strittigen Fallgruppe *Roxin* (Fn. 14), § 15 Rn. 93 ff.

b) Rechtliche Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums

Umstritten ist, welche Rechtsfolgen der Irrtum des O über das Vorliegen eines anerkannten Rechtfertigungsgrunds nach sich zieht, was eng damit zusammenhängt, dass der Gesetzgeber Fehlvorstellungen auf Ebene der Rechtswidrigkeit nicht explizit geregelt hat.²⁰

Daran knüpft ebenfalls die strenge Schuldtheorie an, die von § 16 StGB ausschließlich den Tatumstandsirrtum erfasst sieht und alle anderen Irrtümer, und folglich auch den Erlaubnistatbestandsirrtum, konsequent gem. § 17 StGB behandelt.²¹ Da O sich über die Rechtswidrigkeit seines Tuns irrt und diese Fehlvorstellung nach Ansicht der strengen Schuldtheorie als Irrtum über das Verbotensein nur das Unrechtsbewusstsein betrifft, müsste § 17 StGB streng angewendet werden. Obwohl diese Theorie zwar richtig erkennt, dass eine Lösung nur über die gesetzlichen Anknüpfungspunkte der §§ 16, 17 StGB erfolgen kann, trifft sie mit der Anwendung des § 17 StGB die falsche Schlussfolgerung. Denn O, der sich über die Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes irrt, handelt „an sich rechtstreu“,²² weil er, wäre seine Vorstellung korrekt gewesen, genau so hätte handeln dürfen. Somit liegt keine Fehlvorstellung über eine rechtliche Bewertung vor; O dehnt nicht zu seinen Gunsten die Rechtsordnung aus, sodass vielmehr ein Irrtum über tatsächliche (Rechtfertigungs-)Umstände besteht, für den § 16 StGB näher liegt.

Da § 16 Abs. 1 S. 1 StGB aber von „Umständen die zum gesetzlichen Tatbestand gehören“ spricht, kann diese Norm nur dann direkt angewendet werden, wenn man, wie von der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen propagiert, zum objektiven Tatbestand auch die Feststellung hinzuzählt, dass kein Rechtfertigungsgrund vorliegt.²³ Dieser Lehre liegt somit ein zweistufiger Deliktsaufbau zu Grunde, der die Ebene der Rechtswidrigkeit als negatives Merkmal in den Tatbestand integriert und nach der O einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum unterliegen würde. Gegen diese Ansicht spricht jedoch die Ausgestaltung des § 32 Abs. 1 StGB, aus dem die grundsätzliche Differenzierung zwischen vertypem Unrecht des Tatbestandes und einer davon unabhängigen Rechtfertigung als Ausnahmefall hervorgeht.²⁴

²⁰ Die Vorsatztheorie, die den Vorsatz als Bestandteil der Schuld ansieht, wird seit der Einführung des § 17 StGB praktisch nicht mehr vertreten. Sie kann somit in der Fallbearbeitung ignoriert werden.

²¹ *Schroeder*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 11. Aufl., Stand: 1.4.1994, § 16 Rn. 47 ff. Ferner *Hirsch*, ZStW 94 (1982), 239 (257 ff.); *Heuchemer*, JuS 2012, 795 (799 f.).

²² BGHSt 3, 105 (107); *Rengier* (Fn. 1), § 30 Rn. 14; *Heinrich* (Fn. 14), Rn. 1131.

²³ *Schünemann/Greco*, GA 2006, 777 (790 f.). Ähnlich *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2017, § 32 Rn. 51. Siehe auch *Herzberg/Scheinfeld*, JuS 2002, 649 (651 f.).

²⁴ Treffend *Heinrich* (Fn. 14), Rn. 1135.

Somit ist man im Ergebnis auf eine analoge Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zurückgeworfen.²⁵ Diesen Weg bestreitet die vorsatzunrechtverneinende eingeschränkte Schuldtheorie, die wertend das Unrecht vorsätzlichen Handelns als nicht verwirklicht ansieht.²⁶ Nach dieser Ansicht würde zugunsten des O schon der Vorsatz analog § 16 Abs. 1 S. 1 StGB entfallen. Aber auch diese Auffassung verdient keinen Beifall: Zum einen erkennt sie, dass O trotz des Irrtums das volle Erfolgs- und Handlungsunrecht verwirklicht. Zum anderen hat das Notwehrargument Gewicht, denn durch die Verneinung des Vorsatzes wäre H jeder Chance beraubt, gegen den Schlag des O in rechtfertigender Weise Notwehr zu üben.²⁷

Vorzug gebührt demnach der vorsatzschuldverneinenden eingeschränkten Schuldtheorie, die § 16 Abs. 1 StGB nur in ihren Rechtsfolgen heranziehen will, im Übrigen aber die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des Handelns unangetastet lässt und auf Ebene der Schuld die Vorsatzschuld verneint.²⁸ Entscheidend für das Verständnis ist, dass dem Vorsatz eine Doppelstellung als weiteres Element auf Schulddebene zukommt, was durchaus plausibel ist, wie schon die Systematik des Fahrlässigkeitsdelikts zeigt (subjektive Fahrlässigkeitsprüfung auf Ebene der Schuld). Insbesondere hat diese Ansicht den großen Vorteil, dass so Strafbarkeitslücken verhindert werden, falls wie hier eine Teilnahme-strafbarkeit in Rede steht.

Die Tat des O bleibt deshalb vorsätzlich und rechtswidrig, es entfällt lediglich die Vorsatzschuld. Eine Bestrafung der K als Teilnehmerin ist möglich.

5. Ergebnis

O handelt ohne Vorsatzschuld und ist demzufolge nicht wegen der gefährlichen Körperverletzung zum Nachteil des H strafbar.²⁹

II. § 229 StGB

Wenngleich für O gem. 16 Abs. 1 S. 1 StGB analog eine Bestrafung aus dem Vorsatzdelikt nicht in Betracht kommt, könnte er sich, wie § 16 Abs. 1 S. 2 StGB klarstellt, einer fahrlässigen Körperverletzung gem. § 229 StGB strafbar ge-

macht haben. Zweifelhaft ist, ob O ein Sorgfaltspflichtverstoß trifft, was voraussetzt, dass sein Irrtum auf einer Außerachtlassung der gebotenen und ihm persönlich zuzumutenden Sorgfalt beruht.³⁰ F hat gegenüber O mehrfach drohend zum Ausdruck gebracht, dass sie nach Mallorca reisen würde um O ernsthaft zu verletzen. Zudem ist ein nächtliches Klopfen an der Hotelzimmertür, die überdies auch noch unverschlossen war, in objektiv nachvollziehbarer Weise dazu geeignet, aus Sicht des O eine gefährliche Situation hervorzurufen. Die irrtümliche Annahme der Notwehrlage kann O deshalb nicht angelastet werden.³¹ Eine Strafbarkeit gem. § 229 StGB liegt nicht vor.

III. § 303 Abs. 1 StGB

Indem die Vase bei dem Schlag auf H zu Bruch ging, könnte sich O wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts

Auch hier ist deutsches Strafrecht anwendbar. Der Geltungsanspruch kann auf § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB gestützt werden kann, weil die Vase im Eigentum des spanischen Hotels steht.

2. Tatbestand

Da die Vase in Folge der irrtümlichen Verteidigungshandlung des O irreparabel zu Bruch geht, wird sie in ihrer Existenz vernichtet, sodass ein Zerstören im Sinne des § 303 Abs. 1 Var. 2 StGB gegeben ist. Diesbezüglich handelt O mit *dolus eventualis*.

3. Rechtswidrigkeit

Die Tat des O ist rechtswidrig. Insbesondere scheidet eine Rechtfertigung gem. § 904 BGB mangels einer objektiven gegenwärtigen Gefahr aus.

4. Erlaubnistatbestandsirrtum

a) Hypothetische Rechtfertigungsprüfung

Fraglich ist, ob O sich erneut über die Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrunds irrt. Anders als bei der Prüfung der §§ 223, 224 StGB liegt jedenfalls § 32 StGB hier auch hypothetisch nicht vor. Denn selbst wenn seine Vorstellung richtig gewesen wäre, würde § 32 StGB nicht eingreifen, da durch die Beschädigung der im Eigentum des Hotels stehenden Vase in Rechtsgüter von unbeteiligten Dritten eingegriffen wird.

Jedoch könnte, falls die Vorstellung des O korrekt gewesen wäre, die Sachbeschädigung gem. § 904 BGB gerecht-

²⁵ Da es sich um eine täterbegünstigende Analogie handelt, besteht auch kein Konflikt mit Art. 103 Abs. 2 GG.

²⁶ Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 16 Rn. 17 f. Ferner Kühl (Fn. 14), § 13 Rn. 71 ff.; Roxin (Fn. 14), § 14 Rn. 64 ff.

²⁷ So auch Heinrich (Fn. 14), Rn. 1133.

²⁸ Rengier (Fn. 1), § 30 Rn. 19 f.; Fischer (Fn. 5), § 16 Rn. 22d; Rengier/Brand, JuS 2008, 514 (518). Wohl auch BGH NStZ 2012, 272 (272) m. Anm. Rotsch, ZJS 2012, 109 (109 ff.).

²⁹ Nur wer der strengen Schuldtheorie folgt, kann eine Strafbarkeit aus einem Vorsatzdelikt bejahen. Was die Strafbarkeit des O nach § 229 StGB anbelangt, so ist es unerheblich, welcher eingeschränkten Schuldtheorie gefolgt wird. Auswirkungen hat dieser Meinungsstreit allerdings im Hinblick auf eine Strafbarkeit der K.

³⁰ Vgl. BGH NJW 1992, 516 (617). Entscheidend in diesem Kontext ist, ob der Täter eine Sorgfaltspflicht verletzt hat, indem er einem entsprechenden Irrtum unterlegen ist. Dies wird oftmals übersehen und vorschnell aus dem Vorliegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums auf eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit geschlossen.

³¹ Andere Ansicht ist vertretbar.

fertigt sein.³² Eine Notstandslage wäre gegeben gewesen. Auch wäre die Notstandshandlung geeignet gewesen, die Gefahr abzuwenden. Überdies wäre kein milderer Mittel ersichtlich gewesen, zumal nach der Vorstellung des O die F unmittelbar mit dem Knüppel bewaffnet mitten in der Nacht vor der Tür stand. Schlussendlich wäre der drohende Schaden (schwere Eingriffe in die körperliche Integrität des O durch F) gegenüber dem entstehenden Schaden (Beschädigung einer Hotelvase) unverhältnismäßig groß gewesen, sodass die Interessensabwägung zu Gunsten des O hätte ausfallen müssen. Da er in seiner Vorstellung mit Rettungsabsicht handelt, hätte sich O, wäre seine Vorstellung korrekt gewesen, auf § 904 BGB berufen können.

b) Rechtliche Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums

In Bezug auf die Rechtsfolgen des Erlaubnistatbestandsirrtums ist auf oben zu verweisen.³³ Die Tat des O bleibt tatbestandsmäßig und rechtswidrig, es entfällt die Vorsatzschuld.

5. Ergebnis

O hat sich nicht gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit der K

I. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 26 StGB

Indem K dem O zur Benutzung der Vase riet, könnte sie wegen Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB strafbar sein.

1. Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts

Gem. § 7 Abs. 1 StGB findet deutsches Strafrecht auch auf F Anwendung, zumal § 7 Abs. 1 StGB, anders als § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB, allein auf die „Tat“ und nicht auf den „Täter“ abstellt.³⁴

2. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Mit der vorsatzschuldverneinenden eingeschränkten Schuldtheorie bleibt die Körperverletzung des O vorsätzlich und rechtswidrig; eine taugliche Haupttat liegt somit vor.³⁵ Darüber hinaus müsste ein Bestimmen von Seiten der K vorlie-

gen. Durch die Empfehlung, die massive Glasvase zu nehmen, sofort die Tür aufzureißen und die Person mit der Vase niederzustrecken, hat K bei O den Tatenschluss mitursächlich hervorgerufen.

Ob etwas anderes als Anstiftung in Betracht kommt, ist zweifelhaft. Da bei O mangels Vorsatzschuld grundsätzlich ein deliktisches Minus besteht, könnte eine mittelbare Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB vorliegen. Indem K die Drohungen der F als Hirngespinnste abtut und auch nicht davon ausgeht, dass es sich bei dem nächtlichen Besuch tatsächlich um F handelt, spiegelt sie allerdings weder O trotz besseren Wissens eine Rechtfertigungslage vor noch nutzt sie bewusst den Irrtum aus.³⁶ K hat folglich keine Tatherrschaft bzw. will die Tat auch nicht als eigene. Was eine Mittäterschaft anbelangt, so fehlt es bereits an einem gemeinsamen Tatenschluss.

b) Subjektiver Tatbestand

K müsste vorsätzlich bezüglich der Haupttat gehandelt haben. Problematisch ist in diesem Zusammenhang die Auswirkung des error in persona des O auf den Vorsatz der K. Dies ist vor allem bei Konstellationen strittig, in denen der Anstifter den Täter zur Körperverletzung einer klar bezeichneten Person, auf die sich der Vorsatz des Anstifters konkretisiert hat, bestimmt.³⁷ K ist es hingegen egal, wer verletzt wird; ihr einziger Beweggrund ist, dass sie in Ruhe weiterschlafen kann. Sie findet sich mit der Verletzung der in diesem Moment klopfenden Person ab und zwar unabhängig von deren Identität. Folglich nimmt sie ebenso billigend in Kauf, dass, ohne zu wissen wer an der Tür steht, genau diese Person verletzt wird und exakt dies geschieht auch. Dann kann aber der Irrtum des O keine Rolle für den Vorsatz der K spielen. Der error in persona ist unbeachtlich. Da sie zudem vorsätzlich bezüglich des Hervorrufens des Tatenschlusses bei O handelt, ist der subjektive Tatbestand gegeben.

3. Rechtswidrigkeit

K handelt rechtswidrig.³⁸

4. Schuld

Ebenso handelt sie schuldhaft.

5. Ergebnis

K ist wegen Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung des O gegenüber H gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 26 StGB strafbar.

³² Keinesfalls gem. § 228 BGB, da von der Vase keine Gefahr ausging. Siehe zu § 904 BGB *Kühl* (Fn. 14), § 9 Rn. 17 ff.

³³ Siehe A. I. 3. b).

³⁴ Zur Frage, ob auch bei einem Teilnehmer § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB anwendbar ist, siehe sogleich die Prüfung von K gem. §§ 303 Abs. 1, 26 StGB.

³⁵ An dieser Stelle zeigt sich, dass die Entscheidung, ob zugunsten des O § 16 StGB unmittelbar oder analog angewandt wird, nicht entbehrlich war, denn die Rechtsfolge ist aufgrund der Teilnehmerin K nicht identisch. Wer nämlich der Lehre der negativen Tatbestandsmerkmale oder der analogen Anwendung von § 16 StGB in dem Sinne folgt, dass das Vorsatzunrecht verneint wird, kann K mangels vorsätzlicher Haupttat nicht mehr bestrafen.

³⁶ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 67. Ähnlich die Falllösung von *Rengier/Brand*, JuS 2008, 514 (518), Fn. 44.

³⁷ Sog. Rose-Rosahl-Konstellationen, vgl. hierzu mit zahlreichen Hinweisen zu Übungsfallliteratur *Kühl* (Fn. 14), § 20 Rn. 206 ff.

³⁸ Anders als O stellt sie sich auch nicht positiv Umstände vor, die, falls sie der Realität entsprächen, einen anerkannten Rechtfertigungsgrund darstellen würden.

II. §§ 303 Abs. 1, 26 StGB

K könnte sich strafbar gemacht haben wegen Anstiftung zur Sachbeschädigung, als die Vase bei dem Schlag des O zu Bruch ging.

1. Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts

Zweifelhaft ist, ob deutsches Strafrecht Geltung beanspruchen kann. In § 7 Abs. 1 StGB kann kein legitimierender Anknüpfungspunkt erblickt werden, weil die Vase im Eigentum des spanischen Hotels steht. Ob man die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB stützen kann, ist – obwohl K deutsche Staatsbürgerin ist – strittig. Denn im Gegensatz zu § 7 Abs. 1 StGB stellt § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB explizit auf den Täter ab. Nach h.M. ist damit jedoch nicht alleine der Täter im Sinne des § 25 StGB gemeint, sondern der Ausdruck ist im Sinne jeglicher Beteiligung zu verstehen; es ist also ebenso die Anstiftung der K an der in Spanien verübten Tat des O von § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfasst.³⁹ Für eine solche Auslegung spricht, neben dem Grundsatz des aktiven Personalitätsprinzips unter Beachtung des Auslieferungsverbots gem. Art. 16 Abs. 2 GG, die Regelung des § 9 Abs. 2 S. 1 StGB, nach der auch Auslandstaten erfasst werden, wie sich aus § 9 Abs. 2 S. 2 StGB ergibt.

2. Tatbestand

K handelt objektiv tatbestandsmäßig. Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat des O liegt ebenso wie ein Bestimmen der K vor. Überdies kann ihr der doppelte Anstiftervorsatz zur Last gelegt werden, da sie sowohl bezüglich der Zerstörung der Vase als auch im Hinblick auf das Bestimmen zur Haupttat mit bedingtem Vorsatz handelt.

3. Rechtswidrigkeit

K handelt rechtswidrig.

4. Schuld

Zugleich handelt sie schuldhaft.

5. Ergebnis

K hat sich wegen Anstiftung zu Sachbeschädigung gem. §§ 303 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht.

³⁹ Siehe zur h.M. *Werle/Jeffberger*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 5 Rn. 21 ff.; § 7 Rn. 81; *Ambos* (Fn. 15), § 7 Rn. 32. Kritisch aber *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 8. Aufl. 2018, § 5 Rn. 9.

Entscheidungsanmerkung

Notwehrprovokation

1. Wer zielstrebig einen Angriff herausfordert, um den Gegner unter dem Deckmantel einer äußerlich gegebenen Notwehrlage an seinen Rechtsgütern zu verletzen, handelt rechtsmissbräuchlich, indem er einen Verteidigungswillen vortäuscht, mit der Folge, dass dem Täter eine Berufung auf Notwehr, jedenfalls grundsätzlich, versagt ist.
2. Bei einer (nur) vorsätzlich provozierten Notwehrlage wird das Notwehrrecht nicht vollständig und nicht zeitlich unbegrenzt genommen; der Täter muss unter Umständen auf eine sichere erfolgversprechende Verteidigung verzichten und das Risiko hinnehmen, dass ein minder gefährliches Abwehrmittel keine gleichwertigen Erfolgchancen hat.
3. Wird der Angriff lediglich leichtfertig provoziert, dürfen nicht sofort lebensgefährliche Mittel eingesetzt werden; vielmehr ist dem Angriff nach Möglichkeit auszuweichen und es darf zur Trutzwehr erst gegriffen werden, nachdem der sich Verteidigende Möglichkeiten der Schutzwehr ausgenutzt hat.
4. Bei einem rechtlich erlaubten Tun setzt eine Notwehreinschränkung voraus, dass die tatsächlich bestehende Notwehrlage durch ein rechtswidriges, jedenfalls aber sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten des Angegriffenen verursacht worden ist und zwischen diesem Vorverhalten und dem rechtswidrigen Angriff ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang besteht. (Leitsätze der Verf.)

StGB § 32

BGH, Urt. v. 17.1.2019 – 4 StR 456/18¹

I. Sachverhalt

Der Entscheidung des BGH liegt ein Urteil des Landgerichts Dortmund zugrunde.² Nach den (hier gekürzt wiedergegebenen) Feststellungen begab sich T, der an einer paranoid-halluzinatorischen Psychose litt, am Abend mit seiner damaligen Lebensgefährtin P zum Gleis 5 des Dortmunder Hauptbahnhofs. Dort urinierte die alkoholisierte P in einem Wartehäuschen, während T sich als Sichtschutz vor sie stellte. Der Zeuge G, der hinzukam, sagte daraufhin zu ihr: „Entschuldigung, hier ist keine Toilette“. Es entwickelte sich nun ein Streitgespräch zwischen G und T, wobei beide sich deutlich erregten. T verließ daraufhin den Bereich des Wartehäuschens und begab sich auf die andere Seite des Bahnsteigs, wodurch sich die Distanz zu G vergrößerte. Dort begann T

nun herumspringen und Kampfgeräusche von sich zu geben. Von G unbemerkt zog T ein klappbares Jagdmesser mit sieben Zentimeter langer Klinge aus der Tasche.

G fühlte sich durch das Herumspringen herausgefordert und ging auf T zu, um ihm unvermittelt einen Schlag mit dem Arm zu versetzen. T schätzte die Situation zutreffend ein und stieß dem G das Messer sodann in die linke Körperflanke, um den bevorstehenden körperlichen Angriff abzuwehren. Es konnte nicht sicher festgestellt werden, ob T im Tatzeitpunkt unter akuten Symptomen seiner paranoid-halluzinatorischen Psychose litt. Ein psychotisches Erleben war jedenfalls nicht handlungsleitend.

Das Landgericht Dortmund hat die von der Staatsanwaltschaft (im Rahmen eines sog. Sicherungsverfahrens nach §§ 413 ff. StPO) beantragte Unterbringung des T in einem psychiatrischen Krankenhaus abgelehnt, weil es bereits an einer rechtswidrigen Anlasstat fehle. Der Messerstich sei nach Maßgabe des Notwehrrechts gemäß § 32 StGB gerechtfertigt gewesen, denn G habe den T rechtswidrig angegriffen und T habe zudem mit Verteidigungswillen gehandelt, was selbst dann zu bejahen sei, wenn seine Psychose handlungsleitend gewesen wäre. Der Stich mit dem Jagdmesser sei zu seiner Verteidigung auch erforderlich gewesen, weil ein vorheriges Androhen des Messereinsatzes nicht geeignet gewesen wäre, den in Sekunden bevorstehenden Angriff abzuwehren, zumal G davon ausgegangen sei, dass T das Messer bereits wahrgenommen habe. Auf einen ungewissen Kampf habe T sich nicht einlassen müssen.

Gegen das Urteil des Landgerichts hat die Staatsanwaltschaft Revision eingelegt.³ Das Rechtsmittel hatte Erfolg: Der BGH bemängelte Lücken bei den Feststellungen. Es seien schon keine ausreichenden Aussagen getroffen worden zu den räumlichen Verhältnissen und zur genauen Kampflage zum Zeitpunkt des Angriffsbeginns, weshalb die Annahme, der sofortige Messereinsatz sei erforderlich gewesen, um den Angriff abzuwehren, nicht nachgeprüft werden könne. Wegen dieser Lücken und einer teilweise widersprüchlichen Begründung hat der 4. Strafsenat das Urteil des Landgerichts Dortmund mit den Feststellungen aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.⁴

II. Allgemein: sozialetische Einschränkung des Notwehrrechts

Das Notwehrrecht ist in der Regel rigoros („schneidig“).⁵ In manchen Fällen bedarf es aber normativer Einschränkungen, weil das beeinträchtigte Rechtsgut eben doch ausnahmsweise einmal mehr wiegen kann als das verteidigte Individualrechtsgut und die verteidigte Rechtsordnung zusammen. Denn die an der Abwägung beteiligten Interessen (beeinträchtigtes Individualrechtsgut des Angreifers einerseits, verteidigtes Individualrechtsgut und verteidigte Rechtsordnung anderer-

¹ Die Entscheidung ist zu finden unter BGH BeckRS 2019, 3856 = BGH NSTZ 2019, 263 und online abrufbar unter juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=b233ba498ea665e47723adc270fdc6b6&nr=93657&pos=0&nz=1&Blank=1.pdf (30.5.2019).

² LG Dortmund, Urt. v. 14.3.2018 – 6 Ss 295/18.

³ Zu den Voraussetzungen siehe Putzke/Scheinfeld, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2017, Rn. 790 ff.

⁴ Siehe § 353 StPO und § 354 Abs. 2 S. 1 StPO.

⁵ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 18 Rn. 54.

seits) können je nach Einzelfall mehr oder weniger Gewicht haben.⁶

Obwohl dazu vieles umstritten ist, lassen sich vier klassische Fallgruppen benennen, bei denen eine Einschränkung des Notwehrrechts angenommen werden kann: Angriff schuldlos Handelnder, Angriff nahestehender Personen und Angriffe, die der Verteidiger provoziert hat („Notwehrprovokation“), sowie im Falle eines krassen Missverhältnisses zwischen geschütztem und beeinträchtigtem Interesse.⁷

Liegt eine dieser Fallgruppen vor, ist das Notwehrrecht nach herrschender Ansicht allerdings nicht ganz ausgeschlossen, sondern nur abgeschwächt in dem Sinne, dass der Täter grundsätzlich die mildeste der folgenden Möglichkeiten wählen muss und nur dann zur stärkeren Reaktion wechseln darf, wenn der Angriff sich anders nicht beenden lässt: Auf der ersten Stufe sind Flucht- und Ausweichmöglichkeiten zu wählen, auf der zweiten eine Verteidigungsvariante in Form bloßer (defensiver) Gegenwehr („Schutzwehr“) und erst auf der dritten Stufe darf zu einem Gegenangriff übergegangen werden („Trutzwehr“).⁸

III. Speziell: Notwehrprovokation

Kernproblem des Falles ist, ob T den Angriff des G mitverschuldet hat, also ob ein Fall einer schuldhaften Provokation einer Notwehrlage vorlag („Notwehrprovokation“). Damit habe das Landgericht Dortmund sich nicht beschäftigt, obwohl sich dies geradezu aufgedrängt habe. Denn dass ein – mit Kampfgeräuschen verbundenes – Herumspringen vor G in einer durch die vorausgegangene verbale Auseinandersetzung angespannten und aufgeheizten Situation einen Angriff herausfordern konnte und möglicherweise auch sollte, habe auch mit Blick darauf nahe gelegen, dass T in dieser Situation sein Messer für den Zeugen unbemerkt zog. Dieses Erörterungsdefizit nimmt der BGH sowohl zum Anlass, das Urteil aufzuheben, als auch zu den denkbaren Varianten einer Notwehrprovokation Stellung zu nehmen. Der BGH unterscheidet vier Konstellationen und äußert sich jeweils zur rechtlichen Bewertung: Absichtsprovokation (1.), vorsätzliche Provokation (2.), leichtfertige Provokation (3.) sowie ein rechtlich gebotenes oder erlaubtes Tun (4.).

1. Zunächst widmet der BGH sich der Notwehrprovokation in Form der Absichtsprovokation. Diese Konstellation liegt vor, wenn jemand „zielstrebig einen Angriff herausfordert, um den Gegner unter dem Deckmantel einer äußerlich gegebenen Notwehrlage an seinen Rechtsgütern zu verletzen.“⁹

Handelt es sich bei der Provokation bereits um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff, ist die Sachlage einfach: Der Provozierende muss die Reaktion des Provozierten dulden, soweit sie sich im Rahmen der erforderlichen Abwehr

bewegt. Die Schwierigkeiten beginnen bei Fällen, in denen die Provokation nur ein vorwerfbares Verhalten darstellt (etwa bössartige Sticheleien, abgeschlossene Beleidigungen, Aufforderungen zu Tötlichkeiten). Auch insoweit wird man sagen können, dass ein solches Verhalten rechtsmissbräuchlich ist. Denn aus dem Rechtsbewährungsprinzip lässt sich kein Schutz desjenigen ableiten, der ein Recht zu Schädigungszwecken absichtlich missbraucht.¹⁰ Umstritten sind aber die Konsequenzen:

Eine Ansicht (die vor allem von der Rechtsprechung vertreten wird) plädiert dafür, dem Provokateur das Notwehrrecht zu versagen.¹¹ Der BGH begründet dies damit, dass dem „Verteidiger“ der Verteidigungswille fehle. Andere führen an, dass der Provokateur durch sein Vorverhalten konkludent eine *Einwilligung* erkläre und er im bewussten Risiko auf den Schutz seiner disponiblen Rechtsgüter verzichte.¹²

In der Praxis kommen Fälle der Absichtsprovokation „so gut wie nie“¹³ vor oder sind jedenfalls kaum nachweisbar.¹⁴ Abgesehen davon dürfte die Meinung, die das Notwehrrecht pauschal „versagen“ will, vom Provokateur kaum die Duldung von Angriffen abverlangen, die seine körperliche Integrität erheblich und unvorhergesehen zu verletzten drohen, erst recht nicht die Duldung seiner eigenen Tötung.¹⁵ Darauf deutet in der BGH-Rechtsprechung die Formulierung hin, dass das Notwehrrecht „jedenfalls grundsätzlich“ entfalle.¹⁶

Nach anderer Ansicht (der wohl herrschenden Lehre)¹⁷ gelten die allgemeinen Regeln, d.h. zunächst seien auf der ersten Stufe Flucht- und Ausweichmöglichkeiten zu wählen und auf der zweiten eine Verteidigung durch Schutzwehr. Versprechen diese Reaktionen keinen Erfolg, dürfe zur Trutzwehr gegriffen werden.

Nach einer weiteren Ansicht behalte ein Provokateur trotz seiner Absichtsprovokation das volle Notwehrrecht.¹⁸ Diese Ansicht erscheint überzeugend. Schauen wir auf den vorliegenden Fall und unterstellen probenhalber, dass T den G absichtlich provoziert hat: Im Moment des Zustechens läge dann die Verantwortung für das Geschehen noch immer bei

¹⁰ Rengier (Fn. 5), § 18 Rn. 84.

¹¹ So BGH, Urt. v. 17.1.2019 – 4 StR 456/18, Rn. 6 m.w.N.; Kaspar, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2015, Rn. 277; Krey/Esser, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2016, Rn. 555; differenzierend Rengier (Fn. 5), § 18 Rn. 88.

¹² Roxin, ZStW 93 (1981), 68 (85 f.); vgl. auch Rönnau, JuS 2009, 404 (407).

¹³ Kühl, StV 1997, 298.

¹⁴ Eidam, HRRS 2016, 380 (381).

¹⁵ Dazu Rengier (Fn. 5), § 18 Rn. 88.

¹⁶ Siehe nur BGH, Urt. v. 17.1.2019 – 4 StR 456/18, Rn. 6; so schon BGH NJW 1983, 2267.

¹⁷ Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 55 ff.; guter Überblick zum Meinungsstand bei Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 3. Aufl. 1997, § 15 Rn. 61 ff.

¹⁸ Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2018, Kapitel 16 Rn. 31; Rönnau/Hohn, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 252 f.

⁶ Hardtung/Putzke, Examinatorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2016, Rn. 601.

⁷ Siehe Rengier (Fn. 5), § 18 Rn. 57 ff. und Hardtung/Putzke (Fn. 6), Rn. 599.

⁸ Siehe Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2015, § 5 Rn. 48.

⁹ BGH, Urt. v. 17.1.2019 – 4 StR 456/18, Rn. 6.

G; denn er wäre es, der den T rechtswidrig angreift. Seine Verantwortung ist auch nicht abgeschwächt, und das Interesse der Verteidigung der Rechtsordnung hat sein volles Gewicht.¹⁹

Das heißt aber noch lange nicht, dass T, hätte er den Angriff absichtlich provoziert, straflos ausginge: Zwar wäre er, soweit man die Erforderlichkeit des Messereinsatzes bejaht, im Moment des Zustechens nach § 32 StGB gerechtfertigt, doch kann sich seine Strafbarkeit aus seinem provozierenden Vorverhalten ergeben („*actio illicita in causa*“).²⁰ Der Ansatz könnte dann etwa wie folgt lauten: „Strafbarkeit des T wegen gefährlicher Körperverletzung durch das aggressive Verhalten“. Die Bejahung einer Strafbarkeit hängt dann ab von der Frage, ob T eine unerlaubte Gefahr geschaffen hat, was in einer Ex-ante-Prognose auf eine Abwägung der vermutlichen Gefahren mit dem vermutlichen Nutzen der fraglichen Verhaltensweise hinausläuft.²¹

Aber widmen wir uns wieder der hier zu besprechenden BGH-Entscheidung und dem zugrunde liegenden Sachverhalt. Es ist insoweit ohnehin nicht zu erwarten, dass eine erneute Beweisaufnahme zur Annahme einer Absichtsprovokation führt.

2. Als zweite Konstellation benennt der BGH Provokationen, die „nur vorsätzlich“ erfolgen. Es gebe hier weder einen vollständigen noch zeitlich unbegrenzten Entzug des Notwehrrechts. Vielmehr gelten „umso höhere Anforderungen im Hinblick auf die Vermeidung gefährlicher Konstellationen [...], je schwerer die rechtswidrige und vorwerfbare Provokation der Notwehrlage wiegt.“ Wer unter erschwerenden Umständen die Notwehrlage provoziert habe, müsse „unter Umständen auf eine sichere erfolgversprechende Verteidigung verzichten und das Risiko hinnehmen, dass ein minder gefährliches Abwehrmittel keine gleichwertigen Erfolgchancen hat.“²²

Ob der BGH damit in bestimmten Fällen, wie bei der Absichtsprovokation, dem Provokateur das Notwehrrecht („jedenfalls grundsätzlich“, siehe oben) komplett versagen würde, ist unklar. Der 5. Strafsenat hat im Jahr 2011 in dieser Richtung entschieden und gesagt, dass „das Notwehrrecht auch bei der [...] Vorsatzprovokation in ähnlichem Umfang eingeschränkt“ ist wie bei der Absichtsprovokation.²³ Wer diesen Ausschluss vom Grundsatz her für richtig hält, wird allerdings differenzieren müssen zwischen sicherem Wissen und Eventualvorsatz.²⁴

Die zuvor wiedergegebenen Formulierungen zeigen, dass der BGH auch in Fällen, in denen der Provozierende es für möglich hält und billigt, dass sein Verhalten einen Angriff auslöst, höhere Maßstäbe an die Erforderlichkeit des Ab-

wehrverhaltens anlegt. Selbst wenn man im vorliegenden Fall annimmt, dass T einen Angriff vorhergesehen und gebilligt hat (was schwierig zu beweisen sein dürfte), muss immer noch plausibel begründet werden, welches Abwehrmittel alternativ in Betracht gekommen wäre, zumal im Raum steht, dass T das Messer vor dem Stich sogar wahrgenommen hat.

3. In der dritten Konstellation, einer leichtfertigen Provokation, dürfe der Provozierende von seinem grundsätzlich gegebenen Notwehrrecht nicht bedenkenlos Gebrauch machen und nicht sofort ein lebensgefährliches Mittel einsetzen. Vielmehr müsse er „dem Angriff nach Möglichkeit ausweichen und [...] zur Trutzwahl mit einer lebensgefährlichen Waffe erst Zuflucht nehmen, nachdem er alle Möglichkeiten der Schutzwehr ausgenutzt hat“.²⁵

Das Landgericht Dortmund wird insoweit die Frage zu klären haben, inwieweit dem T sich die Gefahr eines Angriffs des G aufdrängen musste, nachdem dieser berechtigterweise ein asoziales Verhalten (das Urinieren in einem Wartehäuschen auf einem Bahnsteig) kritisiert hatte und sich konfrontiert sah mit Herumspringen und Kampfgeräuschen.

4. Generell ist aber eine weitere Frage zu klären, nämlich welche Anforderungen an das Verhalten des Provozierenden zu stellen sind, um darauf eine Notwehreinschränkung zu stützen. Dazu sagt der BGH: „Ein rechtlich gebotenes oder erlaubtes Tun führt [...] nicht ohne weiteres zu Einschränkungen des Notwehrrechts, auch wenn der Täter wusste oder wissen musste, dass andere durch dieses Verhalten zu einem rechtswidrigen Angriff veranlasst werden könnten [...]. Nach der st. Rspr. des BGH setzt eine Notwehreinschränkung vielmehr voraus, dass die tatsächlich bestehende Notwehrlage durch ein rechtswidriges, jedenfalls aber sozialeschlecht zu missbilligendes Vorverhalten des Angegriffenen verursacht worden ist und zwischen diesem Vorverhalten und dem rechtswidrigen Angriff ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang besteht“.²⁶ In den Worten des 2. Strafsenats müsse es sich um ein pflichtwidriges Vorverhalten handeln, „das bei vernünftiger Würdigung aller Umstände des Einzelfalles den folgenden Angriff als eine adäquate und voraussehbare Folge der Pflichtverletzung des Angegriffenen erscheinen lässt“.²⁷

Soweit der BGH für eine Notwehreinschränkung ein rechtswidriges Vorverhalten voraussetzt, ist an diesem Ansatz nichts auszusetzen. Kaum zu bestreiten sein dürfte zudem, dass sei der Vollständigkeit halber hier erwähnt, dass weder rechtlich noch sozialeschlecht zu beanstandende Verhaltensweisen Einschränkung des Notwehrrechts nach sich zu ziehen vermögen.²⁸

Problematisch und abzulehnen sind indes Notwehreinschränkungen, für die der BGH bereits ein „sozialeschlecht zu

¹⁹ Siehe dazu *Hardtung/Putzke* (Fn. 6), Rn. 753.

²⁰ Dazu *Hardtung/Putzke* (Fn. 6), Rn. 751 ff.; *Frister* (Fn. 18), Kapitel 16 Rn. 31; „massive Bedenken“ äußern *Krey/Esner* (Fn. 11), Rn. 563 m.w.N.

²¹ Ausführlich dazu *Hardtung/Putzke* (Fn. 6), Rn. 756.

²² BGH, Urt. v. 17.1.2019 – 4 StR 456/18, Rn. 6.

²³ BGH NStZ-RR 2011, 305 unter Verweis auf BGH NStZ 1994, 277.

²⁴ So *Kaspar* (Fn. 11), Rn. 278 f.; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, Rn. 228.

²⁵ BGH, Urt. v. 17.1.2019 – 4 StR 456/18, Rn. 6.

²⁶ BGH, Urt. v. 17.1.2019 – 4 StR 456/18, Rn. 6.

²⁷ BGH NStZ 2016, 84 (85 f.).

²⁸ *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 32 Rn. 233 m.w.N.; *Krey/Esner* (Fn. 11), Rn. 559; *Rengier* (Fn. 5), § 18 Rn. 74.

missbilligendes Vorverhalten“ genügen lässt.²⁹ Einwenden lässt sich gegen die Sicht der Rechtsprechung bereits die weitgehende Konturenlosigkeit sozialer Inadäquanz. Ist es sozialetisch missbilligt, ein Zugfenster mehrmals nach wiederholtem Schließen durch den späteren Angreifer mit dem Ziel zu öffnen, den angetrunkenen und nach Alkohol riechenden späteren Angreifer mittels Kaltluft aus dem Abteil hinauszuekeln?³⁰ Oder wie liegen die Dinge, wenn jemand, der beim Rückwärtsfahren auf einem Supermarktparkplatz fahrlässig ein Kind getötet hat, gegen den Willen der Eltern auf der Beerdigung erscheint? Oder wenn ein bekennender Atheist, der sich die berühmte Orgel im Passauer Dom anhören möchte, das Gebäude betritt und dabei gedankenlos ein T-Shirt mit der Aufschrift trägt „Es gibt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit keinen Gott“? Oder wenn jemand im ICE-Ruheabteil, während sich dort weitere Reisende aufhalten, ungeniert ein längeres Telefonat führt?

Ähnliche Schwierigkeiten bestehen freilich auch bei der objektiven Zurechnung und der dort notwendigen Bestimmung, ob eine geschaffene Gefahr erlaubt oder unerlaubt ist. Der Unterschied ist freilich, dass in den Fällen eines Angriffs, der durch ein sozialetisch missbilligtes Verhalten verursacht wurde, es „allein der Angreifer ist, der den Rechtsfrieden bricht, während der (in Notwehr handelnde) Täter selbst den Boden des Rechts niemals verlassen hat.“³¹ Auch führt eine solche Sicht zu einer Aushöhlung des Notwehrrechts.³² Zutreffend hat *Bertel* die Kritik wie folgt auf den Punkt gebracht: „Wohin käme man, wenn man ständig darauf achten müßte, der Aggressionslust anderer aus dem Weg zu gehen!“³³

Auf Basis der BGH-Rechtsprechung wird das Landgericht in einer neuen Hauptverhandlung auch erörtern müssen, ob die Kombination aus einer Beteiligung am (bezogen auf die „Deutsche Bahn AG“ rechtswidrigen) Urinieren sowie dem Streitgespräch, dem Herumspringen und den Kampfgeräuschen ein sozialetisch missbilligtes Vorverhalten darstellt. Das Ergebnis ist offen. Es wäre zu begrüßen, wenn wenigstens einige der Instanzgerichte auf die zunehmend das Notwehrrecht aushöhlende Rechtsprechung des BGH (weiterhin) mit Augenmaß reagieren. Vor allem gilt es, dem Trend entgegenzutreten, rechtlich erlaubtes und bloß sozialetisch missbilligenswertes Verhalten zum Anlass zu nehmen, das Recht zu beschneiden, sich notfalls „schneidig“ gegen Angreifer zu verteidigen.

*Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M. (Krakau), Passau,
RiAG Dr. Christina Putzke, Deggendorf*

²⁹ Ebenso *Eidam*, HRRS 2016, 380 (383); *Rengier* (Fn. 5), § 18 Rn. 78 m.w.N.

³⁰ So BGHSt 42, 97 ff. = NJW 1996, 2315, der in diesem Verhalten sogar eine Missachtung des späteren Angreifers erblickte, die ihrem Gewicht nach einer schweren Beleidigung gleichkomme.

³¹ *Eidam*, HRRS 2016, 380 (383) m.w.N.

³² *Lenckner*, JR 1984, 206.

³³ *Bertel*, ZStW 84 (1972), 1 (26); dazu *Eidam*, HRRS 2016, 380 (381).

Entscheidungsanmerkung

Zum Sich-Erbieten zu einem Tötungsverbrechen gegenüber dem Opfer

**Wegen Sich-Bereiterklärens zu einem Tötungsverbrechen kann sich auch derjenige, der die Erklärung gegenüber dem potenziellen Opfer abgibt, jedenfalls dann strafbar machen, wenn die Erklärung in der konkreten Fallkonstellation geeignet ist, eine motivationale Selbstbindung des Täters zu begründen.
(Amtlicher Leitsatz)**

StGB § 30 Abs. 2, 211 Abs. 2

BGH, Urt. v. 4.7.2018 – 2 StR 245/17¹

I. Einleitung

Die Bearbeitung von Fällen, die den Versuch der Beteiligung (§ 30 StGB) thematisieren, fällt den Studenten erfahrungsgemäß nicht immer leicht. Das liegt zum einen daran, dass die Vorschrift und deren Funktion nicht hinreichend bekannt sind und zum anderen die ihr zugrundeliegende Dogmatik nicht beherrscht wird. Die Fehler in der Fallbearbeitung beginnen häufig schon mit einem fehlerhaften Obersatz, wenn formuliert wird, ob sich bspw. A gem. § 30 Abs. 2 StGB strafbar gemacht habe. Übersehen wird, dass sich gem. § 30 Abs. 2 StGB keine Person strafbar machen kann, weil die sonstigen Vorbereitungshandlungen, die in § 30 Abs. 2 StGB genannt werden, lediglich *Erscheinungsformen* von Strafvorschriften des StGB darstellen und nicht selbst Strafvorschriften sind.² Als Erscheinungsformen von Strafvorschriften des StGB stellen sie Verhaltensweisen unter Strafe, die zeitlich vor der versuchten Straftat begangen werden. Strafbare Vorbereitungshandlungen sind dementsprechend Verhaltensweisen, die mit Strafe bedroht sind, obwohl der Täter noch nicht einmal im Sinne des Versuchs (§ 22 StGB) unmittelbar zur Tat angesetzt hat. Eine solche *Vorverlagerung* der Strafbarkeit, die sich vom Kern der Straftat als wenigstens versuchtes Tatumrecht immer weiter entfernt, bedarf natürlich eines verhältnismäßigen Einsatzes. Hinsichtlich der Strafvorschriften legen § 30 Abs. 1 und Abs. 2 StGB deshalb fest, dass *nur* die Vorbereitung von Verbrechen (vgl. § 12 StGB) strafbar ist. Eine weitere Beschränkung findet sich hinsichtlich der Formen strafbarer Verbrechensvorbereitung: § 30 Abs. 1 StGB: die versuchte Anstiftung („Wer [...] zu bestimmen versucht“) zum Verbrechen oder zu dessen Anstiftung; § 30 Abs. 2 StGB – das Sichbereiterklären, die Annahme des Erbietens

und die Verabredung. Diese abschließende Aufzählung erfasst also gerade nicht die versuchte Beihilfe.

Historisch geht § 30 StGB auf ein Ereignis während des Kulturkampfes zwischen Bismarck und der katholischen Kirche zurück.³ Im Jahr 1873 erbot sich ein belgischer Kesselschmied namens Duchesne in drei Briefen gegenüber dem Erzbischof von Paris gegen einen Lohn von 60.000 Franken Bismarck zu ermorden. Der Erzbischof wies das Angebot zurück, eine Bestrafung des Duchesne war in Belgien aber mangels einer einschlägigen Strafvorschrift nicht möglich. Die deutsche Reichsregierung drängte deshalb Belgien in der Folge dazu, eine Vorschrift in das StGB aufzunehmen, damit dort künftig solche Handlungen bestraft werden können. Dem kam Belgien 1875 nach.⁴ Im Jahr 1876 wurde dann auch eine entsprechende Vorschrift (§ 49a RStGB) in das Reichsstrafgesetzbuch aufgenommen, die bis heute zahlreich geändert wurde.⁵

An § 30 Abs. 2 StGB wurde⁶ und wird⁷ bis heute zahlreich Kritik geübt. Insbesondere steht die Vorverlagerung der Strafbarkeit immer wieder im Zentrum der Debatte, die sich besonders deutlich bei § 30 Abs. 2 StGB in der Alternative des „Sich-Bereiterklärens“ zeigen soll und mit der das Gebot eines Tatstrafrechts verletzt worden sei.

Der BGH hatte nun die Gelegenheit, sich ebenfalls mit dieser Kritik auseinanderzusetzen und auch *erstmalig* die Frage zu beantworten, ob das Sich-Bereiterklären auch dann strafbar ist, wenn es gegenüber dem potentiellen Tatopfer erklärt wird.

II. Sachverhalt

Der Angeklagte ist sexuell-sadistisch veranlagt. Zur Befriedigung seiner Neigungen hatte er mehrfach Frauen misshandelt, sexuell missbraucht und Scheinhinrichtungen durchgeführt. Deswegen wurde er in den Jahren 1987 und 2007 verurteilt. Von der Stadt F war es ihm 2013 verboten worden, den Straßenstrich zu betreten.

Ab dem 18.3.2016 hatte der Angeklagte unter einem Pseudonym im Internet über ein „Le-Forum“ Kontakt mit der R aufgenommen. Diese war als Kind sexuell missbraucht worden, litt unter einer Persönlichkeitsstörung vom Borderline-Typ und einer posttraumatischen Belastungsstörung. Sie fügte sich Selbstverletzungen zu und unternahm Selbsttötungsversuche durch Tabletten, von denen sie sich phasenweise distanzieren konnte. Ende 2015 verlor sie ihren Arbeitsplatz, was sie zusätzlich belastete. Sie war depressiv und

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in BGH NStZ 2019, 199 und online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=6e86de884cce78a3ded9e803ea11caeb&nr=90758&pos=0&anz=1> (30.5.2019).

² Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015, § 9 Rn. 218.

³ Vgl. den Überblick bei Joecks, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 30 Rn. 6; Zaczek, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 30 Rn. 1; Dessecker, JA 2005, 549 (550).

⁴ Vgl. dazu die Nachweise bei Joecks (Fn. 3), § 30 Rn. 6.

⁵ RGBl. 1876, S. 25.

⁶ Vgl. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, § 27 Rn. 2.

⁷ Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 30 Rn. 1; Zaczek (Fn. 3), § 30 Rn. 2, 4, 7 jeweils m.w.N.

befand sich wiederholt in stationärer psychiatrischer Behandlung.

In dem Internetforum äußerte die Zeugin Zweifel am Sinn ihres Lebens. Der Angeklagte nutzte dies aus und lenkte die Chats bereits von Beginn des Kontakts am 18.3.2016 an auf das Thema Selbsttötung. Er suggerierte der R, dass Erhängen eine schmerzfreie Tötungsart sei und bot ihr an, ihr beim Sterben zu „helfen“. R lehnte dieses Angebot „für diesen Tag ab, ohne das Ansinnen des Angekl. gänzlich zurückzuweisen“. Sie fühlte sich vom Angeklagten bedrängt und speicherte deshalb den Verlauf des Gesprächs, informierte die für das Internetforum Verantwortlichen und versprach ihnen, nicht auf das Drängen des Angeklagten einzugehen. Gleichwohl kommunizierte sie in der Folgezeit weiter mehrfach mit ihm.

Dem Angeklagten gelang es, die R in zahlreichen Gesprächen zu destabilisieren. Schließlich erläuterte er der Zeugin seinen Plan für eine Hinrichtung. Er schlug ihr vor, dass sie mit dem Zug nach G kommen solle, wo er sie am Bahnhof abholen werde, um mit ihr in einen Wald zu fahren. Dort solle sie sich entkleiden, während er einen Galgen vorbereiten und ihr die Hände auf den Rücken fesseln werde, so dass sie sich nicht mehr umentscheiden könne. Er werde ihr „einen guten Orgasmus“ verschaffen und sie anschließend erhängen. Der Tod werde rasch eintreten. Der Angeklagte war entschlossen, nicht nur eine Scheinhinrichtung zu inszenieren, sondern die Zeugin zu töten, um sich hierdurch eine sexuelle Stimulation zu verschaffen.

Auch als die R am 11.4.2016 in die psychiatrische Abteilung der Klinik in L eingewiesen wurde, wirkte der Angeklagte weiter auf sie ein, um sein Vorhaben, die R zu töten, umzusetzen. Er wusste, dass R nicht in der Lage war, freiverantwortlich über eine Beendigung ihres Lebens zu entscheiden. Er drängte darauf, dass sie die Klinik verlassen solle und hielt sein Angebot aufrecht, sie in G am Bahnhof abzuholen, in den Wald zu bringen, zu fesseln und zu erhängen. R stimmte schließlich zu, was unreflektiert und krankheitsbedingt geschah; dies erkannte der Angekl.

Auf Anraten des Angeklagten spiegelte die R am 28.4.2016 den behandelnden Ärzten erfolgreich einen psychisch stabilen Zustand vor und erhielt Ausgang. Dann begab sie sich auf die Reise zum Angeklagten, um sich von ihm töten zu lassen.

R traf gegen 01.10 Uhr am 29.4.2016 am Hauptbahnhof in G ein, wo sie vom Angekl. erwartet wurde. Beide gingen zu seinem Fahrzeug, in dem er Abschleppseile zum Erhängen und Kabelbinder zum Fesseln mitführte. Kurz vor Erreichen des Fahrzeugs wurde der Angeklagte festgenommen, weil die Vorsitzende des Vereins H, mit der die R auch in Kontakt stand, die Polizei verständigt hatte.

III. Die Entscheidung

Das LG hat den Angeklagten wegen Sich-Bereiterklärens zu einem Mord zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt. Hiergegen richtet sich die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Der *Senat* schließt in seinem Urteil zunächst eine beabsichtigte straflose Beteiligung an einer Selbsttötung aus, weil

nicht R das Tötungsgeschehen beherrschen sollte, sondern der Angeklagte. Dabei kommt es noch gar nicht drauf an, ob die R überhaupt in der Lage war, einen freiverantwortlich gefassten Entschluss zur Selbsttötung zu treffen. Es genüge für die Abgrenzung schon das vereinbarte Tatgeschehen, das dadurch gekennzeichnet war, dass R sich in die Hand des Angeklagten begeben sollte, um von ihm duldend den Tod entgegenzunehmen. Die Tatherrschaft sollte also gerade der Angeklagte innehaben und nicht die R.⁸ Wer die Herrschaft über den eigentlich todbringenden Akt ausübe, der begehe ein Tötungsdelikt.

2. Der *Senat* geht naheliegend nicht auf einen versuchten Mord ein, weil offensichtlich war, dass der Angeklagte zur Tat noch nicht unmittelbar angesetzt hatte, § 22 StGB. Nach st. Rspr. soll dies erst dann der Fall sein, wenn der Täter die Schwelle zum „Jetzt geht es los“ überschritten und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung angesetzt hat, weil sein Tun ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollte.⁹ Die Begehung von Handlungen, wie sie im gesetzlichen Tatbestand umschrieben sind, ist dabei allerdings nicht erforderlich. Es genügt, wenn die Handlung des Täters der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals *unmittelbar* vorgelagert ist oder in *unmittelbarem* räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Tatbestandserfüllung steht.¹⁰ Es kommt also darauf an, ob die Abholung der R am Bahnhof unter Mitführung der Tötungsutensilien der Verwirklichung des Tatbestandsmerkmals „töten“ vorgelagerte unmittelbare Handlungen sind *oder* ein unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang mit der Tatbestandserfüllung besteht. Beides ist zu verneinen. Zum einen waren nach dem Tatplan des Täters noch weitere wesentliche Zwischenschritte zur Tötung zu vollziehen (Fahrt in den Wald, Errichten des Galgens) und zum anderen fehlt es jeweils an der Unmittelbarkeit. Mit der Aufnahme dieses Merkmals in die gesetzlichen Voraussetzungen des § 22 StGB hat sich der Gesetzgeber dazu bekannt, dass die Strafbarkeit des Versuchs nicht völlig losgelöst von einer Gefährdung des geschützten Rechtsguts einsetzt.¹¹ Die Gefährdung des Rechtsguts „Leben“ durch die Abholung der R ist aber nach dem Tatplan des Angeklagten noch nicht eingetreten. Dazu waren noch weitere aus seiner Sicht wesentliche Schritte notwendig.

3. Im Anschluss an die st. Rspr.¹² schließt der *Senat* auch eine beabsichtigte privilegierte Tötung auf Verlangen aus, § 216 StGB. Durch die privilegierende Sperrwirkung des

⁸ BGH NStZ 2019, 199 (200).

⁹ BGHSt 26, 201 (203); 43, 177; BGH StV 2017, 441; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 22 Rn. 10; Hoffmann-Holland, in: Joecks/Miebach (Fn. 3), § 22 Rn. 109 ff.

¹⁰ BGHSt 43, 177; vgl. auch BGHSt 40, 257 (268); 26, 201 (202 f.); 28, 162 (163); 30, 363 (364 ff.); 37, 294 (296); BGHR StGB § 22 Ansetzen 15, 16 jeweils. m.w.N.

¹¹ BGHSt 43, 177 mit Verweis auf Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 22 Rn. 42 ff.; Hoffmann-Holland (Fn. 9), § 22 Rn. 112.

¹² BGH NJW 1952, 753 (754); vgl. auch BGH NJW 1959, 1738 (1739); RGSt 68, 306 (307).

§ 216 StGB hinsichtlich §§ 211, 212 StGB war eine Erörterung nicht überflüssig. Denn wenn es sich bei der Tat um einen Fall des § 216 StGB handeln würde, so schied dieser als Anknüpfungspunkt für § 30 Abs. 2 StGB aus (Vergehen!). Durch die Sperrwirkung des privilegierenden Tatbestandes müssten die Verbrechenstatbestände §§ 211, 212 StGB als Anknüpfungspunkt für § 30 Abs. 2 StGB ebenfalls ausscheiden und die Tat bliebe straflos. § 216 StGB wird zu Recht verneint. Auch hierbei konnte der *Senat* es noch vermeiden, auf die Willensfreiheit oder -unfreiheit der R einzugehen, denn der Angeklagte hatte die Initiative ergriffen und die R in Richtung einer Tötung motivieren wollen. Er war also zur Tötung der R entschlossen und außerdem verfolgte er eigene sexuelle Interessen. Zwar hatte die R dem Plan des Angeklagten, sie auf die vorgeschlagene Art und Weise zu töten schließlich zugestimmt, aber wer maßgeblich Eigeninteressen verfolgt, für den ist der Tötungswunsch einer anderen Person nicht handlungsleitend.¹³

4. Da also eine versuchte Straftat mangels unmittelbaren Ansatzens ausscheidet und auch die privilegierende Sperrwirkung des § 216 StGB aus dem Weg geräumt ist, bleibt nur noch die Möglichkeit, das Verhalten des Angeklagten über §§ 30 Abs. 2, 211 Abs. 2 StGB zu bestrafen. Als Anknüpfungstat (Verbrechen!) liegt ein Mord aus sexuellen Motiven („zur Befriedigung des Geschlechtstribs“) auf der Hand, weshalb der *Senat* sich endlich dem Kern der Problematik zuwenden kann, ob die Merkmale des § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB vorliegen.

Der *Senat* bejaht die Voraussetzungen des Sich-Bereiterklärens. Der Angeklagte habe seine Bereitschaft zur Begehung des Verbrechens gegenüber einer anderen Person kundgetan. Es sei von einer Selbstbindung auszugehen, wonach der Erklärende dem Empfänger gegenüber „im Wort steht“¹⁴ und deshalb nicht mehr uneingeschränkt von seinem Tatentschluss zurückstehen könne.¹⁵ Der Annahme eines tatbestandlichen Sich-Bereiterklärens zur Begehung eines Verbrechens stehe nicht entgegen, dass seine Erklärung nicht gegenüber einem potenziellen weiteren Tatbeteiligten, sondern gegenüber dem Tatopfer angegeben wurde. Zur Begründung verweist der *Senat* auf den Wortlaut und Zweck der Norm. Danach soll es geboten sein, die Vorschrift auf die vorliegende Fallkonstellation anzuwenden. Auch die Entwicklungsgeschichte der Norm, die Gesetzessystematik und verfassungsrechtliche Grenzen sollen dem nicht entgegenstehen.

¹³ BGH NStZ 2019, 199 (200 f.); Fischer (Fn. 9), § 216 Rn. 10; Neumann/Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 216 Rn. 16; Sinn, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 216 Rn. 6.

¹⁴ BGH NStZ 2019, 199 (201) mit Verweis auf Schünemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 30 Rn. 3; Thalheimer, Die Vorfeldstrafbarkeit nach §§ 30, 31 StGB, 2008, S. 75.

¹⁵ BGH NStZ 2019, 199 (201) mit Verweis auf Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 28 Rn. 5.

IV. Würdigung

Mit der Entscheidung über die Revision des Angeklagten musste sich der BGH erstmals mit der Frage auseinandersetzen, ob das Sich-Bereiterklären zu einem Verbrechen auch gegenüber dem potentiellen Opfer erfolgen kann. Der *Senat* bejaht dies und ist bemüht, seine Entscheidung mit den klassischen Auslegungsmethoden zu begründen.

1. Wortlaut

Dem *Senat* ist darin zuzustimmen, dass der Wortlaut des § 30 Abs. 2 StGB keinen Adressaten der Erklärung nennt und deshalb der Einbeziehung des potentiellen Opfers in den Adressatenkreis das Wortlautargument nicht entgegeng gehalten werden kann.¹⁶ Freilich ist damit nicht ausgeschlossen, aus den systematischen oder dogmatischen Zusammenhängen oder mit weiteren Begründungsmustern zu einem anderen Ergebnis zu gelangen. Dafür genügt jedenfalls, auch darin ist dem *Senat* zuzustimmen, nicht die Überschrift zu § 30 StGB („Versuch der Beteiligung“). Die Überschriften sind nicht Inhalt der strafrechtlichen Bestimmung.¹⁷

2. Normzweck

Immerhin könnte sich aber aus dem Normzweck des § 30 Abs. 2 StGB ergeben, dass die Gefährlichkeit der Vorbereitung eines Verbrechens bei dem Sich-Bereiterklären zur Tötung gegenüber dem potenziellen Opfer gerade nicht anzunehmen ist. Im Kern geht es bei der Strafbarkeit des Sich-Bereiterklärens zur Begehung eines Verbrechens um die „motivationale Selbstbindung“ des Täters.¹⁸ Es geht also nicht nur darum, einen Gedanken zu äußern,¹⁹ der die Erklärung enthält, ein Verbrechen begehen zu wollen, sondern um die kundgetane Selbstbindung eines ernsthaften Tatwillens.²⁰ Mit der Äußerung tritt der Sich-Bereiterklärende aus dem Internum heraus und mit seinem Selbstbindungswillen verliert die Äußerung ihre Ungefährlichkeit. Die Selbstbindung des Angeklagten offenbart sich in dem vorliegenden Fall in der Art und Weise, wie er auf die R eingewirkt, welche Vorkehrungen er zur Tatausführung getroffen hat und aus seinen sexuellen Präferenzen. Der Angeklagte wirkte auf die R negativ-motivierend und manipulativ ein und nutzte ihre emotionale Schwäche sowie psychische Instabilität aus. Letztendlich erreichte er mit seiner Einflussnahme, dass R sich aufgab und ihr Leben in seine Hände legen wollte. Der Angeklagte erlangte also nahezu absolute Macht²¹ über R. Mit dem Verlust

¹⁶ BGH NStZ 2019, 199 (201).

¹⁷ BGH NStZ 2019, 199 (201).

¹⁸ BGH NStZ 2019, 199 (201).

¹⁹ Vgl. auch zu Äußerungen im Internet Murmann, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 30 Rn. 20.

²⁰ Joecks (Fn. 3), § 30 Rn. 43; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 30 Rn. 6.

²¹ Zu den machttheoretischen Grundlagen im Zusammenhang mit der Zurechnungsdogmatik vgl. Sinn, Strafrecht, Freistellung auf Grund von Drittverhalten – Zurechnung und Freistellung durch Macht, 2007.

an Macht auf Seiten der R ging ein Machtgewinn auf Seiten des Angeklagten einher, der ihn immer weiter darin bestärkte, die Tat nach seinen Wünschen ausführen zu können. Strafrechtsdogmatisch spiegelt sich dieses Machtgefälle in der im Tatplan angelegten Tatherrschaft des Angeklagten über das Leben der R, die auch vom *Senat* angenommen wird, wider.²² Natürlich bedurfte es noch bestimmter Mitwirkungen des Tatopfers R (Entlassen aus der Klinik, Erscheinen am Bahnhof in G), damit sich der Tatplan umsetzen ließ. Aber auch diese Mitwirkungen wurden vom Angeklagten, diesen Schluss legt der Sachverhalt nahe, gesteuert. Mit jeder erfolgreichen Steuerung der R konnte der Angeklagte also auch mehr Bestätigung darin erlangen, dass sein Plan ausführbar ist und seine motivationale Selbstbindung nimmt Schritt für Schritt zu. Wenn der *Senat* aber annimmt, die Selbstbindung könne auch deshalb gegenüber dem potenziellen Opfer des Verbrechens erfolgen, wenn „das Opfer ein eigenes Interesse an der Tatbegehung hat und seine Einbeziehung in die Ausführung der Tat deren Begehung erleichtern oder nach der Vorstellung des Täters überhaupt erst ermöglichen soll“²³, so ist dies zumindest missverständlich. Es ist weder das Eigeninteresse des Opfers an der Selbsttötung noch ein aus der Sicht des Sich-Bereiterklärenden notwendiger oder erleichternder Mitwirkungsakt des potenziellen Opfers, was den Bindungswillen konstituiert oder stärkt. Denn durch die machtbereichende Stellung des Angeklagten über die R gab es kein *beachtliches* Eigeninteresse an der eigenen Tötung. Beachtlich wäre das Interesse *rechtlich* nur dann, wenn ein Fall der (privilegierenden) Tötung auf Verlangen vorgelegen hätte. Das ist aber gerade nicht anzunehmen. Der *Senat* geht in diesem Zusammenhang zwar nur auf das fehlende handlungsleitende Tötungsverlangen der R ein, aber die steuernde motivatorische Macht, die der Angeklagte über R ausübte und deren psychische Probleme dürften dafürsprechen, dass ihr Selbsttötungswille nicht freiverantwortlich gefasst war, was auch die Ernsthaftigkeit des Tötungswunsches entfallen lassen dürfte. *Rechtlich* relevant gab es also nur ein Interesse: das Interesse des Angeklagten an der Befriedigung seiner sexuellen Wünsche durch Tötung der R, § 211 Abs. 2 Gruppe 1 Var. 2. Der Angeklagte ließ es so aussehen, dass die Tötung auch im Interesse der R sein soll. Aber genau das begründet u.a. seine überragende Stellung, aber nicht ein Eigeninteresse der R, das wäre geradezu zynisch. Auch die Vorbereitung der Tat, die Abholung am Bahnhof sowie die bereitgelegten Tötungsutensilien sprechen für eine Selbstbindung. Und nicht zuletzt sprechen auch die sexuellen Präferenzen dafür, dass der Angeklagte seinen Plan umsetzen wollte. Denn nur durch die Tötung der R konnte er seine sexuellen Bedürfnisse befriedigen. Die Selbstbindung ist also auch in dem Angeklagten selbst personal angelegt.

3. Entstehungsgeschichte und systematische Erwägungen

Ebenso wenig können, auch darin ist dem *Senat* zuzustimmen, die Normgenese und systematische Erwägungen der

Einbeziehung des Tatopfers in den Anwendungsbereich des Sich-Bereiterklärens zu einem Verbrechen entgegengehalten werden.²⁴ Zwar mag der Gesetzgeber die Möglichkeit gefährlicher Bindungen des Täters durch die Kommunikation im Sinne von § 30 StGB durch Erklärungen *gegenüber einem potenziellen Tatbeteiligten* im Blick gehabt²⁵ und an die Möglichkeit einer motivationalen Selbstbindung des Täters gegenüber dem potenziellen Verbrechensoffer gar nicht gedacht haben. Dies schließt aber nicht aus, das potenzielle Opfer einzubeziehen. Die Regelung abstrakter Straftatbestände, oder im Fall von § 30 StGB von Erscheinungsformen der Straftat, mag immer konkrete Fälle im Auge haben, die erfasst werden sollen. Stets werden aber durch die Vorschriften auch immer unbedachte Fälle mit einbezogen sein. Das ist der Sinn einer abstrakten Regelung gegenüber starrer Kasuistik. Das Gesetzlichkeitsprinzip ist u.a. von Verfassungs wegen der Maßstab zur Kontrolle der abstrakten Strafgesetze und die Strafrechtsdogmatik ein innerer Garant zur Vermeidung intrasystematischer Widersprüche. Derartige Widersprüche sind aber auch nach Ansicht des *Senats* nicht zu erkennen²⁶ und auch ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot liegt fern.²⁷ Mit diesem Argument könnte man viele Regelungen des Allgemeinen Teils in die Schranken weisen. Dabei ist das Sich-Bereiterklären zu einem Verbrechen jedenfalls sprachlich sogar noch bestimmter als die Beschreibung der mittelbaren Täterschaft als Straftatbegehung durch einen anderen, § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB.

4. Verstoß gegen den Schuldgrundsatz und das Verhältnismäßigkeitsprinzip?

Auch ein Verstoß gegen den Schuldgrundsatz und das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist jedenfalls vor dem Hintergrund des entschiedenen Falles nicht zu erkennen.²⁸ Zum Teil wird vorgetragen, § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB begründe kein strafwürdiges Unrecht und verstoße deshalb gegen den Schuldgrundsatz.²⁹ Dabei zeigt der Fall gerade, dass es sich bei dem Verhalten des Angeklagten um eine komplexe, manipulative, kommunikative Einflussnahme auf die R, an dessen Ende deren Tötung durch den Angeklagten stehen sollte, handelt. An der Gefährlichkeit dieser Einflussnahme kann überhaupt kein Zweifel bestehen. Nun wird der Angeklagte zwar nicht wegen dieser Einflussnahme bestraft, sondern wegen seines Sich-Bereiterklärens gegenüber R, diese zu töten. Aber die Gefährlichkeit des Verhaltens des Angeklagten konzentriert sich in dem Merkmal „Sich-Bereiterklären“ zu einem Verbrechen, wenn das Opfer derart beherrscht wird, dass es vom Täter dulgend den Tod empfangen soll und kein Fall einer Tötung auf Verlangen vorliegt. Es mag andere Fälle geben, in denen man über die Gefährlichkeit eines Sich-Bereiterklärens

²⁴ BGH NStZ 2019, 199 (201).

²⁵ Vgl. BT-Drs. IV/650, S. 154; BT-Drs. V/4095, S. 13.

²⁶ BGH NStZ 2019, 199 (201).

²⁷ A.A. vgl. *Zaczyk* (Fn. 3), § 30 Rn. 34.

²⁸ BGH NStZ 2019, 199 (202).

²⁹ Vgl. *Puschke*, Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen, 2017, S. 343 f.; krit. auch *Schünemann* (Fn. 14), § 30 Rn. 12.

²² BGH NStZ 2019, 199 (200).

²³ BGH NStZ 2019, 199 (201) mit Verweis auf *Thalheimer* (Fn. 14), S. 76.

streiten kann, weil das Sich-Bereiterklären gegenüber dem Opfer mit einem *rechtlich* relevanten Opferkonsens korrespondiert.³⁰ In dem hier entschiedenen Fall steht die Gefährlichkeit jedoch außer Frage. Die Kritik, der *Senat* habe mit dieser Entscheidung den Vorverlagerungstendenzen³¹ im StGB durch eine restriktive Auslegung des § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB nicht entgegengewirkt, trifft also nicht zu.

V. Zusammenfassung

Die motivationale Selbstbindung entsteht über die Machtposition, die der Angeklagte über die R systematisch aufgebaut hat, in der Vorbereitung des Tatablaufs und in der Selbstdetermination durch sexuelle Präferenzen.

Wie immer bei Revisionen hatte der *Senat* einen bestimmten Fall zu entscheiden, und der Einbeziehung des Tatopfers in das Sich-Bereiterklären zu einem Verbrechen stehen in *diesem* Fall keine verfassungsrechtlichen oder strafrechtsdogmatischen Gründe entgegen. Im Gegenteil: der Normzweck sowie kommunikations- und machttheoretische sowie strafrechtsdogmatische Überlegungen tragen das Ergebnis. Der Fall ist jedoch nicht verallgemeinerungsfähig. Nicht in jedem Fall erlangt der Sich-Bereiterklärende eine derartige Machtposition und einen steuernden Einfluss auf das Opfer, an dessen Ende das Sich-Bereiterklären als geronnene motivationale Selbstbindung steht.³²

Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Osnabrück

³⁰ Vgl. *Kudlich*, Anm. zu BGH, Urt. v. 4.7.2018 – 2 StR 245/17 = NJW 2019, 449 (453).

³¹ Zum Begriff und den Regelungstechniken der Vorverlagerung sowie deren Grenzen vgl. *Sinn*, in: Sinn u.a. (Hrsg.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, 2011, S. 13 ff.

³² So auch *Kudlich*, Anm. zu BGH Urt. v. 4.7.2018 – 2 StR 245/17 = BGH NJW 2019, 449 (453).

Entscheidungsanmerkung

Zur Konkretisierung des Verbrechens bei § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB

Eine Verabredung eines Verbrechens i.S. des § 30 Abs. 2, Var. 3 StGB setzt voraus, dass sich mindestens zwei Personen dazu entschließen, ein bestimmtes Verbrechen als Mittäter zu begehen. Unschädlich ist, wenn die Tat noch nicht in allen Einzelheiten festgelegt worden ist – sofern sie in ihren wesentlichen Grundzügen konkretisiert ist. Tatzeit, Tatbeteiligte, Tatobjekt sowie sonstige Umstände dürfen daher nicht völlig im Vagen bleiben, weil sonst die Strafbarkeit zu weit ins Vorfeld der eigentlichen Tat vorverlagert würde.

(Leitsatz des Verf.)

StGB § 30

BGH, Beschl. v. 21.11.2018 – 1 StR 506/18¹

I. Einleitung

Die Entscheidung betrifft die allgemeine Problematik des Grades erforderlicher Vorsatzkonkretisierung, die hier jedoch in den Tatbestand des Versuchs der Beteiligung nach § 30 StGB eingekleidet ist. Die auch als sog. Duchesne-Paragraf bekannte Vorschrift geht historisch darauf zurück, dass sich der belgische Kesselschmied Duchesne zu Hochzeiten des von Bismarck gegen die katholische Kirche geführten „Kulturkampfes“ gegenüber dem Erzbischof von Paris erbot, den deutschen Reichskanzler zu töten. Nachdem die Angelegenheit aufflog, wurde in Gestalt des § 49a RStGB von 1876 der Vorläufer der heutigen Vorschrift in das Reichsstrafgesetzbuch aufgenommen.

Bei § 30 StGB geht es weder um eine Sonderregelung des Versuchs noch der Teilnahme, sondern um die selbständige Strafbarkeit bestimmter Formen der Verbrechensvorbereitung unter jedenfalls angestrebter Beteiligung mehrerer.² Der Sache nach handelt es um keinen eigenständigen Straftatbestand, sondern um einen auf Verbrechen beschränkten Strafausdehnungsgrund, indem die materiell-rechtliche Verbotszone auf Verhaltensweisen erstreckt wird, die zeitlich weit in das Vorbereitungsstadium reichen.³ Eine solche Vorverlagerung der Strafbarkeit ist alles andere als unproblematisch, weshalb mit Blick auf § 30 StGB ein gegen Art. 103 Abs. 2

GG verstoßendes „Übergewicht des Gesinnungsmoments“⁴ oder von einem der Idee eines „Bürgerstrafrechts“ widersprechenden Ausgreifen des Staates in den ihm verwehrten Privatbereich⁵ moniert wird.

II. Sachverhalt

Ö hatte gemeinsam mit K ein Tötungsdelikt ins Auge gefasst, nachdem dessen Bruder getötet worden war. Beide sprachen darüber, die in einer JVA befindlichen S, B und M zu überfallen, denen der Mord zur Last gelegt wurde, oder mit Handgranaten oder Schüssen die Werkstatt oder das Haus des Onkels von S und B anzugreifen. Wer konkret getötet werden sollte – S, B oder M, deren Angehörige oder etwa im Anwesen des Onkels befindliche Personen – stand nicht fest. Ebenso wenig waren die Tatzeit oder die konkrete Begehungsform näher bestimmt. K hatte zudem erhebliche Schwierigkeiten, die für den Erwerb der zur Tatbegehung nötigen Geldmittel zu beschaffen, was den Zeitpunkt der Tatbegehung nur noch umso ungewisser machte. Ein zunächst von K eingesammelter Teilbetrag der Geldmittel war zudem von Ö absprachewidrig für sich verwendet worden.

III. Rechtliche Würdigung

1. Da weder Ö noch K zu irgendeinem Zeitpunkt unmittelbar zur Tat angesetzt hatten,⁶ kam als Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit allenfalls die Verabredung zu einem Verbrechen – konkret: Mord (§ 211 StGB) – in Frage. Obwohl die Angaben im Sachverhalt knapp sind, lagen die Mordmerkmale der Heimtücke (Überfall auf S, B und M; Werfen von Handgranaten und Abgabe von Schüssen in die Werkstatt oder das Haus des Onkels), gemeingefährlichen Mittel (Handgranaten) oder niedrigen Beweggründe (Tötung zur Vergeltung des Mordes am Bruder des K) nahe.

2. Indes war nach Auffassung des BGH keine Verabredung eines Verbrechens nach § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB gegeben, bei der es sich um eine Vorstufe zur Mittäterschaft im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB handelt. Eine Verabredung in diesem Sinne setzt voraus, dass mindestens zwei Personen fest vereinbaren, mittäterschaftlich ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften.⁷ Die Strafwürdigkeit der Verbrechensverabredung resultiert daraus, dass die vertragsähnliche Willensbindung einen erheblichen Motivationsdruck zur Ausführung der Tat erzeugt, was eine erhöhte Gefährdung des in Rede stehenden Rechtsguts mit sich bringt.⁸ Der

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in JR 2019, 199 f. und online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=068ed632eed4cec511b95b032b03e663&nr=90047&pos=0&anz=1> (30.5.2019).

² Vgl. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 28 Rn. 2 m.w.N.

³ Roxin (Fn. 2), § 28 Rn. 1.

⁴ Siehe bereits Kohlrausch/Lange, Strafrecht, Kommentar, 43. Aufl. 1961, § 49 Anm. II, III; ferner Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, Rn. 545.

⁵ Jakobs, ZStW 97 (1985), 751 (773).

⁶ Siehe zur herrschenden Gesamtlösung Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 36 Rn. 18 ff.

⁷ Rengier (Fn. 6), § 47 Rn. 24; Weigend, NStZ 2011, 570 (573); siehe auch BGH NStZ-RR 2002, 74 (75) m. Anm. Heger, JA 2002, 628 (630 f.).

⁸ BGH NStZ 2011, 570 (571); siehe auch Rengier (Fn. 6), § 47 Rn. 24; Joecks, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 30 Rn. 53.

BGH geht in seiner Entscheidung ohne großes Aufheben vom Vorliegen einer entsprechenden Übereinkunft aus, obwohl Ö einen von K eingesammelten Teilbeitrag absprachewidrig für sich verwendet hatte. Dies immerhin mag ein gewisses Fragezeichen im Hinblick auf eine vertragsähnliche Willensbindung rechtfertigen, denn allzu weit war es mit der Verlässlichkeit des Ö offenbar nicht her.

3. Stattdessen stützt der BGH seine Entscheidung allein auf den Bezugspunkt der Verabredung, die auf ein in der Zukunft liegendes Verbrechen gerichtet ist. Tatsächlich führt erst dieser Bezugspunkt dazu, dass gegenüber einer Strafbarkeit nach § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB nicht der Vorwurf des Gesinnungsstrafrechts oder der Pönalisierung gesellschaftlich irrelevanter Interna erhoben werden kann (siehe I.).⁹ Denn bestraft wird nicht die bloße Gesinnung, sondern die wechselseitige Willensbindung in Bezug auf ein Verbrechenprojekt. Dieses erschöpft sich im Übrigen auch nicht in einem bloßen Internum, sondern geht wegen der wechselseitigen Willensbindung über den dem staatlichen Zugriff entzogenen Privatbereich hinaus. Umso wichtiger ist es, den Bezugspunkt der Verabredung zu fixieren, der als vom Vorsatz zu umfassendes Verbrechenprojekt in der Zukunft liegt.

4. Der BGH verneinte eine ausreichend bestimmte Tat und verwies darauf, dass das Verhalten von A und H noch einem allgemeinen Planungs- und Vorbereitungsstadium zuzuordnen sei, welches sich nicht auf eine den Anforderungen des § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB entsprechende konkretisierte Tat bezog; anderenfalls würde die Strafbarkeit zu weit ins Vorfeld der eigentlichen Tat verlagert.¹⁰ Gegen die knapp begründete Entscheidung ist im Ergebnis nichts zu erinnern, jedoch hätte gerade die Differenzierung zwischen der intellektuellen und voluntativen Komponente des Vorsatzes zuzätzlich analytisches Auflösungspotential geboten.

5. Das Problem der fehlenden Tatkonkretisierung ist vor allem bei der intellektuellen Komponente des Vorsatzes anzusiedeln, wobei man für den Regelfall davon auszugehen kann, dass das Verbrechenprojekt in Abhängigkeit zur Nähe seiner Verwirklichung in der Vorstellung des Täters oder Teilnehmers eine zunehmende Konkretisierung erfährt, während es zu Beginn im Zweifel einen nur relativ abstrakten Vorstellungsgegenstand bildet. Genau das ist wohl auch gemeint, wenn der BGH im vorliegenden Fall einen Zusammenhang zwischen der ungenügenden Konkretisierungsleistung und einem von § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB noch nicht erfassten allgemeinen Planungs- und Vorbereitungsstadium herstellt (siehe II. 4.). Allerdings mag man auch ganz grundsätzlich fragen, wieso es überhaupt einer solchen Konkretisierung bedarf und es nicht ausreicht, dass der Vorsatz nur am Maßstab der abstrakten gesetzlichen Tatbestandsmerkmale – hier: des § 211 StGB – vorliegt. Einen Anhaltspunkt gibt insoweit § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, nach dem es am Vorsatz fehlt, wenn der Täter bei Begehung der Tat einen „Umstand“ nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört. Hieraus kann geschlossen werden, dass der Vorsatz eine tatsächliche Fundierung braucht und sich nicht in der Vorstellung der

abstrakten gesetzlichen Tatbestandsmerkmale erschöpft. In der Sache spricht hierfür, dass Vorsatz kein ungerichtetes Wissen und Wollen ist, sondern der Täter oder Teilnehmer wissend und wollend auf ein Verbrechenprojekt hinsteuert und dieses Steuerungsziel daher zwangsläufig mehr oder minder bestimmte Konturen aufweisen muss. Daher wird nicht nur für die letztlich als Umsetzung der Verbrechenverabredung im Sinne des § 30 Abs. 2 StGB interpretierbare Mittäterschaft ein auf eine konkretisierte Tat bezogener Vorsatz verlangt.¹¹ Vielmehr hatte der BGH Vergleichbares in der Vergangenheit auch für die Anstiftung¹² und die Beihilfe¹³ judiziert. Allerdings verbietet sich eine Gleichsetzung aller möglichen Formen der Beteiligung sowie der in § 30 StGB normierten Strafbarkeit. Denn das Maß der erforderlichen Konkretisierung muss zwangsläufig unterschiedliche Ausprägungen haben, je nach dem, welche Form der Beteiligung vorliegt oder ob es um die letztlich noch im Vorbereitungsstadium liegende Verabredung eines Verbrechens nach § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB geht. Die Schwierigkeit liegt darin, an diesem Punkt generalisierende Aussagen über das jeweilige Maß der Vorsatzkonkretisierung zu treffen. Klar scheint jedenfalls, dass Art und Intensität des jeweiligen Angriffs bzgl. des in Rede stehenden Rechtsguts maßgebliche Bedeutung für die zu fördernde Konkretisierungsleistung haben müssen. Dies führt dazu, dass für Mittäterschaft und Anstiftung ein höheres Maß an Konkretisierung zu verlangen ist als für die Beihilfe, die – abgesehen von der obligatorischen Strafmilderung nach § 27 Abs. 2 S. 2 StGB – im Unterschied zur Mittäterschaft keine Tatherrschaft voraussetzt und im Unterschied zur Anstiftung auch nicht durch Hervorrufen des Tatentschlusses, sondern nur durch eine Unterstützung des Haupttäters gekennzeichnet ist. Gleiches gilt für die letztlich nur das Korrelat zur Mittäterschaft im Vorbereitungsstadium bildende Verbrechenverabredung, denn trotz der zeitlichen Tatferne (Vorbereitungsstadium!) geht es gerade um die Verabredung eines mit Tatherrschaft zu begehenden Verbrechens.

6. Vor diesem Hintergrund verlangt der BGH zu Recht, dass die in Aussicht genommene Tat zumindest in ihren wesentlichen Grundzügen konkretisiert ist und Tatzeit, Tatbeteiligte, Tatobjekt sowie sonstige Umstände nicht völlig im Vagen bleiben können.¹⁴ In Übereinstimmung mit Ansätzen in der Literatur¹⁵ seien besondere Anforderungen zu stellen,

¹¹ Siehe hierzu *Rengier* (Fn. 6), § 44 Rn. 11 ff.

¹² Siehe insbesondere BGHSt 34, 63 ff.; dazu m. Anm. *Roxin*, JZ 1986, 908 f.; darauf bezugnehmend *Herzberg*, JuS 1987, 617 ff.

¹³ Siehe insbesondere BGHSt 42, 135 (138); dazu m. Anm. *Fahl*, JA 1997, 11 ff.; *Kindhäuser*, NStZ 1997, 273 ff.; *Roxin*, JZ 1997, 210 ff.; siehe ferner BGH NStZ 2011, 399 (400); BGH NStZ 2017, 465 (467 f.).

¹⁴ BGH, Beschl. v. 21.11.2018 – 1 StR 506/18, Rn. 5; siehe auch BGH NStZ 2007, 697; BGH StV 1994, 528.

¹⁵ Siehe etwa *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 30 Rn. 7 m.w.N.; zum Ganzen *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiede-

⁹ Siehe hierzu auch *Roxin* (Fn. 2), § 28 Rn. 5 ff.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 21.11.2018 – 1 StR 506/18, Rn. 5, 6.

wenn es um Straftaten gegen die Person geht.¹⁶ Stellt man in Rechnung, dass es dem Täter bei sich gegen die Person richtenden Straftaten anders als bei Vermögensdelikten regelmäßig auf die Individualität des Tatopfers ankommen wird, leuchtet dies erst einmal ein. Zwingend ist es aber nicht, was klar wird, wenn man sich die Konstellation vor Augen führt, dass zwei Täter aus reiner Mordlust verabreden, am nächsten Tag gemeinsam einen Kanaldeckel über das Geländer einer Autobahnbrücke zu werfen, um auf diese Weise einen beliebigen Autofahrer zu töten.¹⁷ Anstelle einer Differenzierung nach der Art des jeweiligen Straftatbestandes liegt es deshalb näher, das erforderliche Maß der Konkretisierung nach den die jeweilige Verabredung tragenden Maximen zu bestimmen, womit konkret entscheidend wäre, ob es den Tätern letztlich auf eine Individualisierung des Opfers ankommt oder nicht.¹⁸ Dies ließe daran denken, im Gegensatz zum BGH das avisierte Verbrechen für ausreichend konkretisiert zu halten, sofern man annimmt, Ö und K sei es allein darauf angekommen, entweder S, B und M oder aber eine der Familie zugehörige oder dieser zumindest nahestehende Person zu töten. Selbst wenn man hierin eine ausreichende Konkretisierung sehen wollte, ist es jedoch verfehlt, das Kriterium der Opferindividualität zu verabsolutieren, zumal die sonstigen die avisierte Tat kennzeichnenden tatsächlichen Umstände (fast) vollends unbestimmt waren. Die Tat wies somit in der Vorstellung von Ö und K nicht einmal ein abstrakt-anschauliches Gepräge auf, wie es für die Beihilfe ausreichen würde.¹⁹ Vor diesem Hintergrund fehlte es an der intellektuellen Komponente des Vorsatzes im Hinblick auf das mittäter-schaftliche Verbrechenprojekt.

7. Damit fehlt es zugleich auch an der intellektuellen Grundlage der voluntativen Komponente des Vorsatzes. Entsprechend allgemeiner Grundsätze verlangt auch § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB einen jedenfalls nicht von weiteren inneren Bedingungen abhängigen Tatentschluss.²⁰ Wenn es insoweit um die von weiteren inneren Bedingungen freie Entschlussfassung für ein Verbrechenprojekt geht, bedarf die voluntative Vorsatzkomponente indes einer – hier nicht gegebenen – ausreichenden intellektuellen Fundierung. Anderenfalls liefe ein solches Vorstellungsbild auf eine nicht von § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB erfasste Entschlussfassung „ins abstrakt Blaue“ hinaus. Bezugspunkt des Vorsatzes ist deshalb keine abstrakte Begrifflichkeit, sondern eine konkrete Wirklichkeit.²¹ Zwar

mag es denkbar sein, dass jemand ein in einer noch ungewissen Zukunft liegendes immerhin tatbestandlich umrissenes Verbrechenprojekt „will“, von dem er keine in tatsächlicher Hinsicht konkretisierte Vorstellung hat. Dies ist jedoch nicht der Befund, den das Gesetz mit dem auf ein (konkretisiertes) Verbrechenprojekt gerichteten Vorsatz meint.

Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Konstanz

mann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2011, § 30 Rn. 68 m.w.N.

¹⁶ BGH, Beschl. v. 21.11.2018 – 1 StR 506/18, Rn. 5; zu rigide OLG Hamburg MDR 1948, 368.

¹⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Roxin* (Fn. 2), § 28 Rn. 57.

¹⁸ *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2011, 27/11 Rn. 11; *Roxin* (Fn. 2), § 28 Rn. 57.

¹⁹ Für die Beihilfe siehe *Theile*, Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz, 1999, S. 144 ff.

²⁰ Vgl. OLG Hamm NSTZ-RR 1997, 133 (134); vgl. hierzu auch *Rengier* (Fn. 6), § 47 Rn. 25.

²¹ Vgl. *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 600.

Buchrezension

Diethelm Kluszczewski, Strafrecht, Besonderer Teil, Mohr Siebeck, Tübingen 2015, 1086 S., 129,- €.

I. Einleitung

Mit dem Buch von *Kluszczewski* ist ein weiteres Lehrbuch zum Besonderen Teil des Strafrechts erschienen, wodurch die Ausbildungsliteratur wieder um ein Lehrwerk erweitert wurde. Es befindet sich auf dem Stand vom 21.1.2015. Zwischenzeitliche Neuerungen im StGB, allen voran die Reform des § 244 StGB und die Einführung des § 315d StGB, konnten somit nicht Eingang in dieses Werk finden. Die Darstellung erfolgt in einem Band und erweitert somit das Angebot einbändiger Darstellungen des Besonderen Teils. Mit 129 € liegt dieses Werk in der oberen Preisklasse für Ausbildungsliteratur.

II. Zum Aufbau des Werkes

Der Inhalt des Werkes bemisst sich an dem Pflichtfachstoff, der gem. § 18 Abs. 2 der Juristenausbildungsordnung des Freistaats Bayern für die Erste Juristische Prüfung beherrscht werden muss. Dieses Vorgehen entspringt dem Gedanken, dass im bundesweiten Vergleich der Katalog des Pflichtstoffs im Strafrecht in Bayern am umfangreichsten ist (Vorwort).

Kluszczewski behandelt in seinem Werk den Besonderen Teil, wobei er abweichend von der üblichen Zweiteilung in Vermögensdelikte und Nichtvermögensdelikte eine Verteilung vornimmt, die nach einer Grundlegung (S. 1–48) beginnt: Delikte gegen die Person (S. 49–326), Delikte gegen das Vermögen (S. 327–610), Delikte gegen kollektive Rechtsgüter (S. 611–1048) und akzessorische Tatbestände (S. 1049–1072). Insgesamt gliedern sich die 1086 Seiten in 23 einzelne Abschnitte. Im Vorwort macht *Kluszczewski* deutlich, wie er zu dieser Systematisierung kommt: durch die Zugrundelegung eines Verbrechensbegriffs, nach welchem dem Opfer einer Tat auf je bestimmte Weise die Rechtsfähigkeit abgesprochen wird. Zu Beginn eines jeden Kapitels finden sich, wie für Lehrbücher üblich, allgemeine Ausführungen zu den gesetzlichen Regelungen, dem jeweiligen Rechtsgut und der Systematik der zu behandelnden Vorschriften. Bevor sich *Kluszczewski* der Darstellung der jeweiligen Materie zuwendet, bietet er anfangs eines jeden der 23 Kapitel ein umfangreiches Literaturverzeichnis für weitergehende Recherchen.

III. Zum Inhalt des Werkes

Ziel der nachfolgenden Ausführungen ist es nicht, eine Darstellung sämtlicher von *Kluszczewski* besprochener Delikte zu erreichen. Stattdessen sollen einige Problemfelder neben den allgemeinen Ausführungen betrachtet werden.

1. Grundlegung

Zunächst zum ersten Kapitel des Buches. Bevor mit der Regelungsmaterie des Besonderen Teils wird, findet sich ein Einführungskapitel über das „System des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches“ (S. 1–48).

Innerhalb dessen erläutert *Kluszczewski* zunächst die Definition des Verbrechens, das seiner Ansicht nach als Angriff auf fremde Rechtsfähigkeit zu verstehen ist. Das Verständnis dieses Kapitels kann dem Anfänger einige Schwierigkeiten bereiten. Die Sprache in diesem Abschnitt ist nicht leicht verständlich, zumal auch rechtsphilosophische Elemente Gegenstand der Erläuterungen sind. Insbesondere Studenten der unteren Semester, die erstmals mit dem Besonderen Teil des StGB Kontakt haben, können beim Lesen dieses Abschnitts auf Verständnisprobleme stoßen.

An diese Darstellung schließt sich die Erläuterung des Gesetzlichkeitsprinzips und der Auslegungsmethoden an. *Kluszczewski* kritisiert die übliche Gliederung des Besonderen Teils im Hinblick auf den Schutz individueller oder überindividueller Rechtsgüter (§ 1 Rn. 2) und stellt am Ende des einleitenden Kapitels eine „Binnengliederung einzelner Deliktgruppen“ dar (§ 1 Rn. 63 f.).

2. Die Straftaten gegen die Person

Der erste Darstellungskomplex, der die §§ 2–6 des Lehrbuches auf den S. 49–326 behandelt, umfasst die Tötungsdelikte, die Körperverletzung, die Ehrdelikte, die Freiheitsdelikte sowie die Indiskretionsdelikte.

Das Kapitel der Tötungsdelikte eröffnet *Kluszczewski* mit Ausführungen zu Rechtsgut, Strafgrund und Systematik der Delikte (§ 2 Rn. 1–8). Anschließend beginnt die Darstellung der einzelnen Tötungsdelikte. Neben den einzelnen Delikten werden auch die relevanten Aspekte der Sterbehilfe und der Mitwirkung am Suizid behandelt (§ 2 Rn. 131 ff.). § 217 StGB, der die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung unter Strafe stellt, wird nur am Rande, im Rahmen des Abschnitts über „Reformvorhaben“ erwähnt und bei dieser Gelegenheit kritisiert (§ 2 Rn. 197 a.E.). In diesem Abschnitt finden sich zudem Hinweise über die angestrebte Reform der Tötungsdelikte, welche in der letzten Legislaturperiode stattfinden sollte, jedoch nicht zum Abschluss gebracht wurde.

Die Systematik des § 2 stimmt dabei nicht völlig mit der des 16. Abschnitts des StGB überein. *Kluszczewski* behandelt die Aussetzung nach § 221 StGB nicht im Rahmen der Tötungs-, sondern im Rahmen der Körperverletzungsdelikte.

Nicht nur in Hinblick auf die gesetzliche Systematik verfolgt *Kluszczewski* seinen eigenen Stil; dieser setzt sich auch innerhalb der einzelnen Darstellungen fort. So werden im Anschluss an die einfache Körperverletzung nicht, wie üblich, die gefährliche Körperverletzung, sondern zunächst die erfolgsqualifizierten Delikte der Körperverletzung mit Todesfolge und der schweren Körperverletzung beleuchtet, ehe die Qualifikationstatbestände erläutert werden. Die Beteiligung an einer Schlägerei nach § 231 StGB bezeichnet *Kluszczewski*, wie sie früher auch im Strafgesetzbuch hieß, als Raufhandel (§ 227 StGB a.F.).

3. Vermögensdelikte

Der Abschnitt der Vermögensdelikte (§§ 7–10) wird im Anschluss an ein einführendes Kapitel (§ 7) in „Eigentumsdelikte und nahestehende Erscheinungsformen“ (§ 8), „Delikte gegen das Vermögen als Ganzes“ (§ 9) und „Vermögensbezogene Anschlussdelikte“ (§ 10) unterteilt. Im Kapitel

„Einführung (§ 7) gibt er zunächst einen allgemeinen Überblick über das Rechtsgut und die verschiedenen Angriffsweisen auf das Vermögen. Innerhalb der §§ 8–10 werden zunächst die Sachbeschädigungsdelikte (§§ 303 ff. StGB) sowie Diebstahl und Raub (§§ 242 ff., §§ 249 ff. StGB) und anschließend die §§ 248b, 248c, 303a, 303b sowie § 123 f. StGB erörtert. Im Abschnitt über die Delikte gegen das Vermögen als Ganzes werden zunächst die Delikte des 22. Abschnitts des StGB erörtert, hiernach finden sich Ausführungen zur Erpressung, der räuberischen Erpressung und dem erpresserischen Menschenraub. Den letzten Teil dieses Abschnitts bilden die Anschlussdelikte Begünstigung, Hehlerei und Geldwäsche. Die Einschränkung auf vermögensbezogene Anschlussdelikte ermöglicht die Ausklammerung der Stravereitelung nach § 258 StGB. Die Norm wird im Rahmen der Rechtspflegedelikte erörtert (§ 19 Rn. 92 ff.).

Nach der Darstellung der Sachbeschädigung widmet sich *Kleszczewski* den umfangreichen und für die juristische Ausbildung besonders relevanten „Zueignungsdelikten“, wobei der Diebstahl, die diebstahlsähnlichen Delikte sowie die Vorschriften über Raub und räuberischen Diebstahl erläutert werden.

Kleszczewski beginnt auch hier mit allgemeinen Ausführungen, wobei auch „allgemeine Grundbegriffe“ wie „Sache“ oder „Gewahrsam“ schon im Vorfeld zur Darstellung des Diebstahlstatbestands erläutert werden (§ 8 Rn. 49 ff.).

Entgegen der in Lehrbüchern verbreiteten Darstellungsweise¹ beginnt *Kleszczewski* nicht mit § 242 StGB, sondern mit der Unterschlagung nach § 246 StGB. In sehr knapper Form erläutert *Kleszczewski* das Merkmal der Wegnahme im Rahmen des Diebstahls. (§ 8 Rn. 85–96). Erwähnung finden hier vor allem die Problemfelder Gewahrsamsenklaue (§ 8 Rn. 88, auch wenn *Kleszczewski* den Begriff nicht nennt), die Abgrenzung des Betrugs zum Trickdiebstahl (§ 8 Rn. 92) sowie die Problematiken des beobachteten Diebstahls und der Diebesfalle (beide in § 8 Rn. 94). Den Problemfeldern wird jeweils nur eine Randnummer gewidmet.

Seinem eigenen Aufbau folgend erörtert *Kleszczewski* die umstrittene Frage, wie der Vermögensbegriff zu verstehen ist, bereits vor der Beschäftigung mit dem Betrugstatbestand (§ 9 Rn. 10 ff.), während andere Lehrbücher diese Frage im Rahmen des Vermögensschadens besprechen.²

4. Delikte gegen Kollektivrechtsgüter

Den dritten und umfangreichsten Teil des Lehrwerkes bildet der Abschnitt über die Kollektivrechtsgüter (§§ 11–21). Auch hier findet sich zunächst ein über 20 Seiten starker Abschnitt, der dem Leser Systematik und Besonderheiten näher bringt (§ 11). In diesem Abschnitt wird eine Vielzahl an Delikten besprochen, die hier nicht im Einzelnen dargestellt werden können. Die üblicherweise als Urkundendelikte behandelten

Strafnormen finden sich im Abschnitt „Delikte gegen den Rechtsverkehr“ (§ 17). Hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen zu den einzelnen Merkmalen der Urkunde sowie die Darstellung der „besonderen Fallgruppen“ (§ 17 Rn. 10 ff.).

5. Akzessorische Normen

Den letzten Teil bildet die Darstellung der – so *Kleszczewski* – akzessorischen Tatbestände (§§ 22, 23). Hier werden solche Normen erläutert, die im Wesentlichen aus „Modifikationen von Regelungen des Allgemeinen Teils“ (§ 22 Rn. 2) bestehen, etwa die öffentliche Aufforderung zu Straftaten nach § 111 StGB. Den Abschluss bildet die Darstellung des § 323a StGB, wobei auch Ausführungen zur umstrittenen Rechtsfigur der *actio libera in causa* geboten werden.

IV. Die Vorzüge des Werkes

Die Darstellung liefert dem Studenten alle wichtigen Definitionen und bietet viele Aufbaumuster, wobei sogar einzelne Varianten innerhalb eines Delikts (bspw. Diebstahl mit Waffen: § 8 Rn. 141; schwerer Bandendiebstahl: § 8 Rn. 156) dargestellt werden. Allerdings ist eine solche Vorgehensweise nicht immer sinnvoll. Insbesondere die Darstellung eines Aufbaumusters für die Mordmerkmale „gemeingefährliche Mittel“ (§ 2 Rn. 69) oder „Befriedigung des Geschlechtstriebes“ (§ 2 Rn. 73) fördern das Verständnis nicht.

Hervorzuheben sind auch die für das Verständnis des materiellen Rechts unerlässlichen Ausführungen zur Systematik der jeweils besprochenen Delikte. Nicht nur dem Studenten, der sich den Stoff des Besonderen Teils aneignen möchte, sondern auch Wissenschaftlern, die sich mit dogmatischen Fragen des Besonderen Teils auseinandersetzen, kann die Lektüre dieser einleitenden Kapitel nur empfohlen werden.

Sehr schön ist die Darstellungsweise besonders strittiger Fragen. Als Beispiel sei der Diebstahl mit (sonstigen) gefährlichen Werkzeugen genannt (§ 8 Rn. 142 ff.). *Kleszczewski* beginnt die Darstellung mit kritischen Äußerungen zur Idee des Gesetzgebers. Es schließt sich die Erläuterung des Meinungsspektrums an, wobei innerhalb der einzelnen Meinungen gleich Gegenargumente genannt werden. Dem Leser wird auch hier ein auf die Prüfung des Diebstahls mit gefährlichen Gegenständen zugeschnittenes Prüfungsschema an die Hand gegeben.

Beim Lesen bekommt man die einzelnen Meinungsspektren zu den jeweiligen Problemen dargestellt und *Kleszczewski* scheut sich auch nicht, Positionen zu vertreten, die abseits des etablierten Meinungsspektrums liegen. Als Beispiel sei angeführt, dass die „Nichterweislichkeit der Wahrheit“ im Rahmen des § 186 StGB, die von der h.M. als objektive Bedingung der Strafbarkeit angesehen wird³, seiner Auffassung nach objektives Tatbestandsmerkmal sei, auf welches sich konsequenterweise auch der Vorsatz des Täters erstrecken müsse (§ 4 Rn. 22). Dabei benennt *Kleszczewski* auch Argu-

¹ Etwa *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, §§ 13, 15; *Kindhäuser/Böse*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2018, §§ 2, 6.

² So *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 21. Aufl. 2019, § 13 Rn. 117 ff.; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, S. 305 ff.

³ *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 186 Rn. 7; *Valerius*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch*, 41. Ed., Stand: Februar 2019, § 186 Rn. 18 m.w.N.

mente, die man seiner Auffassung entgegenhalten könnte und legt Antikritik dar (§ 4 Rn. 22).

Die angeführten Beispiele entstammen der Rechtsprechung und ermöglichen somit, das jeweilige Thema anhand eines tatsächlichen Lebenssachverhalts nachzuvollziehen.

V. Das Sachverzeichnis

Den Abschluss des Werkes bildet das Sachverzeichnis, wo in alphabetischer Reihenfolge anhand der Systematik des Buches (§ und Rn.) nachgeschlagen werden kann. Der Umfang des Sachverzeichnisses ist in manchen Punkten ausbaufähig. Insbesondere wichtige Schlagworte wie Dreiecksbetrug, Trickdiebstahl oder auch Gewahrsamsenklave finden sich nicht. Dieses Manko erschwert es in einigen Fällen, das Buch neben der systematischen Durcharbeit auch für gezielt punktuelle Betrachtungen heranzuziehen.

VI. Fazit

Hinsichtlich Umfang und Tiefe wird dieses Lehrbuch wahrscheinlich eher fortgeschrittenen Studenten zusagen, die sich nach der Aneignung von Grundkenntnissen vertieft mit dem Besonderen Teil befassen wollen. Das Buch wird zudem vor allem im Rahmen von Hausarbeiten nützlich sein. Die vor dem jeweiligen Kapitel angegebenen Literaturhinweise, die sowohl didaktische als auch wissenschaftliche Beiträge umfassen, sind eine gute Fundgrube für weiterführende Recherchen. Dieses Buch wird zudem jenen Studenten von Nutzen sein, die sich beim Studium nicht auf ein bloßes Befolgen der sog. h.M. unter Ablehnung anderer Ansichten mit einem Argument konzentrieren, sondern Spaß an strafrechtsdogmatischen Auseinandersetzungen haben; hiervon bietet das Buch reichlich. Ob man sich letztlich den Auffassungen *Kluszczewski* anschließt, bleibt dem Leser selbst überlassen. Vielfach verweist *Kluszczewski* auf sein Werk zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, sodass zum Nachvollziehen einiger Argumente eine parallele Heranziehung dieses Werkes notwendig ist.

Im Ergebnis handelt es sich um ein gelungenes Lehrbuch, welches trotz des gut gefüllten Bestands an Lehrbüchern zum Besonderen Teil des Strafgesetzbuches keineswegs nur als weiteres Buch angesehen werden sollte.

Martin Linke, Potsdam